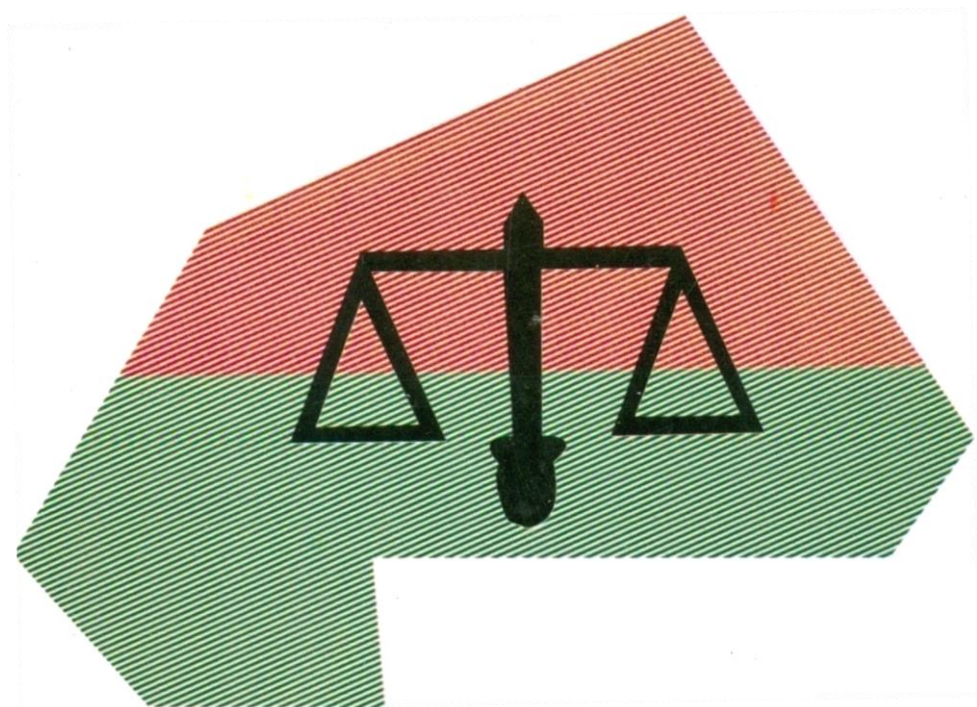


Revue Burkinabè de Droit



Revue semestrielle

N° 53 – 2° SEMESTRE 2017

Revue
Burkinabè
de Droit

Revue semestrielle

N° 53 – 2^e SEMESTRE 2017

REVUE BURKINABÈ DE DROIT (RBD) OUAGADOUGOU

COMITÉ DE DIRECTION

- Pr SAWADOGO Filiga Michel, Professeur titulaire
- Pr LOADA G. AUGUSTIN, Professeur titulaire
- Pr KABRE W. Dominique, Directeur de l'UFR/SJP
- Pr OUEDRAOGO Séni, Rédacteur en chef de la RBD

COMITÉ SCIENTIFIQUE

- Pr ANOUKAHA François, Université de Yaoundé, Cameroun
- Pr BA T. Ahmed UFR/SJP, Université OUAGA II, Burkina Faso
- Pr BADJI Mamadou, Université Cheick Anta Diop, Sénégal
- Pr CHAPPUIS Christine, Université de Genève, Suisse
- Pr DIARRA Eloi, Université de Rouen, France
- Pr FAU - NOUNGARET Mathieu, Université de Bordeaux, France
- Pr FILALI Osman, Institut d'Etudes Politique de Lyon, France
- Pr LOADA G. Augustin, UFR/SJP, Université OUAGA II, Burkina Faso
- Pr LOURDE Albert, Université de Perpignan, France
- Pr MELEDJE Djedro Francisco, Université de Cocody, Côte d'Ivoire
- Pr MESCHERIAKOFF Alain-Serge, Institut d'études politiques de Lyon, France
- Pr MEYER Pierre UFR/SJP, Université OUAGA II, Burkina Faso
- Pr N'DIAW Diouf Université Cheick Anta Diop, Sénégal
- Pr POULET Yves, Université de Namur, Belgique
- Pr SANTOS Akuété Pedro, Université du Bénin, Faculté de Droit, Togo
- Pr SAWADOGO Filiga Michel, UFR/SJP, Université OUAGA II, Burkina Faso
- Pr SOMA Abdoulaye UFR/SJP, Université OUAGA II, Burkina Faso
- Pr SOSSA Dorothée Cossi, Université de Cotonou-Calavi, Faculté de Droit, Bénin
- Pr YONABA Salif UFR/SJP, Université OUAGA II, Burkina Faso

COMITE DE REDACTION

Rédacteur en chef

- Pr OUEDRAOGO Séni, Maître de conférences agrégé

Membres

- Pr KABRE W. Dominique, Maître de conférences agrégé
- Dr DABIRE N. Julien, Maître-assistant
- Dr KASSABO Léon Dié, Maître-assistant
- Dr TOE Souleymane, Maître-assistant
- M. YOUNGBARE Pierre Laurent Dieudonné, Chercheur

ADMINISTRATION

CENTRE D'ETUDES JURIDIQUES ET DE DOCUMENTATION
UFR/Sciences Juridiques et Politiques
Université Ouaga II - BURKINA FASO

E-mail. rbd@univ-ouaga2.bf

Tél. : (+226) 62616501

SOMMAIRE

1. DROIT ADMINISTRATIF ET FINANCES PUBLIQUES

OUÉDRAOGO Séni Mahamadou, L'évolution de la responsabilité du contrôleur financier dans la gouvernance financière en Afrique de l'ouest : le cas du Burkina Faso. 9

OUÉDRAOGO Ousseini, La crise du système de dualité de juridiction en Afrique francophone : analyse des modèles burkinabè, malien et sénégalais..... 39

YONLI Diassibo Thomas, Vers une juridictionnalisation des décisions administratives au Burkina Faso ? 63

2. DROIT COMMUNAUTAIRE

SOMA Abdoulaye, La justification théorique du régionalisme africain en droit international pénal. 95

GNAMOU Dandi, Rapports de systèmes et intégration africaine. 125

3. DROIT CONSTITUTIONNEL

IIY Oussenii, La chefferie traditionnelle dans les constitutions des Etats d'Afrique noire francophone. 159

MASSINA Palouki, La responsabilité pénale du Chef de l'Etat africain, l'édifice se fissure. 189

SOMA Valérie Edwige, La perfectibilité du contrôle parlementaire du pouvoir exécutif en Afrique noire francophone. 229

4. DROIT PRIVÉ

MONENBOULOU MINKADA Hervé Magloire, Le terrorisme au Cameroun : d'une loi confuse à l'émergence d'un droit pénal terroriste..... 259

PODA Baimanai Angelain, Le nouveau cadre juridique du traitement pénal de la délinquance des mineurs au Burkina Faso. 287

L'EVOLUTION DE LA RESPONSABILITE DU CONTROLEUR FINANCIER DANS LA GOUVERNANCE FINANCIERE EN AFRIQUE DE L'OUEST : LE CAS DU BURKINA FASO.

INTRODUCTION

« *Je veux que par une surveillance active, l'infidélité soit réprimée et l'emploi légal des fonds garanti* ». Ainsi s'exprimait Napoléon 1^{er} lors de la création de la Cour des comptes de France en 1807. Depuis lors, la mission de surveillance de l'emploi légal des fonds a connu une double dévolution. La bonne exécution des dépenses publiques fut d'abord fondée sur l'application du principe de la séparation des ordonnateurs et des comptables faisant de ces derniers la vigie de contrôle des premiers. Suivant ce principe, note Loïc Philip, en cas de mauvaise utilisation ou de dépassement des crédits octroyés, le comptable doit opposer un refus de paiement¹. Il y va de sa responsabilité qui est soumise au contrôle du juge des comptes². Le contrôle *a posteriori* que ce dispositif induisait ne fut pas efficace à garantir le bon usage des deniers publics. C'est pourquoi l'idée d'un contrôle *a priori* germa par la suite. La doctrine financière a montré que c'est avec l'ampleur, dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, des dépassements de crédits lors de l'engagement des dépenses et à la suite des tentatives infructueuses du ministre des finances pour placer les ordonnateurs sous son contrôle³ que la nécessité d'un encadrement plus strict des actes d'engagement de celui-ci allait se faire sentir⁴.

La création du service du contrôle financier, matérialisant le contrôle a priori, devait permettre de retrouver l'équilibre budgétaire. En effet, alors que le budget était régulièrement voté en équilibre, son exécution se soldait le plus souvent par un déficit en raison de l'importance des dépassements des crédits⁵. La justification d'un contrôle particulier n'est pas évidente, car logiquement, le contrôle de l'exécution des dépenses doit émaner essentiellement de l'autorité qui a donné l'autorisation, c'est-à-dire le parlement s'il s'agit des dépenses de l'Etat.

¹ Philip LOÏC, « La réforme du contrôle financier déconcentré : une réforme exemplaire », in *Le contrôle financier déconcentré, Revue française de Finances publiques*, n° 61, 1998, p. 13.

² Ibid.

³ R. STOURM, *Le Budget*, Librairie F. Alcan, 7^e éd., 1912, cité par Michel BOUVIER, Marie-Christine ESCLASSAN, Jean-Pierre LASSALE, *Finances publiques*, LGDJ, 10^e édition, 2010, p. 528 ; Philip LOÏC, « La réforme du contrôle financier déconcentré : une réforme exemplaire », *op. cit.*, p. 14.

⁴ Voir Michel BOUVIER, Marie-Christine ESCLASSAN, Jean-Pierre LASSALE, *Finances publiques*, *op. cit.*, p. 528.

⁵ Philip LOÏC, « La réforme du contrôle financier déconcentré : une réforme exemplaire » in *Le contrôle financier déconcentré, op. cit.*, p. 14.

En Afrique francophone, la création de service du contrôle financier a précédé la vague des indépendances⁶ avant de se reformer sous celle-ci⁷. La période postcoloniale a favorisé l'évolution de la fonction du contrôleur financier pour en faire un maillon important de la chaîne financière. Le contrôleur se voit attribuer de nombreuses missions, dont le contrôle d'opportunité qui va se révéler redoutable à l'épreuve de la pratique. Il est reproché aux contrôleurs le lent traitement des dossiers, les refus non motivés des visas, etc. A tort ou à raison, les services de contrôle sont accusés d'être la principale cause de la lourdeur administrative. Ces attitudes constitueraient des causes partielles du faible niveau d'exécution du budget.

Très vite donc, la figure du contrôleur se déforme aux yeux des autres services. L'ange qui devrait favoriser le développement des bonnes pratiques, serait devenu le démon qui obstrue la célérité C'est ainsi que le corps des comptables du Burkina Faso va jusqu'à affirmer que les contrôleurs, qui ont un poids dans la décision, n'assument aucune responsabilité en revanche. Ils demandent au ministère des Finances d'instituer une responsabilité pécuniaire du contrôleur financier. Leur argument serait, pour reprendre une formule de Gabriel Montagnier, que la responsabilité pécuniaire personnelle a été conçue de façon à responsabiliser le comptable public qui est l'acteur le plus facile à incriminer, lequel doit endosser seul la sanction en cas de manquement⁸. Or, leur semblent-ils, il serait plus cohérent d'instituer une responsabilité du contrôleur financier qui par son contrôle préalable influence substantiellement la décision comptable.

Dans l'espace UEMOA, l'internalisation du droit communautaire fut l'occasion pour saisir une problématique qui devenait encombrante. Les directives financières de seconde génération introduisent d'importants aménagements qui entraînent une refonte des fonctions du contrôle financier⁹. Le contrôleur financier s'est ainsi vu attribuer en droit burkinabè de nouvelles missions qui « portent sur la légalité et la régularité de ces opérations ainsi que sur la sincérité des propositions des dépenses »¹⁰. Un auteur a pu en déduire

⁶ Loi n° 59-23/AL-RS du 22 mai 1959 portant création du Contrôle financier de la République soudanaise ; Circulaire n° 872 du 11 mai 1959 en Haute-Volta, décret n° 155/PRES/MF du 16 mai 1962 fixant les attributions du contrôleur financier et déterminant la nature et le domaine de son intervention.

⁷ Voir le décret n° 155/PRES/MF du 16 mai 1962 fixant les attributions du contrôleur financier et déterminant la nature et le domaine de son intervention.

⁸ Gabriel MONTAGNIER, *Principes de comptabilité publique*, Dalloz, 1981, p. 71.

⁹ Voir l'article 69 de la directive n° 06/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant lois de finances au sein de l'UEMOA et les articles 87, 88, 89 et 90 de la directive n° 07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant règlement général sur la comptabilité publique au sein de l'UEMOA.

¹⁰ Article 7 du décret burkinabè n° 2017-182/PRES/PM/MINEFID portant modalités de contrôle des opérations financières de l'Etat et des autres organismes publics.

une revalorisation statutaire et fonctionnelle du contrôleur financier¹¹. C'est pourquoi il est apparu intéressant de conduire une réflexion *sur l'évolution de la responsabilité du contrôleur financier dans la gouvernance financière en Afrique de l'ouest*.

Les termes de la réflexion appellent une clarification. Le contrôleur financier est un haut fonctionnaire représentant le ministère des Finances auprès d'un autre ordonnateur (ministre, directeur général, etc.), chargé de remplir auprès de celui-ci une fonction de conseiller financier, de contrôleur de la régularité budgétaire des opérations qu'il effectue et de tenir une comptabilité de ses engagements de dépenses¹². Le contrôle exercé au titre du contrôle budgétaire concourt entre autres à l'amélioration de la maîtrise des risques, notamment financiers, également des politiques publiques au sein des organismes publics et accompagne leur modernisation¹³.

La responsabilité renvoie à l'obligation de répondre des dommages causés par ses actes. La gouvernance financière renvoie au système de pilotage marqué par la transformation du système de gestion axée sur les moyens au profit d'une gestion par programmes, marquée par la recherche de la performance. Pour la doctrine, l'enjeu majeur de cette réforme va bien au-delà de la seule gestion rationnelle des finances publiques¹⁴. Elle estime qu'il s'agit d'une véritable révolution culturelle qui ne se limite pas à une conception managériale de la gestion publique, mais s'inscrit dans un cadre plus vaste, celui de la nouvelle gouvernance financière de l'Etat¹⁵. Il faut, toutefois, noter que la logique de performance, qui est l'essentialité de cette gouvernance, tarde à se disséminer en Afrique francophone¹⁶.

¹¹ Yakouba OUEDRAOGO, *L'influence de la démarche de performance sur le droit public financier des Etats membres de l'UEMOA*, Thèse de doctorat de droit public, Université de Rouen, 2015, p. 464-467.

¹² *Ibidem*, p. 269.

¹³ Isabelle ROUX-TRESCASES, « Le contrôle général : optimiser la gestion de la dépense publique et veiller aux intérêts patrimoniaux de l'Etat », *Gestion et Finances Publiques*, n° 9/10, 2015, p. 97.

¹⁴ André BARILARI et Michel BOUVIER, *La LOLF et la nouvelle gouvernance financière de l'Etat*, 3^e édition, L.G.D.J., 2010 ; Jacques CHEVALLIER, « Performance et gestion publique », in *Réformes des finances publiques et modernisation de l'administration Mélanges en l'honneur de Robert Hertzog*, *Economica*, novembre 2010, pp. 83-94.

¹⁵ André BARILARI et Michel BOUVIER, *La LOLF et la nouvelle gouvernance financière de l'Etat*, *op. cit.*

¹⁶ Dans l'espace UEMOA, le niveau de mise en œuvre des instruments de la gouvernance financière n'est pas satisfaisant. Toutes les directives qui portent la réforme n'ont pas été transposées, mais également la gestion par programme demeure toujours dans sa phase expérimentale.

De façon générale, pour l'ensemble des Etats, la Commission de l'UEMOA a indiqué que « des efforts restent à accomplir pour certains textes comme le code des marchés publics et les mesures à prendre pour la mise en œuvre des directives relatives au plan comptable de

L'idée qui découle du sujet est relative à l'impact de la nouvelle axiologie de la gestion publique¹⁷ sur l'adaptabilité du contrôle général aux enjeux du développement. C'est dans ce sens qu'un auteur en est venu à se poser la question de savoir si la responsabilisation des acteurs financiers constitue un élément clé de la bonne gouvernance publique¹⁸. Cette question est plus que pertinente à la lumière de la prégnance de la mauvaise gestion dans tous les compartiments de la sphère publique burkinabè¹⁹. Les principales structures de pilotage de la nouvelle gouvernance financière, notamment la Direction générale du budget n'échappent que très difficilement aux travers de la mauvaise gouvernance²⁰.

Dès lors, on comprend que la responsabilisation du contrôleur passe par l'amélioration de ses conditions de travail. Cette responsabilisation pourrait alors mettre fin à l'"exceptionnalisme" du comptable public considéré pendant longtemps comme le seul fonctionnaire dans la tradition juridique francophone qui doit répondre de ses erreurs sur ses propres deniers²¹. La responsabilité pécuniaire du comptable est apparue obsolète à l'épreuve de la réalité de sa mise en œuvre. En effet, la Cour des comptes du Burkina Faso peine, pour des raisons bien diverses et quelquefois objectives, à juger les comptes des comptables publics qui lui sont adressés²².

l'État, au Tableau des Opérations Financières de l'État (TOFE), à la comptabilité des matières ainsi que le régime financier des collectivités territoriales ».

Voir <http://www.uemoa.int/fr/3eme-revue-annuelle-de-luemoa-au-burkina-le-president-de-la-commission-chez-le-premier-ministre-paul>.

¹⁷ Jacques CHEVALLIER, « Performance et gestion publique », *op. cit.*, p. 84.

¹⁸ Stéphane THÉBAULT, « La responsabilité des gestionnaires : responsabilité managériale et responsabilité juridictionnelle, approche comparée », in *La bonne gouvernance des finances publiques dans le monde*, LGDJ, 2009, p. 24 et s.

¹⁹ Toutes les institutions ont été prises à défaut de mauvaise gestion, qu'il s'agisse de la Présidence du Faso, du Premier ministre, de l'Assemblée Nationale et de plusieurs ministères. Voir les différents rapports de l'Autorité supérieure de contrôle d'État et de lutte contre la corruption (ASCE-LC).

²⁰ Dans son rapport de vérification des comptes de la Cour des comptes de dépôt de la Direction générale du budget (DGB), l'Autorité Supérieure de Contrôle d'État et de Lutte contre la Corruption (ASCE-LC) fait observer que les irrégularités constatées ont été confortées par l'absence de contrôle financier et d'inspection périodique sur les pièces justificatives y relatives. De même, aucune comptabilité formelle n'est tenue et les pièces de dépenses ne sont pas intégrées dans la gestion du Payeur Général pour y être soumises à la sanction de la juridiction des comptes, Voir *Rapport général annuel d'activités*, 2015, p. 108.

²¹ Jean-Philippe VION, « La responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics : un instrument de bonne gouvernance pour les pays en développement », *Gestion et Finances Publiques*, n° 9/10, 2015, p. 104.

²² Monsieur Djibrihina OUEDRAOGO a essayé d'identifier dans sa thèse ces causes objectives : soit les comptes ne sont pas transmis à la Cour, soit ils sont transmis en retard sans être en état de juger. Il estime que le principal obstacle à l'office du juge des comptes a longtemps tenu aux arriérés de jugement liés au dysfonctionnement des chambres des comptes des anciennes Cours suprêmes. Or, soutient-il, la comptabilité étant fondée sur la linéarité, si les comptes anciens ne sont pas apurés, il est difficile de juger les nouveaux comptes. Le Chapitre 1 du Titre 1 de la Deuxième partie de sa thèse en traite substantiellement : « Des obstacles réels à la mise en œuvre des compétences juridictionnelles. Voir : Djibrihina

En conséquence, la responsabilité du comptable public est plutôt devenue le pâle reflet du décorum qu'est la Cour des comptes du Burkina Faso. Pour des querelles quelquefois byzantines²³, qui dissimulent mal une incompétence, celle-ci peine à s'enraciner dans l'esprit de la lutte contre la corruption et les infractions assimilées. Ses dysfonctionnements ont permis à l'Autorité supérieure du contrôle d'Etat de la reléguer aux cimetières des institutions moribondes²⁴. La réforme constitutionnelle en cours lui a consenti un élixir dont il faut espérer que les effets lui donneront la jouvence afin qu'elle devienne une institution performante de contrôle des finances publiques.

En raison des nombreuses carences des systèmes de responsabilité des agents publics, un auteur pense que, dans les pays en développement, la priorité devrait être d'interroger l'état d'avancement du contrôle de régularité des finances publiques que de courir aux systèmes de contrôle et de responsabilisation les plus novateurs proposés²⁵. Du reste, il pense qu'il est, en effet, paradoxal d'observer la promotion actuelle des contrôles basés sur la performance, alors que le contrôle de régularité n'est pas encore stabilisé dans certains de ces pays²⁶.

Cette étude trouve sa justification dans la mutation des finances publiques tant au niveau national que communautaire. En effet, le nouveau cadre harmonisé des finances publiques a introduit une transformation de la logique du contrôle financier public essentiellement liée à l'introduction dans la sphère publique vers une logique de gestion qui fait appel, avec des spécificités, aux méthodes utilisées dans le cadre du management des entreprises²⁷. Avec le renouveau, les contrôles administratifs devraient devenir des instruments stratégiques d'aide à la décision²⁸. C'est pourquoi il est apparu nécessaire de circonscrire notre recherche au cas particulier du Burkina Faso. Le pays s'est singularisé par la revendication d'un équilibre de traitement des gestionnaires publics. En réponse aux revendications corporatistes des comptables publics, le législateur a affirmé le principe général de la responsabilité des ordonnateurs, contrôleurs financiers et comptables publics pour les fautes commises

OUEDRAOGO, *L'autonomisation des juridictions financières dans l'espace UEMOA : étude sur l'évolution des Cours des comptes*, op. cit., p. 245 et s.

²³ Voir Djibrilina OUEDRAOGO, « Le Conseil constitutionnel et l'impossible réforme de la Cour des comptes au Burkina Faso : une analyse de la jurisprudence sur la Cour des comptes », *Revue burkinabè de droit*, n° 52, 2017, pp. 224-240.

²⁴ *Ibid.*, p. 307.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Jean-Philippe VION, « La responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics : un instrument de bonne gouvernance pour les pays en développement », *Ibid.*

²⁷ Michel BOUVIER, Marie-Christine ESCLASSAN, Jean-Pierre LASSALE, *Finances publiques*, op. cit., p. 528 ; Philip LOÏC, « La réforme du contrôle financier déconcentré : une réforme exemplaire », op. cit., p. 524.

²⁸ *Ibid.*

dans l'exercice de leurs attributions²⁹. Puis, il a précisé que cette responsabilité peut être pécuniaire en raison des irrégularités commises dans l'exercice de leurs attributions. Le pouvoir réglementaire s'est aligné à cette innovation en lui donnant l'interprétation administrative à travers le décret n° 2017-0182/PRES/PM/MINEFID du 10 avril 2017 portant modalités de contrôle des opérations financières de l'Etat et des autres organismes publics. La lecture combinée des deux textes consolide les jalons de la responsabilité personnelle et pécuniaire du contrôleur financier de même nature que celle des comptables publics. Cette perspective permet au Burkina Faso de s'inspirer du droit communautaire pour s'en éloigner par le biais du renforcement de la responsabilité du contrôleur.

La nouvelle responsabilité du contrôleur trouve sa source première dans la directive n° 01/2009/CM/UEMOA du 27 mars 2009 portant code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA, qui enjoint aux Etats de renforcer les règles et procédures disciplinaires de la fonction publique, particulièrement en ce qui concerne les infractions en matière de finances publiques. Celle-ci vise à disséminer dans l'espace communautaire les valeurs d'intégrité des acteurs. La responsabilité du contrôleur se trouve renforcée par la lecture combinée des dispositions des directives n° 06/2009/CM/UEMOA relative aux lois de finances et n° 07/2009/CM/UEMOA portant Règlement Général sur la Comptabilité Publique au sein de l'UEMOA, qui édictent de nouvelles règles de responsabilisation des gestionnaires financiers de l'Etat.

La responsabilisation des managers publics a conduit à reconfigurer la mission de contrôle qui pouvait entraver la bonne marche des administrations publiques. Le législateur communautaire a allégé les missions du contrôleur dans une double dimension. D'un côté, son contrôle *a priori* a été allégé par la réduction des actes soumis à son visa et avis préalable. De l'autre, il a été institué un service de contrôle interne dont l'efficacité devait conduire à la disparition du contrôle *a priori*. Ainsi que l'a relevé un auteur, la simplification du texte vise non seulement l'allègement des procédures de contrôles systématiques, mais aussi la prévention et la maîtrise des risques financiers³⁰. L'allègement du contrôle soulève la question de l'opportunité de l'institution d'une responsabilité pécuniaire du contrôleur financier. A l'évidence, l'allègement du contrôle *a priori* aurait dû justifier son irresponsabilité. C'est plutôt, l'aggravation de la responsabilité du contrôleur financier qui s'est imposée. Ce qui peut apparaître comme une logique inversée n'est que la juste traduction de la réalité, celle du renforcement de la place du contrôleur dans le dispositif de surveillance de l'emploi des ressources³¹.

²⁹ Article 101 de la loi organique n° 073-2015/CNT du 06 novembre 2015 relative aux lois de finances.

³⁰ Jean-François JOYE, « L'adaptation du contrôle financier aux exigences de la nouvelle gestion publique », *La semaine juridique*, n° 1-2, janvier 2006, p. 22.

³¹ Voir le Rapport général du XIXème forum des contrôleurs financiers du Burkina Faso tenu à Ouagadougou du 22 au 25 novembre 2011, p. 4.

Ces avancées significatives ne suffisent pas à elles seules à voiler les contrariétés de la réforme qui pourraient nuire au système de responsabilité du contrôleur. Les modalités d'exercice du contrôle financier n'ont pas entamé l'omniprésence du contrôleur dans le processus de décision financière. En effet, on constate avec le professeur Nicaise Médé que le contrôleur financier dispose d'un droit de véto dans l'accomplissement des formalités substantielles des actes d'engagement ou d'ordonnancement³².

Les contrariétés observées sont loin d'être le reflet d'anomalies circonstancielles. Elles sont le reflet de pratiques administratives incrustées, qui favorisent l'immunité des contrôleurs financiers. En effet, la Cour des comptes du Burkina Faso avait confirmé cette donnée en affirmant que le législateur ne lui avait pas donné compétence pour connaître de la responsabilité du contrôleur financier. L'irresponsabilité du contrôleur financier a pendant longtemps été fondée sur la non manipulation des deniers publics. L'on a feint d'oublier qu'un simple visa peut être préjudiciable aux finances publiques. Il devient dès lors intéressant de voir comment la nouvelle responsabilité du contrôleur peut conduire à éloigner les illusions du nouveau management public. Cette perspective nous invite à apporter les réponses aux questions suivantes.

Quelle est l'étendue de la nouvelle responsabilité du contrôleur financier ? Cette responsabilité, à l'image de celle du comptable public, ne sera-t-elle pas limitée par les interférences du ministre des Finances ? Comment les services de contrôle vont-elles appréhender la responsabilité du contrôleur ? La question centrale est liée à l'efficacité du nouveau système de responsabilité du contrôleur financier. Elle est de savoir si le spectre de la responsabilité pécuniaire va conduire le contrôleur financier à rester dans l'esprit de la nouvelle gouvernance financière ? En somme, le contrôleur financier burkinabè, plus généralement africain, reviendra-t-il à l'essence de sa fonction de contrôle en abandonnant les pratiques aux antipodes de la gouvernance administrative ?

Pour le traitement de ces questions, une démarche à la fois analytique et empirique s'est révélée pertinente. S'est imposée, dans un premier temps, une analyse critique des textes juridiques et de la doctrine plus généralement, qui a permis d'identifier les mutations opérées par la réforme. Dans un second temps, l'interview des acteurs, notamment des corps de contrôle, des comptables et de certains ordonnateurs a permis de cerner l'esprit et les enjeux de la consécration de la responsabilité pécuniaire du contrôleur financier³³.

³² Nicaise MEDE, « Réflexion sur le cadre harmonisé des finances publiques dans l'espace UEMOA », *Revue Afrilex*, p. 23.

³³ Le Contrôleur Général d'Etat (CGE) nous a accordé une séance de travail le 2 novembre 2017. Les discussions ont porté sur les principes gouvernant le contrôle de façon générale, la recherche de la responsabilité du contrôleur financier spécifiquement. Des échanges réguliers ont été tenus avec des contrôleurs financiers et comptables publics.

Les idées maitresses qui se sont dégagées de nos recherches ont permis de structurer nos développements autour d'un double mouvement. Il sera mis en évidence le constat de la responsabilité renforcée du contrôleur financier (I). Toutefois, ce constat doit être nuancé en raison des insuffisances et contrariétés de la réforme, qui conduisent à penser, que dans sa mise en œuvre, la responsabilité du contrôleur financier pourrait être incertaine (II).

I. UNE RESPONSABILITE RENFORCEE

Le législateur burkinabè a gagné le pari de l'équilibre dans l'établissement de la responsabilité des différents acteurs impliqués dans l'exécution des budgets publics. Il est parvenu à étendre le régime de responsabilité des gestionnaires publics au contrôleur financier(A), tout en essayant de clarifier les conditions de mise en jeu de cette responsabilité (B).

A. L'extension justifiée du régime de la responsabilité

L'évolution de la mission confiée au contrôleur financier a influé sur la nature et l'étendue de sa responsabilité. Sous l'empire de la budgétisation par objet, il n'avait pas été jugé utile d'envisager une responsabilité particulière du contrôleur financier. Celle qu'il encourait, et qui se limitait à la responsabilité de droit commun, a été conservée avec la nouvelle gestion publique (1). Cette dernière a favorisé la mise en œuvre d'une responsabilité spéciale (2).

1. *Le maintien de la responsabilité de droit commun*

Il convient, de prime abord, de préciser que la responsabilité financière se distingue de la responsabilité de droit commun, bien que celle-ci puisse intégrer (et de plus en plus) la matière financière³⁴. Le principe de cette responsabilité est posé par l'article 70 de la directive n° 06/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant lois de finances au sein de l'UEMOA. Cette responsabilité est reprise par les droits nationaux. Ainsi, outre les lois de finances nationales, elle se retrouve dans les textes réglementaires relatifs aux modalités de contrôle des opérations financières de l'Etat et des autres organismes publics³⁵.

La responsabilité de droit commun trouve son fondement dans les articles 78 et 79 de la directive n° 06/2009/CM/UEMOA. L'article 79 dispose en effet que « les contrôleurs financiers sont responsables aux plans disciplinaire, pénal et civil... du visa qu'ils apposent sur les actes portant engagement de dépenses ou les ordonnances, mandats de paiement ou délégations de crédits ».

³⁴ Emma CHENILLAT, « Le modèle juridictionnel de responsabilité financière : de la différenciation des régimes juridiques en France, au Portugal et en Italie, à l'appréhension d'enjeux communs », *Revue française de finances publiques*, 2017, n° 139, p. 23.

³⁵ Article 80 du décret n° 2017-0182/PRES/PM/MINEFID du 10 avril 2017 portant modalités de contrôle des opérations financières de l'Etat et des autres organismes publics.

La responsabilité de droit commun du contrôleur financier revêt alors plusieurs formes. Elle peut être appréhendée sur le terrain pénal, civil et disciplinaire. La responsabilité pénale intéresse la sanction des délits financiers par le juge pénal³⁶. Il s'agit de sanctionner certaines infractions financières, mettant en cause l'argent public et qui peuvent constituer des infractions pénales. Il en va ainsi des délits « traditionnels » de concussion, de corruption, de trafic d'influence³⁷ et des délits « novateurs » tels la prise illégale d'intérêt³⁸ et le délit de favoritisme³⁹ dont la plupart sont pénalisés dans les Etats membres de l'UEMOA. La responsabilité pénale connaît dans la plupart des Etats un regain d'intérêt qui se matérialise par la pénalisation croissante de la vie politique et administrative. Les Etats sont contraints de mieux prévenir et de renforcer directement le dispositif pénal de lutte contre les délits financiers.

La responsabilité civile est une facette de la responsabilité financière qui se présente comme une action de nature civile en réparation du préjudice subi par la personne publique. Cette responsabilité suppose un manquement aux règles du Code civil, mais surtout l'existence d'un préjudice qui est généralement financier. Dans ce cas, le contrôleur peut être assigné devant les tribunaux civils (tribunaux d'instance et de grande instance) qui peuvent aussi lui infliger une amende et/ou le paiement d'indemnités destiné à réparer le préjudice causé.

La responsabilité disciplinaire du contrôleur financier est engagée en cas de commission d'une faute professionnelle. Le contrôleur a manqué dans cette hypothèse aux règles de l'éthique et de la déontologie administrative. Les sanctions encourues sont de nature administrative et prévues par les statuts juridiques des fonctionnaires et agents publics. Cette sanction disciplinaire est prononcée devant la hiérarchie administrative et devant les organes disciplinaires. Le législateur communautaire a pris le soin de préciser que « lorsqu'un agent commet une faute de gestion prévue à l'article 80 de la présente directive ou un manquement aux règles de discipline dans le domaine budgétaire ou financier, le pouvoir disciplinaire prévu par les législations nationales sur la fonction publique est exercé par le ministre chargé des Finances, quel que soit le ministère de rattachement de l'agent »⁴⁰.

³⁶ Emma CHENILLAT, « Le modèle juridictionnel de responsabilité financière : de la différenciation des régimes juridiques en France, au Portugal et en Italie, à l'appréhension d'enjeux communs », *op. cit.*, p. 23.

³⁷ Daniel SOULEZ-LARIVIERE, « Les élus et les fonctionnaires face au nouveau Code pénal », *Les Petites Affiches*, 1995, n° 110, p. 26.

³⁸ Article 61 de la loi n° 004-2015/CNT du 03 mars 2015 portant prévention et répression de la corruption au Burkina Faso.

³⁹ Article 57 de la loi n° 004-2015/CNT du 03 mars 2015 portant prévention et répression de la corruption au Burkina Faso.

⁴⁰ Article 84 de la directive n° 07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant Règlement général sur la comptabilité publique au sein de l'UEMOA.

La responsabilité de droit commun du contrôleur n'est mise en œuvre qu'exceptionnellement. C'est pourquoi certains observateurs estiment qu'elle n'est pas de nature à favoriser un contrôle efficace. La quête de la modernisation de la gestion publique a poussé le législateur burkinabè à consacrer une responsabilité spécifique du contrôleur financier.

2. *La consécration d'une responsabilité spécifique*

Il aurait été paradoxal qu'au moment où elle prône l'allègement du contrôle *a priori*, l'UEMOA introduise l'idée d'une responsabilité pécuniaire spécifique du contrôleur financier. Si cette idée n'a pas été retenue, elle a, en revanche, germé pour se retrouver en filigrane dans la responsabilité personnelle du contrôleur pour faute de gestion.

La responsabilité pécuniaire du contrôleur financier peut avoir un double fondement : la faute de gestion et la gestion de fait. Dans le premier cas, cette responsabilité est directe et dérivée dans l'hypothèse de la gestion de fait.

La responsabilité pécuniaire directe du contrôleur financier est posée par l'article 92 de la directive n° 07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant Règlement général sur la comptabilité publique au sein de l'UEMOA. Cette responsabilité liée à l'exercice de la fonction de contrôleur financier est novatrice⁴¹. Le contrôleur financier qui n'était soumis qu'à la responsabilité de droit commun voit aggraver sa responsabilité.

La responsabilité dérivée implique que la responsabilité du contrôleur est susceptible d'être mise en cause pour une circonstance très restreinte, celle de la gestion de fait⁴². La gestion de fait est un moyen qui permet une protection accrue de l'exclusivité des fonctions de comptable public. Dans cette hypothèse, il est reconnu à toute personne qui s'immisce dans les fonctions de comptable public, la qualité de gestionnaire de fait. Aussi, tout comme l'ordonnateur, le contrôleur peut être reconnu coupable d'une gestion de fait. Sa responsabilité suit en conséquence celle du comptable public. La gestion de fait permet de sanctionner tous ceux qui ont participé au contournement des règles de la comptabilité publique. Elle entraîne pour toute personne qui s'est comportée comme un comptable de fait (sans avoir la qualité de comptable patent), les mêmes responsabilités que celles instituées pour les comptables publics, en particulier la responsabilité pécuniaire personnelle⁴³. D'où l'adage « les deniers publics brûlent

⁴¹ UEMOA, *Guide didactique de la directive n° 07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant règlement général sur la comptabilité publique au sein de l'UEMOA*, p. 94.

⁴² V. Nicolas GROPER, *Responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier*, Dalloz, 2009, 488. v. aussi F.-J. FABRE, A. FROMENT-MEURICE, N. GROPER, *Les grands arrêts de la jurisprudence financière*, 5^e éd., Sirey, 2007 ; v. égal. *Revue française de Finances publiques*, n° 66- 1999, « La gestion de fait ».

⁴³ Voir Michel BOUVIER, Marie-Christine ESCLASSAN, Jean-Pierre LASSALE, *Finances publiques*, op. cit., p. 452.

les mains de ceux qui les touchent ». Cette règle s'applique quelle que soit la qualité de l'auteur de la gestion de fait⁴⁴, et elle pourrait par conséquent s'appliquer au contrôleur financier. C'est un excellent moyen juridique pour assurer le retour dans les comptes publics des fonds irrégulièrement soustraits.

La Commission de l'UEMOA fait observer dans le guide didactique de la directive n° 07/2009/CM/UEMOA que la responsabilité personnelle n'est pas pécuniaire. Elle affirme en effet que, comme l'ordonnateur⁴⁵ et le comptable public⁴⁶, le contrôleur est personnellement responsable de son activité de contrôle⁴⁷. Le législateur communautaire a voulu signifier que le contrôleur pouvait avoir une responsabilité de même nature que celle de l'ordonnateur, à savoir sa seule responsabilité personnelle⁴⁸. La Commission de l'UEMOA a en effet pris le soin de préciser dans son commentaire de l'article 92 que le législateur n'a pas entendu retenir une responsabilité pécuniaire du contrôleur ; qu'en conséquence, la responsabilité personnelle ne met pas en jeu directement le patrimoine du contrôleur financier, comme c'est le cas pour le comptable public⁴⁹. On est dès lors fondé à s'interroger sur la portée de la consécration de la responsabilité personnelle du contrôleur et de l'ordonnateur en droit UEMOA.

Suivant l'entendement du législateur communautaire, la responsabilité personnelle consiste à répondre des dommages causés par ses actions sur les plans pénal, civil et disciplinaire. Dans ce sens, des sanctions administratives peuvent être infligées au contrôleur financier en cas de manquement aux dispositions de son statut, d'une part, et, en cas de procédure juridictionnelle, des sanctions pénales et/ou civiles peuvent être mises à sa charge sous forme de paiement d'indemnités, d'autre part⁵⁰. La responsabilité personnelle se confond, dans cette acception, avec la responsabilité de droit commun. Dans cette logique, elle peut sembler conforme à l'esprit de la réforme qui vise à limiter les missions de contrôle *a priori* du contrôleur. Mais, on a du mal à comprendre la cohérence de la limitation de la responsabilité personnelle si on la met en perspective avec la responsabilité des contrôleurs portant sur la disponibilité des crédits, sur la vérification des prix par rapport à la mercuriale en vigueur et, au titre de la validité de la créance, sur l'exactitude des calculs de liquidation de la dépense. Le contrôleur financier dont la négligence a pu occasionner un préjudice financier ne sera

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ La responsabilité personnelle de l'ordonnateur est prévue à l'article 14 de la Directive 07/2009.

⁴⁶ La responsabilité personnelle du comptable public est développée dans les articles 29 à 32 de la Directive 07/2009.

⁴⁷ UEMOA, *Guide didactique de la directive n° 07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant règlement général sur la comptabilité publique au sein de l'UEMOA*, p. 94.

⁴⁸ Article 14 de la directive n° 07/2009/CM/UEMOA d 26 juin 2009 portant Règlement général sur la comptabilité publique au sein de l'UEMOA.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Commission de l'UEMOA, *Guide didactique de la directive n° 07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant Règlement général sur la comptabilité publique au sein de l'UEMOA*, p. 94.

pas tenu de la réparation, mais ne pourra être sanctionné que d'une amende sous forme de paiement d'indemnités. Cette sanction, pour le moins souple, ne peut avoir qu'une faible portée sur les diligences nécessaires que celui-ci est tenu de faire dans l'exercice de ses missions de contrôle. En effet, quel serait l'intérêt de la consécration d'une responsabilité personnelle qui ne conduirait pas le contrôleur financier à réparer les préjudices financiers qu'il a contribués à causer à la collectivité publique ?

C'est pour faire face à ce qui peut sembler être une insuffisance de la législation communautaire que, sous pression des autres gestionnaires publics, les autorités burkinabè ont plutôt retenu en lieu et place de la responsabilité personnelle, la responsabilité personnelle et pécuniaire du contrôleur financier. En effet, selon l'article 80 du décret n° 2017-0182/PRES/PM/MINEFID, les contrôleurs financiers « *encourent également une responsabilité pécuniaire du fait des irrégularités commises dans l'exercice de leurs attributions* ». La responsabilité pécuniaire du contrôleur est alignée sur celle du comptable public. Pour rappel, la rigueur de la responsabilité pécuniaire du comptable public trouve sa justification traditionnelle dans l'exclusivité du maniement des fonds publics confiée aux comptables publics⁵¹. Pour la doctrine financière, cette responsabilité a été, par ailleurs, appréhendée comme l'une des meilleures garanties du contrôle de la régularité⁵² des actes de l'ordonnateur auxquels ils sont tenus en droit. Dès lors, et par comparaison, le contrôleur ayant un puissant pouvoir de contrôle de régularité, voire de légalité et d'opportunité, sa responsabilité devrait pouvoir s'aligner sur celle du comptable public en cas de commission d'irrégularités substantielles⁵³. La responsabilité pécuniaire devra être justifiée par le préjudice financier subi par l'organisme public. Selon l'article 81 du décret 182-2017, les causes susceptibles d'engager la responsabilité du contrôleur financier sont « la disponibilité des crédits et sur la vérification des prix par rapport à la mercuriale en vigueur ou tout autre référentiel de prix homologué ». Le droit burkinabè n'a pas retenu la cause relative à l'exactitude des calculs de liquidation de la dépense prévu par le législateur communautaire⁵⁴.

Le juge des comptes ou le ministre devra, dans tous les cas, examiner le lien de causalité entre le fait dommageable et le dommage, si ce dernier provient de plusieurs causes. Des moyens bien connus en droit administratif pourraient être d'une très grande utilité dans la recherche de la causalité du préjudice en raison de la pluralité d'acteurs et de causes. Ce sont les théories de l'équivalence des conditions et de la causalité adéquate.

⁵¹ Michel BOUVIER, Marie-Christine ESCLASSAN, Jean-Pierre LASSALE, *Finances publiques*, op. cit., p. 484.

⁵² Cf. notamment Henry-Michel CRUCIS, « Le contrôle de régularité financière », *RFDA*, juillet-août 1992.

⁵³ Michel BOUVIER, Marie-Christine ESCLASSAN, Jean-Pierre LASSALE, *Finances publiques*, op. cit., p. 462.

⁵⁴ Voir l'article 92 de la directive n° 07/2009/CM/UEMOA portant règlement général sur la comptabilité publique au sein de l'UEMOA.

Suivant la théorie de l'équivalence des conditions, toutes les conditions nécessaires à la réalisation d'un dommage sont considérées comme en étant les causes. Dès que, parmi ces conditions, on trouve un fait générateur de responsabilité, son auteur est considéré comme étant à l'origine du dommage. Si on peut comprendre que dans le cas de la RPP, le manquement du comptable est nécessaire à l'existence du dommage, sa responsabilité pourrait être partagée par le contrôleur pour les contrôles de ce dernier portant sur la disponibilité des crédits et, au titre de la validité de la créance, sur l'exactitude des calculs de liquidation de la dépense.

Selon la théorie de la causalité adéquate, seul est retenu le fait dont on peut estimer, d'après l'expérience que l'on a du « cours normal des choses », qu'il avait une vocation particulière à provoquer le dommage⁵⁵. La vérification de conformité des prix par rapport à la mercuriale en vigueur ou tout autre référentiel des prix homologués est de la seule responsabilité du contrôleur financier. En conséquence, les manquements liés aux surfacturations des prix devraient lui être entièrement imputables, justifiant sa seule responsabilité pécuniaire⁵⁶.

La délimitation du périmètre de la responsabilité pécuniaire a été assortie de la clarification des conditions de mise en jeu de cette responsabilité.

B. Une tentative de clarification des conditions de mise en jeu de la responsabilité

La responsabilité du contrôleur s'est clarifiée avec la mise en place d'un régime contentieux qui définit les conditions de sa mise en œuvre. La Cour des comptes s'est vu attribuer une mission nouvelle. Il convient d'examiner, d'une part, les modalités du contrôle qu'elle pourrait être amenée à opérer (1) et, d'autre part, la nature des infractions et les sanctions imputables au contrôleur. Ce point sera examiné sous le prisme du régime contentieux (2).

1. La justiciabilité du contrôleur financier devant la Cour des comptes

S'ils se sont très souvent inspirés du droit français, la plupart des Etats africains francophones n'ont pas systématiquement reproduit, en matière financière, son modèle juridictionnel⁵⁷. Le régime juridique de responsabilité des acteurs publics financiers en France s'est construit autour du principe de la séparation de l'ordonnateur et du comptable public. De ce principe deux conséquences en ont résulté. D'une part, les ordonnateurs et les comptables publics sont soumis chacun à leur propre régime de

⁵⁵ René CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, 15^e éd., 2001, p. 1413.

⁵⁶ Pour l'application de la « causalité adéquate », Voir CE 28 oct. 2009, *Min. Transports, Cne Le-Rayol-Canadel/M. Therme*, AJDA, 2010, 168, note J. P. Gilli.;

⁵⁷ Salif YONABA, « L'expérience africaine du modèle français du contrôle juridictionnel des finances publiques : traits communs et diversité », in *Les Cours des comptes en action, Revue française de finances publiques*, n° 101, Mars 2008, p. 60-72.

responsabilité qui réponde chacun à des conditions particulières. D'autre part, la mise en jeu de la responsabilité des ordonnateurs et des comptables publics s'opère devant des juges distincts⁵⁸. Les Etats de l'espace UEMOA ont confié la responsabilité financière des gestionnaires publics à une juridiction unique, la Cour des comptes. Sont justiciables devant cette juridiction les ordonnateurs et les comptables publics de l'Etat ; des établissements publics de l'Etat et des collectivités territoriales. Au Burkina Faso, les organismes bénéficiaires de subventions et des projets sur financement extérieur ainsi que les institutions de sécurité sociale, y compris les organismes de droit privé assurant la gestion d'un régime de prévoyance obligatoire et les partis politiques sont également justiciables de la Cour des comptes⁵⁹.

Dans son rapport public des années 2003 et 2004, la Cour des comptes du Burkina Faso indique que sa compétence ne couvrirait pas la responsabilité du contrôleur financier. Elle fonda sa décision sur la mission du contrôleur financier en précisant que : « le contrôleur financier représente une structure de contrôle qui exerce une mission *a priori*. De ce fait, il n'est pas justiciable de la Cour des comptes »⁶⁰. L'argument de la Cour qui procédait d'une lecture littérale de la loi l'instituant paraît critiquable en ce qu'elle légitimait un déni de justice, à savoir le devoir de redevabilité de tout agent pour la participation à la gestion des deniers publics. La Cour aurait pu, à partir de l'analyse du rôle du contrôleur dans la chaîne financière, explorer les fondements de sa probable justiciabilité devant son prétoire. Cette immunité du contrôleur financier est révolue. Le droit communautaire et les droits nationaux consacrent désormais la justiciabilité du contrôleur devant la Cour des comptes. La directive n° 06/2009/CM/UEMOA portant lois de finances précise en son article 79 que la Cour des comptes est compétente pour infliger des sanctions aux contrôleurs financiers. Le droit financier burkinabè reprend cette formulation communautaire⁶¹ qu'elle complète à l'article 85 du décret n° 2017-0182/PRES/PM/MINEFID du 10 avril 2017 portant modalités de contrôle des opérations financières de l'Etat et des autres organismes publics : « la responsabilité pécuniaire du contrôleur financier ne peut être mise en jeu que par le ministre en charge des finances à l'occasion des contrôles administratifs ou la Cour des comptes, à l'occasion des contrôles juridictionnels ». Il faut espérer une irréversibilité de cette nouvelle réforme financière. Il convient dès lors d'examiner le régime contentieux du contrôleur financier.

⁵⁸ Emma CHENILLAT, « Le modèle juridictionnel de responsabilité financière : de la différenciation des régimes juridiques en France, au Portugal et en Italie, à l'appréhension d'enjeux communs », *op. cit.*, p. 23.

⁵⁹ Article 8 et 123 de la loi organique n° 014-2000/AN du 16 mai 2000 portant composition, attributions, organisation, fonctionnement de la Cour des comptes et procédure applicable devant elle.

⁶⁰ Cour des comptes, *Rapport public annuel 2005*, Mai 2005, p. 38. Disponible sur <http://www.cour-comptes.gov.bf/index.php/production-de-la-cour/rapports-publics>.

⁶¹ Voir article 80 du décret n° 2017-0182/PRES/PM/MINEFID du 10 avril 2017 portant modalités de contrôle des opérations financières de l'Etat et des autres organismes publics.

2. *Le régime contentieux*

L'examen du régime contentieux portera sur la nature des infractions punissables et des sanctions qui leurs sont applicables.

L'identification des infractions punissables susceptibles d'engager la responsabilité financière du contrôleur financier peut être aisée si l'on procède à une lecture littérale des textes. L'article 92 de la directive 07/2009 dispose que le contrôleur financier est personnellement responsable des contrôles portant sur la disponibilité des crédits, sur la vérification des prix par rapport à la mercuriale en vigueur et, au titre de la validité de la créance, sur l'exactitude des calculs de liquidation de la dépense.

Le Burkina Faso n'a pas retenu la faute relative à l'exactitude des calculs de liquidation de la dépense⁶². Par contre, il retient que les contrôleurs financiers « encourent également une responsabilité pécuniaire du fait des irrégularités commises dans l'exercice de leurs attributions ». Cette disposition laisse penser que les fautes punissables ne se réduisent pas aux trois fautes qui ont été expressément prévues par l'article 92 précité de la directive 07/2007. Cette interprétation est d'autant plus plausible que l'article 79 du décret n° 2017-0182/PRES/PM/MINEFID pose le principe général de la responsabilité des contrôleurs financiers en raison de l'exercice de leurs attributions.

Cette volonté des autorités burkinabè à élargir le champ des fautes punissables des contrôleurs financiers suit la logique de l'assimilation de leur responsabilité financière de celle des comptables publics. L'approche burkinabè peut paraître contraire à celle retenue par le législateur communautaire qui a choisi de rapprocher la responsabilité des contrôleurs financiers à celle des ordonnateurs. Une lecture combinée des directives n° 06/2006 et n° 07/2006 montre que les fautes punissables des contrôleurs ne se limitent pas aux situations prévues par l'article 92. En admettant que tout fonctionnaire ou agent public soumis à un titre quelconque au contrôle de la Cour des comptes et toute personne à qui est reproché un des faits énumérés à l'article 80 de la directive n° 06/2006 peut être sanctionné pour faute de gestion, il faut en conclure que les fautes punissables du contrôleur sont étendues. Au total, outre les fautes relatives à ses missions particulières, les contrôleurs sont soumis aux fautes de gestion.

Le droit financier communautaire suit la jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière française. En effet, celle-ci a été amenée à étendre la notion de faute punissable en se rapprochant dans certains cas de la notion de faute de gestion (par exemple en sanctionnant une attention ou une surveillance insuffisantes d'un directeur à l'égard de la marche de son service⁶³, une vigilance insuffisante de la part

⁶² *Ibid.*

⁶³ CDBF, 28 avr. 1987, AFPA ; CDBF, 5 déc. 2008, *Ministère de la Défense, Direction des constructions navales* (Contrat de vente de sous-marins Agosta 90 au Pakistan) (2^e arrêt).

d'un contrôleur financier à l'égard de son adjoint disposant d'une délégation large de compétences⁶⁴, le grave défaut de contrôle et de vigilance du président d'une société soumise à son contrôle)⁶⁵.

La responsabilité pécuniaire des contrôleurs financiers est d'une portée similaire à celle du comptable public. Elle signifie que le contrôleur, dont la responsabilité pour faute de gestion est établie, a l'obligation de réparer, sur ses deniers personnels, le préjudice qu'il a fait subir au Trésor Public ou aux organismes intéressés. La responsabilité personnelle et pécuniaire est illimitée dans son montant et s'étend aux actes des agents placés sous la responsabilité du contrôleur (contrôleur délégué).

C'est pourquoi, pour être cohérent avec la logique de la responsabilité pécuniaire, le pouvoir réglementaire burkinabè impose au contrôleur financier la constitution de garanties dont le montant et les modalités de constitution et de libération devront être précisés par arrêté du ministre en charge des finances⁶⁶. De façon générale, le régime des garanties à constituer appelle une réflexion dans les pays en développement au regard de l'insuffisance des cautionnements à couvrir leur responsabilité. Il pourrait être envisagé les garanties sous les formes de cautionnement (bancaire ou par affiliation à une association de cautionnement mutuel), l'hypothèque sur les biens immeubles ou encore l'assurance privée⁶⁷. Il est tenu d'apporter des garanties pour couvrir, en tant que de besoin, les risques inhérents aux fautes commises à l'occasion de son contrôle. De plus, ils sont désormais assermentés.

En contrepartie de ses obligations, ils ont revendiqué et obtenu de nombreux avantages. Le décret n° 2015-1640/PRES-TRANS/PM/MEF du 28 décembre 2015 fixant les taux des indemnités à servir aux contrôleurs financiers, aux inspecteurs techniques et aux chefs de services de la Direction générale du contrôle et des Marchés publics et engagements financiers a relevé substantiellement leurs indemnités de responsabilité financière, de logement et d'astreinte.

⁶⁴ CDBF, 27 nov. 1996, *Ministère de l'Équipement*. Dans cet arrêt, et pour la première fois, la Cour a condamné à l'amende deux contrôleurs financiers, le premier – ayant la qualité d'adjoint – pour avoir accordé un visa à une proposition de dépense manifestement entachée d'irrégularité, le second pour défaut de surveillance de son subordonné délégué dont les actes engageaient sa responsabilité.

⁶⁵ CDBF, 24 févr. 2006, *Société ALTUS FINANCE* ; la Cour a considéré que le mode de fonctionnement du groupe Altus, filiale du Crédit Lyonnais, s'était caractérisé au début des années 1990 par un grave défaut du contrôle et de vigilance du président de la société à l'égard de celle-ci ainsi que de ses filiales et l'a condamné sur ce motif à une amende de 59 000 euros. Le point de vue de la Cour a été confirmé depuis par le Conseil d'État qui a rejeté le pourvoi en cassation qui avait été formé.

⁶⁶ Article 76 alinéa 1 du décret n° 2017-0182/PRES/PM/MINEFID.

⁶⁷ Au regard du niveau élevé de mauvaise gestion en Afrique francophone, il paraît évident qu'aucune compagnie d'assurance n'accepterait de garantir ce type de risque. Voir Jean-Philippe VION, « La responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics : un instrument de bonne gouvernance pour les pays en développement », *Gestion et Finances Publiques*, n° 9/10, 2015, p. 97.

Les nouvelles règles de gestion des finances publiques dans l'UEMOA ont mis en place un nouveau régime de sanctions pour faute de gestion. Un auteur a déjà montré l'impact des réformes que connaît la gestion publique sur le système répressif propre aux finances publiques⁶⁸.

Les sanctions professionnelles encourues varient suivant le degré de gravité de la faute. Au Burkina Faso, les fautes professionnelles sont classées en fautes de premier, deuxième et troisième degré. Les fautes de troisième degré sont considérées comme des fautes d'extrême gravité⁶⁹. Il peut donc s'agir de suspension de fonction, d'abaissement de grade au licenciement pour faute lourde, etc. Lorsqu'un agent commet une faute de gestion prévue à l'article 104 de la présente loi ou un manquement aux règles de discipline dans le domaine budgétaire ou financier, le pouvoir disciplinaire prévu par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur sur la fonction publique est exercé par le ministre chargé des finances, quel que soit le ministère de rattachement de l'agent⁷⁰.

Le défi reste de rendre effective la responsabilité du contrôleur financier. Des doutes peuvent exister au regard de ce qui est advenu de la responsabilité du comptable public, mais aussi au regard des atténuations qui ont été insérées dans le système de responsabilité du contrôleur. Ce qui laisse penser que la responsabilité du contrôleur financier pourrait être incertaine.

II. UNE RESPONSABILITE INCERTAINE

La doctrine financière africaine a largement montré la faible activité des juridictions financières en ce qui concerne la mise en jeu de la responsabilité des gestionnaires publics au sens large⁷¹. Les systèmes de responsabilités qui ont été mis en place dans les Etats africains ont conduit à une quasi irresponsabilité des ordonnateurs et des comptables. Dans ces conditions, la mise en place d'un système spécifique de responsabilité des contrôleurs risque d'être une gageure. Celle-ci pourrait être favorisée par les limites du système de responsabilité (A) et par les atténuations de la responsabilité du contrôleur (B).

⁶⁸ Nicolas GROPER, « Les sanctions de droit public financier et la réforme de la gestion publique », *Revue du Trésor*, n° 2, 2008, pp. 95-97.

⁶⁹ Article 155 de la loi n° 081-2015/CNT du 24 novembre 2015 portant statut général de la fonction publique d'Etat.

⁷⁰ Article 113 alinéa 2 de la loi organique n° 073-2015/CNT du 06 novembre 2015 relative aux lois de Finances.

⁷¹ Djibrihina OUEDRAOGO, *L'autonomisation des juridictions financières dans l'espace UEMOA : étude sur l'évolution des Cours des comptes*, Thèse de doctorat en Droit public, Université Bordeaux IV, 2013 ; Moussa ZAKI, *Le contrôle des finances publiques dans les Etats d'Afrique noire francophone : l'exemple du Niger et du Sénégal*, Thèse de doctorat en Droit public, Université Toulouse 1, 1999.

A. Les limites du système de responsabilité du contrôleur

S'il est un domaine financier où l'application de la formule suivant laquelle les apparences sont trompeuses trouve son sens, c'est bien dans le régime juridique de la responsabilité personnelle et pécuniaire. Le système qui peut apparaître très rigoureux à l'œil non averti, est en réalité assorti de mécanismes d'atténuation de la responsabilité⁷². D'où ses limites. Les limites du système de responsabilité du contrôleur résultent de l'allègement du système de contrôle (1) et de la prégnance des bienveillances administratives à l'égard du contrôleur financier (2).

1. L'allègement du système de responsabilité du contrôleur

La réforme de la gouvernance financière dans l'espace UEMOA n'a pas permis d'alléger l'important pouvoir du contrôleur financier, surtout en ce qui concerne le contrôle *a priori*. A l'évidence, la réforme budgétaire n'a pas profondément modifié la nature du contrôle interne. La liste des actes d'engagement ou de dépenses obligatoirement soumis au visa ou à l'avis du contrôleur reste encore très étendue. La quête de la responsabilité promue par la réforme a justifié un allègement du contrôle financier. Le contrôle est désormais adapté et modulé en fonction des enjeux et des risques pour les dépenses (Article 43 du décret 2017-182). Il est toutefois conditionné par la qualité et l'efficacité du contrôle interne ainsi que du contrôle de gestion mis en œuvre par l'ordonnateur. Franck Mordacq fait remarquer que l'institution d'une évaluation annuelle du contrôle interne budgétaire au regard notamment des résultats de l'audit interne, témoigne d'une possibilité nouvelle d'évolution du contrôle exercé par le ministère des finances. Les résultats de l'évaluation permettent de suspendre tout ou partie des visas ou avis prévus pour une durée déterminée par arrêté du ministre en charge des finances⁷³. Si les contrôles internes le justifient, les visas et avis peuvent être complètement suspendus.

L'adaptation du contrôle se fait à travers le contrôle modulé des opérations budgétaires. Il s'agit d'un contrôle *a priori* sélectif au regard de la performance du système de contrôle interne qui a donné satisfaction quant au contrôle de conformité des opérations, objet de la modulation. La modulation du contrôle se fait suivant deux modalités : les dérogations de base ou modulations de premier niveau et les modulations de deuxième niveau (Article 45). La première technique résulte d'une mesure générale du ministre des finances exemptant du visa préalable certains actes administratifs et dépenses publiques de tous les ordonnateurs. La mesure vise à restreindre le champ du visa en relevant par exemple les seuils de contrôle.

⁷² Jean-Philippe VION, « La responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics : un instrument de bonne gouvernance pour les pays en développement », *Gestion et Finances Publiques*, n° 9/10, 2015, p. 107.

⁷³ Frank MORDACQ, « Le contrôleur budgétaire et comptable ministériel », *Gestion et Finances publiques*, n° 6, 2016, p. 70, Voir aussi Michel LASCOMBE et Xavier VANDENDRIESSCHE, *Les finances publiques*, 9^e éd., 2017, p. 200.

La deuxième technique permet d'accorder à l'ordonnateur des exemptions en fonction de la qualité du contrôle interne et de gestion qu'il a mis en place (Article 48). L'ordonnateur qui a une gestion efficace bénéficie des deux niveaux de modulation lorsqu'ils existent.

Le ministre en charge des finances joue un rôle important dans la mise en œuvre du contrôle modulé. En effet, il lui revient de déterminer l'étendue des dérogations de base et leurs modalités de mise en œuvre d'une part, et les critères d'évaluation ainsi que les modalités de classification de la gestion des ordonnateurs, d'autre part (Article 46 et 50).

Il faut retenir que les opérations faisant l'objet des dérogations sont exemptées des points de contrôle dévolus au contrôleur financier. C'est pourquoi la responsabilité du contrôleur financier ne peut en aucun cas être engagée en raison des irrégularités constatées dans l'exécution de ces opérations.

2. La prégnance des bienveillances administratives à l'égard du contrôleur financier

La recherche de la responsabilité du contrôleur financier n'a pas toujours été un objectif de contrôle dans le domaine des finances publiques dans les Etats africains. Le contrôleur financier a toujours bénéficié d'une bienveillance dans la phase de contrôle de l'exécution budgétaire au point de bénéficier d'une quasi-immunité administrative. Cette bienveillance à l'égard du contrôleur peut trouver son explication dans le système de gestion publique imputant l'obligation de transparence dans la gestion des deniers publics aux ordonnateurs et comptables publics. Dans cette perspective, la reddition de comptes est logiquement portée sur les ordonnateurs et les comptables publics que sur le contrôleur financier. On a pu montrer que l'évolution du système de contrôle de l'exécution des finances publiques a conduit à élargir l'horizon de la réédition des comptes. En effet, les raisons qui ont prévalu à l'institution du contrôle financier auraient pu justifier la recherche d'une responsabilité solidaire ou dérivée du contrôleur financier dans les manquements aux règles de gestion publique. Le professeur Loïc Philip fait remarquer que le contrôleur avait été mis en place pour mettre fin aux dépassements des crédits qui s'étaient multipliés. Le dispositif permettait donc de décharger les ministres de leur responsabilité de contrôle⁷⁴.

Dès lors, dans tous les cas de dépassement de crédits ou de mauvaise imputation comptable, la responsabilité du contrôleur devait être recherchée soit en remplacement du ministre, à tout le moins de façon solidaire. Cette responsabilité paraît fondée lorsque son avis préalable a été requis ou son visa obtenu. Une telle logique qui devait

⁷⁴ Loïc PHILIP, « La réforme du contrôle financier déconcentré : une réforme exemplaire », *Revue française de Finances publiques*, n° 61, 1998, p. 15.

sous-tendre les contrôles externes n'a pas toujours été observée. Bien au contraire, on a pu constater que la responsabilité du contrôleur est très souvent occultée.

On s'interroge alors de savoir pourquoi la responsabilité du contrôleur n'est pas systématiquement recherchée dans les opérations de contrôles administratifs et juridictionnels menés par les services de contrôle ? Cette question se justifie au regard du rôle du contrôleur financier dans l'exécution budgétaire. Le système de responsabilité jusque-là pratiqué favorise le déni de responsabilité du contrôleur. L'analyse de plusieurs rapports des corps de contrôles a permis de constater que dans de nombreuses opérations budgétaires où le contrôle a été défaillant, la responsabilité du contrôleur n'a pas été évoquée. Quelques exemples permettent d'illustrer des hypothèses dans lesquelles la responsabilité du contrôleur financier était assez manifeste au regard de ses missions. Le rapport général d'activités annuel 2015 de l'Autorité Supérieure de Contrôle d'Etat et de Lutte contre la Corruption (ASCE-LC) est édifiant quant au niveau du respect, par de nombreux contrôleurs financiers, des obligations contenues dans l'article 88 du Règlement Général sur la Comptabilité Publique. En effet, leur visa conditionne la validité de tous les actes des ordonnateurs portant engagement de dépenses, ainsi que toute ordonnance de paiement, tout mandat de paiement ou toute délégation de crédits. Les marchés publics ou contrats, arrêtés, mesures ou décisions émanant d'un ordonnateur sont soumis à son visa préalable pour attester de la bonne imputation de la dépense, de la disponibilité des crédits, de l'application des dispositions d'ordre financier, des lois et règlements, de leur conformité avec les autorisations parlementaires, des conséquences que les mesures proposées peuvent avoir sur les finances publiques.

L'ASCE-LC a révélé de nombreux dysfonctionnements qui pourraient être imputables à la défaillance du contrôle *a priori* au sein de plusieurs structures administratives. Il s'agit du non-respect de la réglementation sur les marchés publics, d'une part, et de la réglementation financière, d'autre part. C'est le cas du contrôle de la gestion de la Commission de l'Informatique et des Libertés (CIL) qui a permis de relever divers manquements à la réglementation contractuelle⁷⁵ et financière⁷⁶. A l'évidence, la nomination du contrôleur financier que l'ASCE-LC avait recommandé auprès de la CIL dans son rapport 2009 n'a eu qu'un impact limité sur le respect de la réglementation⁷⁷. On comprend pourquoi dans sa conclusion sur la gestion 2015 de

⁷⁵ Le non-respect des procédures de demande de cotation (absence des lettres d'invitation à soumissionner, des fiches synthétiques et des factures comparatives), de sélection des consultants en ce qui concerne les prestations intellectuelles (réalisation de spot, formations, etc.), de la procédure de recrutement des cabinets chargés d'assurer les formations ; la non prise en compte de la majorité des dépenses dans le Plan de passation des marchés 2014 ; Voir l'Autorité Supérieure de Contrôle d'Etat et de Lutte contre la Corruption (ASCE-LC), *Rapport général annuel d'activités 2015*, pp. 57 à 61, Rapport disponible sur <https://drive.google.com/file/d/0BzhWGx5anpFWc3UxUEJXPX3hWZ2s/view?usp=sharing>.

⁷⁶ La mauvaise immatriculation de certaines factures, le fractionnement de certaines dépenses (formations, réalisation de spots et pauses- cafés), du non-respect de la nomenclature de l'Etat ou des EPE, etc. Voir rapport précité, pp. 57 à 61.

⁷⁷ Autorité Supérieure de Contrôle d'Etat, *Rapport général annuel d'activités 2009*, p. 40.

cette institution est très tranchée : « les dysfonctionnements au niveau de la CIL ont pour base une confusion à dessein entre institution de la république et structure administrative d'où l'interpellation des premiers responsables à se conformer aux textes législatifs et réglementaires ». Les irrégularités sur les actes soumis à l'avis du contrôleur sont légion et concernent presque toutes les grandes sociétés d'Etat. Les contrôles de l'ASCE permirent également de mettre à nu des irrégularités qui pourraient fonder une éventuelle incrimination du contrôleur. Des surfacturations de produits et matériels commandés⁷⁸, des dépassements budgétaires et des détournements d'objectif⁷⁹, des dépenses non éligibles commis au Festival panafricain du cinéma de Ouagadougou (FESPACO), à l'Office national de l'eau et de l'assainissement (ONEA) et à la SONABHY, des droits d'enregistrement non constatés⁸⁰, liquidation de marché sans constatation effective du service fait par le comité de validation entraînant le paiement d'un marché mal exécuté⁸¹, etc.

La plupart des irrégularités relevées dans les rapports des corps de contrôle peuvent servir de fondement à la recherche de la responsabilité du contrôleur. Toutefois, l'ASCE-LC ne demande explicitement au ministre des Finances de mettre en jeu la responsabilité des ordonnateurs, administrateurs de crédit (Daaf), comptables et receveurs indélébiles⁸².

Le rapport 2015 ne mentionne qu'une gestion manifestement illégale qui a conduit l'ASCE-LC à recommander au ministre des finances d'« engager la responsabilité de tout agent de la Direction Générale du Budget, auteur d'un rapport de vérification complaisant ayant servi de base au renouvellement d'un déblocage, en particulier il pourrait être émis un ordre de recettes à son encontre pour les montants des pièces justificatives irrégulières acceptées ». Le rapport de contrôle de la gestion de la société de transformation des fruits et légumes de Loumbila (STFL) met en évidence l'« utilisation des ressources à des fins autres que celles pour lesquelles elles ont été consenties exposant ainsi la STFL à l'impossibilité de justifier les financements reçus au titre la contrepartie nationale »⁸³. Un entretien avec le contrôleur général a permis de confirmer la rareté des accusations portées sur le contrôleur.

⁷⁸ Ces surfacturations se sont produites à la Commission de l'informatique et des libertés (CIL) ; Direction régionale de l'enseignement secondaire du centre ouest à Koudougou ; Ministère de l'administration territoriale et de la sécurité (MATDS) marchés sur les gilets par balles, les effets d'habillement et les chaussures, etc. Voir : Autorité Supérieure de Contrôle d'Etat et de Lutte contre la Corruption (ASCE-LC), *Rapport général annuel d'activités 2015*, pp. 20 et s.

⁷⁹ Voir : Autorité Supérieure de Contrôle d'Etat et de Lutte contre la Corruption (ASCE-LC), *Rapport général annuel d'activités 2015*, pp. 62-63.

⁸⁰ ASCE-LC, *Rapport 2015*, p. 162.

⁸¹ ASCE-LC, *Rapport 2015*, p. 150.

⁸² Le Ministère de l'Économie est invité à émettre un ordre de recettes d'un montant de deux millions trois cent soixante-dix mille (2 370 000) FCFA à l'encontre de la Présidente de la CIL.

⁸³ ASCE-LC, *Rapport 2015*, p. 158.

La non recherche systématique de la responsabilité du contrôleur financier peut trouver un début d'explication dans la logique qui sous-tend les opérations de contrôle de l'ASCE-LC. En effet, elle mène ses investigations sur dénonciation qui concernent les gestionnaires publics. Les investigations qu'elle mène par la suite visent à confirmer ou non les points de dénonciation. Au total, on note que tant au niveau de sa conception que de la sociologie administrative, le système de responsabilité du contrôleur apparaît assez souple. Dans ces conditions, la mise en jeu de la responsabilité du contrôleur s'avère délicate. On constate que d'autres moyens viennent atténuer la responsabilité quand celle-ci doit être retenue.

B. Les atténuations de la responsabilité

Si la consécration en droit burkinabè du régime de responsabilité pécuniaire du contrôleur financier est une curiosité juridique qui a pu être justifiée par un environnement administratif particulier, l'impression d'un mécanisme de responsabilité injustement sévère est nuancée par de nombreuses causes exonératoires. La responsabilité financière du contrôleur financier suit les singularités de la responsabilité du comptable public. Cette responsabilité peut être écartée ou atténuée par des causes libératoires (1). Celles-ci peuvent avoir des effets pervers sur le système de responsabilité du contrôleur financier (2).

1. Les causes libératoires de la responsabilité du contrôleur financier

La volonté des gouvernants à faire évoluer les modalités de mise en cause de la responsabilité des contrôleurs financiers s'inscrivait dans un contexte marqué par la revendication d'un partage de responsabilité. C'est pourquoi le gouvernement burkinabè a constamment recherché l'équilibre de la responsabilité des gestionnaires publics dans l'élaboration des modalités de mise en jeu de la responsabilité financière du contrôleur financier. Celle-ci emprunte les nombreux traits de la responsabilité du comptable public. Ainsi, elle est assortie de nombreuses atténuations qui s'inscrivent dans la logique de la théorie du ministre juge. Bien que disparue en droit administratif, cette théorie se trouve, dans les cas rares, comme celui de la responsabilité du comptable public et désormais dans celui du contrôleur financier, une application exceptionnelle⁸⁴. Le mécanisme de la responsabilité permet au ministre, sur ce fondement, d'accorder au contrôleur fautif une atténuation de sa responsabilité.

⁸⁴ Cette théorie conférait aux ministres le pouvoir de se prononcer sur un recours dirigé contre une décision administrative. Voir CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, Rec. Lebon p. 1148, notamment le commentaire de Jacques CHEVALLIER, « Réflexions sur l'arrêt Cadot », *Droits*, 1989, n° 9, pp. 79-91.

Le nouveau système burkinabè de responsabilité du contrôleur financier prévoit deux moyens d'exonération de la responsabilité du contrôleur financier. Il s'agit de la décharge de responsabilité et de la remise gracieuse⁸⁵. Les conditions de bénéfice de ces moyens d'atténuation de responsabilité ont été définies par le pouvoir réglementaire.

Le contrôleur dont la responsabilité est mise en jeu peut obtenir, en raison de certaines circonstances, une décharge totale ou partielle de responsabilité après production de toutes justifications nécessaires⁸⁶. La demande de décharge de responsabilité est adressée au ministre des finances ou au juge des comptes. La décharge de responsabilité ne peut être octroyée que pour des raisons objectives liées aux conditions d'exercice du service⁸⁷. Le droit burkinabè permet au contrôleur financier mis en cause de prouver que l'exercice de son contrôle est conforme aux règles de gestion des finances publiques, d'une part et que l'inexécution de ses obligations résulte de faits ou causes indépendantes de sa diligence, d'autre part. Ces conditions renvoient aux causes d'irresponsabilité que sont l'ordre manifestement illégal reçu du supérieur hiérarchique et la force majeure.

Dans l'hypothèse de l'ordre manifestement illégal, le contrôleur doit montrer que la faute commise a été imposée par le supérieur hiérarchique. Cette cause exonératoire est prévue par l'article 81 du décret 2017-182 qui dispose que « *Dans tous les cas où il est passé outre au refus de visa du contrôleur financier sur autorisation écrite du ministre en charge des finances en application des dispositions de l'article 31 du présent décret, la responsabilité du ministre se substitue à celle du contrôleur financier.* »

De même lorsque le contrôleur financier délivre une autorisation écrite permettant de passer outre le refus de visa de son délégué auprès d'un ministère, d'une institution ou d'une autre administration publique centrale, d'une institution ou d'une autre administration publique centrale ou déconcentrée, la responsabilité du contrôleur financier se substitue à celle de son délégué. ». Ces hypothèses décrivent diverses pressions que le contrôleur peut subir. Des auteurs ont montré que les pressions ne sont pas prises en compte de la même manière par les juridictions financières selon qu'elles ont à apprécier la responsabilité des ordonnateurs ou celle des comptables⁸⁸.

⁸⁵ Voir Philippe AUGE, « Les remises gracieuses accordées par le ministre des Finances », *Revue Française de Finances publiques*, 2009, n° 106, p. 233, Faneva Tsiadino RAKOTONDRAHASO, « Les remises gracieuses accordées aux comptables publics », *RFDA*, 2015, p. 417.

⁸⁶ Article 86 du décret 2017-182 précité.

⁸⁷ Voir le Guide didactique de la directive n° 07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant règlement général sur la comptabilité publique au sein de l'UEMOA, p. 41.

⁸⁸ Voir Olivier VILLEMAGNE et Philippe GRIMAUD, « Responsabilités des comptables et des ordonnateurs : quel impact des pressions subies ? Vérité devant la CDBF, erreur en deçà ? », *AJDA*, n° 377, 2015, p. 2069.

La circonstance de force majeure est la principale cause objective qui permet de justifier une décharge totale ou partielle de la responsabilité du contrôleur financier (Article 86 du décret 2017-182). Il convient de rappeler, à la suite de la doctrine financière, que les éléments constitutifs des circonstances de force majeure doivent être à la fois extérieurs, imprévisibles et irrésistibles⁸⁹. La force majeure procède d'une plus grande subjectivisation de l'office du juge permettant de prendre en compte les circonstances, le comportement du contrôleur de l'exécution des opérations financières à la volonté⁹⁰.

L'argument de la force majeure n'a pas encore trouvé en comptabilité publique une pleine application. Le professeur Stéphanie Damarey fait remarquer que des décisions des juridictions financières françaises, se dégage la tendance d'une réticence, d'une prudence à admettre la force majeure que l'on peut qualifier d'excessive⁹¹. Elle conclut que rares sont en définitive les décisions et donc les hypothèses aux termes desquelles le comptable public peut espérer bénéficier de telles circonstances.

Au Burkina Faso, la bienveillance administrative à l'égard du contrôleur financier pourrait favoriser un recours abusif à l'argument de la force majeure en vue d'atténuer sa responsabilité. Les circonstances justificatives d'irresponsabilités pourraient être tirées de l'absence de mercuriale⁹² ou l'application de prix issus d'une délibération de commission d'attribution de marché public comme le prévoit l'article 81 du décret 182-2017. Au demeurant, il paraît difficile de reproduire au contrôleur les plausibles circonstances de force majeures applicables au comptable public, notamment les catastrophes naturelles qui endommageraient le bâtiment abritant le poste comptable, le cambriolage ou l'incendie.

Lorsque la décharge n'a pas été obtenue, il ne reste plus que la remise gracieuse pour limiter la responsabilité du contrôleur. En effet, la remise gracieuse est un puissant moyen d'atténuation de la responsabilité personnelle et pécuniaire en finances publiques. En droit UEMOA, elle est utilisée pour atténuer la responsabilité du comptable public qui est mis en débet⁹³. Le débet est lié à l'obligation pour le

⁸⁹ Stéphanie DAMAREY, « La réforme de la responsabilité du comptable public et ses conséquences jurisprudentielles », *Gestion & Finances publiques*, n° 2-2016 / Mars-Avril 2016, p. 48 ; L. GIRARDI, « Le régime de responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics après la réforme », *Gestion & Finances publiques*, 2012, n° 11, p. 36.

⁹⁰ Stéphanie DAMAREY, « La réforme de la responsabilité du comptable public et ses conséquences jurisprudentielles », *Ibid.*, p. 45.

⁹¹ *Ibid.*, p. 49.

⁹² Voir Direction générale du contrôle des marchés publics et des engagements financiers (DGCMEF), Rapport du 25^e forum des contrôleurs financiers tenu les 20 et 21 décembre 2017 à Ouagadougou : « La lutte contre la surfacturation et la corruption dans la commande publique : portée et limite de la mercuriale des prix ».

⁹³ Article 32 de la directive n° 07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant règlement général sur la comptabilité publique au sein de l'UEMOA « Les comptables publics peuvent obtenir une décharge de responsabilité ou la remise gracieuse des sommes laissées à leur charge dans les conditions prévues par la réglementation nationale ».

contrôleur de couvrir, de ses deniers personnels, le préjudice financier à un organisme public. S'il ne s'en acquitte pas spontanément, le ministre dans l'exercice de son pouvoir hiérarchique ou le juge à l'occasion du jugement des comptes peut le constituer débiteur de ladite somme. L'usage du pouvoir de remise gracieuse en vue d'atténuer la responsabilité du contrôleur financier est une innovation introduite par le législateur burkinabè qui a admis, comme il a été déjà évoqué, la responsabilité personnelle et pécuniaire du contrôleur financier. En effet, selon l'article 100 du décret 2017-182, le débet - administratif ou judiciaire- peut être apuré par une remise gracieuse. La remise gracieuse de débet subjectivise la responsabilité du contrôleur financier. Elle est accordée en raison de la situation personnelle du contrôleur mis en cause. L'autorité hiérarchique a la possibilité de remettre, selon sa propre volonté, les sommes que la décision de débet a mises à la charge du contrôleur financier⁹⁴. En conséquence, le contrôleur financier qui n'a pas obtenu la décharge de responsabilité peut solliciter du ministre en charge des finances la remise des sommes laissées à sa charge (Article 91 du décret 2017-182). La remise gracieuse suite à un arrêt de débet est soumise à l'avis conforme de la Cour des comptes⁹⁵. La consultation de la Cour des comptes est une mesure opportune qui vise à limiter les abus du ministre des Finances. On constate donc que les différentes mesures d'atténuation de la responsabilité peuvent avoir des effets pervers sur le système de responsabilité du contrôleur financier.

2. Les effets pervers des mesures libératoires sur le système de responsabilité du contrôleur financier

Les mesures libératoires – partielles ou totales – ont été instituées pour permettre d'atténuer la responsabilité financière du contrôleur financier. Si elles permettent de limiter leurs craintes, elles peuvent avoir des incidences négatives sur le système de responsabilité du contrôleur. L'obligation de redevabilité imputable à tout agent public peut devenir virtuelle pour le contrôleur. Cette anomalie du système de responsabilité financière a été très régulièrement dénoncée pour les gestionnaires publics⁹⁶. La responsabilité financière des ordonnateurs notamment demeure encore « à l'État de principe »⁹⁷.

⁹⁴ Voir guide didactique de la directive n° 07/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009.

⁹⁵ Article 113 alinéa 1 de la loi organique n° 073-2015/CNT du 06 novembre 2015 relative aux lois de Finances.

⁹⁶ Jean-Christophe SAVINEAU, « La responsabilité budgétaire des ordonnateurs d'établissements publics nationaux : règle toujours nécessaire ou régime obsolète ? », *Revue française de Finances publiques*, 2016, n° 133, p. 253 ; Bernard POUJADE, « État des lieux de la responsabilité des ordonnateurs en droit public financier aujourd'hui », *Revue française de Finances publiques*, 2005, n° 92, p. 101-112 ; André BARILARI, « La réforme de la gestion publique, quel impact sur la responsabilité des acteurs ? », in *Revue française de Finances publiques*, 2005, n° 92, p. 25-38.

⁹⁷ Michel BOUVIER, Marie-Christine ESCLASSAN, Jean-Pierre LASSALE, *Finances publiques*, LGDJ, 2016, p. 412.

La portée de la décharge de responsabilité et de la remise gracieuse est alors questionnée. En effet, elles ont une conséquence pernicieuse sur l'étendue de la responsabilité personnelle et pécuniaire du contrôleur financier. Elles ont un effet limitatif sur cette responsabilité, d'une part et sur la compétence du juge financier, d'autre part.

La décharge de responsabilité et la remise gracieuse limitent la responsabilité du contrôleur en ce qu'elle aménage une échappatoire permettant au contrôleur de se soustraire de sa responsabilité. Dans l'hypothèse de la décharge de responsabilité, le ministre des Finances ou le juge des comptes a estimé que le contrôleur bénéficiait de circonstances objectives de nature à justifier une exonération de liberté. Dans un système administratif marqué par l'impunité, il faut craindre que le ministre des Finances n'ait la main légère à l'égard des contrôleurs qui sont censés le représenter⁹⁸. La bienveillance de l'administration à l'égard du contrôleur peut donc favoriser une pratique complaisante d'irresponsabilité.

Les mesures libératoires de responsabilité ont l'inconvénient d'influer sur la compétence du juge financier. La survivance du ministre-juge a un effet pervers sur la fonction contentieuse en matière financière. En effet, la remise gracieuse peut intervenir à la suite d'un débet administratif ou juridictionnel non couvert par le contrôleur financier (Article 97 du décret 2017-182). On note qu'après l'intervention du juge des comptes, le ministre des Finances peut user de la décharge de responsabilité et de la remise gracieuse pour libérer le contrôleur d'une responsabilité que le juge financier a pourtant retenue. Cette pratique est préoccupante à plusieurs égards. Elle bafoue l'autorité de la chose jugée des décisions du juge des comptes et méconnaît le préjudice financier subi par l'organisme public⁹⁹.

⁹⁸ Les professeurs Michel LASCOMBE et Xavier VANDENDRIESSCHE montrent à propos des comptables publics que la remise gracieuse se transforme en moyen de gestion du personnel, par lequel la « centrale » (le ministère) exerce la pression/chantage sur les agents pour les soumettre à sa volonté : « Les rapports "droit-gestion" à travers la responsabilité des acteurs de l'exécution budgétaire », in Michel BOUVIER (sous la dir.), *Innovations, créations et transformations en Finances Publiques* (Actes de la 11ème Université de printemps de Finances Publiques du GERFIP), LGDJ, 2006, pp. 167-192 ; « La modernisation de la responsabilité des comptables publics », *RFDA*, mai-juin 2007, pp. 442-450.

⁹⁹ Voir Nicaise MÉDÉ, « Réflexions sur l'autorité de la chose jugée en droit positif africain francophone », in Jean-Luc ALBERT (sous dir.), *Figures lyonnaises des finances publiques : Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre LASSALLE, Gabriel MONTAGNIER et Luc SAIDJ*, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 273-301 ; Dakor DA, « L'autorité de la chose jugée en matière de justice financière », *Revue Béninoise des sciences juridiques et administratives (RBSJA)*, n° 24, pp. 115-130.

L'incidence de l'irresponsabilité octroyée sur la compétence du juge des comptes n'est pas conforme aux standards internationaux relatifs aux fonctions juridictionnelles¹⁰⁰. En l'absence de force exécutoire des décisions des Cours des comptes en raison des pouvoirs de décharge et de remise gracieuse, leur qualité de juridiction en vient à être remise en cause¹⁰¹.

En France, le pouvoir de remise gracieuse dont dispose le ministre chargé du budget à l'égard des comptables publics a été fortement critiqué pour ses effets limitatifs sur l'étendue de leur responsabilité. L'Assemblée nationale a pu montrer dans un rapport que de l'ordre de 90 à 95 % des décisions rendues par le juge des comptes ne sont pas respectées. Ils voient leur autorité de la chose jugée balayée... par l'intervention du ministre chargé du budget qui, faisant usage de son pouvoir en la matière, accorde aux comptables publics une remise gracieuse des sommes mises à leur charge¹⁰². A défaut de supprimer le pouvoir ministériel de remise gracieuse comme l'avait préconisé la Commission des finances de l'Assemblée nationale en septembre 2010, les réformes engagées en France ont permis de faire évoluer de manière satisfaisante l'office du juge des comptes à travers la limitation de ce pouvoir ministériel¹⁰³.

La jurisprudence a fortement contribué à redéfinir les limites de la remise gracieuse en condamnant, notamment le comptable public, au versement d'une somme non rémissible¹⁰⁴. Désormais, le débet prononcé ne peut plus être tempéré qu'au moyen d'une remise gracieuse des sommes laissées à la charge du comptable¹⁰⁵. Le préjudice financier est désormais le critère qui permet de déterminer l'étendue du pouvoir de remise gracieuse du ministre des Finances.

¹⁰⁰ Dans ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a eu à préciser qu'un caractère essentiel de la juridiction tient « au pouvoir de rendre une décision obligatoire qu'une autorité non judiciaire n'aurait pas le pouvoir de modifier », voir CEDH, 19 avril 1994, Van den Hurk c/Pays-Bas, §45 : A.288 ; CEDH, 23 octobre 1985, Benthem : A.97. Cité par Frédéric SUDRE, *Op. cit.*, p. 81.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Voir Rapport de l'Assemblée Nationale, n° 772 sur le projet de loi portant modification de dispositions relatives à la Cour des comptes et aux chambres régionales des comptes, 2 avr. 2008.

¹⁰³ Stéphanie DAMAREY, « La réforme de la responsabilité du comptable public et ses conséquences jurisprudentielles », *op. cit.*, p. 49.

¹⁰⁴ Philippe GRAVELEAU, « Responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable public : condamnation au versement d'une somme non rémissible », *Gazette du Palais*, 2014, n° 163, p. 28.

¹⁰⁵ Stéphanie DAMAREY, *L'essentiel des Finances publiques*, 5^e éd., Gualino, 2017, p. 146. Le pouvoir de remise est supprimé en cas de somme non rémissible, possible en cas de débet, mais avec l'obligation de maintenir à la charge du comptable une somme minimale sauf en cas de décès ou lorsque le comptable a respecté des règles du contrôle sélectif de la dépense.

CONCLUSION

La consécration d'une responsabilité financière spécifique du contrôleur financier est une innovation majeure du droit financier burkinabè. Cette responsabilisation qui a été justifiée par le contexte national paraît en phase avec la quête de la performance dans la gestion publique. Au demeurant, on peut se demander pourquoi au moment où le curseur du contrôle s'est déplacé vers le contrôle *a posteriori*, il est institué une responsabilité financière spécifique du contrôleur financier ? En effet, l'allègement du contrôle *a priori* pour le renforcement du contrôle *a posteriori* devait conduire à l'abandon de la responsabilité pécuniaire du contrôleur financier. De fait, la prégnance de la mauvaise gouvernance n'invite pas à cette solution. Il commande de rechercher la responsabilité de chacun des acteurs dans la nouvelle gouvernance financière. Pour le législateur burkinabè, cette occurrence s'accommode de l'évolution de la mission du contrôleur financier.

Doté d'une mission d'appréciation de la performance des programmes et de la qualité de la gestion, le contrôleur financier est devenu un véritable cogestionnaire public. Cette importance est confirmée par son importance dans la chaîne de dépense publique. Le sacrosaint principe des finances publiques qui consacrait un ménage à deux entre l'ordonnateur et le comptable doit tenir compte du contrôleur financier. Son positionnement dans ce ménage à trois implique subséquemment le poids de la mission qui lui est confiée. Le spectre de la responsabilité pécuniaire l'invite à accomplir avec dévotion ses missions. Désormais, il n'a plus un pouvoir sans responsabilité. Le serment et les nouvelles indemnités financières qui lui sont servis en sus de sa rémunération sont les garanties d'un environnement favorable à la performance.

Mais, il ne faut pas se méprendre sur les vertus transformatrices des réformes, car la performance, ainsi que l'a relevé Allen Schick, ne naît pas spontanément¹⁰⁶. C'est dire que la mise en œuvre de la responsabilité pécuniaire ne sera pas un long fleuve tranquille. Du reste, de nombreux facteurs incitent à croire que la responsabilité du contrôleur peut être incertaine. Il faut d'abord relever que le conservatisme administratif peut avoir une incidence sur la mise en jeu de la responsabilité spécifique du contrôleur financier. Les services de contrôle se sont habitués à un traitement bienveillant à l'égard du contrôleur financier. Dans de nombreuses hypothèses de manquement, la responsabilité du contrôleur financier n'a pas été retenue alors qu'elle paraissait bien constituée. On a pu montrer que pour le législateur, la cause principale de responsabilité pécuniaire du contrôleur est liée au manquement à l'obligation de vérifier la conformité des prix par rapport à la mercuriale en vigueur ou tout autre référentiel des prix homologués. Il faut se demander alors pourquoi les inspections de contrôle n'évoquent que très rarement la responsabilité du contrôleur financier dans

¹⁰⁶ Allen SCHICK, « L'Etat performant : réflexions sur une idée entrée dans les esprits, mais pas encore dans les faits », *Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire*, Volume 3, n° 2, 2003, p. 83.

des nombreux cas de surfacturations constatées dans la gestion, notamment les surfacturations des produits et matériels commandés par les organismes publics.

Il faut ensuite faire remarquer que le système de responsabilité pécuniaire de façon générale, plus spécifiquement celui du contrôleur, est assorti de divers mécanismes qui permettent d'atténuer sa responsabilité pécuniaire. Le contrôleur peut en effet bénéficier d'une décharge de responsabilité du ministre des Finances et de la Cour des comptes. La décharge ministérielle du gestionnaire public, en l'occurrence le comptable public, de sa responsabilité pécuniaire a fait l'objet de vives critiques en France. Il a été reproché au ministre des Finances en France de remettre en cause l'autorité de la chose jugée financière, sapant ainsi l'autorité des juridictions financières. Une réforme en France est venue limiter l'interférence ministérielle dans la gestion de la responsabilité pécuniaire du comptable public. Le législateur burkinabè a pris le soin d'indiquer que le ministre des finances devra requérir l'avis conforme de la Cour des comptes lorsqu'il entrevoit d'accorder une remise gracieuse ou une décharge de responsabilité suite à un acte (arrêté ou arrêt) de débet. Les conditions d'appréciation du juge n'ont pas été définies, mais on peut imaginer son malaise s'il devait être invité, à la suite d'une intervention extérieure, à réviser sa décision.

L'avenir permettra d'apprécier la pertinence ou non de cette solution. Pour cela, il faut que la Cour des comptes sorte elle-même de son agonie. Il faut craindre que l'anomie observée dans le traitement des comptes publics ne conduise à la défiance de la Cour des comptes. En effet, elle ne montre pas un véritable enthousiasme à exiger le dépôt des comptes publics et le traitement diligent des nombreux manquements imputés aux gestionnaires publics par les inspections de contrôles et par les juridictions de droit commun. En effet, le tribunal de grande instance de Ouagadougou a poursuivi et condamné le 26 septembre 2017 le comptable public et le Caissier du Salon international de l'artisanat de Ouagadougou (SIAO) pour détournement de deniers publics sur la somme de plus de 251 millions de FCFA. Les prévenus ont écopé chacun de 60 mois de prison ferme, de 10 millions de FCFA d'amende et 10 millions de FCFA à titre de dommages et intérêts¹⁰⁷. La teneur de la sanction a été mal perçue par l'opinion publique en raison de la non évocation du remboursement de la somme détournée. Cette affaire offre la possibilité au juge des comptes de faire connaître sa compétence contentieuse en matière financière. Il lui revient de sanctionner doublement le comptable public d'une mesure punitive d'une part, et d'une mesure restitutive, d'autre part. Dans le premier cas, il s'agit de sanctionner la violation de la norme financière et, dans le second, d'obliger à restituer les manquements constatés dans la caisse publique. Plutôt que de se préoccuper du bon accomplissement de son office, la Cour des comptes est inhibée par la guéguerre de corporations entre

¹⁰⁷ Lefaso.net, « Détournement de 251 millions au SIAO : Les accusés condamnés à 60 mois de prison ferme », Disponible sur www.lefaso.net.

magistrats professionnels et magistrats financiers¹⁰⁸. Dans ces conditions, on voit mal comment la responsabilité pécuniaire peut au Burkina Faso devenir une variable d'orientation de la bonne gestion publique.

Fort malheureusement, la culture administrative burkinabè et l'environnement juridico-politique qui encadrent l'exécution des opérations budgétaires ne sont pas encore favorables à l'éclosion d'une responsabilité personnelle et pécuniaire des gestionnaires publics.

En dépit de ces insuffisances, le nouveau système de responsabilité personnelle et pécuniaire du contrôleur financier recèle une vertu dissuasive. Dorénavant, le contrôleur financier sait qu'il n'a plus un pouvoir sans responsabilité. Il est embarqué, pour de nombreux cas de manquements, dans une solidarité collégiale avec le comptable public et l'ordonnateur. S'il décide d'accomplir son contrôle dans le respect de l'orthodoxie financière, sa responsabilité pécuniaire sera frappée d'une désuétude. Si par contre, il s'obstine à être une des têtes de l'hydre, la troisième figure dévoyeuse de l'orthodoxie financière, sa responsabilité personnelle et pécuniaire pourrait être engagée.

Ce pas de plus vers la responsabilité financière des contrôleurs financiers ne doit pas masquer l'importance des mécanismes d'atténuation de cette responsabilité. A l'évidence, les causes d'exonération font naître des doutes sérieux sur l'effectivité attendue de la responsabilité financière du contrôleur financier.

Séni Mahamadou OUEDRAOGO
Université Ouaga II
BURKINA FASO

¹⁰⁸ La guerre de tranchées a eu pour point d'orgue, la décision du Conseil supérieur de la magistrature notifiant aux conseillers non magistrats la décision de non renouvellement de leur mandat. Cette décision frappe par l'argument d'autorité qui fonde le pouvoir du CSM de ne pas respecter l'obligation de motiver les actes administratifs.

LA CRISE DU SYSTEME DE DUALITE DE JURIDICTION EN AFRIQUE FRANCOPHONE : ANALYSE DES MODELES BURKINABE, MALIEN ET SENEGALAIS.

« L'avenir du juge administratif en fera toujours davantage un juge, et de moins en moins un juge administratif ; ce qui peut contribuer, à long terme, à poser la question de son identification et d'une intégration aux structures juridictionnelles ordinaires »¹.

INTRODUCTION

Au lendemain des indépendances, les États d'Afrique noire francophone ont conservé la plupart des institutions forgées sous l'ère coloniale. C'est ainsi que le système juridictionnel institué par le colonisateur a été maintenu au sein des nouveaux États, même s'il connaîtra plus tard des réaménagements. En Afrique noire francophone, en effet, « pendant la période coloniale, un système de dualité de juridictions avait été mis en place avec la création de conseils du contentieux administratif »². Mais avec l'accession à l'indépendance, l'organisation du système juridictionnel devenait une affaire interne aux nouveaux États qui devaient plus tard y apporter des réformes. Les réformes du système juridictionnel dans les nouveaux États africains ont fait l'objet d'abondantes contributions doctrinales³. Ainsi, apprendra-t-on que la structuration des organes juridictionnels dans les différents États avait conduit une certaine doctrine à opposer au modèle sénégalais d'unité, le modèle malgache de dualité de juridiction⁴ et que d'autres auteurs proposaient une autre classification en distinguant le système à

¹ Y. GAUDEMET, « Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité », AJDA 2005, p. 1761.

² D. SY « Justice administrative et droit administratif en Afrique : Un bilan. », in *Espace du service public*, mélanges en l'honneur de Jean du Bois de GAUDUSSON, t.1, éd. Presses Universitaires de Bordeaux, 2013, p. 654. S'agissant de l'évolution historique de la juridiction administrative en France, on notera que la première étape de la création des juridictions administratives date de l'an VIII (article 52 de la Constitution de l'an VIII) avec la naissance du Conseil d'État. On a aussi la création des conseils de préfectures (Loi du 28 pluviôse an VIII). Voy. Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 18^e éd., 2005, p. 44.

³ Voy., B. KANTE, *Unité de juridiction et droit administratif : l'exemple du Sénégal*, Thèse, Orléans, 1983, ...p. ; L. BADO, *Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les États du Conseil de l'Entente*, Thèse, doctorat d'État, Bordeaux 1981 ; A. CABANIS, « Les influences étrangères en matière de codification », *La codification juridique dans les pays francophones*, M. BADJI, O. DEVAUX et B. GUEYE (dir), éd. Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, n° 7, 2008, 347 p. ; M. DIAGNE, *Les méthodes et les techniques du juge administratif sénégalais* ; Thèse, Dakar, 1995, 523 p. E. MBODJ, « Les incidences de la réforme judiciaire du 30 mai 1992 sur le contentieux administratif sénégalais », *EDJA*, n° 25, avril-mai-juin, 1995.

⁴ Voy. D. DARBON, « Le juge africain et son miroir : la glace déformante du transfert de jurisprudence administrative en Afrique », *Afrique contemporaine*, n° 156 numéro spécial 1990, p. 240. Dans cet écrit, le professeur DARBON évoque le caractère formel des classifications en insistant sur la quasi-similitude du mode de fonctionnement des différents systèmes. Voy aussi, D. SY, *op. cit.* p. 654.

dualité fonctionnelle et à unicité organique dont les modèles sénégalais et malgaches constituaient les sous-groupes et le système qui maintenait une juridiction administrative intégrale ou quasi intégrale⁵.

La répartition des compétences juridictionnelles est l'œuvre du pouvoir constituant, mais les constitutions africaines⁶ se contentent d'annoncer le modèle d'organisation juridictionnel renvoyant à la loi⁷ pour la définition du champ de compétence des différentes juridictions. Plusieurs réformes institutionnelles ont été menées au sein des États africains à la fin du 20^e Siècle dans le but de répondre efficacement aux exigences de l'État de droit auquel aspiraient les populations. L'étude s'intéressera aux systèmes juridictionnels burkinabè, malien et sénégalais dont les spécificités renseignent sur la diversité des systèmes juridictionnels pourtant, tous hérités du système juridictionnel français.

Ainsi, le Burkina Faso tout comme le Mali avaient mis en place un système de dualité juridictionnel à la base et d'unicité juridictionnelle au sommet matérialisé par la création d'une Cour suprême dont la chambre administrative est compétente pour connaître des recours en cassation contre les décisions des juridictions administratives. Ce système d'organisation juridictionnel qui n'a fonctionné au Burkina Faso que durant quelques années a été très vite modifié pour favoriser la mise en place d'un dualisme imparfait qui consacre deux ordres distincts de juridiction : l'ordre administratif et l'ordre judiciaire⁸. Au Burkina Faso par exemple, les propositions de réorganisation du système juridictionnel issues des « États généraux de la justice » de 2015 soulignent, outre la nécessité d'aller vers un dualisme intégral, la création de juridictions administratives d'appel en vue d'améliorer l'offre de justice administrative⁹.

⁵ Ibid.

⁶ Voy. Art. 124 de la Constitution du Burkina Faso, art. 81 de la Constitution du Mali et art. 88 de la Constitution du Sénégal.

⁷ Au Burkina Faso il s'agit de la loi n° 011-2016/AN du 26 avril 2016 portant création, composition, attributions, fonctionnement des tribunaux administratifs et procédure applicable devant eux qui abroge la loi n° 94-006 du 12 Mars 1994 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs, modifiée par celle de n° 95-057 du 03 Août 1995 ; au Mali c'est la loi n° 94-006/AN-RM du 18 mars 1994 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs, modifiée par la loi n° 95-057/AN-RM du 3 août 1995 ; Au Sénégal c'est la loi n° 2008-35 du 8 août 2008 portant création de la Cour suprême qui détermine les compétences de la Cour suprême et des différentes chambres qui la composent.

⁸ Aux termes de l'article 124 de la Constitution du Burkina Faso « *le pouvoir judiciaire est confié aux juges ; il est exercé sur tout le territoire du Burkina Faso par les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif déterminées par la loi* ».

⁹ Aux termes de l'article 25 du Pacte de renouveau de la justice « *Un centre de formation des professions judiciaires doit être créé pour renforcer la formation et la spécialisation des acteurs judiciaires. La spécialisation des magistrats doit être envisagée dès le recrutement en tenant compte des différents ordres de juridictions. Un accent doit être mis sur la spécialisation des magistrats en matière financière. La durée de la formation devra être de 36 mois (2 ans pour la phase théorique et 1 an pour la phase pratique) au lieu de 18 mois* ».

Suivant les termes de l'article 81 de la Constitution du Mali, le pouvoir judiciaire « s'exerce par la Cour Suprême et les autres Cours et Tribunaux ». On est donc toujours en présence d'un dualisme à la base et d'une unicité au sommet. Mais la particularité du dualisme juridictionnel appliqué au Mali est que celui-ci est organisé par « pôles¹⁰ » ; ce mode d'organisation présente aussi les traits d'un dualisme imparfait. Quant au Sénégal, celui-ci avait très tôt adopté un système d'unicité de juridiction avec dualité du contentieux¹¹, c'est-à-dire un système dans lequel une même juridiction était à la fois compétente pour connaître des contentieux administratif et civil.

La dualité de juridictions est un mode d'organisation juridictionnelle dont la principale caractéristique est l'existence d'une juridiction administrative compétente pour régler les litiges administratifs et d'une juridiction judiciaire dont la compétence se limite aux différends opposant les particuliers ou relatifs au respect de la loi¹². L'organisation dualiste du système juridictionnel admet non seulement la mise en place d'une architecture institutionnelle séparée et la définition de compétences¹³ propres à chacun des ordres de juridiction, mais aussi l'institution d'un tribunal des conflits chargé de trancher les conflits de compétences pouvant opposer les juridictions de l'ordre administratif à ceux de l'ordre judiciaire¹⁴. Le système de dualité juridictionnelle se distingue du système d'unicité juridictionnelle dans lequel il existe un ordre de juridiction unique compétent, en principe, pour connaître des litiges de toutes natures.

¹⁰ La loi n° 94-006/AN-RM du 18 mars 1994 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs, modifiée par la loi n° 95-057/AN-RM du 3 août 1995 consacre l'existence de trois tribunaux administratifs situés respectivement à Bamako, Kayes et Mopti. La loi confère à chacune des juridictions administratives une compétence territoriale large couvrant plusieurs régions du Mali. On est donc en présence de pôles de juridictions administratives.

¹¹ Suivant l'article 88 de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001 « le pouvoir judiciaire est (...) est exercé par le Conseil constitutionnel, la Cour suprême, la Cour des Comptes et les Cours et Tribunaux ». Mais c'est la loi n° 2008-35 du 8 août 2008 portant création de la Cour suprême qui confie le contrôle contentieux des actes administratifs à la chambre administrative de la Cour suprême qui comporte en son sein trois autres chambres à savoir, les chambres civile, commerciale et sociale.

¹² Voy. Ph. FOILLARD, *Dictionnaire de droit public*, Paris, Centre de publications universitaires, 2000. L'auteur précise, par ailleurs, que dans le système dualiste français la séparation des ordres de juridiction n'est pas absolue. Dans certaines hypothèses, le juge judiciaire intervient pour contrôler l'action administrative (par exemple, en cas de voie de fait).

¹³ Voy. Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, op. cit. p. 47 et s. L'auteur donne ici des précisions sur les critères cumulatifs de la compétence constitutionnellement réservée de la juridiction administrative.

¹⁴ Le tribunal des conflits a été institué par la loi constitutionnelle n° 033-2012/AN du 11 juin 2012. Cf. article 126 de la Constitution du Burkina Faso. Avant la révision de la Constitution en juin 2012, le système juridictionnel dualiste burkinabè souffrait de l'absence d'un organe juridictionnel chargé de trancher les conflits de compétence inhérente au fonctionnement normal des juridictions dans un système de type dualiste.

Le système juridictionnel dualiste des États d'Afrique francophone est supposé se bâtir sur le modèle français dont l'originalité, en référence aux systèmes anglo-saxons, réside dans l'existence d'un ordre juridictionnel administratif distinct de l'ordre des juridictions judiciaires et chargé de juger tous les litiges découlant de l'action administrative¹⁵. Par la création d'un ordre des tribunaux administratifs différent de celui des tribunaux judiciaires et chargés du contentieux né de l'action administrative, les États ayant orienté leur système juridictionnel vers le dualisme (dualisme juridictionnel ou dualisme du contentieux) consacrent la coexistence d'un droit spécial applicable à l'action administrative et d'un droit commun applicable aux actes ne présentant pas des prérogatives de puissance publique.

L'incidence de la spécialisation des ordres de juridictions sur le fonctionnement du système juridictionnel peut surprendre à l'analyse des modèles dualistes appliqués par les pays africains. En effet, étant donné que la spécialisation des ordres juridictionnels vise à assurer l'efficacité de l'office du juge, celle-ci devrait être accompagnée d'une spécialisation des magistrats affectés dans les différentes juridictions appartenant aux deux ordres juridictionnels. Si cela est vrai en France, par exemple, en Afrique francophone la spécialisation des ordres juridictionnels n'emporte pas nécessairement la spécialisation des corps de magistrats affectés dans les différentes juridictions. Il arrive qu'un magistrat nommé juge administratif ou commissaire du gouvernement¹⁶ dans une juridiction administrative assume cumulativement des fonctions de juge civil. Un tel cumul de fonctions au profit d'un même magistrat peut gêner l'efficacité de son action dans les affaires relevant de l'un des ordres de juridiction.

L'analyse des systèmes juridictionnels d'Afrique francophone rend compte de ce que ceux-ci sont un « *avatar imparfait* » du modèle français qui découle des termes du décret du 16 fructidor an III qui faisait « *défenses itératives aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit* »¹⁷. Cette séparation radicale des juges administratif et judiciaire qui, selon les

¹⁵ Y. GAUDEMET fait remarquer à ce sujet que c'est par l'existence de la juridiction administrative, laquelle commande tout le reste du système que le régime français diffère encore radicalement des régimes anglo-saxons ; Voy., *Manuel de Droit administratif*, Paris, LGDJ 18^e édition, 2005, p. 41.

¹⁶ Dans la plupart des ressorts juridictionnels, le commissaire du gouvernement près le tribunal administratif se trouve cumulativement investi des charges de procureur de la République devant le tribunal de grande instance. Or si l'on se réfère à la définition de F. ROLIN, qui appréhende le commissaire de gouvernement comme un magistrat chargé devant la juridiction administrative « *d'exposer les questions que présente à juger chaque recours contentieux et de faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables, ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction à laquelle il appartient* » il est certain que ce magistrat pourra difficilement s'acquitter des tâches d'un procureur de la République. voy. , « Les conclusions présentées oralement par le commissaire du gouvernement devant le tribunal administratif n'ont pas à être communiquées aux parties » *AJDA*, 1999, p. 69.

¹⁷ La séparation des juridictions administratives des juridictions civiles n'est pas liée originellement au principe de la séparation des pouvoirs. On constate que dans les systèmes

termes de Pierre Sargos, « *tracent dans l'ordre juridique français deux sillons presque toujours parallèles parfois en opposition parfois en convergence* »¹⁸ exerce une influence variable sur le fonctionnement de la justice administrative suivant le degré de rigueur observée dans son application. La principale caractéristique du dualisme juridictionnel est la quasi-inexistence de transversalités chez les magistrats qui sont spécialisés devant l'un ou l'autre ordre de juridiction¹⁹. Faisant fi de cette constante, certains États d'Afrique francophone admettront un système de dualité des ordres juridictionnels dont le fonctionnement est assuré par des magistrats essentiellement civilistes.

Les modèles d'organisation dualiste en vigueur dans les États d'Afrique francophone présentent des faiblesses qui pèsent sur l'efficacité de l'office du juge administratif. Outre les insuffisances qui caractérisent chacun des systèmes juridictionnels concernés, l'on remarquera que la diversité des pratiques du dualisme ne permet pas de réunir les systèmes africains dans une catégorie unique. L'examen du dualisme juridictionnel en Afrique francophone dévoile la nécessité d'adapter les systèmes juridictionnels aux évolutions récentes du droit, avec une prise en compte particulière du contexte d'intégration régionale. Si les dysfonctionnements des appareils judiciaires des États retiennent l'attention, la faiblesse de la production jurisprudentielle inquiète davantage et incite légitimement à s'interroger sur l'avenir du dualisme juridictionnel en Afrique. Il apparaît alors légitime de se demander quel est l'intérêt et l'utilité du dualisme juridictionnel en Afrique francophone ? Quels sont les remèdes à administrer aux modèles d'organisation dualistes pour avoir des systèmes juridictionnels plus productifs ?

En dépit des clarifications théoriques sur les systèmes dualistes africains, l'étude pourrait susciter, au près des législateurs nationaux notamment, des réflexions sur la révision des modèles juridictionnels en Afrique. Face aux questionnements ci-dessus, on retiendra que des correctifs méritent d'être apportés aux modèles dualistes en vigueur pour les adapter aux réalités sociales, à l'évolution du droit et du besoin de justice des populations. La prise en compte de ces dimensions pourrait favoriser la construction de systèmes juridictionnels plus performants. Ainsi, la présente étude s'articulera autour de deux axes essentiels : il s'agira d'abord de faire l'état des lieux de la diversité des modèles juridictionnels dualistes existant en Afrique francophone

juridiques des États francophones, l'existence des juridictions administratives est actuellement justifiée par le régime administratif qui procède de l'application d'un droit spécial. On sera d'avis avec Y. GAUDEMET que la justification actuelle de la juridiction administrative est étrangère à sa formation d'origine qui avait été favorisée par des considérations politiques et constitutionnelles d'indépendance de l'administration à l'égard des juridictions ordinaires. La comparaison avec les systèmes juridiques anglo-saxons permet de constater que ces derniers connaissent la séparation des pouvoirs, mais n'ont pas trouvé nécessaire d'ériger une juridiction administrative. Voy, Y. GAUDEMET, *Manuel de droit administratif*, Paris, LGDJ, 18^e éd., 2005, pp 42-43.

¹⁸ P. SARGOS, « Points communs et divergences des deux ordres de juridiction », *AJDA* 1990 p. 585.

¹⁹ *Idem.* Pour plus de précisions.

(I) et ensuite, de mettre en lumière le caractère fortement éprouvé des modèles d'organisation juridictionnelle en cause (II).

I. LA DIVERSITE DES MODELES JURIDICTIONNELS DUALISTES EN AFRIQUE FRANCOPHONE

Tout système juridictionnel doit, pour répondre efficacement aux besoins des justiciables, privilégier une cohérence organisationnelle. L'étude des différents modèles existants en Afrique noire francophone permettra d'en cerner les spécificités et les degrés d'efficacité. Parmi les options retenues, nos analyses porteront successivement sur le faux dualisme juridictionnel burkinabè (A) et sur les cas du Mali et du Sénégal où on trouve respectivement le modèle d'organisation par pôles et l'unicité de juridiction avec dualité du contentieux (B).

A. Le faux dualisme burkinabè

L'une des caractéristiques essentielles du système juridictionnel dualiste est qu'il fait du juge administratif le principal garant de la légalité administrative. En effet, dans ce type de système la distribution des compétences entre les juridictions des deux ordres tient compte du caractère particulier du droit administratif, droit spécial applicable à l'administration²⁰. D'où l'imputation du contentieux administratif à un juge spécialisé, le juge administratif. On constate cependant que dans certains systèmes juridictionnels dualistes tels que celui du Burkina Faso le traitement du contentieux administratif est confié à des magistrats de l'ordre judiciaire. En effet, suivant 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 ». En ne disposant pas expressément que ces personnels seront désignés parmi les magistrats spécialisé en droit du contentieux administratifs, ce texte laisse une voie ouverte à la nomination de magistrats civilistes. Il n'y a donc pas de rupture avec l'ancienne loi n° 21/95/ADP portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs qui disposait en son article 3 que « *le Président [du tribunal administratif] est toujours un magistrat de l'ordre judiciaire...* ». On note alors une contradiction entre le modèle juridictionnel voulu au Burkina Faso et sa mise en œuvre²¹. Or, il est constant que le fonctionnement normal du système dualiste repose

²⁰ Sur ce point, Jean-Marc Sauvé fait remarquer que c'est la pensée révolutionnaire française qui, poussant le dogme de la séparation des pouvoirs l'extrême a conduit à soustraire au contrôle du juge toute l'action de l'administration et a favorisé la naissance de la juridiction administrative. En effet, la séparation des pouvoirs ne commandait que l'interdiction pour une puissance d'être à la fois exécutive et juridictionnelle. Voy., J.-M. SAUVE, « Dialogue entre les deux ordres de juridiction », en ligne, sur <http://www.conseil-etat.fr>, p. 5, consulté le 2 août 2017.

²¹ En attendant l'application de lois matérialisant la spécialisation projetée dans le cadre de la réorganisation du système juridictionnel burkinabè l'organisation du système juridictionnel burkinabè souffre de nombreuses incohérences textuelles parmi lesquelles cette disposition

sur le principe de la séparation des ordres de juridiction administrative et judiciaire assortie d'une spécialisation des magistrats y officiant.

La spécialisation des juges, principal corollaire du système juridictionnel dualiste n'est pas encore une réalité au Burkina Faso même si le Pacte de renouveau de la justice incite à prendre en compte le principe de la spécialisation. Deux points essentiels peuvent être retenus pour corroborer cette thèse : il s'agit du mode de recrutement et de formation, puis du mode d'affectation des magistrats dans les différentes juridictions. En ce qui concerne le mode de recrutement, on constate à nos jours que les magistrats burkinabè sont recrutés sur la base du concours de recrutement d'élèves magistrats qui exige des candidats l'appropriation de solides connaissances tant en droit privé qu'en droit public. En conséquence, le principe de la spécialisation des magistrats se trouve faussé dès la phase de préparation du processus de recrutement, car les candidats sont obligés de forger leur niveau aussi bien en droit public qu'en droit privé. Pendant la formation, il n'est pas fait de distinction entre les élèves-stagiaires se destinant à la carrière judiciaire et ceux devant officier dans les juridictions administratives²².

En conséquence, des matières indispensables à la bonne formation des juges administratifs ne sont pas étudiées par les stagiaires tout au long de leur formation. C'est le cas par exemple, du droit des marchés publics et des finances publiques dont le contentieux est pourtant, régulièrement porté au prétoire du juge administratif. À l'issue de la formation²³, les affectations²⁴ des nouveaux magistrats ne sont pas fonction de leurs acquis antérieurs en termes de spécialisation en droit public ou privé sur les bancs de la faculté de droit.

légale aux termes de laquelle les tribunaux administratifs sont présidés par des magistrats de l'ordre judiciaire.

²² Dans le système actuel, après l'admission au concours, les élèves magistrats sont formés à l'École Nationale d'Administration et de Magistrature (ENAM), d'où ils sortent après dix-huit (18) mois de formation théorique et pratique avec le diplôme de magistrats. L'article 25, dernier alinéa du Pacte de renouveau de la justice de 2015 entend faire évoluer la durée de la formation des élèves magistrats. Il dispose en effet, que « La durée de la formation devra être de 36 mois (2 ans pour la phase théorique et 1 an pour la phase pratique) au lieu de 18 mois ».

²³ La question de la nomination et de l'affectation des magistrats a donné lieu à un contentieux devant le juge administratif, mais sur une question autre que celle de la spécialisation. Pour plus d'éclaircissements, voy. S. YONABA, note sous l'arrêt Syndicat burkinabè des magistrats (SBM) et sept autres, 14 septembre 2001 et 25 janvier 2005, in *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative burkinabè : Droit administratif, op. cit.*, p. 276 et s.

²⁴ Voy. Article 15 de la loi organique n° 049-2015/CNT portant organisation, composition, attributions et fonctionnement du conseil supérieur de la magistrature : « le Conseil supérieur de la magistrature fait des propositions sur les nominations et les affectations des magistrats du siège de la Cour de cassation, du Conseil d'État et de la Cour des comptes et sur celles des premiers présidents des Cours d'appel. Il donne son avis sur les propositions du ministre de la Justice, relatives aux nominations des autres magistrats du siège ».

La non-prise en compte des acquis antérieurs, notamment les études universitaires des nouveaux magistrats dans le processus d'affectation en juridiction, peut gêner le bon fonctionnement du système juridictionnel. Aussi, le cumul de fonctions de juge administratif et civil oblige le juge à un dédoublement fonctionnel qui peut déteindre sur la qualité des décisions rendues. Un constat inquiète un grand nombre de justiciables burkinabè : c'est la rareté des audiences devant les tribunaux administratifs des villes autres que Ouagadougou et Bobo-Dioulasso, bien que des affaires sont pendantes²⁵ devant les juridictions des villes dites secondaires. En outre, à l'analyse de certaines décisions rendues par les juridictions administratives, la faiblesse de l'argumentaire laisse douter des capacités de leurs auteurs à comprendre et à manier les règles du droit administratif²⁶. Sur ce point, la doctrine burkinabè n'a pas pu s'empêcher de montrer son embarras face à certaines décisions. Ainsi, M. Salif Yonaba n'a pas hésité à qualifier les solutions du juge administratif dans les affaires Konsimbo Pascal du 27 décembre 1996, et Konsimbo Léontine et quatre autres du 9 juin 1998, de « *simplement aberrantes* », car aboutissant à un déni de justice pour au moins une des parties²⁷.

La composition actuelle des juridictions administratives au Burkina Faso répond à un principe dont la cohérence est difficile à cerner. Il n'est pas, en effet, aisé de comprendre que des magistrats ayant effectué l'essentiel de leur carrière dans des juridictions de l'ordre judiciaire soient, par la suite, affectés dans des juridictions de l'ordre administratif, notamment au Conseil d'État. On imagine toute la difficulté de bâtir une jurisprudence cohérente dans un système où les juges affectés dans la plus haute juridiction administrative sont parfois moins outillés en droit administratif que les juges officiant dans les tribunaux administratifs. L'inconstance dans le choix des profils des juges siégeant dans les juridictions administratives minimise l'apport du juge administratif burkinabè au développement du droit administratif et du contentieux administratif. Une des caractéristiques du milieu juridictionnel burkinabè est la faiblesse « *l'aptitude technique pour connaître et élaborer le droit* »²⁸. Si cette tare

²⁵ Dans certaines juridictions où un seul juge exerce cumulativement les rôles de juge judiciaire et administratif, les affaires civiles bénéficient d'une priorité absolue sur les affaires administratives. Cet état de fait crée chez les justiciables un sentiment de lenteur dans le traitement du contentieux administratif.

²⁶ On fera recours aux termes de D. LABETOULE pour dire que l'intérêt d'avoir un juge spécialisé dans le traitement du contentieux administratif réside dans le fait que cela permet d'éviter que le juge ne se retrouve « *démuni sur un terrain qui n'est pas le sien* ». D. LABETOULE, « *L'avenir du dualisme juridictionnel : Point de vue d'un juge administratif.* », AJDA, 2005, p. 1770.

²⁷ Voy. S. YONABA, *Les grandes décisions de la jurisprudence administrative burkinabè : Droit administratif*, Collection Précis de droit burkinabè, 1^{re} éd., Imprimerie Presses Africaines, 2004, p. 84, note de bas de page n° 2. Dans ses notes sur l'arrêt de la Chambre administrative de Haute-Volta, Diarra Richard Henri (1^{re} espèce) du 12 mars 1982 et (2^e espèces) du 11 juin 1982, M. Salif YONABA impute les faiblesses de certaines décisions des juridictions administratives burkinabè à « *la non-spécialisation des juges et la pratique anachronique de la trop fréquente affectation des magistrats d'une chambre à l'autre [...]* ».

²⁸ Voy. A.T. BÂ, « *L'avenir de la juridiction administrative au Burkina Faso* », in *Revue burkinabè de droit*, n° 42-2^e semestre 2002, p. 12. Ici, l'auteur fait remarquer que « *la raison d'être*

justifie en partie les incohérences de la jurisprudence du juge administratif, l'on retiendra que le contentieux administratif burkinabè pourrait s'améliorer qualitativement avec l'admission effective des fonctionnaires dans les juridictions administratives²⁹.

Partant du constat que certains juges administratifs ne sont pas bien imprégnés des subtilités de l'action administrative et éprouvent, par conséquent, des difficultés à faire prévaloir les droits des administrés face à l'administration, il faut plaider pour une meilleure intégration des fonctionnaires dans les juridictions administratives africaines. On pourrait ici emprunter les termes de M. Alioune Badara FALL pour déplorer le fait que l'absence de spécialisation et la fermeture de fait, des fonctions de juge administratif aux fonctionnaires dans certains pays comme le Burkina Faso oblige à confier le contentieux administratif à des magistrats n'ayant pas nécessairement une « *exacte perception des relations entre la puissance publique et les particuliers* »³⁰. La conséquence de cette dévotion du contentieux administratif aux magistrats civilistes est l'obstruction des voies d'un réel développement du droit administratif par le prétoire du juge³¹.

Si la spécialisation apparaît comme une exigence indispensable au bon fonctionnement du système dualiste, on constatera au regard du fonctionnement des juridictions burkinabè (dans lesquelles des affaires civiles et administratives sont gérées par les mêmes personnels se muant tantôt en juges civils, tantôt en juges administratifs suivant le type d'affaires), qu'en décidant de la mise en place d'un système juridictionnel dualiste, le législateur burkinabè n'a pas suffisamment pris la mesure des exigences de ce type de système. On sera d'avis avec M. Ba Ahmed T. que le « *législateur [...] a fait fi des difficultés que comporterait l'institution d'une (juridiction administrative), en particulier le manque d'un corps de magistrats*

moderne de la juridiction administrative est la nécessité d'une aptitude technique pour connaître et élaborer le droit ».

²⁹ Suivant l'article 5 de la loi n° 011-2016/AN du 26 avril 2016 portant création, composition, attributions, fonctionnement des tribunaux administratifs et procédure applicable devant eux, « les membres non magistrats du tribunal administratif sont nommés par décret simple du Président du Faso sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature et après enquête de moralité. Ils restent régis par la loi applicable à leur corps d'origine... » L'article 3 al.2 de la loi de 1995 prévoyait même la possibilité de nommer des membres non magistrats aux fonctions de commissaire du gouvernement. Cependant, dans la pratique les fonctionnaires ne sont pas nommés aux fonctions de commissaire du gouvernement dans les juridictions administratives. Rarement, on a procédé à la nomination de fonctionnaires au Conseil d'État.

³⁰ A.B. FALL, « Le Code des obligations de l'administration au Sénégal ou la transposition des règles de droit administratif français en Afrique par la codification » ; *Op. cit.*, p. 233.

³¹ « *La non-spécialisation du juge ne garantit nullement les mérites tels que l'on est en droit d'attendre de la part du juge administratif dans un système de dualité des ordres de juridictions* ». Voy., A.T.BÂ, « L'Avenir de la juridiction administrative au Burkina Faso », *Revue burkinabè de droit*, n° 42-2^e, novembre 2002, p. 13.

spécialisé en contentieux administratif »³². L'objectif poursuivi avec l'adoption du modèle organisationnel dualiste étant de garantir l'efficacité du système juridictionnel on pourrait affirmer que l'atteinte de cet objectif exige du législateur burkinabè une redéfinition du mode de fonctionnement de la juridiction administrative. L'adoption du Pacte de renouveau de la justice en constitue les prémices certes, mais faudrait-il œuvrer à ne pas faire tarder la mise en œuvre effective.

Le modèle d'organisation juridictionnelle dualiste burkinabè comparé au dualisme juridictionnel français dont il s'inspire comporte des insuffisances, mais il n'est pas isolé, car dans d'autres pays d'Afrique Noire francophone on trouve des modèles d'organisation juridictionnelle dualistes distincts du celui français et de celui en vigueur au Burkina Faso.

B. La particularité des modèles malien et sénégalais

La plupart des États d'Afrique francophone ont conservé les modèles d'organisation juridictionnelle dualiste introduits par l'administration coloniale. Si nombre d'entre eux connaissent un modèle d'organisation dualiste admettant le dualisme des juridictions et du contentieux, le Sénégal par contre, se présente comme une exception dans la mesure où le système juridictionnel mis en place n'admet que la dualité du contentieux. Une autre exception retient l'attention. C'est le cas du Mali où le système juridictionnel est organisé autour de ce qu'il convient d'appeler les pôles de compétences. L'analyse des systèmes juridictionnels maliens et sénégalais révèle davantage la variété des conceptions du dualisme en Afrique francophone.

Au Mali la juridiction administrative avait été supprimée après la réorganisation juridictionnelle intervenue à la suite de l'accession du pays à l'indépendance le 22 septembre 1960. Il sera rétabli par la loi n° 88-40/AN-RM du 08/02/1988 avant d'être désormais régi par la loi n° 95-005 du 2 Août 1995 portant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs au Mali. Aujourd'hui, l'organisation juridictionnelle dualiste au Mali est fondée sur un dualisme des juridictions à la base et une unité juridictionnelle au sommet. En effet, la Constitution du Mali définit en son article 83 la composition de la Cour suprême³³ qui comporte trois sections, dont la section administrative qui connaît des appels contre les décisions des cours administratives d'appel et des décisions rendues en dernier ressort par les tribunaux administratifs. S'agissant des juridictions de premier et de second degré, la loi portant organisation judiciaire prévoit la création des juridictions administratives et des juridictions administratives d'appel. On remarque cependant que la Cour

³² A. T. BÂ, *Droit du contentieux administratif burkinabè*, Collection Précis de droit burkinabè, Ouagadougou, Imprimerie Presses Africaines, 2007, p. 45.

³³ Pour plus d'informations sur la Cour suprême du Mali, Voy., loi n° 2016-046 du 23 décembre 2016 fixant l'organisation et le fonctionnement de la cour suprême et procédure suivie devant elle.

administrative d'appel, prévue pour statuer en appel, sur les jugements rendus par le tribunal administratif n'est pas encore fonctionnelle³⁴.

Dans le cas sénégalais, la continuité se traduit par l'application à l'administration d'un droit spécial comme en France, au Burkina Faso ou au Mali. Mais sur le plan de l'organisation juridictionnelle proprement dite, on remarquera avec M. Alioune B. FALL que « *le Sénégal s'est démarqué du modèle français en rejetant la dualité de juridictions au profit de la solution inverse : l'unité de juridiction* »³⁵. Dans le même ordre d'idées, on conviendra avec M. Demba Sy que, les principes et techniques du droit administratif français ont été, pratiquement tous repris, en droit sénégalais³⁶. Le système juridictionnel sénégalais tout en gardant les règles de fond, applicables au contentieux de l'administration, consent à ce que l'administration soit jugée par des juridictions ordinaires. Le système sénégalais semble admettre une sorte de fusion-absorption de la juridiction administrative par la juridiction judiciaire en concentrant entre les mains de cette dernière les prérogatives de la première. La diversité des modes d'organisation des juridictions en Afrique francophone est telle que certains États comme la Côte d'Ivoire, non seulement n'ont pas mis en place un système juridictionnel dualiste mais appliquent au contentieux administratif les règles de droit civil.

Les difficultés liées au fonctionnement du système dualiste sont nombreuses et variées. Elles englobent la question des ressources humaines, matérielles et financières. Pour contourner ces différentes difficultés qu'engendrerait la création d'un tribunal administratif dans chaque chef-lieu de circonscription administrative, le législateur malien a procédé à la constitution de pôles de juridictions : il en existe trois, à Bamako, Kayes et Mopti. Dans le cadre de la réforme de la justice entreprise en 2009 par le gouvernement malien, celui-ci a adopté en conseil des ministres du 29 juillet 2009 des projets de loi qui prévoient la création de tribunaux administratifs à Sikasso, Ségou et Gao³⁷. L'adoption de ces textes permettra au Mali d'accroître le nombre des pôles de juridictions dans le souci de rapprocher l'institution juridictionnelle des justiciables. Du point de vue de la compétence territoriale, chaque tribunal administratif couvre plusieurs ressorts territoriaux à telle enseigne que chaque région administrative est rattachée à une juridiction administrative. La composition des juridictions administratives maliennes admet comme au Burkina Faso présence de personnels non-magistrats. Ceux-ci peuvent même être nommés à la section administrative de la Cour suprême.

³⁴ Loi n° 2011-037 d 15 juillet 2011 et la loi n° 2011-038 du 15 juillet 2011,

³⁵ A.B. FALL, « Le Code des obligations de l'administration au Sénégal », in Espace du service public, Mélanges en l'honneur de Jean du bois de Gaudusson, *op. cit.*, p. 228.

³⁶ D. Sy, « Écrire, dire et comprendre le droit administratif en Afrique. Une approche juridique et sociologique », in *La codification juridique dans les pays francophones*, M. Badji, O. Decaux, et B. Guèye (dir), éd. Presses de l'Université de sciences sociales de Toulouse, n° 7, 2008, p. 291.

³⁷ Voy. *L'indicateur du renouveau*, journal en ligne, <https://www.malijet.com>, consulté le 31 janvier 2017.

Le législateur sénégalais, quant à lui, a très tôt pris conscience de la nécessité de surmonter non seulement les difficultés financières, matérielles et humaines mais aussi techniques. Pour ce faire, il a opté pour l'unicité juridictionnelle qui permet de surmonter les premières difficultés citées, et de ne pas laisser le juge civil chargé du traitement du contentieux administratif sans guide. Il ouvre au juge la voie à suivre en mettant à sa disposition le Code des obligations de l'administration. Cet instrument au service du juge sénégalais reprend les règles et principes du droit administratif français même s'il s'en écarte sur certains points. Par exemple, le cumul de responsabilité de l'administration et de l'agent public à partir de la faute personnelle de ce dernier n'est pas admis en droit sénégalais³⁸. Ce sont les dispositions du Code des obligations de l'administration qui sont appliquées par le juge sénégalais au contentieux de l'administration. Grâce au support pédagogique dont il dispose le juge « civil » sénégalais se mue en juge « administratif » et rend des décisions tantôt juridiquement cohérentes et satisfaisantes³⁹, tantôt critiquables⁴⁰.

À l'analyse des modèles malien et sénégalais, ceux-ci semblent tenir compte des énormes difficultés à surmonter. Cependant on peut s'interroger sur l'efficacité de ces deux systèmes. Au Mali on a voulu minimiser les difficultés de fonctionnement du système dualiste en procédant à l'organisation par pôles ; hélas ce modèle connaît aussi ses faiblesses. Parmi les insuffisances du système malien, il y a l'ineffectivité du principe du double degré de juridiction en matière administrative malgré la récente création des juridictions administratives d'appel. De même, 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. 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.

Sur le plan de l'efficacité des modèles juridictionnels, le monisme sénégalais recèle des insuffisances qui gênent, dans certaines mesures, une bonne administration de la justice. En dépit de l'aide du législateur de l'opiniâtreté du juge sénégalais qui malgré sa formation civiliste parvient tout de même à se familiariser avec les concepts du droit administratif et rend des décisions généralement acceptées par les justiciables, on

³⁸ A.B. FALL, « Le Code des obligations de l'administration au Sénégal », *op. cit.*, p. 237.

³⁹ Face au silence du législateur sur le champ d'application du droit administratif, c'est-à-dire la matière administrative, c'est le juge qui a délimiter le domaine du contentieux administratif. Voy. A.B. FALL, « Le Code des obligations de l'administration », *op. cit.*, p. 241.

⁴⁰ Le professeur A.B. FALL fait remarquer que si les solutions retenues par le juge sénégalais dans certaines espèces peuvent faire l'objet de critiques par les quelques insuffisances qui s'y manifestent, celles-ci relèvent plus de maladresses dues à un manque de maîtrise des notions de droit administratif dont on connaît le degré de technicité que d'un manque d'intérêt à l'égard de cette matière. Voy., *ibid.*

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 Kanté⁴¹ 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. L'égarement des justiciables dans les dédales des tribunaux s'explique par la difficulté de définition de la matière administrative. La jurisprudence sénégalaise est marquée par un nombre considérable de rejets motivés par la saisine d'un juge incompetent, favorisé par la saisine d'un juge incompetent. 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 incompetente.

L'analyse des modèles d'organisation juridictionnelle en Afrique francophone révèle une diversité de conceptions qui fonctionnent avec des moyens plus ou moins limités. En dépit des réformes des systèmes juridictionnels des différents pays, les modèles mis en place semblent frappés par l'usure.

II. DES MODELES D'ORGANISATION JURIDICTIONNELLE FORTEMENT EPROUVES

Les modèles dualistes juridictionnels en vigueur au Mali et au Burkina Faso et le dualisme du contentieux appliqué en droit sénégalais semblent aujourd'hui en difficultés. Les facteurs explicatifs des souffrances des modèles d'organisation juridictionnels des États en cause tiennent d'une part aux récentes évolutions du droit (A) et d'autre part à l'inadéquation des moyens rendant ainsi difficile le respect de légalité des citoyens en matière d'accès au juge et à la justice (B).

A. Les limitations inhérentes aux évolutions du droit

L'état actuel de l'évolution du droit dans les États francophones d'Afrique noire montre que la dichotomie des ordres de juridiction est de plus en plus remise en cause. Plusieurs facteurs traduisent, en effet, la mise à l'écart progressif des règles d'organisation juridictionnelle interne, c'est-à-dire, les modèles d'organisation dualistes. Le premier facteur que l'on peut évoquer est l'influence du droit communautaire sur les systèmes juridiques nationaux. On s'intéressera par exemple, aux effets des règles communautaires de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) et de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), deux organisations d'intégration régionales regroupant essentiellement des États de tradition juridique romano-germanique⁴². Si en droit

⁴¹ B. KANTE, Unité de juridiction et droit administratif, l'exemple du Sénégal, thèse, Orléans, 1983, p. 267 et s.

⁴² Pour plus de précisions, voir la précieuse contribution de M. Abdou Aziz Daba KEBE : « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », in Afrilex, mai 2015, 28 p. En ligne sur, <http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr> consulté le 25 mars 2017.

interne le critère organique joue un rôle déterminant dans la définition de la compétence des juridictions administratives⁴³ pour connaître d'un litige ou pour l'application du droit administratif⁴⁴, en droit communautaire le critère retenu est essentiellement matériel ou fonctionnel, même si l'on note une certaine survivance du critère organique pour l'application du droit communautaire⁴⁵.

Les systèmes communautaires produisent une grande quantité de règles applicables aussi bien à l'échelon communautaire qu'au niveau des États. L'application des règles communautaires dans les systèmes juridiques internes conduit à la détérioration du dualisme juridique, car exigeant l'application concomitante des règles de droit privé et de droit public à certains domaines d'activités. C'est ainsi que dans le droit communautaire UEMOA, lorsqu'on prend l'exemple du droit de la concurrence, on observe une certaine remise en cause de la règle de la liaison de la compétence et du fond⁴⁶. En effet, suivant l'article 90 du Traité de Dakar, la Commission de l'UEMOA bénéficie d'une compétence exclusive en matière de garantie des règles de libre concurrence au sein de l'espace. La Cour de justice de l'UEMOA, allait dans son avis du 27 juin 2000, reconnaître la compétence exclusive des organes communautaires pour garantir la libre concurrence⁴⁷. Par conséquent, les litiges relatifs aux pratiques anticoncurrentielles ou aux aides d'États aux entreprises relèvent de la compétence des organes communautaires⁴⁸ dont les procédures ignorent les principes du dualisme juridictionnel et juridique. Devant les organes communautaires, en effet, il n'est tenu compte de la qualité des parties dans le traitement du contentieux de la concurrence que dans de rares cas.

La puissance publique intervenant dans les opérations économiques est traitée, sauf exception, comme un agent économique privé. C'est que M. Abdou Aziz Daba KEBE relève en ces termes : « la présence publique de l'État ou d'une personne *morale de droit public dans une société commerciale n'est pas un frein, un obstacle à ce que le*

⁴³ Au Burkina Faso et au Mali, par exemple, la présence de l'État ou de toute autre personne morale de droit public suffit, en principe, pour justifier la compétence du juge administratif.

⁴⁴ Au Sénégal, la présence de l'État ou de personnes morales de droit public suffisent généralement à déclencher l'application des règles de droit administratif. Il faut reconnaître cependant, qu'exceptionnellement dans certains cas l'application du droit administratif a été écartée. Voy. A.A.D. KEBE, « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *op. cit.*, p. 12.

⁴⁵ A. A. D. KEBE, « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *op. cit.*, p. 12.

⁴⁶ Le principe de liaison de la compétence et du fond résulte d'un usage patiemment forgé par le temps. Il est historiquement inséparable du dualisme, puisque le droit administratif s'est construit dans l'abri que lui procurait la compétence contentieuse administrative : compétence et fond se confrontaient mutuellement. Voy. D. TRUCHET, « Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme », *Revue Justices*, n° 3, 1996, p. 58.

⁴⁷ CJUEMOA, Avis n° 003/2000 du 27 juin 2000, Rec. p. 119 ; www.ohada.com, obs. I. SAYEGH et F.-M. SAWADOGO.

⁴⁸ Il s'agit de la Commission et la Cour de Justice de l'UEMOA.

droit privé s'applique »⁴⁹. Les entreprises publiques, unités économiques dont la principale caractéristique est l'appartenance du capital social, du moins une part significative du capital social à l'État ou à une personne morale de droit public, sont soumises au régime de droit privé et leurs contentieux, en ce qui concerne notamment, les contrats publics échappent à la compétence administrative. À titre de droit comparé, notons que la solution du droit unique en vigueur dans l'espace UEMOA est similaire à celle appliquée en droit européen, mais s'il faut noter que « *le droit de la concurrence [de l'Union européenne] admet des atténuations à l'application générale d'un droit unique lorsque l'intérêt général et les intérêts de la puissance publique le commandent* »⁵⁰.

Comme le fait remarquer M. Dominique Berlin, il y a « *une certaine indifférence de principe du droit communautaire à l'égard de l'existence dans les ordres juridiques nationaux de régimes exorbitants : en effet, les droits nationaux sont pris comme des ensembles, sans qu'il ait lieu de distinguer entre droit privé, droit public, droit commun ou droit exorbitant* »⁵¹. La conséquence de l'ignorance de la dichotomie droit commun/droit exorbitant est la discordance des systèmes nationaux avec ceux communautaires. Cette disharmonie des systèmes communautaires et nationaux complexifie l'œuvre d'uniformisation des jurisprudences administratives dans les États concernés. Dans certains différends opposant l'État aux opérateurs privés internes c'est le juge administratif qui a reçu compétence pour intervenir. Lorsque les opérateurs économiques d'un État se trouvent opposés à d'autres États dans le cadre d'un différend commercial, les organes communautaires compétents appliquent généralement le droit communautaire, donc les règles de droit privé. La divergence des solutions proposées par les systèmes internes et communautaires a aussi pour effet de perturber les justiciables qui s'interrogent parfois sur le chemin à emprunter lorsqu'une affaire contentieuse les concernant comporte un volet communautaire.

Pour un meilleur fonctionnement du système juridictionnel dualiste en Afrique francophone, il faut à l'instar de la France, prévoir un tribunal des conflits chargé de traiter les conflits de compétences. Au Burkina Faso, par exemple, le Tribunal des conflits n'a été créé que tout récemment, avec la révision constitutionnelle de 2012⁵². La réforme alors, entreprise visait à combler un vide longtemps considéré comme une des apories du système juridique burkinabè. Le rôle d'un tribunal des conflits dans un système juridictionnel dualiste est d'œuvrer à la cohérence de la répartition des compétences en la rendant plus simple. De par sa composition paritaire, le tribunal des conflits a vocation à renforcer la ligne de démarcation entre l'ordre des juridictions

⁴⁹ A. A. D. KEBE, « Le déclin de l'exorbitance du droit administratif sénégalais sous l'effet du droit communautaire », *op. cit.*, p. 9.

⁵⁰ Voy. J.-M. SAUVE, « Dialogue entre les deux ordres de juridiction », *op. cit.* p. 17.

⁵¹ D. BERLIN, « Droit communautaire et régimes exorbitants de droit commun », *AJDA*, 20 juin 1996, p. 40.

⁵² Loi constitutionnelle, n° 033-2012/AN du 11 juin 2012

administratives et celui des juridictions judiciaires⁵³. Il est donc fort regrettable que celui du Burkina Faso ne soit pas encore fonctionnel alors qu'il est consacré par la loi fondamentale depuis une demi-décennie. La saisine du tribunal des conflits en vue du respect de la répartition des compétences se traduit par une certaine lenteur de l'aboutissement des litiges dont les juges sont saisis. Il faut en effet, relever que les obligations pour un juge de renvoyer à l'autre ordre des questions préjudicielles qu'il ne peut trancher lui-même allongent les délais de traitement définitif des litiges, toute chose qui n'est pas sans altérer l'efficacité de l'office du juge administratif⁵⁴.

Les analyses du dualisme juridictionnel en Afrique francophone soulèvent d'autres questions dont l'une des importantes est la suivante : les récentes évolutions du contentieux administratif en Afrique ne traduisent-elles pas une crise d'identité du juge administratif ? Ne va-t-on pas vers une unification des compétences administratives et judiciaires entre les mains d'un même juge ? En un mot, les systèmes juridictionnels dualistes n'opèrent-ils pas une mue silencieuse vers le modèle unitaire ? En effet, les solutions apportées à la problématique de la détermination du champ d'application du droit administratif ont parfois consacré un dépérissement du champ de compétence du juge administratif qui se voit retirer certaines affaires au profit du juge civil. Illustration peut être tirée de la jurisprudence sénégalaise relative à la définition de la matière administrative⁵⁵. Le législateur n'ayant pas donné une définition de la matière administrative c'est le juge administratif sénégalais lui-même, qui a dû proposer des définitions qui ont varié d'une affaire à une autre. C'est ainsi qu'il considère que le contentieux du domaine privé de l'État relève de la compétence du juge judiciaire tirant motif du caractère privé de la gestion de ce type de biens⁵⁶. Inversement, certaines matières dont le contentieux ne lui était pas reconnu tombent désormais dans son champ de compétence.

On assiste ainsi à l'affaiblissement des fondements du dualisme juridictionnel dont les manifestations sont nombreuses. D'abord, le déclin des aménagements du dualisme est matérialisé par l'existence d'un bloc de compétence judiciaire dans certaines matières comme la propriété privée, les services publics industriels et commerciaux, les libertés fondamentales, etc. En ce qui concerne la propriété privée, on note une évolution du

⁵³ La création d'un tribunal des conflits participe de la volonté du Constituant burkinabè de fixer les juridictions des deux ordres dans leurs champs de compétence respectifs, gage du respect strict du principe de dualité.

⁵⁴ D. TRUCHET, « Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel », *AJDA* 2005, p. 1767 et s.

⁵⁵ Dans sa décision rendue le 23 mai 1970, le tribunal de 1^{ère} Instance de Dakar affirme : « *Attendu que, tant en ce qui concerne le mauvais entretien de bâtiments que l'organisation défectueuse du service, la responsabilité de l'État ne peut être recherchée qu'au titre du contentieux administratif ; que dès lors, les dispositions de l'article 729 du Code de procédure civile sont applicables à une telle action* ».

⁵⁶ Le Tribunal de 1^{ère} instance de Dakar, dans sa décision du 5 mars 1977, Mbaye Diop et autres c/ État du Sénégal, a considéré que le préjudice subi suite à l'effondrement d'un immeuble relevant du domaine privé de l'État ne peut être soumis au régime administratif, mais au régime civil. *Voy. Annales africaines*, 1077, p. 51, chr. Lapeyre.

régime contentieux aussi bien dans les droits des États francophones d'Afrique que dans le droit français. En effet, relevant jadis de la compétence exclusive du juge judiciaire, le contentieux de la propriété privée tombe désormais dans le champ de compétence du juge administratif. En matière d'emprise irrégulière par exemple, la solution la plus courante est la compétence du juge administratif pour se prononcer sur la légalité de l'acte administratif et pour faire cesser le trouble par une astreinte ou une injonction. Le pouvoir du juge judiciaire en cette matière se limite à la fixation de l'indemnisation. La solution retenue par les droits africains relativement au contentieux de l'emprise ne s'éloigne pas de celle en vigueur en France où « *le juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle et de la privation de la propriété, est tout désigné, en cas d'empiétement manifeste et grave sur ces droits, pour faire cesser les effets des atteintes et en réparer les conséquences* »⁵⁷, le contrôle de la légalité de l'acte administratif à l'origine du trouble tombant dans le champ de compétence du juge administratif.

En outre, l'analyse des jurisprudences africaines rend compte d'une évolution se traduisant par l'application par les juridictions judiciaires des règles du droit administratif. La multiplicité des hypothèses dans lesquelles le juge judiciaire applique le droit administratif, apparaît comme une remise en cause des fondements du dualisme juridictionnel dans la mesure où cela traduit une superposition à la dualité des ordres de juridictions judiciaires et administratives, « *une dualité contrariante de la justice administrative, tantôt appliquée par le juge administratif, tantôt appliquée par le juge judiciaire* »⁵⁸. Si le recours aux solutions de droit administratif par le juge judiciaire ou inversement l'utilisation de techniques du droit civil par le juge administratif peut être perçu ailleurs comme contribuant à l'enrichissement des jurisprudences⁵⁹, en Afrique francophone cela apparaît comme une sorte de confusion des rôles qui peut non seulement perturber le fonctionnement du système juridictionnel, mais aussi compliquer la tâche du justiciable à qui incombe le devoir d'agir devant le juge effectivement compétent et ce, dans le délai de recours imparti.

L'ascension de la compétence du juge judiciaire en matière administrative progresse concomitamment avec la multiplication des emprunts opérés au droit privé par le juge administratif. La fréquence des emprunts ainsi opérés pourrait laisser croire à une « privatisation » du droit administratif. On conviendra alors avec M. Roland Drago et Mme Marie-Anne Frison-Roche, que la dualité de la jurisprudence administrative « *révèle la faiblesse de la dualité des ordres de juridiction, la contredit puisque l'ordre des juridictions administratives n'établit pas un monopole de l'application du*

⁵⁷ J.-M. SAUVE, « Dialogue entre les deux ordres de juridiction », *op. cit.* p. 9.

⁵⁸ R. DRAGO et M.-A. FRISON-ROCHE, « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », *Arch. phil. droit* 41 (1997), p. 136.

⁵⁹ Le Vice-président du Conseil d'État français, Jean Marc Sauvé, souligne sur ce point que « *les deux ordres de juridiction se livrent de fait à une compétition pour l'excellence qui se traduit par une observation attentive de leurs jurisprudences réciproques particulièrement visible dans les matières qu'ils partagent* ». Voy. J.-M. SAUVE, « Dialogue entre les deux ordres de juridiction », *op. cit.* p. 13.

droit administratif par le juge administratif et attaque finalement le dualisme du droit public et du droit privé »⁶⁰. La réduction du champ de compétence du juge administratif par l'attribution de certains litiges au juge judiciaire traduit l'affaiblissement du dualisme juridictionnel en Afrique et même en France où la doctrine parle de rapprochement des deux ordres de juridictions qui disposent de pouvoirs quasi-identiques et connaissent les mêmes types de demandes en s'appuyant sur l'exemple du « référé liberté » qui permet au juge administratif d'assurer les droits des individus face aux agissements illégaux de l'administration⁶¹.

Au-delà du fait que l'essor du dualisme juridictionnel et juridique en Afrique francophone est limité par de nombreux facteurs parmi lesquels, les évolutions du droit, on note que le fonctionnement même des systèmes juridictionnels africains contredit, à certains égards, le principe de l'égalité des citoyens devant la loi.

B. La consécration de la rupture de l'égalité des citoyens devant la loi

L'analyse du 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, les systèmes dualistes existants en Afrique noire francophone souffrent d'anomalies qui obstruent les voies de réalisation du droit pour tout citoyen à un procès équitable. 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, est un élément fondamental. Alors, se pose la question de savoir que faire pour que les juridictions africaines répondent efficacement aux besoins de justices exprimés par la société ?

⁶⁰ *Ibid.* Pour Roland Drago et Marie-Anne Frison-Roche, la réunification des ordres de juridiction s'impose car, pour eux le principe de la dualité des ordres de juridiction est délétère en ce qu'il appartient à l'ordre du fantasme. Mais pour d'autres auteurs comme que Bernard Stirn « devant les besoins d'aujourd'hui, la dualité des ordres de juridiction est un atout, presque une évidence », Voy. B. STIRN, « Quelques réflexions sur le dualisme juridictionnel, Justices 1996, n° 3, p. 41.

⁶¹ Philippe THERY, par exemple, dénonce un paradoxe, « car plus les ordres de juridictions se ressemblent, plus la dualité devient artificielle », Voy. P. THERY, « Droit public et droit privé : l'évolution du droit processuel », in La distinction du droit public et du droit privé : regards français et britanniques, J-B. AUBY et M. FREEDLAND (dir.), Ed. Panthéon-Assas 2004. pour d'autres auteurs cependant, la ressemblance des solutions est un signe de progrès du droit. Ainsi, Jean-Marc Sauvé, ardent défenseur du dualisme juridictionnel dira que « l'observation réciproque des deux ordres [de juridiction] a permis de faire évoluer les procédures dans le sens de d'un perfectionnement de la justice et, notamment, de la justice administrative ». il prend en exemple la création des référés urgents devant le juge administratif français par la loi du 30 juin 2000 fruit de la comparaison des procédures d'urgence entre les deux ordres de juridictions, qui permet désormais au juge administratif de disposer d'outil efficace pour répondre rapidement aux litiges. Voy., J.-M. SAUVE, « Dialogue entre les deux ordres de juridiction », *op. cit.*, p. 14.

L'un des remèdes à administrer aux systèmes juridictionnels africains afin de mettre fin aux discriminations entre citoyens d'un même pays en matière d'accès à la justice consiste en une réorganisation favorisant la réduction des distances entre les justiciables et les tribunaux. En effet, compte tenue de l'insuffisance des moyens humains et matériels, les États appliquant le dualisme juridictionnel (Burkina Faso et Mali) n'ont pu ériger des tribunaux administratifs dans tous importants centres urbains de leur territoire. Au Burkina Faso, par exemple, la loi organique n° 11-2016/AN du 26 avril 2016 portant création, composition, attributions, fonctionnement des tribunaux et procédure applicable devant eux dispose en son article 1^{er} qu' « il est créé au chef-lieu de chaque province, un tribunal administratif » ; cette disposition de la loi de 2016 ne fait que reprendre celle déjà consacrée par la loi de 1995 qu'elle vient abroger. Or, de 1995 à nos jours, le Burkina Faso compte une vingtaine de tribunaux administratifs alors que le pays compte en tout 45 provinces. En outre, à l'exception des ressorts juridictionnels de Ouagadougou et de Bobo-Dioulasso dans lesquels il est créé, aux côtés des juridictions civiles des tribunaux administratifs, les autres ressorts juridictionnels ne sont pas dotés de juridiction administrative autonome. Dans les différentes localités, c'est le tribunal de grande instance qui se mue en tribunal administratif pour connaître du contentieux administratif : autrement dit, ce sont les juges civils qui portent les « habits » de juge administratif à l'occasion des affaires administratives.

La conséquence de cette insuffisance de couverture du territoire est l'établissement d'une sorte de discrimination entre les citoyens quant à la facilité d'accès aux juridictions. Alors que certains justiciables parcourent des distances réduites pour faire entendre leur cause par le juge administratif, d'autres sont dans l'obligation de faire de longues distances du fait de l'absence de tribunaux administratifs dans leurs localités. L'inexistence de juridictions administratives exclusives dans les autres localités engendre également une rupture d'égalité des citoyens devant la loi d'autant plus que tant que certains soumettront leurs causes à des juges s'occupant exclusivement du contentieux administratif, d'autres iront devant des juges traitant à la fois de questions civiles et administratives.

Sur le plan de l'éloignement la situation des justiciables maliens ne semble guère meilleure à celle des justiciables burkinabè. En effet, au Mali aussi, l'effectivité du droit des citoyens à « *un juge sans obstacle juridique* »⁶² est loin d'être acquise. Lorsqu'on s'intéresse aux distances qui séparent les villes abritant les sièges des tribunaux administratifs aux autres villes du Mali on se rend compte de la disparité des sorts réservés aux citoyens en termes d'accès à la justice. L'éloignement de certaines zones des localités accueillant les juridictions administratives est tel qu'il y a, de fait, une rupture d'égalité des citoyens devant la loi. On imagine difficilement, dans le contexte malien actuel, la réalisation du droit des citoyens à un procès équitable, car l'effectivité de ce droit requiert un ensemble de conditions parmi lesquelles, la

⁶² (CEDH, Cour (Chambre), 4 déc. 1995, n° 23805/94, sur le droit à un juge, sans obstacles juridiques.

réduction des distances à parcourir par le citoyen pour accéder au juge. Ce qui n'est pas le cas avec l'organisation des juridictions administratives par pôles juridictionnels. Dans un pays où les recours contentieux ne sont toujours bien perçus, il est fort probable que les populations des localités rattachées aux pôles de juridictions se détournent des juridictions républicaines pour privilégier d'autres modes de règlement de conflits, ou bien introduisent des recours tardifs. L'éloignement du justiciable de la justice engendre de contraintes de temps. Or, on sait que les contraintes de temps en matière de justice concernent d'abord le justiciable qui, sous peine de forclusion se doit d'exercer son recours dans le délai imparti. Alors, toute réforme visant à réduire les distances pourrait contribuer à accroître le volume du contentieux administratif.

Pour pallier aux insuffisances du système de la dualité des juridictions ou de dualité du contentieux il faudra nécessairement, procéder à un redéploiement géographique des compétences. C'est-à-dire qu'il faudra créer davantage de tribunaux administratifs dans des pays comme le Burkina Faso et le Mali. Il faudra aussi renforcer les effectifs de magistrats et former des magistrats spécialisés en droit du contentieux administratif tel que l'envisage le Burkina Faso à travers l'adoption de son Pacte de renouveau de la justice. La formation de cette catégorie de magistrats est d'autant plus nécessaire que les tribunaux administratifs siègent à juge unique. Le système du juge unique à certes, l'avantage de la célérité et de la responsabilisation du juge, mais il est dangereux lorsque le juge ne s'est pas suffisamment approprié les règles et techniques du droit administratif.

En dépit des inégalités quelle engendre entre les citoyens, l'absence spécialisation des magistrats a d'autres conséquences sur l'évolution du droit administratif dans les États concernés. En effet, lorsque les juridictions civiles sont obligées d'opérer une mue en fonction du type d'affaires, les décisions rendues peuvent méconnaître les règles et principes régissant le contentieux administratif. Il se pose ici, la question même du droit appliqué aux affaires dont les juges sont saisiés. Si l'on prend l'exemple du Burkina Faso, une affaire est portée devant le tribunal administratif de Ouagadougou à une date précise et une autre est portée devant le tribunal administratif de Dori⁶³ à la même date connaîtront des sorts différents du fait de l'organisation des juridictions⁶⁴. Sur le plan de la célérité, par exemple, l'affaire portée devant le juge de Ouagadougou a de fortes chances d'être examinée avant celle de Dori, car les juges chargés du contentieux administratif dans cette dernière ville n'ont pas que ce type de contentieux à gérer étant donné qu'ils deviennent juges civils pour connaître des affaires civiles ou juges du travail pour connaître du contentieux social. On pourrait rétorquer qu'au regard de la forte concentration de la population dans la capitale burkinabè, le prétoire du juge administratif de Ouagadougou déborde d'affaires et que cela pourrait prolonger également le délai de traitement du contentieux. Certes, mais tout compte fait, les délais de traitement du contentieux administratif sont plus réduits lorsque

⁶³ Ville moyenne située dans le Sahel burkinabè, Chef-lieu de la région du Sahel.

⁶⁴ Le tribunal administratif de Ouagadougou est composé de magistrats civilistes s'occupant exclusivement du contentieux administratif, alors que celui de Dori est composé de magistrats civilistes qui connaissent des contentieux civil et administratif.

celui-ci est confié à une juridiction exclusivement compétente pour ce type de contentieux.

En outre, sur le plan de la qualité des décisions rendues dans le cadre du contentieux administratif, on a parfois l'impression que celles qui émanent des Tribunaux administratifs « exclusifs » bénéficient de plus de « crédibilité ou solidité juridique » que celles rendues par les autres juridictions administratives dont les animateurs sont tantôt juges civils, tantôt juges administratifs. La justification de cette impression que se fait un grand nombre de justiciables pourrait se trouver dans le fait que les magistrats chargés du contentieux administratif dans les juridictions administratives « exclusives » bénéficient de plus d'opportunités pour renforcer leurs acquis en droit du contentieux administratif. Par contre, s'agissant des juges en charge du contentieux administratif dans les ressorts juridictionnels qui ne disposent pas de tribunaux administratifs autonomes, les décisions rendues en matière administrative ne sont pas à l'abri de soupçons de faiblesses dans la mesure où elles sont rendues par des magistrats « généralistes ou touche-à-tout » qui connaissent des affaires de toutes natures.

En dépit des appréhensions que les justiciables peuvent éprouver selon que leur cause est entendue par un juge administratif « exclusif » ou un juge civil devenu juge administratif de circonstance, en pratique on remarque que lorsque le juge civil n'est pas assez familier des règles du contentieux administratif, celui-ci a tendance à privilégier le contentieux civil au détriment de celui administratif. La conséquence dans certains ressorts juridictionnels est la très grande rareté des audiences en matière administrative. Il n'est pas surprenant de voir, au Burkina Faso, un juge civil nommé cumulativement président du tribunal de grande instance et président du tribunal administratif, finir sa mission dans un ressort juridictionnel sans rendre la moindre décision dans la matière administrative malgré les nombreuses affaires à lui soumises. La législation burkinabè devrait évoluer dans le sens de l'institution d'une obligation pour le juge « à statut hybride », c'est-à-dire celui officiant tantôt comme juge administratif, tantôt comme juge civil, de statuer sur les affaires sans préférence⁶⁵. Les contraintes liées à l'instruction ne sont pas à ignorer, mais l'institution d'une telle obligation est nécessaire en attendant d'étoffer le personnel judiciaire.

D'autres parts, l'absence de spécialistes du contentieux administratif dans les juridictions peut entraîner l'allongement des délais de traitement des affaires administratives. Les législations africaines devront y remédier, car en droit du contentieux administratif l'obligation de juger et même de juger dans un délai raisonnable est un principe de bonne administration de la justice. On conviendra avec M. Xavier LAUREOTE sur le sens de l'obligation de juger en ces termes : « *l'obligation de juger signifie qu'une juridiction ne peut sous peine de déni de justice, suspendre indéfiniment le jugement d'une affaire dont elle est saisie quand*

⁶⁵ Les réformes visant l'organisation des juridictions tendent à rationaliser le temps de la justice. Il faudra donc optimiser le traitement des affaires et réduire les délais de jugement.

rien ne fait obstacle au règlement du litige »⁶⁶. Les conséquences du prolongement indéfini des délais de traitement du contentieux sont nombreuses. En effet, les retards mettent les justiciables dans une situation d'incertitude contraire aux objectifs de sécurité juridique visés par tout système juridique qui épouse les principes de la démocratie libérale. Le prolongement indéfini du temps de traitement d'un litige peut également être source de préjudice financier pour l'État qui pourrait payer des indemnités lorsqu'une action en justice est engagée contre lui en raison du préjudice subi par un justiciable et lié au caractère tardif du jugement d'une affaire. Pour parer aux tares des systèmes juridictionnels des États francophones d'Afrique, il serait intéressant de règlementer la question du délai de traitement du contentieux administratif par toute juridiction (administrative ou civile) qui en est saisie.

Une autre faiblesse du dualisme juridictionnel en Afrique et liée au manque de spécialisation se situe au niveau de la motivation des décisions rendues. L'analyse des décisions rendues par les juridictions administratives africaines rend compte de ce que certaines souffrent de la faiblesse ou des incohérences dans la motivation. Or, en droit du contentieux l'obligation de motiver les décisions de justice fait partie des principes du procès équitable : la motivation contribue à la lutte contre le subjectivisme et l'arbitraire du juge⁶⁷. L'objectif étant de rendre la décision plus intelligible et transparente tout en gardant une cohérence dans le raisonnement, le juge en charge du contentieux administratif se doit de densifier en fait comme en droit la rédaction des motifs. Mais du fait du statut civiliste de la plupart des magistrats en charge du contentieux administratif dans les États d'Afrique francophone, les décisions rendues dans le cadre du contentieux administratif sont peu ou non motivées. On pourrait invoquer le principe de l'économie des moyens, qui permet à une juridiction de s'abstenir de motiver certains aspects de sa décision. Mais lorsque ce principe est mal compris ou utilisé abusivement par le juge, il peut devenir un obstacle au développement du contentieux administratif.

L'efficacité des systèmes juridiques des États d'Afrique noire francophone passe donc par une profonde réforme structurelle des modèles d'organisation juridictionnels. Toutefois, cette réforme ne doit pas ignorer les problèmes de fond qui atteignent la crédibilité même de l'office du juge administratif.

⁶⁶ X. LAUREOTE, « Le procès équitable devant le juge administratif français », en ligne sur <https://halshs.archives-ouvertes.fr>, consulté le 2 avril 2017.

⁶⁷ La motivation d'un jugement, c'est le fait de fournir toutes les explications nécessaires à la compréhension de la solution retenue par le juge, mais seulement celles qui sont nécessaires.

CONCLUSION

Quel est l'avenir des juridictions administratives et du contentieux administratif dans des systèmes juridiques où les affaires administratives semblent pouvoir être traitées par tout juge ?

À l'analyse, on craint l'anéantissement du juge administratif au regard du peu d'intérêt du législateur et même du pouvoir exécutif pour le contentieux administratif. D'abord, sur le plan régional le vent semble souffler en faveur de l'unicité juridictionnelle, voire de l'unicité du contentieux. La disparité des solutions nationales pourrait s'analyser comme l'un des facteurs de cet essor de l'unicité du contentieux et de l'applicabilité du droit privé au contentieux administratif au niveau communautaire. Sur le plan interne, l'absence de formation de spécialistes en droit du contentieux administratif, l'attribution de compétences aux juges civils pour connaître de ce type de contentieux, la nomination de juges civils aux fonctions de juge administratif, dépeignent la faiblesse de la place du contentieux administratif dans les systèmes juridiques des États pris en compte dans les présentes analyses.

À l'état actuel de l'évolution des droits africains une question fondamentale se pose. Faut-il renforcer les systèmes en vigueur ou aller vers l'unicité ? Les options semblent s'orienter vers le maintien et la consolidation des systèmes dualistes. Alors, la réorganisation des systèmes juridictionnels ou juridiques s'impose dans la perspective de mettre en exergue le caractère spécifique du contentieux administratif. Cette rénovation devrait être accompagnée comme le suggère M. Ahmed Tidjani Bâ, « d'avancées prometteuses des pouvoirs et moyens de la juridiction administrative »⁶⁸.

Somme toute, les réformes à opérer dans les systèmes juridiques en Afrique noire francophone devront tenir compte des réalités africaines si elles entendent s'inscrire dans la durabilité.

Ousseini OUÉDRAOGO
Assistant à l'Université Norbert ZONGO
BURKINA FASO

⁶⁸ A.T. BÂ, « L'avenir de la juridiction administrative au Burkina Faso », in *Revue burkinabè de droit*, n° 42-2^e semestre 2002, p. 34.

VERS UNE JURIDICTIONNALISATION DES DECISIONS ADMINISTRATIVES AU BURKINA FASO ?

INTRODUCTION

Selon la belle formule d'Édouard LAFERRIERE¹, rapportée par René CHAPUS², « *l'administrateur ne juge pas, il agit* ». En effet, le propre de l'administration est d'agir, de décider sans attendre, en s'en tenant aux apparences de la réalité. Et c'est au nom de cette même logique qu'il ne peut y avoir de questions préjudicielles devant l'administration qui doit pouvoir surpasser les difficultés mêmes sérieuses³. Ainsi, pour agir, l'autorité administrative dispose de deux voies à savoir celle de la décision et celle de l'opération. Les opérations administratives sont multiples et multiformes, mais leur importance juridique est secondaire⁴. La voie de la décision, elle, s'inscrit dans cette tradition juridique qui veut que l'administration puisse disposer de l'action d'office, c'est-à-dire la possibilité de prendre des actes juridiques.

Lorsque l'administration utilise le procédé de la décision⁵, elle dispose de deux moyens : l'acte unilatéral et l'acte bilatéral ou multilatéral. Ces instruments n'ont pas la même importance dans l'étude de la puissance de l'administration. En effet, si l'acte bilatéral ou multilatéral, en l'occurrence le contrat⁶, constitue un acte juridique dans lequel peut se manifester la puissance de l'État à travers l'insertion de clauses exorbitantes du droit commun et des sanctions coercitives, résolutoires ou pécuniaires, il reste qu'il y a tout de même à la base un consentement du cocontractant de l'administration. L'acte unilatéral, par contre, se caractérise par l'absence absolue de consentement de l'administré. Ainsi, par sa volonté unilatérale, l'autorité administrative crée, soit des droits à l'égard de l'administré, soit des obligations à la

¹ Édouard LAFERRIERE a marqué de son empreinte le Conseil d'État français où il fut nommé Président de la Section du contentieux, puis vice-président. Il a publié un traité "la juridiction administrative et des recours contentieux" (sorti en 1887, puis réédité en 1989).

² René CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, Paris, Montchrestien, 2001, 15^e édition, p. 1093.

³ *Ibidem*.

⁴ Jean WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 25^e édition, 2014, p. 413.

⁵ L'administration décide par les actes juridiques qu'elle émet. L'acte juridique est défini comme une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit. L'acte juridique se distingue ainsi du fait juridique, par exemple, la non signalisation d'une crevasse qui cause un accident à un administré.

⁶ V. La définition du contrat avec Sény Mahamadou OUEDRAOGO, « L'évolution du droit des contrats administratifs à l'épreuve de la transparence au Burkina Faso et au Sénégal », *RDB* n° 46, 1^{er} semestre 2013, pp. 165 et 166, Laurent RICHER, *L'Europe des marchés publics*, Paris, LGDJ, 2009.

charge de celui-ci, et auxquelles il ne peut déroger sous peine de sanctions⁷, voire d'exécution forcée⁸.

C'est justement cette catégorie de décisions exécutoires qui inquiète les citoyens à cause de la puissance dont dispose l'administration pour empêcher ou pour contraindre, avec les inconvénients que cela peut comporter pour la liberté et les droits des administrés⁹. Pour éviter l'arbitraire administratif, il a très vite été préconisé un encadrement procédural rigoureux en matière d'élaboration de la décision exécutoire. Il s'agit de la procédure administrative non contentieuse que Jean Waline définit comme étant l'« ensemble des règles de forme et de procédure relatives à la décision exécutoire et dont le respect conditionne la validité de l'acte »¹⁰. Ce sont notamment le respect des règles de compétence, l'interprétation restrictive de la notion de pouvoir discrétionnaire, l'obligation de respecter les droits de la défense dans les mesures de sanction. Mais aujourd'hui, plus que la simple soumission de l'administration au principe de légalité¹¹, l'on semble vouloir la soumettre à des principes juridictionnels. C'est cette importance des règles de procédure issues de la procédure juridictionnelle, mises en œuvre devant une autorité administrative, que l'on appelle « juridictionnalisation ».

La juridictionnalisation¹² s'entend de la transposition des procédures et méthodes juridictionnelles dans l'élaboration des décisions exécutoires. La juridictionnalisation doit ainsi être distinguée de la judiciarisation¹³. Cette dernière consiste à soumettre une situation sous le contrôle de l'autorité juridictionnelle. Par contre, la juridictionnalisation consiste à soumettre une situation non seulement sous le contrôle d'une juridiction, mais aussi et surtout à offrir aux plaideurs des garanties procédurales à caractère juridictionnel¹⁴. La juridictionnalisation implique donc deux idées fortes : d'une part, l'existence d'une procédure rigoureuse similaire à la procédure juridictionnelle et, d'autre part, l'existence d'autorités statuant de manière indépendante et impartiale à l'image d'un juge.

⁷ La peine encourue peut être d'ordre administratif ou d'ordre pénal.

⁸ Demba SY, *Droit administratif*, Dakar, CREDILA 2010, p. 243 ; Laurent BADO, *La décision administrative unilatérale*, Uo/Esd, 1987, Impr. Nat. 131 p., spc. p. 17.

⁹ Selon, Charles DEBBASCH et Jean Claude RICCI, il est plus facile d'empêcher l'administration de commettre une illégalité que de l'obliger à la réparer ou à accorder une indemnité ou une prestation quelconque, ce d'autant plus que les mesures d'exécution forcée contre celle-ci sont presque inexistantes, in *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 8^e édition, 2001, op. cit., p. 12.

¹⁰ Jean WALINE, *Droit administratif*, op.cit, p. 429.

¹¹ Cette soumission se traduit par la possibilité d'annulation juridictionnelle de l'acte administratif.

¹² Pascale IDOUX limite cette « juridictionnalisation » ou cette « procéduralisation » au niveau des autorités administratives indépendantes. In « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA*, septembre-octobre 2010, p. 920.

¹³ V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF- Quadrige, 2007, p. 725.

¹⁴ Christine LAZERGES, *De la judiciarisation à la juridictionnalisation de l'exécution des peines*, Mélanges offerts à Pierre Couvrat, La sanction du droit, Paris, PUF 2001, pp. 489-503.

En matière administrative plus spécifiquement, il s'agit de faire profiter aux administrés des garanties procédurales observées devant le prétoire, en l'occurrence le droit à la défense et le principe du contradictoire. C'est une procédure juridictionnelle sans procès. Ladite juridictionnalisation se caractérise également par cette tendance au recours à des autorités administratives indépendantes (AAI) qui présentent toutes les apparences d'une juridiction, c'est-à-dire statuant en collégialité sur les principes d'indépendance et d'impartialité. A titre illustratif, on peut citer l'Autorité de régulation de la commande publique (ARCOP), l'Autorité de régulation des communications électroniques (ARCEP), ainsi que le Conseil supérieur de la communication¹⁵ (CSC), tous tenus de statuer en « *toute indépendance et impartialité* ». Au demeurant, il se dessine un rapprochement croissant entre administration et juridiction, administrateur et juge.

Cette étude se présente comme une critique portée sur cette incommode confusion entre l'organe administratif et l'organe juridictionnel. Elle entend également examiner les conséquences d'une juridictionnalisation sur l'efficacité de l'action administrative, car le recours aux AAI et l'exigence d'une procédure juridictionnelle pourrait affaiblir l'administration classique. Pour tout dire, l'administrateur se rapprocherait à tout point de vue du juge. Et cela a pour effet de rompre l'équilibre entre les libertés des citoyens et l'autorité de l'État au préjudice de celle-ci, au risque d'affaiblir l'État et, par conséquent, la défense de l'intérêt général.

En réalité, la procédure administrative classique peut tout de même garantir la liberté et l'intérêt général¹⁶, sans altérer l'autorité de l'État¹⁷. On sait d'ailleurs que le juge

¹⁵ Cette étude est limitée à ces trois autorités de régulation au niveau national pour deux raisons essentielles. Primo, ces trois instances de régulation présentent les traits d'une juridiction spéciale à travers notamment le caractère collégial, la structure de la décision et la soumission des décisions au contrôle du juge administratif. Secundo, ce sont des instances représentatives de la réalité des instances de régulation dans notre pays et qui font l'objet de l'actualité quotidienne. L'ARCOP, à travers son Organe de Règlement Amiable des Différends (ORAD), tranche les conflits entre opérateurs économiques et administration dans le cadre des marchés publics, et ses décisions font l'objet de recours devant le juge administratif. Salif YONABA a eu l'occasion de commenter des décisions du juge administratif portant sur les marchés publics dans son ouvrage *“Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabè : Droit administratif, (collection Précis de droit burkinabè), Ouagadougou, Les Presses africaines, décembre 2013, 2^e édition, p. 337 et suivants. C'est le cas également de l'ARCEP qui inflige des sanctions pécuniaires aux opérateurs de téléphonie mobiles et procède souvent au recouvrement forcé de ses créances, toute chose qui conduit les opérateurs devant le juge administratif. Le CSC défraie également la chronique, surtout lorsqu'il sanctionne une radio, une télévision ou suspend la publication d'un journal.*

¹⁶ L'intérêt général est défini par Ibrahim David SALAMI comme étant « un ensemble de valeurs ou d'objectifs qui sont partagés par l'ensemble des membres d'une société. Elles correspondent à une situation qui procure un mieux-être à tous les membres d'une société », in *Droit administratif*, Cotonou, Éditions CeDAT, 2015, pp. 4 et 5.

¹⁷ Il ne faut jamais perdre de vue que l'administration dispose de prérogatives de puissance publique, c'est-à-dire son autorité (voir à sujet l'école de la puissance inspirée par le doyen de la Faculté de droit de Toulouse, Maurice HAURIOU (1856-1929)), afin de mieux assurer

administratif n'est pas resté insensible à la soif de justice des administrés, car il a pu asseoir son « autorité » sur l'administration par le biais de son œuvre de contrôle juridictionnel, ce qui lui a valu la confiance des citoyens et de l'autorité politique. Et la faiblesse qualitative et quantitative du droit écrit lui a permis de dégager les principales règles de l'action administrative¹⁸. Prenant ses distances avec le pouvoir politique¹⁹, il est apparu « *comme le censeur incontournable, vénéré et respecté* »²⁰. Charles DEBBASCH résume la question en ces termes : « *A l'arbitraire qui se trouvait à l'origine plus répandue et plus absolue, le juge administratif a assujéti l'administration au respect du droit. Ainsi, il a pu réaliser l'équilibre entre puissance publique et respect des droits des citoyens* »²¹. Il en ressort que la soumission de l'administration au droit est le leitmotiv de tout le contrôle juridictionnel et du droit administratif. Cela a donné naissance au principe de légalité dans la doctrine française, tout comme dans la doctrine allemande où l'on préfère l'expression « *État de droit* »²².

Toutefois, ces règles qui constituent, pour ainsi dire, l'essence du principe de légalité ne sauraient avoir pour seul but d'entraver la prise de décisions de l'autorité administrative. Elles tendent plutôt à permettre à l'administré de saisir le juge aux fins d'obtenir l'annulation d'une décision exécutoire déjà prise. Il suit de là que rien, au nom du principe de légalité, ne doit empêcher l'administration²³ de prendre une décision même à l'évidence illégale. L'essentiel est qu'à l'éventualité d'une décision illégale, le contrôle juridictionnel puisse rétablir l'administré dans ses droits. Ainsi pourra-t-on assurer l'équilibre entre la nécessaire autorité de l'administration et la protection des droits et libertés des administrés. Ces règles sus- citées ne sont pas comparables à ce qui se trame aujourd'hui. On assiste en réalité à une forte tendance à la valorisation des droits des administrés au détriment de la nécessaire autorité de l'État au point de rompre l'équilibre entre puissance étatique et droits des administrés,

l'intérêt général qu'il prend en charge par ses activités de service public (voir l'École de Bordeaux du doyen Léon DUGUIT (1859-1928) ou école du service public).

¹⁸ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, p. 127.

¹⁹ L'administration n'a pas toujours été soumise à un juge indépendant. En effet, l'interprétation de la séparation des pouvoirs devrait aboutir à interdire au juge judiciaire de juger l'administration (voir à ce sujet Jean WALINE, *op. cit.*, p. 566). De plus, l'administration devint elle-même son propre juge : c'est l'époque de l'administrateur-juge (Jean WALINE, *idem*. Progressivement, l'on va passer de la justice retenue à la juge déléguée, puis, de manière révolutionnaire au juge administratif.

²⁰ Salif YONABA, *Droit et pratique du contentieux administratif burkinabè : de l'indépendance à nos jours*, Ouagadougou, Presses universitaires de Ouagadougou, 3^{ème} édition, février 2015, p. 63.

²¹ Charles DEBBASCH, « Déclin du contentieux administratif », *Recueil-Dalloz*, 1967, Chronique, p. 95.

²² Jacques CHEVALLIER, « L'État de droit », *RDP*, 1988, p. 329.

²³ Ahmed Tidjani BA précise que « *l'administration est un instrument chargé d'exécuter les décisions du pouvoir politique, en exécutant les lois et règlements et en assurant le fonctionnement des divers services* », in *Droit du contentieux administratif burkinabè*, Ouagadougou, Collection Précis de droit burkinabè, Presses Africaines, PADEG, 2007, p. 1.

ce qui risque de handicaper le mécanisme du processus décisionnel²⁴. Ces exigences nouvelles de protection des droits et libertés se traduisent, entre autres, par la substitution de la procédure administrative contentieuse à la procédure d'élaboration de la décision exécutoire.

Certes, l'existence de cette procédure administrative non contentieuse²⁵ que l'on nomme « juridictionnalisation », a la vertu d'éviter l'arbitraire en offrant des garanties accrues aux administrés. Toutefois, cette nouvelle revendication a pris une dimension importante par sa systématisation et sa généralisation. Cette conjoncture amène certains auteurs comme Pascale IDOUX à y voir une simple continuité procédurale entre la phase administrative et la phase juridictionnelle des décisions administratives. Pour elle, « *la similitude matérielle impose la similitude procédurale* »²⁶. Dans la même veine, Jean-Louis AUTIN dans un article au titre évocateur²⁷, se demandait s'il est nécessaire d'organiser un contrôle sur les autorités de régulation, tant leur similitude matérielle avec les juridictions est grande. Il aboutit à la conclusion que ce contrôle n'est ni décisif ni souhaitable²⁸.

L'étude d'une « *juridictionnalisation* » des décisions administratives présente un double intérêt, théorique et pratique. Sur le plan théorique, l'étude permet de montrer que cette tendance contemporaine à la valorisation excessive des droits et libertés des citoyens risque d'affaiblir la nécessaire autorité de l'administration en particulier et de l'État en général. Si les garanties d'un procès équitable²⁹ se justifient plus aisément dans les circonstances où l'administration prend une sanction, tel n'est guère le cas dans d'autres situations de décision. Subordonner toute prise de décision de l'administration faisant grief à une observation préalable des administrés, voilà une mesure de nature à paralyser l'administration³⁰. Sur le plan pratique, cette étude permet de souligner qu'en dépit de la « *juridictionnalisation* » des autorités de

²⁴ On a l'impression que plus que la possibilité d'annuler, c'est la faculté d'empêcher qui est recherchée. Les citoyens préfèrent l'inaction de l'administration ; ils veulent que même dans son intervention pour la défense de l'intérêt général par des politiques d'aides sociale et de l'emploi.

²⁵ Jean-Marie AUBY, « La procédure administrative non contentieuse », *D*, 1956, Chron., p. 30.

²⁶ Pascale IDOUX, *op. cit.*, p. 922.

²⁷ Jean-Louis AUTIN, « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'État, est-il pertinent ? », *RDJ* 1991, p. 1533-1566.

²⁸ Jean-Louis AUTIN, *op. cit.*, p. 1566.

²⁹ La Cour européenne des droits de l'homme, suite à l'interprétation qu'elle a pu donner de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme fait obligation d'appliquer les garanties d'un procès équitable devant les autorités administratives indépendantes. Les administrés doivent bénéficier de toutes les garanties procédurales. V. CEDH 21 fév. 1984, *Oztürk c. RFA*, GACEDH n° 24 et CEDH 27 août 2002, *Didier*, n° 58188/00, RDB 2003. 3, obs. G. Gonzales.

³⁰ Ce sont des facteurs de déstructuration du droit administratif dont évoque Jean-Bernard AUBY, « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 2001, p. 912. Fabrice MELLERAY y voit une remise en cause du droit administratif classique où l'exorbitance était la règle, in « L'exorbitance du droit administratif en question (s) », *AJDA* 2003, p. 1962.

régulation sous analyse, l'amélioration de la qualité des relations entre l'administration et les citoyens peine à se concrétiser. L'administré « plaide » à la fois devant ces nouvelles autorités et le plus souvent devant le juge administratif, ce qui rallonge les délais d'obtention d'une décision définitive.

Au centre de notre réflexion sur le phénomène de la juridictionnalisation au Burkina Faso se trouve la problématique suivante : peut-on percevoir une tendance à la juridictionnalisation des décisions administratives au Burkina Faso ? Autrement dit, comment les décisions exécutoires de l'Administration empruntent-elles les procédures et méthodes juridictionnelles dans leur élaboration ?

A l'analyse, on constate une tendance à soumettre l'administration classique au respect, notamment, des droits de la défense et du contradictoire en amont de sa décision. C'est le signe d'une juridictionnalisation des décisions administratives par la procédure d'élaboration (I). On note également une forte pulsion à confier l'édition des actes administratifs à des autorités administratives indépendantes (AAI), d'où l'idée d'une juridictionnalisation par l'organe d'élaboration (II).

I. UNE JURIDICTIONNALISATION DE LA PROCEDURE D'ÉLABORATION DES DECISIONS ADMINISTRATIVES

La procédure est l'ensemble des règles d'élaboration de l'acte unilatéral. Elle se termine par l'émission de l'acte. Notons d'ores et déjà que c'est le *negotium* qui est en cause. La forme de l'acte qui, le plus souvent, est confondue avec la procédure ne concerne, quant à elle, que la présentation de l'acte. Elle est donc l'*instrumentum* qui porte sur la traduction de l'opération « *normatrice* »³¹.

En fait, dans le processus d'élaboration de l'acte administratif, l'autorité administrative est soumise à des formalités³². Certaines sont préalables à l'édition de la décision³³ et précisent les modalités pratiques en vue de rendre inclusive l'élaboration de l'acte administratif. Cette catégorie de formalités concerne davantage la procédure d'élaboration de l'acte administratif (A). D'autres formalités sont relatives au contenu même de la décision. Elles renvoient à la forme d'élaboration de l'acte, c'est-à-dire à la présentation formelle et aux conditions de régularité de l'acte (B).

³¹ Le mot « *normatrice* » est de Pierre Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 8^{ème} édition, 2013, p. 345.

³² Dans le traitement de notre sujet, procédure et forme seront utilisées dans ce sens similaire, l'idée étant de mettre en exergue les contraintes soumises à l'autorité administrative dans la prise de sa décision. Traditionnellement la forme et la procédure sont rangées dans les conditions de légalité externe tandis que la compétence et la violation de la loi sont qualifiées de conditions de légalité interne à l'acte. Ce n'est pas exactement dans les mêmes que nous les employons.

³³ Charles DEBBASCH et Frédéric COLIN, *Droit administratif*, Paris, Economica, 11^{ème} édition 2015, p. 360.

A. LE RESPECT D'UNE PROCEDURE PREALABLE A L'EDICTON DE LA DECISION

Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration subit des inflexions sérieuses avec le développement de garanties fondamentales des citoyens en rapport avec l'émergence de la démocratie administrative. Traditionnellement, l'administration prenait des décisions sans préjudice d'une éventuelle discussion devant le juge de l'excès de pouvoir. *A contrario*, aujourd'hui, l'on tend à admettre que la prise de la décision soit précédée de la discussion³⁴. C'est dans ce sens que l'administration est soumise tant à l'obligation de respecter les droits de la défense (1) qu'à celle de respecter le principe du contradictoire (2).

1. L'obligation de respecter les droits de la défense

Les droits de la défense³⁵ constituent l'une des théories juridiques développée à foison par la doctrine³⁶. Ses tenants postulent que l'administration ne saurait prendre une décision à caractère disciplinaire sans que l'agent à l'encontre duquel elle est prise n'ait été préalablement informé des griefs portés contre lui. Initialement revendiqué par la doctrine dans les relations entre l'administration et ses seuls agents, le principe sera repris et généralisé à tous les administrés par le juge avant d'être définitivement consacré par le législateur.

Les droits de la défense constituent l'un des principes de droit administratif sur lequel le juge administratif national a abondamment statué. Il va consacrer le principe pour la première fois dans un arrêt du 28 juin 1974³⁷ de la chambre administrative de la Cour suprême³⁸. C'était à l'occasion du contrôle de la décision du ministre de l'Intérieur qui avait démis un chef de village de ses fonctions sur la base d'allégations sans avoir pris

³⁴ Heureusement que pour le moment, ces obligations ne s'imposent grosso modo qu'à une catégorie d'actes individuels notamment les actes individuels défavorables prises en considération de la personne (les décisions de refus ou de retrait d'autorisation ou d'agrément) et les mesures ayant le caractère de sanction.

³⁵ En France, le principe des droits de la défense devant la jurisprudence administrative a très tôt été admis suite à l'arrêt TERY, V. CE 20 juin 1913, TERY, GAJA 2005, pp. 161 et svts.

³⁶ Plusieurs auteurs français ont abondamment écrit aussi bien sur les droits de la défense devant la juridiction administrative (qui ne fait pas l'objet de cette étude) que devant l'administration active. Sur ce dernier sujet, on peut retenir quelques illustrations. G. MORANGE, « Le principe des droits de la défense devant l'administration active », D. 1965, chr. p. 121.

³⁷ V. Salif YONABA, *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabè : Droit administratif*, Précis de droit burkinabè, op. cit. p. 61.

³⁸ A l'époque, l'ordre administratif était représenté par la seule chambre administrative de la Cour suprême. Elle était compétente notamment en matière de recours pour excès de pouvoir et le contentieux de la responsabilité administrative en premier et dernier ressort. Mais avec la création des tribunaux administratifs en 1995, juridiction de droit commun du contentieux administratif, la création du Conseil d'État en 2000 et récemment en 2016 avec les cours administratives d'appel, on peut dire que l'ordre administratif s'est définitivement normalisé.

le soin de permettre à l'intéressé de présenter sa défense. Il s'agit en l'occurrence de la fameuse affaire Conombo Jean-Baptiste c/ministre de l'Intérieur qui nous rappelle l'arrêt Thiombiano Babribilé contre le ministre de l'Intérieur du 25 mai 1973³⁹. Dans cette dernière affaire, Thiombiano avait contesté une circulaire jugée réglementaire, laquelle était, en revanche, considérée par le ministre de l'Intérieur comme interprétative. Le juge avait fait droit à sa demande en retenant le caractère réglementaire de la circulaire ministérielle qui exigeait, pour être élu, la participation d'un quart (¼) des électeurs inscrits alors que le décret ne retenait que la majorité des votes sans autre précision.

La chambre administrative de la Cour suprême reprend à son compte l'arrêt Dame veuve Trompier-Gravier du conseil d'État français du 5 mai 1944⁴⁰. Elle rappelle qu'il « *résulte des principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte qu'une sanction ne peut être prononcée sans que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter sa défense* » ; qu'il s'agit là d'une obligation générale et absolue s'imposant dès que la mesure envisagée revêt un caractère certain de gravité »⁴¹.

Le juge va rester ferme et constant⁴² devant les décisions administratives qui, hélas, ont continué à méconnaître le principe. C'est ainsi qu'il va confirmer quelques années plus tard sa position dans une décision du 9 mars 1979 dans l'affaire TRAORE Idrissa contre Gouvernement de Haute-Volta à l'occasion de l'appréciation d'une sanction disciplinaire prise à l'encontre, cette fois-ci, d'un agent public⁴³. Dans son appréciation, le juge a précisé le contenu de l'obligation de respecter les droits de la défense. Il estime que cette obligation consiste pour l'administration à aviser l'intéressé de son intention de le sanctionner, lui communiquer les griefs dégagés à son encontre en motivant les poursuites afin de lui permettre de faire connaître ses moyens de défense devant les organes compétents. Il a précisément annulé un arrêté ministériel qui infligeait un blâme avec inscription au dossier à un agent public sans que ce dernier ait eu l'occasion de s'expliquer par écrit comme le prescrivait le statut général de la fonction publique à l'époque⁴⁴.

³⁹ L'arrêt est publié au Bulletin des arrêts de la Cour Suprême de Haute Volta du 1^{er} septembre 1977.

⁴⁰ GAJA 2005, pp.348 et svts.

⁴¹ On reproche souvent au juge administratif burkinabè le manque d'appropriation des principes dégagés par son homologue français. En l'espèce, le juge aurait pu reprendre le principe dans ses propres termes au lieu de reprendre entre guillemets la jurisprudence française à moins de considérer que les deux jurisprudences sont transposables, ce qui, du point de vue du droit positif, ne peut être valablement soutenu.

⁴² Ahmed Tidjani BA, *Droit du contentieux administratif burkinabè*, op.cit, pp. 458 et svts.

⁴³ Les sanctions administratives ou le droit de punir de l'administration ne concernent que les agents publics ou les administrés en rapport avec l'administration. Et ces sanctions étaient limitées : avertissement, blâme, la suspension du droit d'exercer une activité, le retrait d'une autorisation, des amendes ou d'autres sanctions pécuniaires.

⁴⁴ Il s'agissait du décret n° 67-70/PRES/TFP du 31 mars 1967 portant application du statut général de la fonction publique de 1959.

Suivant les lignes tracées par le législateur, le juge faisait une distinction entre les sanctions de moindre gravité et celles de grande gravité. En présence de la première catégorie de sanctions, le respect des droits de la défense pouvait se résumer à la communication du dossier à l'agent à titre d'information. Il suit de là qu'il n'était pas exigé de l'administration de prendre en compte des explications écrites préalables à la décision. C'est le cas notamment en matière d'avertissement, de blâme avec ou sans inscription au dossier, le déplacement d'office. Par contre, en cas de sanctions de la deuxième catégorie en l'occurrence l'exclusion temporaire, le retard ou l'abaissement d'échelon ou la révocation, l'administration était tenue au respect intégral des droits de la défense. Autrement dit, la prise d'une sanction grave requiert, sous peine de nullité, la possibilité donnée à l'agent visé de pouvoir présenter utilement sa défense. En sus, l'article 25 du statut général de la fonction publique issu de la loi n° 013/98/AN du 28 avril 1998 prescrivait, pour certaines sanctions, notamment les révocations décidées en Conseil des ministres, quel qu'en soit l'urgence ou la gravité, l'obligation de porter l'information des motifs à l'agent.

Aujourd'hui, le législateur semble avoir renforcé le respect des droits de la défense au profit des fonctionnaires. On en veut pour preuve les dispositions de l'article 49 alinéa 2 de la loi 081/2015/CNT du 24 novembre 2015 qui précisent que le fonctionnaire ne peut faire l'objet d'une sanction disciplinaire sans qu'il n'ait été, au préalable, informé des griefs retenus contre lui et qu'il n'ait été mis en mesure de présenter sa défense. Il en ressort que le législateur cumule le droit à l'information de l'agent et la possibilité pour ce dernier de présenter sa défense sans considération du degré de gravité⁴⁵. Cette disposition semble instaurer dans la procédure de décision administrative, une véritable défense qui s'assimile au principe de contradiction. En effet, les droits de la défense étant destinés à permettre à l'administration de disposer de tous les éléments nécessaires pour mieux apprécier une situation, on en déduit qu'ils s'inscrivaient dans l'action administrative. Au demeurant, l'information tout comme les éléments d'explication fournis par l'agent public permet à l'autorité administrative d'avoir une juste appréciation du dossier sans qu'une véritable procédure d'audition ne soit nécessaire.

Toutefois, lorsque la mise en œuvre des droits de la défense mue en une défense organisée devant l'administration active, elle participe d'une véritable application du contradictoire.

2. L'obligation de respecter le contradictoire

Le principe du contradictoire, n'était jadis appliqué qu'à la procédure contentieuse. Mais de nos jours, on voit s'affirmer une forte tendance à l'étendre à la procédure

⁴⁵ Les droits de la défense n'étaient exigés que lorsque la sanction tout en portant à la situation individuelle de l'administré était suffisamment grave, ce qui excluait par exemple, les simples avertissements, les blâmes. Pour celles-ci une simple information même verbale pouvait suffire.

administrative non contentieuse. Quoique perçu comme une évolution vers la démocratie administrative, le respect du contradictoire ne constitue pas moins une véritable sujétion pour l'administration. Succinctement en effet, il s'agit pour celle-ci de prévenir impérativement l'administré de son intention de prendre une décision qui lui sera défavorable, lui exposer les raisons et lui permettre de présenter ses arguments de défense, l'idée étant de susciter un débat contradictoire⁴⁶.

Il convient de noter d'ores et déjà qu'il n'existe pas une disposition générale sur le respect du contradictoire devant l'administration⁴⁷. De même, à notre connaissance, le sujet n'a pas encore fait l'objet de décision du juge administratif⁴⁸. Quant à la doctrine nationale⁴⁹, relativement au respect du contradictoire, elle demeure quasiment muette. Mais, vu que le juge administratif burkinabè a toujours fait montre de mimétisme à l'égard de son homologue français en reprenant à son compte la jurisprudence française⁵⁰, on peut prédire volontiers que ses futures décisions tendront, elles aussi à consacrer le respect du contradictoire.

On rencontre tout de même des textes spécifiques relatifs au respect du contradictoire. A titre illustratif, dans les rapports de tutelle, le législateur aménage un véritable contradictoire entre l'autorité de tutelle et le maire que celle-là envisage de suspendre ou de révoquer⁵¹. Il en est ainsi parce que la libre administration des collectivités, qui est un principe constitutionnel, prohibe toute ingérence non justifiée de l'autorité de

⁴⁶ Jean Marie AUBY, « L'administration et ses usagers : le décret du 28 novembre 1983 », *AJDA* 1984, p. 124-125.

⁴⁷ En France, c'est suite au décret du 28 novembre 1983 portant sur les relations entre l'administration et ses usagers instaurant une procédure contradictoire préalable à certaines décisions administratives que le juge administratif a pu l'ériger en principe général de droit. Voir à ce sujet, les développements de Edmond HONORAT et Éric BAPTISTE, in « Procédure administrative et actes administratifs », *AJDA* 1990, p. 93.

⁴⁸ Dans des recours récents devant le tribunal administratif de Ouagadougou des parties ont plaidé l'annulation des décisions de l'ARCEP ou du CSC pour non respect du principe du contradictoire et des droits de la défense. Elles ont obtenu le sursis à exécution, mais le tribunal ne s'est pas encore prononcé sur le fond. V. Jugement n° 037 du 3 mars 2016 dans l'affaire Évènement c/ CSC, Jugement n° 149 du 29/12/2015 dans l'affaire Désiré Dieudonné COMBOIGO c/ CSC ou jugement n° du 17 février 2015 dans l'affaire ONATEL c/ ARCEP.

⁴⁹ La doctrine française considère que le principe du contradictoire devait s'appliquer chaque fois qu'il s'agit de prononcer une mesure grave prise en considération de la personne, quand bien même le comportement de l'intéressé ne serait pas qualifié de faute. Hocine ZEGHBIB, « Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse », *RDP* 1998, p. 479 et svts.

⁵⁰ Le principe du contradictoire a d'abord érigé en principe général devant la juridiction administrative avant d'être étendu à l'administration active par le conseil français, CE, 26 juin 1987, Fédération d'action nationale et européenne (F.A.N.E.) c/ Ministre de l'Intérieur, Lebon p. 235 ; *AJDA*, 1987, p. 679..

⁵¹ L'article 271 du code général des collectivités territoriales dispose que « toute suspension ou révocation du maire ou d'un adjoint doit être précédée d'une audition de l'intéressé ou d'une invitation à fournir des explications par écrit dans les délais requis ». L'article 191 est repris dans les mêmes termes concernant le président du conseil régional et ses deux adjoints.

tutelle dans les affaires locales. En plus, le maire étant un élu local, c'est-à-dire une autorité issue d'un suffrage, l'on ne saurait admettre, que soit prise à son encontre, une sanction sans un véritable et préalable contradictoire. Cette dernière idée a l'avantage d'assurer le bien-fondé de la décision avant même l'intervention du juge de l'excès de pouvoir. Ainsi, la mise en œuvre effective de l'« *audition de l'intéressé* » ne peut se réaliser sans véritables débats contradictoires, éléments objectifs du principe du contradictoire.

Le principe du contradictoire peut également se déduire du renforcement du respect des droits de la défense tels qu'issus de la loi 081 du 24 novembre 2015 adoptée sous le Conseil national de la transition portant sur le statut général de la fonction publique. L'article 49 alinéa 2 de cette loi, en précisant de manière péremptoire que le fonctionnaire ne peut être sanctionné sans « *qu'il n'ait été mis en demeure de présenter sa défense* », semble aller dans le sens d'un renforcement des droits de la défense en instaurant un véritable contradictoire devant l'administration active. Cette appréhension de la disposition ne se veut aucunement une remise en cause de la légitime aspiration des agents-citoyens à plus de garanties quasi juridictionnelles, tant s'en faut. Force est, tout de même de remarquer que l'organisation d'une procédure contradictoire a le risque de rallonger le temps de prise de la décision administrative, de freiner, voire entraver l'action de l'administration. Ainsi, dans l'hypothèse d'un agent mauvais plaideur multipliant les lettres d'explication, il est à craindre que l'autorité administrative ne soit pas assez obstinée et renonce à son parti de sanctionner. En effet, l'on ne doit pas ignorer que le contradictoire se traduit généralement par un échange interminable de conclusions, une espèce de partie de ping-pong passionnée entre l'intéressé et l'autorité.

En fait, l'audition de l'agent ou de l'administré, les enquêtes publiques ou les procédures de consultation, la communication et l'accès de documents administratifs⁵² préalables à la décision sont autant de sujétions incompatibles avec la promptitude immanente à l'efficacité de l'action administrative. Mais si lesdites sujétions traduisent bien la volonté d'associer les citoyens à la prise de décision et surtout d'éclairer l'autorité de décision, il n'en demeure pas moins qu'elles fragilisent l'autorité de l'administration en l'empêchant d'agir⁵³. En plus, elles favorisent une insidieuse dilution de la responsabilité, puisqu'en fin de compte, il devient malaisé de distinguer l'auteur de la décision. Il s'ensuit que la célérité dans la prise de la décision administrative ne saurait impliquer le contradictoire tel que décrit plus haut. Aussi faudra-t-il réduire le principe du contradictoire à sa plus simple expression, celle consistant à n'exiger qu'un dialogue sans formalisme excessif entre l'autorité compétente et l'intéressé.

⁵² Le Conseil national de transition (CNT) a adopté la loi n° 051-2015 /CNT du 30 août 2015 portant droit d'accès à l'information publique et aux documents administratifs.

⁵³ Par exemple, il est pratiquement impossible pour l'autorité administrative de réussir une procédure de sanction d'un agent qui méconnaîtrait ses obligations. La non fréquence des mesures de sanction ne signifie pas que nos administrations publiques fonctionnent bien.

On peut par exemple concevoir une procédure selon laquelle l'intéressé pourrait se contenter de transmettre ses éléments de défense sans débats contradictoires à cette étape. Dans ce cas, l'administration serait tenue de décider après un examen sérieux et particulier des circonstances d'espèces en visant expressément les arguments avancés par l'administré. Ce processus décisionnel permettrait d'aménager les pouvoirs de l'administration tout en garantissant la protection des droits des administrés devenus plus exigeants depuis l'insurrection populaire⁵⁴.

Du reste, l'intéressé pourra toujours saisir le juge de l'excès de pouvoir s'il estime que la décision est entachée d'irrégularités. Si l'on considère que la procédure traditionnelle devant le juge administratif protège moins les citoyens, c'est justement à ce niveau que les réformes doivent être engagées. Cela pourra procéder, notamment par la mise en œuvre d'un référé spécial dans les cas de sanctions administratives⁵⁵. Et le juge administratif statuerait sous huitaine comme c'est le cas en matière électorale.

Comme on peut le constater, il suffit de renforcer l'efficacité du contrôle juridictionnel de l'administration pour réduire l'arbitraire administratif. Ainsi, les procédures d'urgence, la possibilité pour le juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration avec le pouvoir d'astreinte ou de sanction à l'encontre d'une autorité administrative récalcitrante pourraient mieux améliorer la protection des droits des administrés. Il s'ensuit qu'au lieu que soit alourdie la procédure d'élaboration de la décision exécutoire, il suffirait de renforcer les pouvoirs de contrôle du juge. Sur cette question, le doyen Georges VEDEL exprimait déjà son inquiétude face à ce qu'il appelle « *l'État contentieux* ». Pour le doyen, « *la question est de savoir dans quelles mesures on peut avoir une société sans arbitraire, tout en réservant au juge une place importante, la plus importante peut-être, mais en empêchant les embouteillages qui ruinent l'Etat de droit lui-même* ». Et il se demandait « *si une société peut être capable de porter la charge de contentieux qu'implique une conception de l'Etat de droit fondée uniquement sur l'intervention du juge pour assurer la régularité sociale* »⁵⁶.

Les inquiétudes du doyen sur cette tendance du « tout contentieux » se justifient en matière juridictionnelle. Elles le sont davantage avec la tendance à la juridictionnalisation d'une procédure administrative a priori non contentieuse. Le respect des droits de la défense et le respect du contradictoire se conjuguant, on assiste

⁵⁴ Les 30 et 31 octobre 2014, le Burkina Faso a connu un soulèvement populaire qui a chassé Blaise Compaoré alors président depuis 27 ans. Parti au départ comme un mouvement général visant à empêcher le président de modifier pour énième fois l'article 37 afin de se représenter, il a abouti à la fuite du Président. La rédaction d'une Charte de la transition devait permettre à la mise d'une transition sans rupture démocratique jusqu'aux élections présidentielles et législatives de novembre 2015. Depuis l'insurrection, un souffle vent nouveau de démocratie et de revendication de liberté de partage équitable des richesses.

⁵⁵ Le référé administratif introduit depuis les lois sur les tribunaux administratifs et la cours administrative d'appel du 26 avril 2016, publiées au JO n° 6 du 9 février 2017 n'ont pris en compte qu'une partie de la préoccupation. Désormais, l'administré peut obtenir une décision provisoire en un ou deux mois contre les effets d'une décision exécutoire.

⁵⁶ Guy BRAIBANT et autres, « Questions pour le droit administratif », AJDA 1995, p. 18.

à l'instauration d'un dialogue préalable à la prise de la décision administrative. D'autres formalités relatives au contenu même de la décision administrative sont de plus en plus exigées.

B. LE RESPECT DES FORMALITES RELATIVES AU CONTENU DE LA DECISION

L'autorité administrative a toujours été soumise au respect de formalités relatives au contenu de ses décisions afin d'éviter l'arbitraire administratif. Si traditionnellement ces exigences relevaient d'une simple pratique administrative, elles semblent aujourd'hui s'inscrire dans une logique d'obligation sous peine de nullité de la décision. Ces exigences se traduisent par le respect scrupuleux des formalités traditionnelles (1) et l'obligation de motiver la décision (2).

1. L'exigence renforcée du respect des formalités traditionnelles

Par l'expression 'formalités traditionnelles', on entend examiner les questions de présentation matérielle de la décision exécutoire. Elles se rapportent notamment à la forme écrite ou verbale de l'acte administratif, à son apparence, à sa structure formelle ainsi qu'à son contenu stricto sensu⁵⁷. Contrairement au juge dont la décision prend, en règle générale, la forme d'un syllogisme, l'autorité administrative est libre de présenter ses décisions à sa convenance. Néanmoins, elle est tenue de respecter des formalités substantielles que le juge administratif dégage progressivement dans son activité de contrôle⁵⁸. Par ailleurs, les formalités prévues par une loi sont considérées par le juge comme une formalité substantielle dont le non respect est sanctionné par une décision d'annulation⁵⁹.

Par exemple, peuvent être considérées comme des formalités non substantielles, la forme écrite et la forme verbale. En effet, si le principe est la forme écrite, rien n'interdit une décision verbale. C'est le cas en matière de circulation routière, par exemple, où le geste de l'agent de police constitue une décision. La seule difficulté est celle liée à la question de la preuve de son contenu. Une décision administrative peut également être implicite. Il en est ainsi lorsqu'au sujet d'une requête, l'administration garde le silence pendant un certain délai. Cette attitude vaut généralement décision implicite⁶⁰ de rejet. Mais dans certains cas limitativement fixés par la loi, le silence de

⁵⁷ Charles DEBBASCH et Frédéric COLIN, *Droit administratif*, op.cit, p. 364.

⁵⁸ L'absence d'un code de procédure administrative non contentieuse regroupant l'ensemble des formalités et procédure d'élaboration des actes administratifs a accru le rôle créateur du juge administratif. Même s'il existe des textes comportant quelques éléments de procédure et relativement à certains actes.

⁵⁹ Charles DEBBASCH et Frédéric COLIN, *op. cit.*, p. 365.

⁶⁰ Le principe était que le silence gardé par l'administration pendant quatre mois vaut décision implicite de rejet. Aujourd'hui ce délai est ramené à deux mois, selon l'article 19 de la loi 011 du 26 avril 2016, JO n° 6 du 9 février 2017, portant sur les tribunaux administratifs. Dans certains cas, le délai du silence est encore plus réduit : par exemple en matière de commande publique, lorsque le soumissionnaire mécontent adresse une demande à l'autorité

l'administration s'analyse en une décision d'acceptation⁶¹. En revanche, il y a des formalités qui sont obligatoires sous peine d'annulation de la décision ou d'inexistence juridique. C'est le cas notamment de la mention de la date, de la signature et du contreseing lorsque celui-ci est exigé⁶². Il faut également noter que l'obligation pour l'autorité administrative de mentionner dans sa décision les structures effectivement consultées fait partie des formalités impératives.

Par ailleurs, de plus en plus, il est exigé de l'administration d'indiquer l'identité de l'agent ayant traité le dossier. C'est le cas en France où le code des relations entre le public et l'administration (CRPA) impose de nouvelles obligations à l'administration. Celles-ci consistent à délivrer un accusé de réception contre des demandes des administrés-usagers, à indiquer les délais de recours contentieux⁶³ en cas de rejet de la demande, à permettre à l'usager d'apporter des pièces complémentaires à son dossier. A l'analyse, ces formalités s'inscrivent dans une dimension de démocratie administrative, l'idée étant d'amener l'administration à développer un esprit d'écoute et d'accueil plutôt que de faire montre de méfiance à l'égard de l'administré-usager. Tout de même, le respect des formalités ci-dessus analysées n'épargne nullement l'administration de l'obligation de motiver.

2. Les exigences nouvelles de l'obligation de motiver

La motivation est l'une des plus importantes obligations qui pèsent sur l'autorité administrative relativement au contenu de ses décisions. Elle consiste pour celle-ci à indiquer dans le libellé de l'acte administratif, les motifs qui ont présidé à sa prise de la décision. Tout acte administratif comporte nécessairement des motifs, sauf à confiner à l'expression de l'arbitraire de l'administration. En cela, la motivation n'est pas une exigence nouvelle. L'innovation en la matière se rapporte à sa matérialité. *In concreto*, l'obligation de motiver suppose l'injonction faite à l'administration de formuler explicitement ses raisons dans le corps de la décision administrative, à l'instar de la décision juridictionnelle.

contractante, celle-ci dispose de trois (3) jours ouvrables pour réagir sinon son silence vaut décision implicite.

⁶¹ On rencontre les décisions implicites d'acceptation dans les rapports de tutelle. Le silence gardé par le représentant de l'État pendant un mois sur les actes de la collectivité soumis à autorisation préalable ou à approbation (budget par exemple) vaut décision implicite d'acceptation. Confer article 152 du CGCT en qui concerne la région et 231 en ce qui concerne la commune. En matière d'urbanisme et de construction, le silence gardé à une demande de permis de construire pendant un mois vaut décision implicite d'acceptation.

⁶² Selon l'article 57 de la Constitution, certains décrets délibérés en conseil des ministres signés par le président du Faso sont contresignés par le premier ministre et les ministres compétents. L'article 66 évoque la situation des actes du Premier ministre contresignés par les membres du Gouvernement chargés de leurs exécutions.

⁶³ L'article 19 de la nouvelle loi sur les tribunaux administratifs sus citée oblige l'autorité administrative à préciser dans l'acte de notification ou signification le délai du recours contentieux sous peine de ne pas pouvoir invoquer la forclusion à l'encontre de l'administré concerné.

En réalité, il n'existe pas un texte général sur l'obligation de motiver⁶⁴. Le principe est donc celui de la faculté de motiver. En d'autres termes, il appartient à l'autorité administrative d'apprécier la nécessité d'incorporer dans le texte de la décision, les raisons de fait et de droit qui sous-tendent son édicton⁶⁵. Toutefois, certains textes spécifiques portent à croire à l'existence d'une obligation de motiver.

Il s'agit d'abord des textes relatifs aux relations de tutelle entre l'État et les collectivités territoriales. En effet, au sujet de la dissolution du conseil municipal, l'article 251 du CGCT précise que la dissolution est prononcée par décret en conseil des ministres, mais non par voie de mesure générale. La prohibition d'une dissolution par voie de mesure générale signifie que l'autorité de décision est tenue de préciser les motifs qui fondent sa décision. Ainsi compris, en cas de dissolution du conseil municipal, le rapport du ministre en charge des collectivités présenté au Conseil des ministres doit comporter les éléments de fait et de droit qui servent de fondement au décret de dissolution. Quant à l'article 172 du code précité relatif à la dissolution du conseil régional, il ajoute que le Parlement doit être officiellement informé dans un délai de trente (30) jours. Interprété dans un sens protecteur de la libre administration des collectivités, notamment la protection de la démocratie locale, le conseil d'État serait fondé à censurer un décret qui ne contiendrait pas dans son corps, les éléments de fait et de droit qui le justifient. Par ailleurs, l'article 21 de loi n° 051-2015/CNT du 30 août 2015 portant droit d'accès à l'informatique publique et aux documents administratifs⁶⁶ oblige toute autorité administrative à motiver sa décision de refus. Cette décision de refus doit comporter les raisons du refus en tenant compte du contenu de la demande et de la nature de l'information ou du document recherché.

Concernant les autorités de régulation statuant à l'image de juridiction, la motivation des décisions est également rendue obligatoire. Comme le retient la doctrine française⁶⁷ en effet, tous les organismes collégiaux sont soumis à l'obligation de motiver leurs décisions. Mais dans le contexte burkinabè, l'obligation de motiver les décisions des autorités de régulation est une exigence d'ordre législative ou réglementaire. On peut citer à titre d'exemple le cas de l'Autorité de Régulation des

⁶⁴ On peut cependant soutenir avec René ODENT que « là où il y a droits de défense en droit administratif, il y a obligation pour l'autorité administrative à motiver sa décision », in « Les droits de la défense », EDCE 1953, p. 61. L'obligation de motiver en France fut d'abord d'origine jurisprudentielle, CE Ass. 27 nov.1970, Agence maritime Marseille-Fret, Lebon, p. 704. Elle a été consacrée plus tard par la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation obligatoire de certains actes administratifs.

⁶⁵ En France, le principe de la motivation obligatoire fait suite à la loi du 11 juillet 1979 suscitée notamment en ce qui concerne les décisions administratives individuelles défavorables et les sanctions administratives. Il n'y a donc pas de motivation obligation sans texte, le principe reste que la motivation est facultative devant l'administration classique.

⁶⁶ La loi est disponible sur le site de l'assemblée nationale : www.assembleenationale.bf.

⁶⁷ On peut citer des auteurs emblématiques comme Jean-Louis AUTIN « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'État, est-il pertinent ? », RDP 1991, p. 1533-1566 et Marie Anne FRISON-ROCHE, « Pourquoi, les autorités de régulation ? », in *Le politique saisi par l'économie*, Economica 2002, pp. 271-285.

Communications Électroniques (ARCEP). L'article 194 de la loi n° 061-2008 du 27 novembre 2008 portant réglementation générale des réseaux et services de communications électroniques au Burkina Faso précise que les décisions de l'autorité doivent être motivées. De même, l'article 30, alinéa 2 du décret n° 2017-050 du 1^{er} février 2017 portant sur l'Autorité de Régulation de la Commande Publique (ARCOP) précise que les décisions de l'Organe de Règlement Amiable des Différends (ORAD) doivent être motivées. La loi n° 015-2013 du 14 mai 2013 applicable au conseil supérieur de la communication quant à elle, ne prévoit pas une disposition expresse sur l'obligation de motiver. On ne peut imaginer, nonobstant ce silence de la loi, que les mesures de sanctions prises par cette autorité ne soient pas soumises à l'obligation de motiver.

Par ailleurs, dans la pratique administrative burkinabè, l'autorité administrative prend le soin de motiver certaines décisions. C'est le cas notamment en matière de police administrative, lorsque le maire ou le ministre en charge de la sécurité refuse d'autoriser une manifestation ou une marche. Cette pratique peut paraître insuffisante quand l'autorité se contente d'une motivation générale en invoquant le risque de troubler l'ordre public que présente la manifestation ou l'insuffisance numérique des forces de police nécessaires à garantir la sécurité des manifestants.

En ce qui concerne le contenu de la motivation, la doctrine⁶⁸ et la jurisprudence⁶⁹ françaises donnent des indications pertinentes. Selon ces sources en effet, la motivation doit être écrite, claire et précise. Par ailleurs, elle ne doit pas se contenter de reprendre les termes mêmes du texte sur lequel elle se fonde⁷⁰. Elle doit comporter l'énonciation des éléments de droit et fait qui constituent le substrat spécifique de la décision. Et c'est justement cette exigence novatrice consistant en une inscription explicite des motifs dans l'*instrumentum*⁷¹ de la décision qui constitue une formalité supplémentaire de nature à alourdir la procédure administrative non contentieuse⁷².

Au demeurant, la difficulté majeure relative à la motivation de la décision administrative tient à ce qu'elle se conçoit comme une formalité substantielle. Or à ce titre, son absence constitue un motif valable d'annulation de l'acte administratif alors même qu'il existerait de motifs suffisants. Pour cette raison, il serait souhaitable que l'on admette que soit différée la motivation comme en cas d'urgence ou de nécessité absolue, de circonstances exceptionnelles ou encore en matière décisions implicites. Ainsi, il serait beaucoup plus aisé à l'administration d'accomplir sa mission. Il en ressort que l'obligation de motiver n'est nullement en soi une sujétion surabondante

⁶⁸ Olivier GABARDA, « Vers une généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs ? Enjeux et perspectives d'évolutions autour du principe de la motivation facultative », *RFDA* 2012, p. 61.

⁶⁹ CE, sect., 9 déc. 1983, Vladescu, Lebon p. 497, CE 12 mars 1986, Metzler, Lebon p. 70.

⁷⁰ CE, 24 juillet 1981, Lebon, p. 332.

⁷¹ Charles DEBBASCH et Frédéric COLIN, *Droit administratif*, op. cit, p. 367 et svts.

⁷² Si elle est moins difficile pour les autorités administratives indépendantes, elle est par contre plus difficile à respecter pour les autorités uniques qui ne bénéficient ni les moyens de ces dernières ni les capacités techniques et juridiques.

pour l'administration. C'est plutôt et uniquement l'obligation faite à l'autorité de l'incorporer au texte de la décision qui s'avère préjudiciable à la célérité que requiert le processus décisionnel de l'administration.

Au regard de ce qui précède, il est clair que le souci de protection des droits et libertés de l'administré semble l'emporter sur l'efficacité de l'action administrative. L'autorité administrative ne peut plus agir avec la célérité nécessaire pour une meilleure défense de l'intérêt général⁷³. Le respect des droits de la défense et du contradictoire transforme l'administration active en une pseudo-juridiction devant laquelle des débats sont requis avant même la prise de la décision⁷⁴. Et si la décision s'avère défavorable à l'administré, il poursuit les débats devant le juge de l'excès de pouvoir.

Tout de même, il est aménagé des "portes de sortie". Celles-ci, se rapportant notamment à l'ordre public, à l'urgence ainsi qu'aux circonstances exceptionnelles, permettent à l'administration de passer outre les principes sus-évoqués. Il n'en demeure pas moins réel que le mal est déjà fait : l'administration est enchaînée dans une procédure qui entrave considérablement son élan⁷⁵. Cette tendance à soumettre l'administration à une « *procéduralisation* » excessive de son action se renforce avec le rejet de l'administration classique⁷⁶ au profit d'autorités nouvelles, organiquement indépendantes des pouvoirs traditionnels de la théorie de la séparation des pouvoirs, d'où l'idée d'une juridictionnalisation de l'organe d'élaboration de la décision administrative.

II. UNE JURIDICTIONNALISATION DE L'ORGANE D'ELABORATION DES DECISIONS ADMINISTRATIVES

Dans l'univers institutionnel du Burkina Faso, tout comme dans la plupart des autres pays, on assiste à l'émergence de nouveaux organes administratifs « *auteurs* » d'actes administratifs unilatéraux, qualifiés d'autorités administratives indépendantes⁷⁷. Dans

⁷³ On voit que comment le respect du principe du contradictoire et des droits de la défense retarde les solutions juridictionnelles. Les mauvais plaideurs manipulent à volonté, toute chose qui retarde le cours du procès.

⁷⁴ Heureusement que pour le moment, cela ne concerne que les actes individuels qui par nature peuvent porter atteinte aux droits subjectifs d'un administré.

⁷⁵ L'autorité publique est moins armée aujourd'hui « qu'elle ne l'était au début du xxe siècle pour faire respecter ses lois », in « L'alternative entre les sanctions pénales et les sanctions administratives », Jacques-HENRI ROBERT, *AJDA* 2001, p. 91.

⁷⁶ L'administration classique est suspectée de bureaucratie excessive, de partialité, d'impérialisme, d'autoritarisme et d'arbitraire. Les agents publics sont qualifiés de paresseux, lents dans le traitement des dossiers et parfois d'incompétents compte de la qualité souvent défectueuse de leurs décisions.

⁷⁷ Les secteurs réguliers ont une forte connotation économique susceptible de générer des profits. Il s'agit notamment des financiers, bancaires, d'assurance, énergétiques, de télécommunications, de la communication du transport ferroviaire. Les autorités intervenant en matière de protection des droits des citoyens sont peu nombreuses et moins médiatisés. Il s'agit par exemple de la commission des libertés publiques, le service de protection des

l'exercice de leurs pouvoirs de sanction⁷⁸, leurs statuts participent fortement⁷⁹ de celui d'une juridiction (A) et les obligations de leurs membres sont identiques à celles d'un juge (B).

A. DES ORGANES ADMINISTRATIFS AU STATUT DE JURIDICTION

La critique sur les autorités administratives indépendantes porte sur deux aspects. Le premier tient au fait que ces autorités s'arrogent un certain nombre de matières relevant du domaine de compétences de l'administration classique (1). Le second aspect de la critique se rapporte à l'exigence paradoxale d'une procédure de type juridictionnel (2) dans la prise des décisions privées de l'autorité de chose jugée.

1. Des autorités administratives indépendantes de l'exécutif

Les autorités de régulation, au regard de leur nature juridique, sont appréhendées d'abord comme des organes indépendants, distincts des pouvoirs classiques⁸⁰. Elles se présentent ensuite comme des autorités *administratives mais indépendantes* de l'administration classique, l'un des pendants de l'exécutif. D'ailleurs, l'expression « autorité administrative indépendante » est consacrée par les textes constitutionnels, législatifs ou règlementaires⁸¹ qui créent lesdits organes⁸².

données informatique. Notre entreprise se porte sur trois organes emblématiques sur la scène nationale, en l'occurrence, le Conseil Supérieur de la Communication (CSC), l'Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes (ARCEP) et l'Autorité de Régulation de la Commande Publique (ARCOP).

⁷⁸ Les autorités de régulation ont plusieurs pouvoirs : le pouvoir d'édicter des normes, qui caractérise le pouvoir législatif, celui de les appliquer qui caractérise le pouvoir exécutif, et de sanctionner leur violation qui caractérise le pouvoir judiciaire. Mais les plus en vues sont de deux ordres à savoir la fonction purement administrative et la fonction juridictionnelle ou contentieuse.

⁷⁹ Pour les auteurs Charles DEBBASCH et Frédéric COLIN, la caractéristique essentielle d'une juridiction est de rendre une décision qui règle définitivement des litiges avec la force de chose jugée, in *Droit administratif*, Économica, Paris, 2015, 11^{ème} édition, p. 577.

⁸⁰ Il s'agit ici, selon l'entendement de Montesquieu, des trois pouvoirs issus de la théorie de la séparation des pouvoirs en l'occurrence le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire.

⁸¹ Le CSC a d'abord été créé par une loi avant sa constitutionnalisation en juillet 2012. L'ARCEP résulte d'une loi. L'ARCOP bénéficie d'un statut législatif seulement depuis la loi n° 039-2016/AN du 2 décembre 2016 portant réglementation de la commande publique publiée au JO n° 4 du 26 janvier 2017. Mais ces attributions, son organisation et son fonctionnement précisés par le récent décret n° 2017-0050/PRES/PM/MINEFID du 1^{er} février 2017, JO spécial n° 3 du 1^{er} février 2017.

⁸² En effet, l'article 160. 3 de la Constitution dispose qu'« il est institué une autorité administrative indépendante de régulation de la communication au public dénommée Conseil supérieur de la communication en abrégé (CSC) ; puis l'article 4 de la loi 05-2013 du 14 mai 2013 reprend que « le Conseil supérieur de la communication est une **autorité administrative indépendante** chargée de la régulation du secteur de la communication au Burkina Faso ». De même, l'article premier alinéa 2 du décret 2017-0050 du 1^{er} février 2017 précise que « l'Autorité de régulation de la commande publique (ARCOP) est une **autorité administrative**

L'émergence d'autorités administratives mais indépendantes ne constitue pas moins une mise à la touche de l'administration classique, qui, jadis, grâce à ses liens de subordination juridique, était confortée par la légitimité électorale des organes politiques dont elle dépend. Normalement, dans un État démocratique, seuls les organes issus d'élections ou répondant d'organes eux-mêmes issus d'élections peuvent agir au nom du peuple⁸³. C'est pourquoi cette tendance à la création systématique de structures qui, bien qu'administratives, ne sont pas rattachées au pouvoir exécutif pose un problème de logique juridique pure.

Le procédé répondrait plus à une logique de pragmatisme juridique en ce sens qu'elle semble venir en écho à la question de savoir si le droit ne devrait pas être plus orienté vers un objectif social que vers une vision abstraite de logique pure⁸⁴. En effet, quelles que soient les garanties procédurales prévues pour la prise des décisions administratives, l'administration traditionnelle, inféodée à l'exécutif, reste fondée à prendre des décisions à caractère politique, partial et non transparent. Dans ses rapports hiérarchiques avec le gouvernement, l'administration reçoit des directives, des recommandations, des orientations et des instructions empreintes de considérations subjectives, électoralistes ou politiques, ce qui n'est pas le cas des autorités de régulation. Celles-ci, indépendantes de l'Exécutif, ne reçoivent pas d'instructions de lui. C'est à cet égard que Jean Louis AUTIN soutient que « *sans constituer un quatrième pouvoir ni un contre-pouvoir, dépourvues de légitimité démocratique, les autorités administratives indépendantes peuvent utilement jouer un rôle d'équilibrage et de stabilisation dans la vaste entreprise d'aménagement de la théorie de la séparation adaptée à l'esprit du temps et à la réalité de la vie politique contemporaine* »⁸⁵.

Les autorités administratives indépendantes permettent, en effet, d'obtenir un haut degré de neutralité politique et garantissent au mieux l'intérêt général. Il en est ainsi du fait qu'elles ne sont subordonnées, dans l'exercice de leurs missions, ni à l'exécutif ni au législatif ni au judiciaire. Elles ne sont soumises qu'à l'autorité de la règle de droit qui encadre leurs actions et leurs décisions. On en déduit qu'elles bénéficient d'un statut particulier qui les met à l'abri de la dépendance organique et fonctionnelle des pouvoirs exécutif et législatif. Dans certains cas, ces autorités administratives indépendantes sont nommées par les pouvoirs publics, ce qui suscite une légitime inquiétude quant à l'effectivité de leur impartialité. Des mécanismes, telles

indépendante, dotée de la personnalité juridique, de l'autonomie financière et de gestion ». On peut enfin citer l'article 2 du décret 2009-346 du 25 mai 2009 qui prévoit également que « l'Autorité de régulation est **une autorité administrative indépendante** dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie financière ».

⁸³ Il existe néanmoins des exceptions notables : la justice rendue au nom du peuple, mais pour autant, les juges ne sont pas issus d'élections.

⁸⁴ Paul AMSELEK, « La teneur indécise du droit », *RDJ* 1991, p. 1200 et svts.

⁸⁵ Jean Louis AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *RFDA* 2010, p. 880.

l'irrévocabilité et l'inamovibilité, ainsi que l'absence de pouvoir hiérarchique, sont donc institués pour les épargner de tout devoir éthique de reconnaissance.

Il conviendrait aussi de faire une observation sur la qualité des membres des organes de régulation ainsi que sur le fonctionnement de ceux-ci. En effet, lesdits organes sont composés en principe de professionnels issus du secteur de l'activité⁸⁶ dont ils sont appelés à assurer la régulation. Leurs membres statuent en collégialité et à la majorité à l'image du juge sur les mérites de la demande des administrés sans autres considérations que celles techniques. Cette construction juridique conforte, ne serait-ce que psychologiquement, l'idée d'une administration plus impartiale et plus objective dans ses prises de décision. Ainsi, grâce à leur « magistrature d'influence »⁸⁷, ces autorités ont la faveur de l'opinion publique, tant l'on les estime plus à même d'offrir de garantie de transparence, de compétence technique et de protection des libertés. Il s'y ajoute que leurs décisions ont un caractère sinon obligatoire du moins exécutoire à l'image de toute décision exécutoire.

En définitive, l'analyse de la composition des autorités de régulation et de leur mode de décision entre autres conduit à conclure à leur caractère juridictionnel. Mais en plus d'un statut d'organes « *juridictionnels* », elles statuent suivant une procédure juridictionnelle.

2. Les contraintes d'une procédure quasi juridictionnelle

Les autorités de régulation, dans le processus de prise de leurs décisions administratives, sont soumises à une procédure juridictionnelle. Toute procédure juridictionnelle se caractérise, en effet, par le respect de règles et de principes qui permettent aux organes traditionnels de mise en œuvre du pouvoir judiciaire d'aboutir à une résolution équitable d'un litige. Il s'agit, notamment du respect du contradictoire, de l'obligation de motiver, du respect d'une phase d'instruction du dossier, du secret des délibérations ainsi que de la publicité de l'audience. Mais force est de constater que ces règles et principes ne sont plus spécifiques au judiciaire⁸⁸, tant ils sont empruntés par la procédure suivie devant les autorités de régulation. L'exigence d'une procédure juridictionnelle dans la prise de décision des autorités de régulation se justifie fort bien, dès lors que celles-ci exercent une fonction contentieuse auprès des opérateurs économiques de leur domaine⁸⁹.

⁸⁶ Elles sont nommées en fonction notamment de leurs qualifications en matière juridique, technique ou économique.

⁸⁷ Jean-Louis AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *op.cit*, p. 880.

⁸⁸ Le terme judiciaire doit s'entendre ici au sens des articles 124 et 126 de la Constitution Burkinabè de la IV^e République.

⁸⁹ Les autorités de régulation exercent plusieurs attributions, mais dans le cadre de cette étude, il n'a été considéré que la fonction contentieuse, celle par laquelle elles fonctionnent comme une juridiction aboutissant à la prise d'une décision de sanction ou tranchant un litige entre opérateurs économiques.

Ainsi, des trois organes de régulation institués au Burkina-Faso, deux s'avèrent formellement soumis à la procédure juridictionnelle. D'une part, en effet, l'article 168 de la loi 061-2008 du 27 novembre 20018 relative à l'ARCEP prévoit que l'autorité de régulation⁹⁰ « *veille au respect des principes généraux de droit notamment le principe du respect des droits de la défense, le principe du contradictoire et celui de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement* ». Il faut noter aussi que, tel un organe juridictionnel, l'ARCEP statue en collégialité, sans ignorer que ses décisions sont prises par consensus ou à la majorité. C'est ce qui ressort de l'article 12 du décret 2009-346 du 24 décembre 2009 portant sur l'ARCEP. Ledit article prévoit explicitement que le Conseil de régulation ne peut valablement se réunir que si au moins cinq des sept membres sont présents. Il statue à la majorité des membres présents. L'article 194 de la loi 061-2008 relative à l'ARCEP sus citée quant à lui, précise que les décisions doivent être motivées.

D'autre part, les articles 18 à 39 du décret 2017-0050 du 1^{er} février 2017 portant sur l'ARCOP établissent de véritables règles de procédures. Celles-ci sont relatives, notamment à la compétence matérielle⁹¹ de l'Organe de règlement amiable des différends (ORAD), aux conditions d'introduction des requêtes, à l'instruction et au jugement des affaires portées devant ledit organe. Plus spécifiquement, selon l'article 29, avant dernier alinéa du décret précité, les dossiers de l'ORAD sont soumis à une procédure d'instruction préalable. L'alinéa 1^{er} de l'article 30 précise que l'ORAD apprécie sa propre compétence, examine la recevabilité de la requête et se prononce au fond. L'alinéa 2 poursuit en ordonnant que la procédure respecte les principes du contradictoire, sans manquer de constituer l'obligation de motiver à la charge de l'ORAD.

Ainsi donc la structure formelle de la procédure de décision de l'ORAD et de l'ARCEP est identique à celle d'un jugement. Tous deux se prononcent d'abord sur leur compétence, examinent ensuite les conditions de recevabilité et statuent enfin au fond comme le ferait un juge. Fort de ce constat, en se prononçant sur deux arrêts relatifs à la Générale des études et travaux (GET) c/ Assemblée nationale des 10 août 2004 et 11 août 2005 des chambres réunies, Salif YONABA pouvait soutenir, au sujet de la détermination de la nature juridique de la Commission de règlement amiable des

⁹⁰ Les compétences qui défraient la chronique sont celles qu'elle met en œuvre en vue de sanctionner les manquements des exploitants des réseaux ou des fournisseurs de services de communications électroniques aux dispositions législatives ou réglementaires afférentes à leurs activités ou aux décisions prises pour assurer la mise en œuvre desdites dispositions conformément aux articles 167 et 185 et suivants.

⁹¹ Selon l'article 24, l'ORAD intervient dans trois situations : en matière de litige lors de la phase passation de la commande publique, en matière de conciliation au moment de l'exécution du marché et en matière disciplinaire de litige à tout moment de la procédure. En matière de litige, domaine de compétence le plus en vue, l'ORAD connaît des plaintes des candidats, des soumissionnaires et des attributaires s'estimant lésés dans les procédures d'attributions de la commande publique.

litiges⁹² (CRAL), que « *les pouvoirs qu'exerce la commission d'arbitrage et de réconciliation ou de règlement amiable des litiges sont d'un type particulier et qui sont comparables en tous points à ceux du juge* »⁹³.

La loi organique 015-2013 relative au CSC, quant à elle, ne comporte pas de dispositions expresses relatives à la procédure sus évoquée. Toutefois, eu égard à ces attributions, tels le contrôle *a posteriori* des programmes des médias et son pouvoir de mise en demeure, de suspension d'un programme ou des médias⁹⁴, l'on ne saurait imaginer qu'il ne soit pas, à l'instar des autres autorités de régulation, soumis à une procédure juridictionnelle dans ses prises de décision. Le tribunal administratif de Ouagadougou a ordonné le sursis à exécution de la décision de suspension de parution du journal Évènement prise par le CSC en date du 18 février 2016 sur le fondement de l'existence de motifs sérieux d'annulation de ladite décision et sur le fondement du non respect des droits de la défense du journal Évènement⁹⁵. Le même tribunal a également ordonné le sursis à exécution du procès-verbal de remplacement d'un de ses conseillers en qualité de vice-président pour non-respect de ses droits à la défense et du principe du contradictoire⁹⁶.

On peut, de l'analyse qui précède, inférer que la structure formelle du processus de décision des autorités de régulation au Burkina est identique à celle d'un jugement des organes officiellement investis de la fonction judiciaire. Cet état de choses les assimile fortement à une juridiction.

A notre sens, du moment où ces organes revêtent tous les caractères d'une juridiction, il serait judicieux d'en faire des juridictions de premier degré. Cette juridictionnalisation comporte bien d'avantages, telle la réduction des délais d'obtention d'une décision définitive. En matière de commande publique ou de communication et des télécommunications, en effet, la célérité est de mise. Or, la procédure qui y est suivie pour l'obtention d'une décision définitive fait montre d'une longueur peu rationnelle.

Concernant la commande publique, par exemple, la procédure paraît particulièrement incommode : la commission d'attribution des marchés publics attribue le contrat au soumissionnaire dont elle juge l'offre la plus avantageuse ; le soumissionnaire

⁹² Tout a commencé en 1996 avec la Commission d'Arbitrage et de Conciliation (CAC), puis Commission de Règlement Amiable des Litiges (CRAL) en 2003, ensuite Comité de Règlement des Différends (CRD) en 2008 et depuis 2014, Organe de Règlement Amiable des Différends (ORAD).

⁹³ Salif YONABA, *Les grandes décisions de la jurisprudence burkinabè : Droit administratif*, op.cit, pp. 337-338.

⁹⁴ V. Les articles 2 et 4 de ladite loi relatifs aux attributions du CSC et surtout les articles 46 et 47 relatifs aux sanctions susceptibles d'être prises par le CSC, sanctions qui défraient le plus souvent la chronique. C'est l'exemple de la décision de suspension de parution du journal Évènement prise par le CSC en date du 18 février 2016.

⁹⁵ Cf. Jugement n° 037 du 3 mars 2016 du tribunal administratif de Ouagadougou.

⁹⁶ Cf. Jugement 149 du 29 décembre 2015 du tribunal administratif de Ouagadougou.

mécontent saisit d'abord l'autorité contractante ; en cas de désaccord, il saisit ensuite l'ORAD qui doit trancher dans sept (7) jours ouvrables ; enfin la décision de l'ORAD est susceptible de recours devant le tribunal administratif, ce dernier n'étant tenu d'aucun délai. Au surplus, la décision du tribunal peut, à son tour, faire l'objet d'appel, et éventuellement de cassation devant le Conseil d'État qui statue également sans délai⁹⁷. Dès lors, l'on est fondé à estimer que le législateur n'a pas suffisamment pris la mesure de la situation. En effet, une procédure moins longue conviendrait mieux aux litiges connus par cette autorité.

Une grande partie de cette préoccupation a été prise en compte par les nouveaux textes sur les marchés publics de 2017. L'article 26 de la loi 039 du 2 décembre 2016 sur la commande publique et l'article 26, alinéa dernier du décret 050 du 1^{er} février 2017 portant sur l'ARCOP prévoient que l'ORAD statue dans les trois (3) jours ouvrables de sa saisine. Selon les articles 44 et 45 de la loi sus citée, les décisions de l'ORAD sont susceptibles de recours juridictionnel dans un délai de quinze (15) jours devant le tribunal administratif compétent qui statue dans un délai de trente (30) jours de sa saisine ; dans les cinq (jours), l'appel est formé devant la juridiction compétente qui statue également dans un délai de trente (30) jours. On peut conclure qu'à partir de la saisine de l'ORAD, une décision définitive dans l'attribution du marché peut être attendue dans un délai maximum de trois mois. Ce délai bien que réduit demeure encore long. On aurait pu simplifier la procédure, en supprimer une étape en autorisant l'ORAD par exemple à statuer en premier ressort à charge d'appel devant le tribunal administratif ou devant la cour administrative d'appel.

Cette approche s'avère fondée puisque ces trois organes de régulation suivent, dans la prise de leurs décisions, une procédure comparable à celle d'une juridiction. De plus, leurs membres sont soumis aux obligations de juge.

B. DES AUTORITES ADMINISTRATIVES SOUMISES AUX OBLIGATIONS DES JUGES

Les membres des organes de régulation pourraient être valablement qualifiés de « juges » tant leurs obligations et sujétions sont proches de celles d'un juge de l'ordre judiciaire ou administratif consacré par notre Loi fondamentale. Aux exigences générales d'impartialité et d'objectivité (1) s'ajoutent les contraintes d'un traitement diligent des dossiers⁹⁸ (2).

⁹⁷ Les nouveaux textes portant sur la réglementation générale de la commande publique précisent la loi 039-2016 du 2 décembre 2016, publiée au JO n° 4 du 26 janvier 2017 et ses trois décrets d'application du JO spécial n° 3 du 1^{er} février 2017, tentent à prendre en compte ces aspects de traitement rapide des dossiers devant les juridictions administratives.

⁹⁸ Bien que les mêmes règles soient applicables toute autorité administrative, elles ont la particularité d'être reprises de manière formelle et explicite dans les textes régissant ces organes administratifs.

1. Les exigences d'impartialité et d'objectivité

L'impartialité et l'objectivité sont des concepts étroitement liés. Éric MITARD définit l'impartialité comme étant la « *qualité d'une appréciation dénuée de toute subjectivité, d'un comportement objectif ou caractérisé par sa neutralité* »⁹⁹. Il ressort de cette définition que l'impartialité est la qualité ou le comportement de celui qui s'abstient de s'allier à une d'entre deux causes qui s'opposent. L'impartialité est avant tout une règle déontologique qui vise à rassurer les administrés de ce que les décisions de l'autorité administrative ne sont motivées que par des faits intrinsèquement liés à l'acte en cause. C'est également une obligation professionnelle qui s'impose aux membres de juridictions¹⁰⁰ ou tout organe appelé à apprécier les mérites d'une demande sur les seuls motifs de droit. C'est dans cette optique que l'article 11 alinéa dernier de la loi 039 du 2 décembre 2016 portant sur la commande publique, prévoit que les membres de l'Autorité de régulation en l'occurrence l'ORAD exercent leurs compétences « *en toute impartialité, objectivité et indépendance* » et « *ne reçoivent d'instruction d'aucune autorité* ». Pour sa part, l'article 182 de la loi de 2008 sur l'ARCEP précise que « *l'Autorité de régulation n'est soumise à aucune imposition au titre de son activité* ». La même observation peut être faite à l'égard des membres du CSC.

Par ailleurs, les membres de ces instances sont soumis à l'obligation de prêter serment avant leur prise de fonction à l'image du juge : les membres du CSC devant le conseil constitutionnel, ceux du conseil de régulation de l'ARCEP devant la Cour d'appel de Ouagadougou. L'article 63 de la loi n° 039-2016 du 2 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique précitée prévoit la prestation de serment des membres de l'Organe de règlement amiable des différends. Les termes de serment, quasiment identiques pour les membres de ces différents organes, traduisent leur engagement « *à exercer leur fonction en toute indépendance et impartialité de façon digne et loyale, et à garder le secret des délibérations* ».

Cette formalité de prestation de serment tout comme les termes du serment constitue une spécificité des membres d'une juridiction¹⁰¹. Ainsi, l'exigence d'impartialité contenue dans la prestation de serment traduirait une obligation fondamentale de juge. Certes, le serment n'est pas uniquement propre à ces instances suscitées, car d'autres agents en l'occurrence les médecins prêtent aussi serment. Pour cela donc, la formalité de la prestation de serment ne constitue pas nécessairement une spécificité typiquement juridictionnelle. Aussi est-il évident que les organes de régulation ne

⁹⁹ Éric MITARD, « L'impartialité administrative », *AJDA* 1999, p. 478.

¹⁰⁰ Nous ne perdons pas de vue que la qualité d'autorité juridictionnelle résulte en définitive d'un texte au moins législatif, de la constitution, mais elle peut être établie par la jurisprudence à partir notamment du statut des membres, de la procédure suivie, de l'obligation de motiver les décisions et la nature de ces dernières. Voir les développements de Jean -Marie AUBY, « Autorités administratives et autorités juridictionnelles », *AJDA* 1995, p. 91.

¹⁰¹ Gérard WOLFF, « Les magistrats », *RDP*, p. 1647.

constituent pas des juridictions au sens classique des juridictions exerçant le pouvoir judiciaire selon la Constitution comme l'a soutenu Joseph DJOGBENOU à propos de la nature de la cour constitutionnelle du Bénin¹⁰². Mais le serment des autorités de régulation présente l'avantage de se dérouler devant une juridiction à l'image du serment des juges professionnels.

Cependant, il est malaisé de saisir ce qui n'est pas impartial. On peut soutenir que l'impartialité suppose qu'il n'y a pas de conflit d'intérêt entre un quelconque membre d'un organe juridictionnel et une affaire en cours d'instruction devant cet organe. Au cas contraire, le membre devrait, même en l'absence d'une demande formelle de récusation, s'abstenir de participer au processus de ladite décision. Sur ces aspects d'ordre général, les décisions de l'administration classique restent soumises au même principe d'impartialité, puisque l'autorité administrative ne décide en principe que pour garantir l'intérêt général. De ce fait, « *l'impartialité apparaît avant tout comme une obligation implicite des fonctionnaires publics et inhérente à l'exercice de compétences administratives* »¹⁰³. Ainsi, la réduction des cas de pouvoir discrétionnaire (qui peuvent paraître effectivement partiels) peut s'analyser en une brèche donnant sur l'impartialité administrative.

De nos jours, l'obligation d'impartialité est inscrite comme règle de procédure applicable aux organes administratifs, ce qui amène Éric MITARD à la qualifier d'« *impartialité objective* ». Cela implique l'indépendance et l'inamovibilité qui doivent assurer une liberté de jugement. Partant, l'indépendance et l'inamovibilité paraissent comme des conditions devant induire l'exigence d'impartialité et d'objectivité dans la prise de la décision administrative. L'inamovibilité suppose que les membres des organes ne peuvent ni être révoqués ni être affectés. Ce principe constitue l'une des principales garanties de leur indépendance. Et celle-ci même, se conçoit selon Jean-Marc VARAUT comme la situation d'une autorité qui est libre de rendre une décision non liée par une hiérarchie ou des normes préexistantes¹⁰⁴. On conclut que l'inamovibilité, en garantissant l'indépendance des membres desdits organes, assure leur impartialité ainsi que leur objectivité. En guise de précision terminologique, notons qu'à la place d'« inamovibilité », c'est le terme « irrévocabilité » qui sied en ce qui concerne des membres qui ne sont pas des juges de carrière, mais nommés pour un mandat unique ou renouvelable une fois.

Par ailleurs, les incompatibilités, les inéligibilités et les interdictions participent également de cette volonté de renforcer leur statut de « *juges* ». Il s'agit par exemple

¹⁰² Joseph DJOGBENOU, « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une fantaisie de plus ? », Revue en ligne *AFRILEX*, avril 2014, p. 15.

¹⁰³ Éric MITARD, *op.cit.*, p. 479.

¹⁰⁴ Jean Marc VARAUT, Indépendance, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, pp. 622-623.

de l'interdiction d'exercer un mandat politique, certaines activités professionnelles qui risquent d'occasionner des conflits d'intérêt¹⁰⁵.

A l'instar des « *juges* », les membres des organes de régulation sont également tenus au devoir de réserve et demeurent astreints au secret des délibérations. En plus, le devoir de réserve les contraint à faire preuve de discrétion quant à leurs opinions sur les questions liées à leur domaine de compétence. Cette exigence s'étend à toutes questions susceptibles de compromettre leur impartialité ou objectivité. Quant au secret des délibérations, il vise à éviter que soit révélé par un membre, le contenu ou le déroulement des discussions d'une formation collégiale à l'occasion d'une décision. Plus précisément, le secret des délibérations exige des membres, de dissimuler la dissidence de leurs opinions sur une question dont ils sont saisis de sorte que la décision paraisse consensuelle, au mieux unanime.

Le défi actuel de l'indépendance serait de constituer un rempart contre des pressions des groupes socio-économiques dont émanent les membres des organes de régulation. Il s'agirait de faire en sorte que ceux-ci ne puissent entretenir de rapports étroits avec les citoyens en dehors de l'instruction d'une affaire en cours. Ainsi, mis à l'abri de ces pressions diverses, les organes pourraient remplir d'autres nouvelles exigences de cette « *procéduralisation* », en l'occurrence le traitement diligent des dossiers.

2. Les exigences d'un traitement diligent des dossiers

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 respecter¹⁰⁶ ou traités comme usagers-clients¹⁰⁷ exigent une meilleure qualité dans l'offre des services publics. En effet, la qualité d'un service s'apprécie à travers sa bonne organisation qui suppose la capacité des autorités à recevoir et à traiter les demandes des administrés dans des délais raisonnables. Cela implique d'abord la possibilité de délivrer un accusé de réception contre tout dépôt de demande. Cet accusé présente un double avantage. D'une part, il constitue une pièce justificative de la demande de l'administré. D'autre part, sa date de délivrance symbolise le point de départ du délai de traitement des dossiers.

Ensuite, ces nouvelles exigences se rapportent à l'aménagement d'une procédure d'instruction et de suivi des dossiers. Cette procédure a le mérite d'améliorer la qualité

¹⁰⁵ V. Les l'ensemble des règles y relatives aux articles 6, 7 et 8 du décret de 2009-349 portant sur l'ARCEP, aux articles 18 à 39 du décret 2017- 0050 portant sur l'ARCOP et aux articles 31 à 39 de la loi 015-2013 portant sur le CSC.

¹⁰⁶ Hocine ZEGHBIB, « Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse », *RD* 1998, p. 478.

¹⁰⁷ Jacques 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, pp. 577 et svts.

des relations entre les administrés et l'administration¹⁰⁸. Il en est ainsi parce que l'appréciation de la qualité des services offerts au public dépend fortement de la qualité des rapports qui s'entretiennent entre les agents et les usagers-clients. Il est à déplorer que dans nos administrations, l'agent public communique peu¹⁰⁹. Plus encore, l'administré est traité avec mépris. L'absence d'un bon service d'accueil, de conseil et d'orientation ne contribue pas à traiter l'administré-usager avec respect et considération, ce qui ne le rassure guère. La bonne foi ou la confiance légitime entre agents publics et usagers du service oblige les agents à ne pas chercher à induire ses interlocuteurs (usagers) en erreur, mais à les aider à mieux comprendre.

Enfin, après réception des dossiers, l'administration est soumise à un délai de traitement. Non seulement, elle est tenue de statuer- ce qui exclut les réponses implicites- mais encore, elle doit le faire dans un délai fixe. Par exemple, lorsque l'ORAD reçoit une demande en matière de contestation des résultats provisoires d'attribution d'une commande publique, il dispose d'un délai de trois jours (3) jours ouvrables pour statuer, faute de quoi l'attributaire de la commande publique ne peut plus être suspendue¹¹⁰. En matière de conciliation pendant la phase d'exécution du marché, le délai de traitement est de quinze (15) jours ouvrables faute de quoi, la partie diligente pourra saisir le juge compétent. La loi n° 039-2016 du 2 décembre 2016 portant réglementation générale de la commande publique en cours d'opérationnalisation¹¹¹ a pris en compte des délais de traitement des dossiers devant les juridictions notamment administratives. En rappel, selon les articles 44 et 45 de ladite loi, en effet, les décisions de l'autorité de régulation sont susceptibles de recours dans un délai de quinze jours devant le tribunal administratif qui dispose d'un délai d'un mois pour rendre sa décision. L'appel est formé dans les cinq jours du jugement devant la cour administrative d'appel devant également statuer dans un délai d'un mois. Le Conseil d'État statue également dans le délai d'un mois à la suite d'un pourvoi en cassation exercé dans les cinq jours de l'arrêt de la cour administrative d'appel¹¹².

¹⁰⁸ Cette perspective s'inscrit dans ce que Jean Bernard AUBY qualifie de « démocratie administrative » qui se traduit par plus d'écoute des besoins et des vœux des administrés. Et on parle moins de « gouvernés » que de « citoyens », in « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA* 2001, p. 915.

¹⁰⁹ La loi n° 051-2015 /CNT du 30 août 2015 portant droit d'accès à l'information publique et aux documents administratifs devrait améliorer quelque peu les relations entre les administrations publiques et les usagers, puisqu'elle met à la charge des agents l'obligation de communiquer les informations sollicitées par les administrés dans un certain délai sous peine d'engager la responsabilité de l'agent fautif.

¹¹⁰ V. l'article 26 alinéa dernier du décret portant sur l'ARCOP.

¹¹¹ Elle a été publiée au JO n° 4 du 26 janvier 2017 et ses décrets d'application l'ont été dans le JO spécial n° 3 du 1^{er} février 2017.

¹¹² Les cours administratives d'appel sont instituées par la loi n° 010-2016 du 26 avril 2016, JO n° 6 du 9 février 2017. En attendant leur mise en place effective, le Conseil d'État continue d'exercer les compétences dévolues à ces juridictions.

Il suit de là 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 2014¹¹³, l'administré ne peut accepter la lenteur souvent excessive ou le manque d'empressement de la Haute juridiction 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 statuer¹¹⁴. De même, dans le contentieux ordinaire, les tribunaux administratifs statuent en moyenne dans un délai d'une (01) année. Or il faut attendre parfois trois (03) ans pour voir le Conseil d'État rendre une décision¹¹⁵.

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 objet¹¹⁶.

On peut espérer un changement considérable dans le délai de traitement des dossiers avec les deux nouvelles lois portant respectivement sur les tribunaux administratifs et la cour administrative d'appel qui prévoit un délai de traitement d'un mois maximum en matière de référé administratif¹¹⁷.

Comme on peut le remarquer, les trois organes de régulation étudiés restent soumis à un régime juridique identique à celle d'une juridiction pénale ou administrative. Ce régime juridique, certes, constitue une garantie dans la défense des droits administrés¹¹⁸. Toutefois, il s'avère de nature à alourdir le dispositif de sanction conféré aux autorités de régulation de qui on attend une meilleure réactivité, sceau de

¹¹³ Si les exigences des administrés étaient fortes, elles se sont nettement augmentées après l'insurrection populaire des 30 et 31 octobre 2014 qui a occasionné la démission du chef de l'État Blaise COMPAORE suivie de la mise en place d'une transition politique jusqu'aux élections présidentielles et législatives cumulées de novembre 2015.

¹¹⁴ Dans l'affaire du journal Évènement c/ Conseil supérieur de la communication, 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. Par contre, pour un appel immédiatement interjeté devant le Conseil d'État, aucune décision n'a encore été rendue.

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ V. Venant OUEDRAOGO, *La procédure administrative contentieuse*, cours photocopié de 2006, dispensé aux magistrats.

¹¹⁷ Voir l'article 51 sur les cours administratives d'appel et l'article 55 sur les tribunaux administratifs, les deux lois publiées au JO n° 6 du 9 février 2017, pp. 271 à 282.

¹¹⁸ La garantie des droits fondamentaux et le respect des règles du procès équitable ne doivent pas aboutir à conférer une immunité à des actes répréhensibles. Au demeurant, elles ne peuvent finalement faire que des propositions sanctions à la charge de la justice de la consolider ou de la rejeter.

leur efficacité. L'on est, donc, fondé à soutenir avec Marie Anne FRISON-ROCHE que « *les prescriptions des autorités administratives indépendantes ne sont crédibles que si elles disposent du pouvoir de les sanctionner* »¹¹⁹. Il s'ensuit que privées de cette arme de la réactivité et de la célérité dans la sanction, elles risquent de perdre leur crédibilité¹²⁰. Dès lors, soit on les garde sous l'aspect purement administratif, et alors on allège leurs procédures de prise de décision, ou bien on en fait des juridictions administratives spéciales soumises à l'appel ou à la cassation¹²¹.

Cette seconde possibilité n'est pas une idée fictive, car déjà, au sens de l'article 196, alinéa 2 de la loi n° 061-2008 du 27 novembre 2008, les parties ont la possibilité d'interjeter appel des décisions rendues par l'ARCEP en matière de règlement de litige. Cette disposition fait du conseil de régulation de l'ARCEP statuant en matière de litiges, une juridiction administrative spéciale dont les voies de recours peuvent être exercées devant le Conseil d'État en tant que juridiction d'appel. Telle est la conclusion à laquelle est parvenue le tribunal administratif de Ouagadougou dans l'affaire ONATEL c/ État burkinabè¹²², lorsque à propos du conseil de régulation de l'ARCEP, le juge soutient sans ambages que « *seules ses décisions prises en matière de règlement de litige sont des décisions juridictionnelles* »¹²³.

CONCLUSION

La juridictionnalisation du processus de prise de décision administrative que semble amorcer le Burkina comporte la fâcheuse idée de transformer une phase administrative naguère non contentieuse en une procédure contentieuse en amont de la phase contentieuse classique, celle qui se mène devant le juge. Cette double procédure contentieuse de l'action administrative ne peut aucunement se justifier du moment où

¹¹⁹ Marie Anne FRISON-ROCHE, « Étude dressant un bilan des AAI », annexe au Rapport du sénateur P. Gélard, Rapport sur les AAI, juin 2006, t. II, p. 93.

¹²⁰ On peut remarquer l'administration classique a du mal à prendre des sanctions contre les agents publics, tant la procédure est longue et quelque peu déconcertante et décourageante liée notamment au respect des droits de la défense, du contradictoire, à l'avis du conseil de discipline.

¹²¹ L'idée d'en faire des organes administratifs statuant sans aucune voie de recours comme c'est le cas en matière de conseil de discipline des étudiants sanctionnant les fraudes aux examens n'est pas concevable vu la sensibilité des domaines de régulation en cause.

¹²² L'office national des télécommunications (ONATEL) avait introduit un recours en sursis à exécution de la sanction d'une amende de deux milliards soixante-dix millions cent soixante-deux mille neuf cent trente-six (2.070.162.936) francs CFA que lui a infligé l'ARCEP en date du 16 avril 2014 pour manquement aux prescriptions des cahiers des charges. Le juge n'a pas ordonné le sursis à exécution au motif substantiel que le préjudice encouru (qui est en l'espèce financier) n'est pas irréparable.

¹²³ C'est le jugement n° du 17 février 2015. Cette décision a été confirmée en appel devant le Conseil d'État. Ces jugements et arrêts nous ont été directement remis par le greffe desdites juridictions.

il existe des procédures d'urgence¹²⁴ permettant à l'administré, s'il le souhaite, de faire suspendre les effets d'un acte administratif en attendant l'intervention d'une décision juridictionnelle définitive.

Partant, dans les contestations entre l'administration et l'administré, il serait préférable de remplacer les droits de défense et le contradictoire : les premiers par le droit à l'information pour l'administré, le second par l'obligation pour l'administration de recourir à la concertation. En effet, l'on estime volontiers que le droit à l'information ainsi que le devoir de concertation pourraient améliorer la qualité des rapports entre l'administration et les citoyens. Ces mécanismes présentent également l'avantage d'être moins conflictuels tant ils n'évoquent pas l'idée de contentieux mais plutôt celle de réconciliation.

Pour ce faire, il serait nécessaire d'instituer des « maisons des services publics »¹²⁵ où les administrés pourraient, en temps réel, avoir accès aux informations¹²⁶. Ainsi, la préférence d'autorités administratives indépendantes sera réduite. Ces dernières, quoique statuant suivant des principes et règles propres aux juridictions, ne peuvent, au risque d'enfreindre le principe de séparation des pouvoirs, se confondre à une juridiction. Aussi leurs décisions restent-elles administratives, dénuées de l'autorité de chose jugée. Sinon les administrés plaident doublement : d'abord devant l'autorité administrative, puis devant le juge administratif. Or, à l'évidence, cela ne présente aucun avantage temporel ou financier.

Cette « *procéduralisation* » excessive qui tend à valoriser les droits des administrés¹²⁷ au préjudice de la nécessaire autorité de l'administration semble occulter ses véritables motivations. Celles-ci pourraient être des logiques du marché¹²⁸ au lieu du service public, de la régulation-déréglementation au lieu de la réglementation, de la logique managériale au lieu de celle de la bonne administration. Plus vraisemblablement, c'est

¹²⁴ L'article 51 sur les cours administratives d'appel et l'article 55 sur les tribunaux administratifs (JO n° 6 du 9 février 2017, pp. 271 à 28 organisent un référé administratif à l'image de ce qui se passe en France.

¹²⁵ Avec l'expérimentation des guichets uniques du foncier, de la maison de l'entreprise et du centre de formalités des entreprises, les administrés ont une meilleure appréciation de l'administration, toute chose qui réduit leurs critiques. Ces efforts doivent se renforcer avec les Hôtels administratifs censés regrouper un ensemble de services auxquels les citoyens ont généralement recours en un seul lieu. Il est également nécessaire d'organiser au sein de nos administrations des services d'accueil et d'orientations des usagers et un vrai service juridique, toute chose qui améliorera nécessairement la qualité des relations entre l'administration et les administrés-usagers.

¹²⁶ V. Loi n° 051-2015 /CNT du 30 août 2015 portant droit d'accès à l'information publique et aux documents administratifs précitée.

¹²⁷ Le curseur de l'équilibre entre « efficacité et « garantie » s'en trouve logiquement déplacé au profit de la seconde. V. François Brunet, in « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA* 2013, p. 122.

¹²⁸ Jean RIVERO, « L'administré face au droit administratif », *AJDA* 1995 numéro spécial, p. 150.

une défense d'intérêts de groupes militaro-industriels¹²⁹ qui sous-tendrait cette érosion de la puissance de l'État sous prétexte de protéger les droits de l'Homme. On en déduit que cette « *procéduralisation* » est consubstantielle à l'idée d'affaiblir l'administration et par conséquent l'État afin d'assurer la domination des logiques libéralistes.

Cette perspective n'est pas soutenable pour nos pays, tant ils sont économiquement faibles, politiquement instables et diplomatiquement incapables pour pouvoir déjouer les pièges de ces « *modèles* ». La solution serait la prudence dans l'accueil de ces nouveaux principes et règles qui prétendent mieux encadrer l'action administrative au profit des citoyens et de l'intérêt général. Certes, le respect des règles et procédures évite l'arbitraire administratif tout en assurant le traitement accéléré et objectif des dossiers. Mais leur généralisation et leur exagération¹³⁰ ne pourraient que produire des effets pervers. Aussi suffirait-il d'instaurer ou de renforcer les mécanismes de démocratie directe ou participative pour que l'administration, le bras armé du politique et qui bénéficie de la légitimité électorale, rende effectivement compte de son action et soit redevable vis-à-vis des citoyens. Ce n'est qu'ainsi qu'on parviendra à concilier la nécessaire autorité de l'État et le droit des citoyens à la liberté et à la protection sociale.

Diassibo Thomas YONLI
Assistant à l'Université Nazi Boni
BURKINA FASO

¹²⁹ Pour Paul AMSELEK, l'idéologie politique libérale cherche à réduire la compétence des pouvoirs publics à l'édiction de simples mesures négatives d'interdiction et des mesures d'interdiction limitées au strict minimum, le principe devant être la non-intervention autoritaire artificielle dans les affaires des citoyens-agents économiques, mais plutôt le libre jeu des lois naturelles et la libre éclosion des ordres naturels spontanés, in « La teneur incécise du droit », *RDP*, 1991, pp. 1208-1209.

¹³⁰ Nul ne conteste l'initiative d'un code de procédure administrative non contentieuse qui permettrait d'obtenir une clarification ou d'une simplification des procédures administratives en vue d'améliorer la qualité des relations entre l'administration et les administrés-usagers ou citoyens. Toutefois, il faut éviter qu'une excessive revendication des droits remette en cause les acquis de la liberté et se traduisent en revendications-contestations des décisions de l'autorité administrative. En France, l'illustration parfaite de la faiblesse de l'État est la question du projet de l'aéroport Notre Dame des Landes où malgré les décisions favorables de l'administration, du juge et après consultation populaire par référendum favorable, les « citoyens » continuent de contester et de protester la réalisation de ce projet dont l'initiative remonte en 1963.

LA JUSTIFICATION THEORIQUE DU REGIONALISME AFRICAIN EN DROIT INTERNATIONAL PENAL.

INTRODUCTION¹

Une dialectique caractérise les rapports de l'Afrique au droit international pénal, marqués de flux et reflux. L'Afrique semble rechercher un certain équilibre entre universalisme et régionalisme dans la répression pénale internationale. L'affermissement du droit international pénal au plan mondial semble devoir désormais se conjuguer avec le développement progressif d'un droit international pénal au plan continental récemment entrepris par l'Union Africaine. Hautement controversé dans la société internationale, ce régionalisme africain précisément en matière internationale pénale appelle instamment une réflexion, au plan purement théorique, sur la faculté juridique pour les sujets du droit international d'instituer le régionalisme dans le domaine du droit international pénal.

Le droit international pénal, *lato sensu*, recouvre l'ensemble des règles et des institutions juridiques gouvernant l'incrimination et la répression des infractions d'origine nationale présentant un élément d'extranéité et celles d'origine internationale². Dans cette conception extensive par certains auteurs en doctrine internationale, les vocables droit international pénal et droit pénal international sont tenus pour rigoureusement synonymes et interchangeable. Par contre pour certains auteurs, *stricto sensu*, le droit international pénal désigne l'ensemble des normes du droit international public qui ont pour but la prohibition et la sanction de comportements attentatoires à l'ordre public international³. Adhérant à cette conception restrictive, nous concevons le droit international pénal comme l'ensemble des règles et des institutions qui gouvernent l'incrimination et la répression des infractions définies par l'ordre juridique international. C'est cette orientation qui sera privilégiée dans la présente réflexion. En ce sens, on peut distinguer le droit international pénal, qui relève de l'ordre juridique international⁴, du droit pénal international, qui relève de l'ordre juridique interne⁵. Suivant cette différenciation, le

¹ Cet article est la version revue, pour se conformer aux recommandations du CTS-SJP 2017 du CAMES, d'une contribution intitulée « Le régionalisme africain en droit international pénal », publiée à la *RGDIP*, n° 3, 2016, pp. 515-544. Nous adressons nos remerciements à tous les professeurs et experts qui ont contribué à sa qualité.

² Jean Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 391. ; Anne-Marie La Rosa, *Dictionnaire de droit international pénal*, Paris, PUF, 1998, p. 36.

³ Olivier de Frouville, *Droit international pénal. Sources, incriminations et responsabilité*, Paris, Pedone, 2012, pp. 3 et s.

⁴ Hervé Ascensio, « La banalité des sources du droit international pénal par rapport aux sources du droit international général », in Mireille Delmas-Marty, Emanuela Fronza et Elisabeth Lambert-Abdelgawad (dir.), *Les sources du droit international pénal*, Paris, Société de législation comparée, 2004, pp. 403-409.

⁵ Henri Donnedieu de Vabres, *Introduction à l'étude du droit pénal international*, Paris, Sirey, 1922, p. 6 ; Claude Lombois, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 1979, pp. 10 et s.

droit pénal international désigne précisément les règles de droit pénal interne s'appliquant à des situations criminelles présentant un élément d'extranéité⁶. Celui-ci ne nous intéresse que très peu ici. Toutefois, il n'y a pas de cloison étanche entre droit international pénal et droit pénal international. Certaines infractions sont définies par le droit international pour être réprimées par le juge national, conformément à des règles de compétence posées par le droit interne⁷. De même, il y a parfois concurrence ou congruence entre droit interne et droit international dans la répression pénale de certaines infractions⁸. C'est pourquoi, dans le cadre de cette réflexion, sans occulter les aspects pertinents de droit pénal international ou de droit pénal national, nous nous intéresserons fondamentalement aux aspects de droit international pénal, ses dimensions de droit international. L'inclinaison est délibérément plus de droit international que de droit pénal national. Ce droit international pénal, dans sa formation, son évolution et son application depuis la fin de la première guerre mondiale, s'est jusque-là inscrit globalement dans une dynamique universaliste⁹. La formation de ses normes et le développement de ses institutions se sont faits essentiellement sous les auspices de la communauté internationale dans le cadre de l'Organisation universelle¹⁰. En droit international pénal l'universalisme semblait avoir oblitéré *ab initio* le régionalisme.

Le régionalisme, en droit international, peut être conçu comme le phénomène de développement de normes et d'organisations internationales propres à une partie de la communauté internationale. Il se distingue en cela de l'universalisme qui se réfère à l'adoption et la promotion de règles uniformes et communes destinées à régir la communauté internationale dans son ensemble. Ce corps de règles à dimension universelle correspond à ce que Jean Combacau et Serge Sur appellent droit international général¹¹. Le régionalisme se manifeste par l'existence d'un ordre juridique international régional au double plan normatif et institutionnel¹². Le régionalisme existe dans plusieurs parties du monde¹³, comme l'Europe¹⁴,

⁶ Olivier de Frouville, *Droit international pénal. Sources, incriminations et responsabilité*, op. cit., p. 5.

⁷ *Ibidem.* ; Jean Pradel, *Droit pénal général*, Paris, éditions Cujas, 2014, pp. 26 et s. ; Gaston Stefani, Bernard Bouloc et Georges Levasseur, *Droit pénal*, Paris, Dalloz, 17^e éd., 2000, pp. 47 et s.

⁸ Robert Kolb et Damien Scalia (éd.), *Droit international Pénal*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, pp. 14 et s.

⁹ Stefan Glaser, *Introduction à l'étude du droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1954, pp. 16 et s. ; Sandra Szurek, « Historique, la formation du droit international pénal », in Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 21-35.

¹⁰ Jean-Paul Bazelaire et Thierry Cretin, *La justice pénale internationale*, Paris, PUF, 2003, pp. 91 et s.

¹¹ Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2012, p. 46.

¹² Jean Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 387.

¹³ Karl Strupp, *Éléments de droit international public universel, européen et américain*, Paris, les Editions internationales, 1930, pp. 35 et s.

¹⁴ August Wilhelm Heffter, *Le droit international de l'Europe*, Paris, Cotillon, 1883, pp. 22 et s.

l'Amérique¹⁵, l'Asie¹⁶ et l'Afrique¹⁷. Il s'affirme dans plusieurs domaines du droit international, notamment en droit du commerce international¹⁸, en droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales¹⁹, en droit international des droits de l'homme²⁰, en droit international de l'environnement²¹, en droit international du travail²², en droit de la mer²³, etc. Tout l'ordre international paraît irrigué et irradié par le mouvement de régionalisation²⁴. Ainsi, la régionalisation du droit international est un phénomène qui marque également l'Afrique depuis la décolonisation sur le continent²⁵. Il s'y manifeste dans d'importants domaines du droit international, à savoir le droit international économique²⁶, les droits de l'homme et des peuples²⁷, le droit international de la sécurité collective²⁸, etc. Il tend à s'étendre à de nouveaux

-
- ¹⁵ Alejandro Alvarez, *Le droit international américain : son fondement, sa nature*, Paris, Pedone, 1910, pp. 24 et s. ; Eduardo Jimenez de Arechaga, « L'Évolution récente du régionalisme interaméricain », in SFDI, *Régionalisme et universalisme dans le droit international*, Paris, Pedone, 1977, pp. 45-60.
- ¹⁶ Paul Isoart, « Le régionalisme en Asie du Sud-Est », in SFDI, *Régionalisme et universalisme dans le droit international*, op. cit., pp. 73-111.
- ¹⁷ Augustin Tchaméni, *Les évolutions du régionalisme africain*, Paris, L'Harmattan, 2013, pp. 17 et s.
- ¹⁸ OMC, *Le régionalisme et le système commercial mondial*, Genève, OMC, 1995, pp. 18 et s.
- ¹⁹ Romain Yakemtchouk, *L'ONU, la sécurité régionale et le problème du régionalisme*, Paris, Pedone, 1955, pp. 17 et s.
- ²⁰ Paul Tavernier, « La régionalisation du droit international, les droits de l'homme », in Stéphane Doumbé-Billé (dir.), *La régionalisation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 57-70.
- ²¹ Caroline Migazzi et Françoise Paccaud, « La régionalisation du droit international de l'environnement », in Stéphane Doumbé-Billé (dir.), *La régionalisation du droit international*, op. cit., pp. 71-95.
- ²² Nicolas Valticos, « Normes universelles et normes régionales dans le domaine du travail », in SFDI, *Régionalisme et universalisme dans le droit international*, op. cit., pp. 289-307.
- ²³ Jean-Christophe Martin et Anna Maria Smolinska, « Le droit de la mer », in Stéphane Doumbé-Billé (dir.), *La régionalisation du droit international*, op. cit., pp. 97-110 ; Jean-Pierre Quéneudec, « Les tendances régionales dans le droit de la mer », in SFDI, *Régionalisme et universalisme dans le droit international*, op. cit., pp. 257-262.
- ²⁴ Jean-claude Gautron, « Le fait régional dans la société internationale », in SFDI, *Régionalisme et universalisme dans le droit international*, op. cit., pp. 3-44.
- ²⁵ Edmond Kwam Kouassi, « Les organisations interafricaines », in Sikhe Camara et Joseph Owona, *Encyclopédie juridique de l'Afrique. Tome deuxième : Droit international et relations internationales*, Abidjan, Dakar, Lomé, Les Nouvelles Editions Africaines, 1982, pp. 173-206 ; Innocent Semuhire, *Les organisations internationales, le régionalisme international, le régionalisme international africain*, Paris, Peter Lang, 1996, pp. 237 et s.
- ²⁶ Illy Ousseni, *L'OMC et le régionalisme : le régionalisme africain*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 17 et s.
- ²⁷ Kéba Mbaye, *Les droits de l'homme en Afrique*, 2^e édition, Paris, Pedone, 2002, pp. 10 et s. ; Abdoulaye Soma, « L'Union Africaine et les droits de l'homme », in Michel Hottelier et Maya Hertig Randall (dir.), *Introduction aux droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2014, pp. 546-557.
- ²⁸ David J. Francis, *Uniting Africa. Building Regional Peace and Security System*, Berlington, Asghate Publishing Company, 2006, pp. 117 et s. ; Abdoulaye Soma, « Les relations entre l'Union Africaine et la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest en matière de maintien de la paix », *Annuaire Africain de Droit International*, vol.18, 2013, pp. 345-388.

domaines qu'il ignorant auparavant, comme le droit international pénal. Originellement inexistant, le régionalisme en ce domaine vient être initié par l'Union Africaine. Ce régionalisme africain en droit international pénal se rapporte au développement d'un droit international pénal régional sur le continent par l'Union Africaine. Ce sujet qui nous occupe se traduit par la détermination d'incriminations et la création de juridictions pénales internationales propres à l'Union. Le phénomène émeut dans la société internationale.

Dans la philosophie juridique du droit international à ce propos et dans l'esprit de certains auteurs, le régionalisme aurait une forte connotation négative. Certains pensent qu'un affermissement du droit international régional comporte des risques de fragmentation et d'affaiblissement du droit international général²⁹. Pourtant, nous pensons avec plusieurs auteurs que la société internationale comporte congénitalement en elle une hétérogénéité institutionnelle que la logique unitariste et globaliste du droit international général ne saurait éclipser. Le fait régional est même considéré par Georges Scelle comme une « évolution naturelle » du droit international³⁰. Le régionalisme en droit international public exprime donc le pluralisme, le particularisme et le relativisme immanents et nécessaires à la société internationale. Sous les Nations Unies, le régionalisme s'est imposé dans l'élaboration de la Charte constitutive comme une réalité sociétale à réguler. Dans le fonctionnement de l'Organisation universelle, le régionalisme s'est révélé être un paradigme d'efficacité à intégrer, notamment pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales³¹. Le régionalisme africain en droit international pénal semble se rattacher à ce but.

Historiquement, cette régionalisation du droit international pénal semble avoir été déclenchée par la critique d'une focalisation sur les africains dans la répression pénale internationale³². En effet, devant la Cour pénale internationale, la quasi-totalité des situations sous enquête³³, et toutes les personnes inculpées sont africaines³⁴. Le premier arrêt définitif qu'elle a rendu en 2012 concerne un Africain³⁵, ainsi que tous les arrêts passés en force de chose jugée³⁶. Le premier chef d'Etat en exercice inculpé

²⁹ Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2009, pp. 86 et s.

³⁰ Georges Scelle, *Précis du droit des gens. Principes et systématique*, Paris, Sirey, 1932, pp. 271 et s.

³¹ Edem Kodjo et Habib Gherari, « Chapitre VIII. Accords régionaux. Article 52 », in Jean-Pierre Cot, Alain Pellet et Mathias Forteau, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3^e éd. 2005, pp. 1367-1402.

³² Roland Adjovi, « L'Afrique dans le développement de la justice pénale internationale », *Annuaire Africain de Droit International*, Vol. 14, 2006, pp. 3-28.

³³ Jusqu'à une période récente où la CPI a ouvert une enquête en Palestine le 16 janvier 2015.

³⁴ James Mouangue Kobil, « L'Afrique et les juridictions internationales pénales », *Cahier Thucydide*, n° 10, 2012, pp. 1-61.

³⁵ CPI, *Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, arrêt du 14 mars 2012.

³⁶ CPI, *Procureur c/ Thomas Lubanga Dyilo*, arrêt du 1^{er} décembre 2014 (appel, condamnation); *Procureur c/ Germain Katanga*, 7 mars 2014 (condamnation, sans appel); *Procureur c/Mathieu Ngujolo Chui*, arrêt du 18 décembre 2012, et arrêt du 27

est africain³⁷. On peut donc constater que l'Afrique cristallise le déploiement de la justice pénale internationale à vocation universelle³⁸. L'Organisation continentale africaine en est venue à appeler officiellement le Conseil de sécurité de l'ONU à suspendre des poursuites³⁹. Elle a recommandé aux Etats africains de ne pas coopérer avec la CPI dans certaines poursuites⁴⁰. Elle a subséquemment décidé de développer son propre dispositif pénal régional⁴¹. En réalité, le régionalisme africain en droit international pénal est un fait remarquable, au sens de constatable et palpable. A ce titre, l'Union Africaine a élaboré à l'intention de ses Etats membres un projet de loi type pour l'exercice par leurs juridictions pénales internes de la compétence universelle en matière de crimes internationaux⁴². Dans l'affaire Hissène Habré, elle a institué une juridiction pénale internationale *ad hoc*⁴³. Elle a également élaboré un projet de statut d'une juridiction pénale régionale à vocation générale et permanente⁴⁴. Ainsi, l'Union Africaine tend à avoir ses normes pénales continentales, à côté des

février 2015 (appel, acquittement) ; *Procureur c/ Calixte Mbarushimana*, arrêt 30 décembre 2010 (appel, charges non confirmées) ; *Procureur c/ Bahar Idriss Abu Garda*, arrêt du 8 février 2010 (charges non confirmées, sans appel) ; CPI, *Procureur c/ Jean-Pierre Bemba Gombo*, arrêt du 21 juin 2016, et arrêt du 22 mars 2017 (appel, condamnation) ; *Procureur c/Ahmad al-Faqi al-Mahdi*, arrêt du 27 septembre 2016, et arrêt du 17 août 2017 (condamnation), etc. V° www.icc.cpi.int, consulté le 17 août 2017.

- ³⁷ Président du Soudan, Oumar El Béchir, objet des mandats d'arrêt de la CPI du 4 mars 2009 et 12 juillet 2010.
- ³⁸ Julian Fernandez, *La politique juridique extérieure des Etats-Unis à l'égard de la Cour pénale internationale*, Paris, Pedone, 2010, pp. 47 et s.
- ³⁹ Belingene Kahombo, « Le projet de création d'une juridiction pénale panafricaine », *The Rule of Law, Librairie Africaine d'Etudes Juridiques de la Fondation Konrad Adenauer*, vol.7, 2013, pp. 1-26.
- ⁴⁰ Conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement, décision sur le rapport de la Commission sur la réunion des Etats africains parties au Statut de Rome de la CPI, Doc Assembly/AU/13 (XIII) du 3 juillet 2009.
- ⁴¹ *Idem* ; décision sur le rapport intérimaire de la Commission relatif à la mise en œuvre des décisions sur la CPI, Doc Assembly/AU/Dec.493 (XXII) du 31 janvier 2014.
- ⁴² Union Africaine, Projet de loi nationale type de l'Union Africaine sur la compétence universelle en matière de crimes internationaux, Doc EXP/MIN/Legal/VI Rev.1, du 13 juillet 2012.
- ⁴³ L'exercice de la compétence universelle à l'égard de cet ancien chef d'Etat tchadien a été problématique au regard des arrêts de la Cour de justice de la CEDEAO du 18 novembre 2010, Hissène Habré c/République du Sénégal ; de la CIJ du 20 juillet 2012, Sénégal c/Belgique (questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader) ; puis de l'inauguration des chambres africaines extraordinaires à Dakar le 8 février 2013. V° Mutoy Mubiala, « Chronique de droit pénal de l'Union africaine. Vers une justice pénale régionale en Afrique », *Revue internationale de droit pénal*, vol.83, 2012, pp. 547-557.
- ⁴⁴ Il s'agit de la section pénale qui est intégrée à la Cour africaine de Justice et des droits de l'homme, en formation comme instance judiciaire principale de l'Union Africaine. V° Union Africaine, Projet de protocole sur les amendements relatifs au protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme et des peuples, Doc, Exp/Min/IV/Rev.7 du 25 mai 2012 et Doc EX.CL/731(XXI)-a du 13 juillet 2012. La version finale du projet a été adoptée à Malabo le 27 juin 2014 (ou protocole de Malabo). V° décision Assembly/AU/8 (XXIII) et doc EX.CL/846 (XXV).

normes pénales universelles, sa juridiction pénale à vocation régionale⁴⁵, à côté de la juridiction pénale à vocation mondiale. Certains y voient un mouvement inattendu, iconoclaste, voire inadmissible en droit international⁴⁶.

C'est là que la présente étude tient un intérêt majeur. Elle porte sur un phénomène traditionnel en droit international, à savoir le régionalisme international en général, mais qui tend à se manifester en Afrique dans une dimension inédite, à savoir le régionalisme en matière pénale internationale en particulier. Spécialement sous ce dernier angle, le phénomène est nouveau et laisse difficilement indifférent⁴⁷. C'est ainsi que l'intérêt du sujet est d'abord philosophique. Dans la philosophie du droit international, l'étude amène à réfléchir sur la réceptivité dans l'ordre international d'un particularisme pénal régional. Elle peut permettre de voir si dans la philosophie du droit international, pareil phénomène est envisageable et la mesure dans laquelle il le serait. L'intérêt est ensuite juridique, de droit positif et prospectif. A cet égard l'étude revêt, d'une part, une dimension cognitive, en ce qu'elle peut permettre d'étudier, connaître et comprendre les paramètres fondamentaux d'un phénomène nouveau dans la science du droit international. Précisons que l'objet de l'étude est moins généralement le régionalisme, que particulièrement le régionalisme pénal. D'autre part, l'étude peut permettre d'analyser les normes de l'ordre juridique international pour évaluer la possibilité et les fondements qu'elles offrent aux sujets du droit engagés dans un tel mouvement. L'intérêt de l'étude se retrouve nourri par son actualité. Le phénomène se forme et prend forme. Son démarrage même a suffi à cristalliser des controverses politiques et juridiques à son propos. Les réflexions scientifiques à son sujet sont rendues nécessaires dès lors, notamment pour régler les questions de principe et permettre de fixer l'attention sur l'intérêt d'une bonne construction du système international pénal africain.

Ce panafricanisme en matière internationale pénale peut susciter des réflexions sous plusieurs angles, notamment ses motivations, ses fondements, ses manifestations, son opportunité son effectivité, son efficacité, sa légitimité et sa légalité. Il nous importe de l'aborder sous une dimension de pur droit international, libre de la chaleur des passions et tensions actuelles touchant les rapports entre l'Union Africaine et la justice

⁴⁵ Belingene Kahombo, « Le projet de création d'une juridiction pénale panafricaine », *op. cit.*

⁴⁶ Moussa Bienvenue Haba, « L'offensive de l'Union Africaine contre la Cour pénale internationale : la remise en cause de la lutte contre l'impunité », <http://www.cdiph.ulaval.ca/blogue/loffensive-de-lunion-africaine-contre-la-cour-penale-internationale-la-remise-en-cause-de-la>, Consulté le 25 août 2017 ; Jean-Baptiste Jeangène Vilmer, « Union africaine versus Cour pénale internationale : répondre aux objections et sortir de la crise », *Etudes internationales*, 45 :1, 2014, pp. 5-26 ; Alpha Sidy Ndiaye, « **CPI/UA : UNE REACTION POLITISEE, DES FONDEMENTS JURIDIQUES INCERTAINS** », *Sentinelles la page hebdomadaire d'informations internationales*, *Bulletin* n° 290 du 22/10/2012, <http://www.sentinelles-droit-international.fr> (consulté le 25 août 2017) ; Ghislain Mabanga, « Union africaine versus Cour pénale internationale, quand le politique tient le judiciaire en l'état », *Revue des droits de l'homme*, 2016, <https://revdh.org/>, consulté le 25 août 2017.

⁴⁷ Jean-Marc Coicaud, « Le droit international et la question de la justice », *AFRI*, 2017, vol 18, pp. 33-57.

pénale internationale⁴⁸. On s'interroge fondamentalement sur la normalité du régionalisme africain en droit international pénal. Les Etats africains et l'Union Africaine en tant que sujets du droit international sont-ils fondés en droit international à construire un système pénal régional propre ? Les linéaments du régionalisme africain en droit international pénal en font-ils un processus justifié dans l'ordre international ?

Notre position est qu'au-delà des réticences que le mouvement de formation d'un droit pénal régional en Afrique provoque chez certains acteurs dans la société internationale, le processus paraît fondé et justifié. Les Etats africains et l'Union africaine ont le droit de construire un régime de répression pénale régionale propre. C'est toute l'idée que la présente contribution a pour but de défendre.

Pour soutenir cette idée, il nous paraît indispensable de montrer, d'une part, que le régionalisme africain en droit international pénal repose sur des fondements précis en droit international. Cela permet de voir que la volonté de l'Union Africaine de développer son propre système pénal régional peut s'appuyer sur plusieurs paradigmes théoriques de l'ordre international qu'il nous faudra évoquer et examiner. Il nous paraît important de montrer, d'autre part, que les linéaments de ce phénomène pénal africain sont tout à fait compatibles avec les standards fondamentaux érigés en la matière par la communauté internationale dans son ensemble. Ainsi, on pourra établir que les grandes manifestations de la cristallisation du régionalisme africain en droit international pénal n'emportent pas de contradiction, ni d'inflexion dirimantes au regard des valeurs et nécessités de la répression pénale internationale. Le mouvement pénal régional africain peut même contribuer au renforcement de la justice pénale internationale.

Des idées qui précèdent, on déduit que notre position suivant laquelle le régionalisme africain en droit international pénal est fondé et justifié doit se défendre en deux mouvements. Le premier amène à procéder à la justification par les fondements internationaux (I). Le second procédera à la justification par les linéaments régionaux (II).

I- LA JUSTIFICATION PAR LES FONDEMENTS INTERNATIONAUX

Le régionalisme africain en droit international pénal peut se justifier par des fondements théoriques internationaux. Plusieurs paradigmes de l'ordre international fondent la faculté de l'Union Africaine, en tant qu'organisme régional, de disposer de mécanismes propres, y compris en matière pénale internationale. Ces paradigmes peuvent se regrouper autour de la légitimité et de la légalité. Ainsi, pour montrer les fondements de ce phénomène africain en droit international général, il convient d'établir qu'il jouit d'une légitimité internationale éprouvée (A), puis de montrer qu'il repose sur une légalité internationale prouvée (B).

⁴⁸ James Mouangue Kobila, « L'Afrique et les juridictions internationales pénales », *op. cit.*

A- UNE LEGITIMITE INTERNATIONALE EPROUVEE

Par légitimité, il faut entendre le degré d'acceptation dont bénéficie une norme ou une institution dans une société⁴⁹. La quête de légitimité est inhérente à tout système de droit, comme le droit international, et en détermine l'effectivité. Dans l'ordre international, la légitimité s'apprécie du point de vue de l'opinion publique internationale qui peut exprimer des avis prénormatifs, aussi bien dans un processus conventionnel que coutumier. Même si elle diffère de la licéité pure, la légitimité est importante à apprécier et à poser car elle peut anticiper la légalité future⁵⁰. La légitimité du régionalisme africain en droit international pénal s'apprécie à l'aune de la discussion dialectique entre les éléments de sa contestation (1) et ceux plus décisifs de son approbation (2).

1- ELEMENTS DE CONTESTATION

Le développement d'un droit international pénal régional est un phénomène nouveau. Le processus, tel qu'abordé et engagé par l'Union Africaine, cristallise certaines critiques dans la communauté internationale. Il en est ainsi parce que ce mouvement de régionalisation semble conçu et perçu, à tort ou à raison, sous l'angle d'un double rejet.

D'un côté, le régionalisme africain en droit international pénal est critiqué et contesté, parce qu'il semble traduire de la part de l'Union Africaine, en tant qu'organisation régionale d'Etats africains, un rejet de certaines attributions de la CPI en Afrique. En effet, plusieurs Etats africains ont ratifié le Statut de la CPI. Ils ont déféré à cette dernière des situations nationales et ont coopéré à l'exercice de sa compétence sur le continent⁵¹. La coopération entre les Etats africains et la CPI est devenue problématique à partir des premières saisines hétéronomes⁵². En effet, celles-ci reposent sur l'article 13 du Statut de la CPI suivant lequel le Conseil de sécurité de l'ONU peut déférer au procureur une situation en agissant en vertu du chapitre VII de la Charte, et le procureur peut ouvrir une enquête *proprio motu*⁵³. Sur le fondement de cette disposition, qui semble lui permettre de soumettre à la CPI des situations et des ressortissants d'Etats non parties au Statut de Rome⁵⁴, le Conseil de sécurité a déféré à

⁴⁹ Jürgen Habermas, *Après Marx*, Paris, Fayard, 1985, p. 257 ; Jean Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., pp. 643.

⁵⁰ Hans Kelsen, *Théorie du droit international*, RCADI, 1953, vol.84, pp. 97 et s.

⁵¹ James Mouangue Kobil, « L'Afrique et les juridictions internationales pénales », op. cit.

⁵² Dorette-Flore Ongondo, « La Cour pénale internationale : réflexion sur la saisine », *Gas. Pal*, 2009, pp. 3687-3691.

⁵³ Abdoulaye Tine, « Article 13. Exercice de la compétence », in Julian Fernandez et Xavier Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Paris, Pedone, 2012, pp. 605-618.

⁵⁴ Cyril Laucci, « Les poursuites et l'enquête », in *Idem*, pp. 865-870.

la CPI la situation prévalant au Darfour depuis le 1^{er} juillet 2002⁵⁵. Il a également déféré à la CPI la situation de crise déclenchée en Libye le 15 février 2011⁵⁶. Dans la suite de ces saisines, deux mandats d'arrêt sont lancés contre le Président du Soudan Oumar El Béchir le 4 mars 2009, pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité, et le 12 juillet 2010, pour génocide. Un mandat d'arrêt est également délivré le 27 juin 2011 contre Mouammar Kadhafi, son fils Saif Al-Islam et le chef des services de renseignements Abdallah Al-Senoussi pour crimes contre l'humanité. Les mandats d'arrêt internationaux contre Kadhafi et El Béchir ont été rejetés par l'Union Africaine. Au-delà du sentiment d'une focalisation de la CPI sur l'Afrique⁵⁷, l'Organisation continentale semble réprouber les procédés hétéronomes de soumission à la compétence de la CPI de situations d'Etats membres⁵⁸. En réaction, elle a demandé au Conseil de sécurité d'user de son pouvoir en vertu de l'article 16 du Statut de Rome pour « surseoir aux poursuites contre le Président El Béchir ». Puis, elle « recommande aux Etats membres de ne pas coopérer à l'exécution du mandat d'arrêt » contre lui. Subséquemment, elle décide de « doter la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples de la compétence lui permettant de juger les crimes internationaux graves commis sur le sol africain »⁵⁹. Ces décisions sont réitérées dans la situation du Kenya⁶⁰, lorsque le Président Uhuru Kenyatta et le Vice-président William Ruto sont tombés sous la juridiction de la CPI, sur saisine du procureur⁶¹, pour crimes contre l'humanité dans le contexte de la crise électorale de 2008. En engageant le processus de développement de son droit international pénal régional concomitamment à ces frictions avec la CPI⁶², l'Union Africaine a laissé penser que sa position est motivée par une défiance à l'égard de la compétence de la CPI sur le continent⁶³. Sa réaction a semblé engager ses Etats membres parties au Statut de Rome à négliger leur obligation de coopérer avec la CPI⁶⁴. Cela a ouvert et nourrit les critiques juridiques, politiques et diplomatiques sur son action.

⁵⁵ Résolution 1593 (2005) du 31 mars 2005.

⁵⁶ Résolution 1970 (2011) du 26 février 2011.

⁵⁷ Jean-Pierre Colin, « Variations sur la justice internationale », *AFRI*, 2009, pp. 67-93.

⁵⁸ Pierre Bertholot, « La CPI face à la tragédie du Darfour », *Géopolitique africaine*, n° 35, 2009, pp. 235-252.

⁵⁹ Décision sur la mise en œuvre des décisions de la Conférence relatives à la CPI. Cf. Union Africaine Assembly/AU/Dec.366(XVII) du 1^{er} juillet 2011. V° aussi Doc Assembly/AU/13 (XIII) du 3 juillet 2009 précité.

⁶⁰ Doc Assembly/AU/Dec.493 (XXII) du 31 janvier 2014. Pour ces deux d'ailleurs la procédure est abandonnée le 13 mars 2015 pour Kenyatta et le 5 avril 2016 pour Ruto.

⁶¹ Dorette-Flore Ongono, « La Cour pénale internationale : réflexion sur la saisine », *op. cit.*

⁶² Jean-Baptiste Jeangène Vilmer, « Union africaine versus Cour pénale internationale : répondre aux objections et sortir de la crise », *op. cit.* ; Ghislain Mabanga, « Union africaine versus Cour pénale internationale, quand le politique tient le judiciaire en l'état », *op. cit.*

⁶³ Moussa Bienvenue Haba, « L'offensive de l'Union Africaine contre la Cour pénale internationale : la remise en cause de la lutte contre l'impunité », *op. cit.*

⁶⁴ Alpha Sidy Ndiaye, « **CPI/UA : UNE REACTION POLITISEE, DES FONDEMENTS JURIDIQUES INCERTAINS** », *op. cit.*

D'un autre côté, le régionalisme africain en droit international pénal est dénoncé et contesté en ce qu'il semble traduire un rejet par l'Union Africaine de la mise en cause de la responsabilité pénale internationale de certaines personnalités africaines. La coopération entre plusieurs Etats membres de l'Union Africaine et la CPI a fonctionné convenablement jusqu'aux premières mises en cause de chefs d'Etat et de gouvernement africains en fonction⁶⁵. On constate que dans le traitement des situations déférées à la CPI par les Etats africains⁶⁶, le Conseil de sécurité⁶⁷ ou le procureur⁶⁸, des mandats d'arrêt ont été lancés et même exécutés à l'encontre de plusieurs personnalités africaines, avec la coopération des Etats membres de l'Union Africaine⁶⁹. La protestation de celle-ci a été déclenchée par l'émission des mandats d'arrêt contre des chefs d'Etat et de gouvernement en exercice, en l'occurrence Béchir et Kadhafi⁷⁰. Elle s'est poursuivie lorsque la CPI a maintenu ses poursuites contre Uhuru Kenyatta et William Ruto, devenus respectivement Président et Vice-président du Kenya le 9 mars 2013⁷¹. Pour l'Union, « aucune poursuite ne doit être engagée devant un tribunal international contre un chef d'État ou de gouvernement en exercice ou toute autre personne agissant ou habilitée à agir en cette qualité durant son mandat »⁷². Ainsi, l'Union Africaine donne l'impression d'exercer un protectionnisme criminel au bénéfice de hauts dirigeants politiques en fonction. Elle offrirait à ceux-ci un paradis pénal sur le continent et une prime à l'impunité pendant leur mandat⁷³. Pourtant, l'article 27 du Statut de Rome, ratifié par plusieurs Etats africains, rend inopérante une telle immunité⁷⁴. C'est le point qui cristallise le plus les contestations de la légitimité du régionalisme africain en droit international pénal⁷⁵.

⁶⁵ Dorette-Flore Ongono, « La Cour pénale internationale : réflexion sur la saisine », *op. cit.*

⁶⁶ République Démocratique du Congo, Ouganda, Centrafrique, Côte d'Ivoire et Mali.

⁶⁷ Soudan et Libye.

⁶⁸ Kenya.

⁶⁹ Thomas Lubanga Dyilo, Bosco Ntaganda, Germain Katanga, Jean-Pierre Bemba, Laurent Gbagbo, Charles Blé Goudé, etc.

⁷⁰ James Mouangue Kobilu, « L'Afrique et les juridictions internationales pénales », *op. cit.*

⁷¹ Doc Assembly/AU/Dec.493 (XXII) du 31 janvier 2014.

⁷² Décision sur les relations entre l'Afrique et la CPI, EXT/Assembly/AU/Dec.1 du 12 octobre 2013.

⁷³ Moussa Bienvenue Haba, « L'offensive de l'Union Africaine contre la Cour pénale internationale : la remise en cause de la lutte contre l'impunité », *op. cit.*

⁷⁴ Emmanuel Decaux et Laurent Trigeaud, « Les immunités pénales des agents de l'Etat et des organisations internationales », in Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, *Droit international pénal*, *op. cit.*, pp. 545-564 ; Xavier Aurey, « Article 27. Défaut de pertinence de la qualité officielle », in Julian Fernandez et Xavier Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, *op. cit.*, pp. 843-860.

⁷⁵ On peut d'ailleurs comprendre l'Union Africaine sur ce point. L'effectivité de la poursuite des hautes personnalités politiques en fonction pose d'énormes difficultés. Il y a notamment l'incertitude de l'arrestation (le cas Béchir). Il y a le risque de compromission des processus de paix dans lesquels elles sont impliquées, ainsi que les complexes arrangements constitutionnels à effectuer (cas Kenyatta et Ruto).

Même si ces critiques peuvent contextuellement se comprendre, la légitimité du régionalisme africain en droit international pénal nous semble pouvoir être défendue et établie décisivement sur le fondement d'éléments pertinents d'approbation.

2- ELEMENTS DECISIFS D'APPROBATION

Les perceptions négatives suscitées par le processus de régionalisation du droit international pénal par l'Union africaine sont à relativiser, parce qu'elles reposent sur des éléments plus conjoncturels que structurels. Le contexte dans lequel l'Union Africaine a engagé le processus peut certes prêter à critiques⁷⁶. Sinon, dans l'absolu, on peut accepter et légitimer le développement d'un droit international pénal régional africain pour justes motifs⁷⁷.

D'un premier point de vue, le régionalisme africain en droit international pénal n'emporte pas de remise en cause du droit international pénal général. Même si dans la suite des affaires du Soudan et du Kenya l'hypothèse avait été évoquée, l'Union Africaine n'a pas consolidé une position commune de ses Etats membres pour dénoncer massivement le Statut de la CPI⁷⁸. Cela signifie que, tout en élaborant un droit international pénal régional, l'Union ne conteste pas le principe de la répression pénale sous la bannière de la communauté internationale. D'ailleurs, les deux principes et justifications fondamentaux de la répression pénale internationale posés dans le préambule du Statut de Rome, à savoir la sauvegarde de la sécurité collective et la lutte contre l'impunité des auteurs d'infractions graves⁷⁹, sont également affirmés par l'Union Africaine⁸⁰. Il y a peut-être de la part de l'Union Africaine une volonté légitime d'adaptation de certaines règles du droit international pénal général. Elle est réticente à l'ouverture d'enquêtes *proprio motu* par le procureur de la CPI et soutient une révision de l'article 13 du Statut de Rome pour encadrer ce pouvoir⁸¹. Elle défend un amendement de l'article 16 du même Statut pour contrebalancer le pouvoir exclusif du Conseil de sécurité de surseoir à des poursuites, par l'attribution à l'Assemblée

⁷⁶ Belingene Kahombo, « Le projet de création d'une juridiction pénale panafricaine », *op. cit.*

⁷⁷ Jean-Marc Coicaud, « Le droit international et la question de la justice », *AFRI*, 2017, vol 18, pp. 33-57.

⁷⁸ Moussa Bienvenue Haba, « L'offensive de l'Union Africaine contre la Cour pénale internationale : la remise en cause de la lutte contre l'impunité », *op. cit.* ; Jean-Baptiste Jeangène Vilmer, « Union africaine versus Cour pénale internationale : répondre aux objections et sortir de la crise », *op. cit.* Même les retraits individuellement annoncés ou décidés en 2016 par le Kenya, l'Afrique du Sud, la Gambie n'ont pas été concrétisés, sauf celui du Burundi voté par le parlement le 12 octobre 2016 et notifié le 27 octobre 2016, pour un effet au 27 octobre 2017.

⁷⁹ Eric David, « Le préambule », in Julian Fernandez et Xavier Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, *op. cit.*, pp. 301-308.

⁸⁰ Union Africaine, Doc Assembly/AU/13 (XIII) du 3 juillet 2009, Assembly/Au/Dec.366(XVII) du 1^{er} juillet 2011, EXT/Assembly/AU/Dec.1 du 12 octobre 2013, Doc Assembly/AU/Dec.493 (XXII) du 31 janvier 2014.

⁸¹ *Ibidem.*

générale de l'ONU d'un pouvoir équivalent⁸². L'Union Africaine semble être en faveur d'une réforme ou d'une interprétation de l'article 27 sur les immunités dans le sens, plus proche de l'article 98, de la validité de l'immunité des chefs d'Etat ou de gouvernement en exercice devant les juridictions pénales internationales⁸³. Elle a estimé que, dans les situations du Soudan et du Kenya, la poursuite de telles personnalités pendant leur mandat comporte de graves risques de compromettre les processus de paix qu'elle diligente⁸⁴. Les protestations de l'Union Africaine à cet égard semblent reposer sur le double critère cumulatif que la personnalité soit un chef d'Etat ou de gouvernement et qu'elle soit de surcroît en fonction. Il est à cet égard indicatif que c'est limitativement Béchir, Kenyatta et Ruto qui sont cités dans les décisions corrélatives de rejet par l'Union Africaine, à l'exclusion par exemple de Laurent Gbagbo, ancien Chef d'Etat de la Côte d'Ivoire dont la poursuite par la CPI n'est pas contestée par l'Union⁸⁵. Par ailleurs, la création des chambres africaines extraordinaires et l'élaboration d'une loi type sur la compétence universelle par l'Union Africaine ont été motivées par le sentiment d'un « exercice abusif de la compétence universelle » en matière pénale par les Etats occidentaux à l'égard de personnalités africaines⁸⁶. L'organisation panafricaine s'estime en droit de « préserver et sauvegarder la dignité, la souveraineté et l'intégrité du continent »⁸⁷. Cela nous semble tout à fait normal. L'Union Africaine en a la légitimité, au regard de sa vocation.

D'un second point de vue, le régionalisme africain en droit international pénal n'implique pas la soustraction de tous les Africains de la juridiction de la CPI et leur soumission exclusive à la juridiction pénale régionale. On peut même penser qu'il n'est ni possible, ni souhaitable que la CPI soit la seule juridiction internationale permanente chargée de juger les auteurs de crimes internationaux en Afrique. En fait, l'Afrique est un continent où se trouvent plusieurs auteurs d'infractions internationales⁸⁸. La CPI est dans l'impossibilité de les poursuivre tous. Elle n'en a ni la vocation, ni la prétention. Les juridictions nationales sont souvent impuissantes ou

⁸² Union Africaine, Dec Assembly/AU/Dec.296 (XV) du 27 juillet 2010.

⁸³ Moussa Bienvenue Haba, « L'offensive de l'Union Africaine contre la Cour pénale internationale : la remise en cause de la lutte contre l'impunité », *op. cit.*

⁸⁴ Union Africaine, Doc Assembly/AU/13 (XIII) du 3 juillet 2009, Assembly/AU/Dec.366(XVII) du 1^{er} juillet 2011, EXT/Assembly/AU/Dec.1 du 12 octobre 2013, Doc Assembly/AU/Dec.493 (XXII) du 31 janvier 2014.

⁸⁵ L'audience de confirmation des charges de crimes contre l'humanité s'est tenue le 12 juin 2014. Le procès ouvert le 28 janvier 2016 est en cours.

⁸⁶ Notamment dans les affaires Hissène Habré (CIJ, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*, Sénégal c/ Belgique, ordonnance du 28 mai 2009 ; Abdoulaye Yérodi (CIJ, *Affaire relative au mandat du 11 avril 2000*, RDC c/ Belgique, arrêt du 14 février 2002) et Rose Kabuye.

⁸⁷ Mutoy Mubiala, « Chronique de droit pénal de l'Union africaine. Vers une justice pénale régionale en Afrique », *op. cit.* ; Union africaine, Dec Assembly/AU/Dec.296 (XV) du 27 juillet 2010.

⁸⁸ James Mouangue Kobila, « L'Afrique et les juridictions internationales pénales », *op. cit.*

inadéquates⁸⁹. Dans cette sorte de vide juridictionnel qui existerait, l'Union Africaine est fondée à développer un système répressif continental. Dès lors, il devient important de réfléchir sur la coexistence et la coordination des niveaux de juridictions. A cet effet, deux principes fondamentaux du droit international nous semblent utiles : la complémentarité et la subsidiarité. Le principe de subsidiarité, qui postule la compétence du cadre institutionnel le plus proche⁹⁰, impliquerait la compétence primaire des juridictions nationales, la compétence secondaire de la juridiction régionale, enfin la compétence de la juridiction internationale. Chaque niveau juridictionnel se saisirait des affaires non traitées par le niveau antérieur. Le principe de complémentarité posé dans le Statut de Rome, qui signifie que la CPI est compétente si l'Etat ne veut pas ou ne peut pas poursuivre⁹¹, aboutirait à affirmer la compétence de tel ou tel niveau de juridiction en fonction de l'avantage comparatif qu'il y aurait à y poursuivre tels ou tels auteurs de crimes internationaux.

Au total, la légitimité du régionalisme africain en droit international pénal repose sur sa compatibilité ontologique avec le droit international pénal général, ainsi que sa nécessité pour renforcer celui-ci sur le continent. S'il est ainsi légitimement fondé, il reste important d'en prouver la légalité internationale.

B- UNE LEGALITE INTERNATIONALE PROUVEE

Le régionalisme africain en droit international pénal paraît fondé sur la philosophie, la théorie et les règles du *jus positivum*. Pour s'en convaincre, il importe d'examiner la légalité en vertu du droit international général (1), puis la légalité en vertu du droit international régional (2).

1- EN VERTU DU DROIT INTERNATIONAL GENERAL

En droit international général, on peut trouver divers fondements au régionalisme africain en matière pénale internationale. Essentiellement, deux retiennent l'attention : l'absence d'une interdiction explicite et l'existence d'une autorisation implicite.

Sur le premier fondement, le droit international général ne comporte pas d'interdiction expresse de la régionalisation en droit international pénal. Bien au contraire, Georges Scelle a estimé que le régionalisme est un « phénomène naturel » en droit

⁸⁹ Abdoul Aziz Mbaye et Sam Sansan Shoamanesh, « Article 17. Questions relatives à la recevabilité », in Julian Fernandez et Xavier Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article, op. cit.*, pp. 687-709.

⁹⁰ Joe Verhoeven, « Analyse du contenu et de la portée du principe de subsidiarité », in Francis Delpérée (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 375-389 ; Philippe Brault, Guillaume Renaudineau et François Sicard, *Le principe de subsidiarité*, Paris, La Documentation française, 2005, pp. 9 et s.

⁹¹ Abdoul Aziz Mbaye et Sam Sansan Shoamanesh, « Article 1. La Cour », in Julian Fernandez et Xavier Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article, op. cit.*, pp. 311-325.

international⁹². Par suite, Stéphane Doumbé-Billé soutient que « la société internationale comporte presque génétiquement en elle l'expression d'un pluralisme institutionnel »⁹³. Le régionalisme est un principe ontologiquement consubstantiel aux rapports juridiques dans l'ordre international⁹⁴. Ainsi, rares sont les branches du droit international qui échappent encore au mouvement de régionalisation. Dans cette systématique, si l'ordre juridique international entendait exclure le principe du régionalisme dans un domaine spécifique, l'interdiction devrait être explicite. Il faut convenir qu'on ne retrouve nulle part en droit international général pareille interdiction⁹⁵. En l'occurrence, concernant spécifiquement le droit international pénal, le Statut de Rome de la CPI ne comporte pas d'interdiction pour les Etats membres de développer un système pénal régional⁹⁶. Les obligations qu'ailleurs impose sont des obligations générales d'internalisation des incriminations internationales⁹⁷ et de coopération à la répression pénale internationale⁹⁸. Ce Statut n'édicte pas non plus une interdiction de développer un dispositif pénal propre à l'égard des organisations internationales, en l'occurrence régionales. Il ne se réfère à ces dernières d'ailleurs que de façon cursive⁹⁹. *Argumentum e contrario*, l'absence d'interdiction expresse de la régionalisation en droit international pénal par le droit international général implique la possibilité du régionalisme en ce domaine.

Sur le second fondement, on peut considérer qu'il existe en droit international général une autorisation du régionalisme, y compris le régionalisme en droit international pénal, sur le fondement de l'article 52 de la Charte des Nations Unies. Cet article prévoit qu'« aucune disposition de la Charte ne s'oppose à l'existence d'accords ou d'organismes régionaux destinés à régler les affaires qui, touchant au maintien de la paix et de la sécurité internationales, se prêtent à une action de caractère régional, pourvu que ces accords ou ces organismes et leur activité soient compatibles avec les buts et les principes des Nations Unies ». Cet article est le siège normatif du

⁹² Georges Scelle, *Précis du droit des gens. Principes et systématique*, op. cit., pp. 271 et s.

⁹³ Stéphane Doumbé-Billé, « Propos introductifs », in Stéphane Doumbé-Billé (dir.), *La régionalisation du droit international*, op. cit., pp. 10-17.

⁹⁴ « Le régionalisme n'est plus dès lors un phénomène exceptionnel, mais une application du multilatéralisme ». Cf. Jean-Claude Gautron, « Le fait régional dans la société internationale », op. cit.

⁹⁵ Héribert Golsong, « Le développement du droit international régional », in SFDI, *Régionalisme et universalisme dans le droit international*, op. cit., pp. 221-242.

⁹⁶ Même pas ses articles 15, 44, 54, 73, 87, 93 ou 116 qui évoquent les organisations intergouvernementales.

⁹⁷ Isabelle Fichet-Boyle et Marc Mosse, « L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions », in Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, *Droit international pénal*, op. cit., pp. 1055-1070. CPJI, avis du 21 février 1925, *Echange des populations turques et grecques*, Série B, n° 10, p. 20.

⁹⁸ Muriel Ubeda-Saillard, « L'obligation de coopération avec les juridictions internationales », in Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, *Droit international pénal*, op. cit., pp. 1137-1157.

⁹⁹ James Mouangue Kobil, « L'Afrique et les juridictions internationales pénales », op. cit. ; William Bourdon et Emmanuelle Duverger, *La Cour pénale internationale. Le Statut de Rome*, Paris, Seuil, 2000, pp. 240 et s.

régionalisme dans l'ordre international, en l'occurrence en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales¹⁰⁰. En vertu notamment de cette disposition, les organisations régionales mènent des activités dans le domaine de la sécurité collective¹⁰¹. Elles exercent cette compétence dans la mesure de la nécessité appréciée par le Conseil de sécurité¹⁰². Pour assumer sa responsabilité principale en ce domaine en vertu de l'article 24, le Conseil de sécurité est doté par la Charte de plusieurs pouvoirs explicites, notamment le pouvoir de prendre des mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée qu'il juge nécessaires au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales en vertu de l'article 41¹⁰³. Dans cette dernière disposition siège un pouvoir implicite d'une importance fondamentale en droit international pénal. C'est le pouvoir de créer une juridiction pénale internationale compétente pour réprimer des auteurs de crimes internationaux constitutifs de trouble à la paix et à la sécurité internationales¹⁰⁴. C'est sur ce fondement que le Conseil de sécurité a pu valablement créer le TPIY¹⁰⁵ et le TPIR¹⁰⁶, ainsi que les tribunaux pénaux internationalisés comme le TSSL¹⁰⁷. Le pouvoir de créer une juridiction pénale internationale est donc un pouvoir implicite inhérent à la compétence de maintien de la paix et de la sécurité internationales. Il faut donc convenir que l'Union Africaine, qui est un organisme régional de sécurité collective au sens de l'article 52 de la Charte de l'ONU¹⁰⁸, a également le droit de créer une juridiction pénale à caractère régional dans ce but. De surcroît, on peut faire valoir le principe de la souveraineté pénale de l'Etat¹⁰⁹. L'Etat est indépendant dans la façon d'exercer ses compétences pénales¹¹⁰.

¹⁰⁰ Edem Kodjo et Habib Gherari, « Chapitre VIII. Accords régionaux. Article 52 », *op. cit.*

¹⁰¹ Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 665 et s.

¹⁰² Dodzi kokoroko, « La nécessité devant le Conseil de sécurité des Nations Unies », *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et administratives*, 2013, pp. 43 et s.

¹⁰³ Eveline Lagrange et Pierre Michel Eisemann, « l'Article 41 », in Jean-Pierre Cot, Alain Pellet et Mathias Forteau, *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, *op. cit.*, pp. 1195-1242.

¹⁰⁴ Hervé Ascensio, « Les tribunaux *ad hoc* pour l'ex Yougoslavie et pour le Rwanda », in Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, *Droit international pénal*, *op. cit.*, pp. 795-808.

¹⁰⁵ Roswitha Petry, « Les tribunaux internationaux », in Laurent Moreillon et autres (éd.), *Droit pénal humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 39-55. TPIY, *affaire Tadic*, 2 octobre 1995, §27 et s.

¹⁰⁶ TPIR, *affaire Kanyabashi*, 18 juin 1997, §27 et s.

¹⁰⁷ Jean Marc Sorel, « Les tribunaux mixtes ou hybrides », in Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, *Droit international pénal*, *op. cit.*, pp. 843.

¹⁰⁸ Innocent Semuhire, *Les organisations internationales, le régionalisme international, le régionalisme international africain*, *op. cit.*, pp. 247 et s. ; Edem Kodjo et Habib Gherari, « Chapitre VIII. Accords régionaux. Article 52 », *op. cit.*

¹⁰⁹ Ce « dieu immortel » conserve encore « dans ses mains le glaive ». Cf. Antonio Cassese, « Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté et justice pénale internationale », in Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002, pp. 13-29.

¹¹⁰ Philippe Kirsch, « La Cour pénale internationale et la souveraineté des Etats », in *Idem*, pp. 31-37.

Avec le volontarisme marquant l'ordre international¹¹¹, il peut les exercer aussi bien individuellement, dans le cadre de son ordre juridique national, que collectivement dans le cadre d'un ordre juridique régional. De ce point de vue, les Etats africains sont libres et fondés en droit pour établir collectivement, au sein de l'Union Africaine, un dispositif répressif régional propre¹¹².

Comme on le voit, le régionalisme international en général, y compris spécialement le régionalisme africain en droit international pénal, est fondé sur les normes du droit international public général¹¹³. Il s'appuie également sur une jurisprudence¹¹⁴ et une doctrine¹¹⁵ internationales concordantes. Cette légalité se renforce davantage en vertu du droit international régional.

2- EN VERTU DU DROIT INTERNATIONAL REGIONAL

En droit international régional africain¹¹⁶, le fondement juridique de la régionalisation du droit international pénal peut être examiné sur le double plan normatif et institutionnel.

Sur le plan normatif, deux types de compétences propres de l'Union Africaine peuvent être invoquées comme base légale du régionalisme africain en droit international pénal. Il s'agit d'abord de la responsabilité de l'Union Africaine dans le maintien de la paix et de la sécurité continentales. En effet, l'un des objectifs de l'Union Africaine est de « promouvoir la paix, la sécurité et la stabilité sur le continent »¹¹⁷. Dans l'organisation normative de l'architecture régionale africaine de sécurité collective, comportant institutionnellement au niveau décentralisé les mécanismes des organisations sous-régionales et au niveau central le Conseil de paix et de sécurité de

¹¹¹ Monique Chemillier-Gendreau, « Le droit international entre volontarisme et contrainte », in *Mélanges offertes à Hubert Thierry, L'Evolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp. 93-105.

¹¹² Pacifique Manirakiza, « L'Afrique et le système de justice pénale internationale », *African Journal of Legal Studies*, vol.3, 2009, pp. 50-51.

¹¹³ Edem Kodjo et Habib Gherari, « Chapitre VIII. Accords régionaux. Article 52 », *op. cit.*

¹¹⁴ Le régionalisme africain en droit international pénal se manifestant notamment par la création d'organes subsidiaires par l'Union Africaine trouve alors appui dans le droit d'une organisation internationale de se doter de tels organes. Ce droit est largement garanti par la jurisprudence. Par exemple, CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif du 11 avril 1949 ; CIJ, *Effet des jugements du TANU*, avis consultatif du 13 juillet 1954.

¹¹⁵ Alejandro Alvarez, *Le droit international américain : son fondement, sa nature, op. cit.* ; v° aussi, SFDI, *Régionalisme et universalisme dans le droit international, op. cit.* ; Laurence Burgogue-Larsen, « Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international », https://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Contributions_en_ligne, consulté le 6 septembre 2017.

¹¹⁶ Joseph-Marie Bipoum-Woum, *Le droit international africain : problèmes généraux, règlement des conflits*, Paris, LGDJ, 1970, pp. 32 et s.

¹¹⁷ Article 3 f de l'Acte constitutif de l'Union Africaine du 11 juillet 2000 ; art.3 a du Protocole du 9 juillet 2002 portant création du Conseil de paix et de sécurité de l'Union Africaine.

l'Union Africaine (CPS-UA)¹¹⁸, il est prévu que celui-ci « assume la responsabilité principale pour la promotion de la paix, de la sécurité et de la stabilité en Afrique »¹¹⁹. La similitude *mutatis mutandis* entre le dispositif de sécurité collective de l'Union Africaine et celui des Nations Unies est manifeste. En raisonnant par analogie, on peut soutenir que si les Nations Unies ont eu valablement le droit de développer un droit international pénal et créer des juridictions pénales internationales dans l'exercice de leurs compétences de maintien de la paix¹²⁰, l'Union Africaine doit avoir le droit et le pouvoir de faire de même sur le fondement de ses compétences de maintien de la paix régionale et de son pouvoir régulateur d'adopter des actes juridiques unilatéraux ou conventionnels pour la réalisation de ses buts et missions. L'Union Africaine est donc juridiquement fondé à justifier son droit pénal régional par des nécessités de sécurité collective¹²¹. Dans le prolongement de cette responsabilité en matière de maintien de la paix, il y a le mécanisme de la responsabilité de protéger. Celui-ci fonde une intervention sous les auspices de la communauté internationale pour protéger une population victime de violations graves des garanties humanitaires internationales dans un Etat qui ne peut ou ne veut assurer la sauvegarde des personnes sous sa juridiction¹²². Ce principe trouve sa formulation la plus emblématique en droit international africain à travers le « droit de l'Union d'intervenir dans un Etat membre, sur décision de la Conférence, dans certaines circonstances graves, à savoir les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité »¹²³, ainsi que le « droit des Etats membres de solliciter l'intervention de l'Union pour restaurer la paix et la sécurité »¹²⁴. Au-delà de ce qu'elle représente un des paradigmes fondamentaux de renouveau du droit international régional africain, la responsabilité de protéger implique nécessairement le développement d'un droit pénal régional par l'Union Africaine. Elle implique en fait la définition des infractions internationales dont la perpétration présumée déclenche la faculté d'intervention de l'Union. Elle implique également la création d'une juridiction pénale régionale. Le Conseil de sécurité de l'ONU a lui-même estimé, en pareille hypothèse, que « la création d'un tribunal

¹¹⁸ Delphine Lecoutre, « Le Conseil de paix et de sécurité de l'Union Africaine, clef d'une nouvelle architecture de sécurité en Afrique ? », *Afrique contemporaine*, n° 212, 2004, pp. 131-162.

¹¹⁹ Article 16 du protocole de 2002. V° Abdoulaye Soma, « Les relations entre l'Union Africaine et la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest en matière de maintien de la paix », *op. cit.*

¹²⁰ Sidi Alpha Ndiaye, *Le Conseil de sécurité et les juridictions internationales*, Thèse, Université d'Orléans, 2011, pp. 15 et s.

¹²¹ V° notamment les décisions de l'Union Africaine, *Assembly/AU/Dec.245 (XIII)* du 3 juillet 2009 ; *Assembly/AU/Dec.292 (XV)* du 27 juillet 2010.

¹²² Agnès Gautier-Audebert, « La responsabilité de protéger : une obligation collective en quête d'application par la communauté internationales », *Revue Obuntou*, n° 1, 2013, pp. 49-65. ; Maryam Nasel, « La responsabilité de protéger », in Laurent Moreillon et autres, *Droit pénal humanitaire*, *op. cit.*, 2009, pp. 197-229.

¹²³ Article 4 h de l'Acte constitutif de l'Union Africaine ; article 4 j du protocole de 2002.

¹²⁴ Article 4 j de l'Acte constitutif de l'Union Africaine ; article 4 h du protocole de 2002.

international pour juger les personnes présumées responsables de tels actes ou violations contribuera à les faire cesser et à en réparer dûment les effets »¹²⁵.

Sur le plan institutionnel, deux pouvoirs de l'Union Africaine fondent l'établissement d'institutions juridictionnelles compétentes en matière pénale internationale. D'une part, il y a le pouvoir général de l'Union de créer un organe juridictionnel en vertu de l'Article 5 de son Acte constitutif. Cette disposition prévoit parmi les institutions de l'Union une Cour de justice. En ne délimitant pas la compétence de cette juridiction, l'Acte constitutif laisse une large marge de manœuvre dans son opérationnalisation, y compris l'intégration de compétences pénales dans ses attributions statutaires. Il est significatif à cet égard que c'est dans le processus de mise en œuvre de cette Cour, fusionnée avec la Cour Africaine des droits de l'homme et des peuples, que s'inscrit la création d'une section spéciale ayant compétence pour juger les crimes internationaux en Afrique¹²⁶. Au surplus, la Conférence de l'Union jouit d'un pouvoir institutionnel général pour « décider de créer d'autres organes »¹²⁷, y compris des organes juridictionnels compétents en matière pénale internationale pour réprimer les auteurs de crimes internationaux¹²⁸. La création de juridictions pénales, à l'instar des chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises dans l'affaire Hissène Habré, y trouve un fondement juridique¹²⁹. D'autre part, il y a le pouvoir spécial de l'Union Africaine de créer une juridiction pénale internationale. En effet, dans le processus de consolidation de la démocratie sur le continent, l'Organisation panafricaine a édicté des obligations démocratiques à l'égard des Etats membres¹³⁰, en l'occurrence l'interdiction des changements anticonstitutionnels de gouvernement¹³¹. La Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, adoptée le 30 janvier 2007 et entrée en vigueur le 15 février 2012, dispose en son article 25 §5 que « les auteurs de changement anticonstitutionnel de gouvernement peuvent être traduits devant la juridiction compétente de l'Union »¹³². Cette disposition suppose

¹²⁵ V° le préambule des résolutions 827 (1993) du 25 mai 1993 et 955(1994) du 8 novembre 1994 du conseil de sécurité de l'ONU créant respectivement le TPIY et TPIR.

¹²⁶ Belingene Kahombo, « Le projet de création d'une juridiction pénale panafricaine », *op. cit.*

¹²⁷ Article 5 *in fine* de l'Acte constitutif de l'Union Africaine.

¹²⁸ Laurence Burgogue-Larsen, « Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international », *op. cit.*

¹²⁹ La Conférence, constatant que « l'Union Africaine ne dispose d'aucun organe judiciaire en mesure d'assurer le jugement de Hissène Habré », crée ces chambres. V° Doc.Assembly/AU/Dec.127(VII) du 2 juillet 2006 ; Mutoy Mubiala, « Chronique de droit pénal de l'Union africaine. Vers une justice pénale régionale en Afrique », *op. cit.*

¹³⁰ Dodzi Kokoroko, « Souveraineté étatique et principe de légitimité démocratique », *Revue québécoise de droit international*, vol.16.1, 2003, pp. 37 ; Abdoulaye Soma, « Sur le principe d'une obligation des Etats africains de se « démocratiser » : éléments de droit constitutionnel et de droit international public », *Annuaire Africain de Droit International*, 2010, pp. 373-407.

¹³¹ Joseph Kazadi Mpiana, « L'Union Africaine face à la gestion des changements anticonstitutionnels de gouvernement », *Revue québécoise de droit international*, vol. 25.2, 2012, pp. 101-115.

¹³² Blaise Tchikaya, « La Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance », *AFDI*, N° 54, 2008, pp. 515-528.

directement l'incrimination pénale internationale du changement anticonstitutionnel de gouvernement et, dans la mesure où elle n'existe pas déjà, la création par l'Union Africaine d'une juridiction pénale internationale à caractère régional compétente pour sanctionner les auteurs¹³³. C'est une spécificité et une originalité du régionalisme juridique africain.

De ce qui précède, on garde à l'esprit que le régionalisme africain en droit international pénal est justifié et fondé en droit international. Il l'est au plan de la légitimité internationale, au-delà des controverses suscitées. Il l'est au plan de la légalité internationale, aussi bien en droit international général positif, qu'en droit international régional positif. On en infère théoriquement le principe de la faculté de l'Union Africaine d'instituer ce régionalisme dans l'ordre international. Ainsi justifié par ses fondements juridiques, le régionalisme africain en droit international pénal nous paraît également justifié par ses linéaments.

II- LA JUSTIFICATION PAR LES LINEAMENTS REGIONAUX

Par linéaments nous entendons les grandes lignes de la manifestation du régionalisme africain en droit international pénal. Ce régionalisme est un phénomène qui se concrétise par l'adoption d'actes juridiques normatifs et institutionnels qui le déterminent. L'idée ici est de montrer que ces linéaments ne comportent pas d'éléments décisifs de nature à invalider ou disqualifier le processus à l'aune des standards de l'ordre juridique international. Au contraire, les aspects fondamentaux de la manifestation du régionalisme africain en droit international pénal fondent l'avis que le processus est justifié. Il l'est d'abord au plan normatif par la pertinence des incriminations pénales consacrées (A). Il l'est ensuite au plan institutionnel par la pertinence des juridictions pénales créées (B).

A- LA PERTINENCE DES INCRIMINATIONS PENALES CONSACREES

Les crimes internationaux prévus par les actes normatifs du régionalisme africain en droit international pénal nous semblent justifiés et pertinents, car propres à consolider la répression pénale internationale en Afrique et à provoquer un développement qualitatif du droit international pénal sur le continent. Ce point de vue est motivé par ce que le processus normatif se caractérise, d'une part, par la confirmation des infractions de droit international pénal général (1), d'autre part, par la consécration d'infractions spéciales de droit international régional (2).

¹³³ Abdoulaye Soma, « Le crime international de changement anticonstitutionnel de gouvernement », *RSDIE*, Vol.26, n° 3, 2016, pp. 417-441.

1- LA CONFIRMATION DES INFRACTIONS DE DROIT INTERNATIONAL PENAL GENERAL

Les infractions de droit international pénal général sont « les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale », selon le préambule du Statut de la CPI¹³⁴. Ce sont des offenses à la morale internationale et aux valeurs universelles¹³⁵. A ce titre, elles sont réprimées par le droit international pénal général¹³⁶. Par conséquent, il est du devoir des Etats et des organisations internationales de réprimer les auteurs de tels crimes. C'est donc à juste titre qu'à travers le protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme et des peuples, adopté à Malabo le 27 juillet 2014 (protocole ou Statut de Malabo), l'Union Africaine confirme la validité de ces crimes internationaux, aussi bien dans leur principe que dans leurs éléments constitutifs.

D'un côté, dans la régionalisation du droit international pénal, l'Union Africaine réaffirme nominalement les principales infractions internationales. Au plan universel, elles se retrouvent, entre autres, dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*¹³⁷, des tribunaux pénaux internationalisés¹³⁸ et de la CPI¹³⁹. Il peut s'agir de crimes de personnes privées comme la piraterie¹⁴⁰ et le terrorisme¹⁴¹, ou de crimes de personnes publiques, comme le crime d'agression¹⁴². Il peut s'agir d'infractions indétachables d'un contexte militaire, comme le crime de guerre¹⁴³, ou d'infractions

¹³⁴ Eric David, « Le préambule », *op. cit.*

¹³⁵ Otto Triffterer (éd.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's Note, article by article*, Baden-Baden, Nomos, 2^e éd., 2008, pp. 6 et s.

¹³⁶ Anne Fagot-Largeault, « Sur quoi fonder philosophiquement un universalisme juridique ? », in Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, *op. cit.*, pp. 85-92.

¹³⁷ Hervé Ascensio, « Les tribunaux ad hoc pour l'ex Yougoslavie et pour le Rwanda », *op. cit.* ; Roswitha Petry, « Les tribunaux internationaux », *op. cit.*

¹³⁸ Robert Kolb, « Le degré d'internationalisation des tribunaux pénaux internationalisés », in Hervé Ascensio, Elisabeth Lambert-Abdelgawad et Jean-Marc Sorel (dir.), *Les juridictions pénales internationalisées*, Paris, Société de législation comparée, 2006, pp. 47-68.

¹³⁹ Jan Lhotsky, *International Criminal Court : jurisdiction over genocide, crimes against humanity and war crimes, including the legal regulation of crime of aggression*, Brno, Masarykova univerzita, 2012, pp. 26 et s.

¹⁴⁰ Christophe Houry, *La piraterie maritime au regard du droit international : incertitudes et évolution contemporaines*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 54 et s. ; Michel Rouger (dir.), *La piraterie maritime*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 17 et s. ; Isabelle Fouchard, *Piraterie maritime, détournement aérien, terrorisme international : essai de définition de la notion de crime international*, Genève, IUHEI, 2002, pp. 34 et s.

¹⁴¹ Evelyne Ahipeaud, « Etat du débat international autour de la définition du terrorisme international », in Michael J. Glennon et Serge Sur (dir.), *Terrorisme et droit international*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 129-155.

¹⁴² Maurice Kamto, *L'agression en droit international*, Paris, Pedone 2010, pp. 11 et s. ; Sergey Sayapin, *The crime of aggression in international criminal law : historical development, comparative analysis and present state*, The Hague, Asser Press, 2014, pp. 103.

¹⁴³ Marina Eudes, « Article 8. Le crime de guerre », in Julian Fernandez et Xavier Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, *op. cit.*, pp.

détachables d'un contexte militaire, comme le génocide¹⁴⁴, ou encore le crime contre l'humanité¹⁴⁵. Il est à cet égard significatif d'observer que la liste des 15 crimes relevant de la « compétence internationale pénale de la Cour » régionale dont la création est voulue par l'Union Africaine¹⁴⁶ intègre totalement ces principales infractions du droit international pénal général. Ce Statut consacre les crimes internationaux emblématiques relevant de la compétence de la CPI en vertu de l'article 5 du Statut de Rome, que sont le génocide, le crime contre l'humanité, le crime de guerre et le crime d'agression¹⁴⁷. De ce point de vue, on ne peut pas dire que le droit international pénal régional africain institue un effritement du droit international pénal général. Il en représente plutôt une consolidation, en raison de l'ancrage régional des infractions générales. D'ailleurs, avant même le projet de création d'une juridiction pénale régionale, l'Union Africaine s'était dotée d'un cadre juridique d'intervention internationale contre la perpétration de crimes internationaux graves dans ses Etats membres pour protéger les droits de l'homme¹⁴⁸. La codification systématique de ces crimes internationaux en vue de la répression pénale de leurs auteurs constitue dès lors un processus logique d'affermissement juridique.

D'un autre côté, dans la régionalisation du droit international pénal, l'Union Africaine entérine les principales infractions internationales dans leurs éléments constitutifs. La réalisation des éléments constitutifs d'une infraction pénale est une condition de sa punition¹⁴⁹. Substantiellement, le droit international pénal régional africain définit les crimes internationaux communs quasiment par les mêmes éléments constitutifs que le droit international pénal général. Par exemple, pour le crime de génocide, les éléments constitutifs sont essentiellement identiques à ceux prévus à l'article 6 du Statut de Rome, ou à l'article 2 de la Convention des Nations unies pour la prévention et la

481-534 ; Olivier de Frouville, *Droit international pénal. Sources, incriminations et responsabilité*, op. cit., p. 123 ; Georges et Rosemary Abi-Saab, « Le crime de guerre », in Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, *Droit international pénal*, op. cit., pp. 141-177.

¹⁴⁴ William A. Schabas, *Genocide in international law. The crime of crimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 117 et s. ; Maryam Massroui et Loredana Magri, « Le Génocide », in Laurent Moreillon et autres (éd.), *Droit pénal humanitaire*, op. cit., pp. 231-269.

¹⁴⁵ Jean-François Roulot, *Le crime contre l'humanité*, Paris, l'Harmattan, 2002, pp. 121 et s. ; Yann Jurovics, « Article 7. Le crime contre l'humanité », in Julian Fernandez et Xavier Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, op. cit., pp. 417-478.

¹⁴⁶ V° la liste à l'article 28 A du protocole de Malabo.

¹⁴⁷ Caroline Laly-Chevalier, « Article 5. Crime relevant de la compétence de la Cour », in Julian Fernandez et Xavier Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, op. cit., pp. 369-388.

¹⁴⁸ Djacoba L. Tehindrazanarivelo, « The African Union and Reaction to International Crimes », in Maurice D. Voyame, Walter Kälin et autres, *International Law, Conflict and Development. The Emergence of a Holistic Approach in International Affairs*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 515-564.

¹⁴⁹ Robert Kolb et Damien Scalia (éd.), *Droit international pénal*, op. cit., p. 65.

répression du crime de génocide du 9 décembre 1948¹⁵⁰. Il en va de même des éléments constitutifs du crime de génocide tels que définis par l'article 5 du Statut des Chambres africaines extraordinaires¹⁵¹. Il n'y a en la matière aucune discordance de fond, ni dans les éléments constitutifs objectifs, ni dans les éléments constitutifs subjectifs. Parfois, le protocole de Malabo opère des adjonctions, des fusions ou des contextualisations d'éléments constitutifs, dans une dynamique positive d'africanisation de l'infraction internationale générale, comme pour le génocide¹⁵². Même du point de vu de la procédure codifiée à suivre pour poursuivre les infractions internationales en Afrique, aucun élément ne remet en cause les standards essentiels du droit international pénal général.

Ces considérations montrent que le régionalisme africain en droit international pénal se réalise par confirmation, voire consolidation, des aspects fondamentaux du droit international pénal général et non pas par contestation ou réduction de ses standards infractionnels. On peut même dire qu'il en provoque un certain développement en raison de la consécration d'infractions spéciales par le droit international régional.

2- LA CONSECRATION D'INFRACTIONS SPECIALES DE DROIT INTERNATIONAL REGIONAL

L'universalisme et le régionalisme ne s'absorbent pas mutuellement, mais se superposent et se renforcent réciproquement¹⁵³. C'est dans cette philosophie que, tout en entérinant les infractions générales, l'Union Africaine consacre des infractions régionales. Celles-ci sont une des contributions du droit international pénal régional au développement du droit international pénal général¹⁵⁴. Entre les deux, les emprunts peuvent être réciproques¹⁵⁵. Les incriminations régionales inédites peuvent être classées en deux catégories : elles sont soit de nature politique, soit de nature économique.

¹⁵⁰ Florian Jessberger, « The Definition and the Elements of the Crime of Genocide », in Paola Gaeta (éd.), *The UN Genocide Convention. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 87-111 ; Christian J. Tams, Lars Berster et Björ Schiffbauer, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, A commentary*, München, Beck, 2014, pp. 79 et s., et l'article 28 B du Statut de Malabo.

¹⁵¹ V° article 5 du statut des Chambres africaines extraordinaires.

¹⁵² L'article 28B f du protocole de Malabo incrimine à ce titre « les viols destinés à changer l'identité d'un groupe précis ». Cet élément n'apparaît ni dans le Statut de Rome de 1998, ni dans la convention de 1948.

¹⁵³ Mireille Delmas-Marty, « Les crimes internationaux peuvent-ils contribuer au débat entre universalisme et relativisme des valeurs ? », in Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, op. cit., pp. 59-67.

¹⁵⁴ Pacifique Manirakiza, « La contribution africaine au développement de la justice pénale internationale », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 40, 2009-2010, pp. 410-477.

¹⁵⁵ Mireille Delmas-Marty, « Les crimes internationaux peuvent-ils contribuer au débat entre universalisme et relativisme des valeurs ? », op. cit.

Au titre des infractions régionales dans le domaine politique, on peut retenir le crime relatif au changement anticonstitutionnel de gouvernement. Aux termes de l'article 28 E du Statut de Malabo, le changement anticonstitutionnel de gouvernement signifie substantiellement le fait d'accéder ou de se maintenir illégalement au pouvoir dans un Etat. Les actes dont la perpétration est incriminée à cet effet ont une prégnance spéciale sur le continent africain. Ils incluent le putsch ou le coup d'Etat militaire¹⁵⁶, le renversement d'un gouvernement démocratiquement élu par l'intervention de mercenaires¹⁵⁷ ou par voie de rébellion¹⁵⁸, le refus de remettre le pouvoir à la suite d'une défaite électorale¹⁵⁹, la modification litigieuse des règles du jeu électoral dans les six mois précédant une élection, l'adoption d'amendements constitutionnels non conformes à la Constitution ou aux principes de l'alternance démocratique¹⁶⁰. L'énumération est exhaustive au sens du Statut de Malabo¹⁶¹. On sait que les changements anticonstitutionnels de gouvernement compromettent la stabilité, la sécurité et le développement en Afrique¹⁶². C'est pourquoi, depuis un certain temps, l'Union Africaine entreprend des initiatives pour encadrer, promouvoir et consolider les processus de démocratisation dans ses Etats membres¹⁶³. A cet égard, la balance des succès et des insuccès est loin d'être satisfaisante¹⁶⁴. On peut donc comprendre que l'Union aille plus loin en incriminant pénalement, au-delà des sanctions politiques et administratives¹⁶⁵, les actes de changement anticonstitutionnels de gouvernement. Même si ce phénomène de changement anticonstitutionnel de gouvernement n'est pas exclusif à l'Afrique, ses manifestations y sont plus accusées.

¹⁵⁶ Siaka Coulibaly, *Coups d'Etat : légitimation et démocratie en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2013, pp. 24 et s.

¹⁵⁷ Josiane Tercinet, « Les mercenaires et le droit international », *AFDI*, 1977, pp. 269-293 ; Charlotte Beaucillon, Julian Fernandez et Héléne Raspail, « State Responsibility for the Conduct of Private Military and Security Companies Violating *Ius ad Bellum* », in Francesco Francioni et Natalino Ronzitti (éd.), *War by Contract. Human Rights, Humanitarian Law and Private Contractors*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 396-420.

¹⁵⁸ Cas de la RDC en 1997.

¹⁵⁹ Cas de la Côte d'Ivoire en 2010-2011.

¹⁶⁰ Augustin Loada, « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *Afrilex*, 2003, n° 3, pp. 139-174.

¹⁶¹ Blaise Tchikaya, « Le crime international de changement anticonstitutionnel de gouvernement : quelques questions », in Sous dir. Rafâa Ben Achour, *Les changements anticonstitutionnels de gouvernement*, Marseille, PUAM, 2014, pp. 141-147.

¹⁶² Isaka k. Souare, *Guerres civiles et coups d'Etat en Afrique de l'ouest*, Paris, L'Harmattan, 2007, pp. 43 et s.

¹⁶³ Blaise Tchikaya, « La Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance », *AFDI*, n° 1, 2008, pp. 515-528 ; Joseph Kazadi Mpiana, « L'Union Africaine face à la gestion des changements anticonstitutionnels de gouvernement », *op. cit.*

¹⁶⁴ Babacar Gueye, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, pp. 5-26.

¹⁶⁵ Djacoba L. Tehindrazanarivelo, « Les sanctions de l'Union Africaine contre les coups d'Etat et autres changements anticonstitutionnels de gouvernement : potentialités et mesures de renforcement », *Annuaire africain de droit international*, vol.12, 2004, pp. 255-308.

Au titre des infractions régionales dans le domaine économique, on peut retenir le crime d'exploitation illicite des ressources naturelles. Ce crime est prévu et défini à l'article 28 B L (Bis) du Statut de Malabo. Il incrimine substantiellement l'exploitation des ressources naturelles d'un Etat en violation du principe de souveraineté permanente des peuples sur les richesses et les ressources naturelles. Ce principe est bien établi en droit international général, puis régional africain¹⁶⁶. L'incrimination tire son fondement d'un paradoxe : l'Afrique est le continent le plus riche en ressources naturelles, mais le plus pauvre en développement économique¹⁶⁷. C'est le signe de l'existence de pratiques en matière d'exploitation des ressources naturelles qui inhibent leur contribution à la croissance et au développement économiques du continent¹⁶⁸. L'Union Africaine semble avoir identifié ces pratiques et entend les sanctionner pénalement. C'est ainsi que le crime d'exploitation illégale des ressources naturelles incrimine notamment la conclusion de contrats d'exploitation de ressources naturelles par corruption, fraude ou tromperie, l'exploitation de ressources naturelles sans contrat avec l'Etat concerné, etc.¹⁶⁹. Ces pratiques sont en général le fait d'autorités étatiques, en liaison avec des puissances ou des sociétés multinationales étrangères, ou de groupes insurrectionnels, comme en RDC¹⁷⁰.

L'objectif ici n'est pas de procéder à un examen systématique de toutes les infractions envisagées en droit international pénal africain. Des études plus complètes sont faites notamment en ce qui concerne le crime international de changement anticonstitutionnel de gouvernement¹⁷¹. L'idée est de montrer qu'en plus des infractions générales, la régionalisation du droit international pénal par l'Union Africaine se caractérise par la consécration d'infractions supplémentaires régionales revêtant un intérêt particulier pour le continent africain, comme les coups d'Etat¹⁷². La consécration de telles infractions est un mérite et une justification décisifs du régionalisme africain en droit international pénal. Dès lors que des incriminations sont valablement érigées par l'Union Africaine, il devient logique, pour assurer la répression internationale de leurs auteurs, d'établir des juridictions pénales internationales. La pertinence de celles créées à cet effet par l'Union africaine nous semble avérée.

¹⁶⁶ Georges Abi-Saab, « La souveraineté sur les ressources naturelles », in Mohammed Bedjaoui, *Droit international : bilan et perspectives*, Paris, Pedone, 1992, pp. 639-661.

¹⁶⁷ Jean-Pierre Missié, *Histoire et sociologie de la pauvreté en Afrique : regards croisés sur un phénomène durable*, Paris, L'Harmattan, 2013, pp. 27 et s.

¹⁶⁸ Charlotte J. Lundgren, Alun H. Thomas et Robert C. York, *Expansion, récession ou prospérité ? L'exploitation des ressources naturelles en Afrique subsaharienne*, Washington, IFM, 2013, pp. 4 et s.

¹⁶⁹ Pour le complément, v° le statut de Malabo.

¹⁷⁰ Cédric Kumbatulu Anisa, *La problématique de la fraude minière en République démocratique du Congo*, Kisangani, Université de Kisangani, 2015, pp. 20 et s.

¹⁷¹ Blaise Tchikaya, « Le crime international de changement anticonstitutionnel de gouvernement : quelques questions », *op. cit.*, Abdoulaye Soma, « Le crime international de changement anticonstitutionnel de gouvernement », *op. cit.*

¹⁷² Patrick J. Macgowan, « African military coups d'Etat : frequency, trends and distribution », *The Journal of modern African studies*, no. 3, vol. 41, 2003, pp. 339-370.

B- LA PERTINENCE DES JURIDICTIONS PENALES CREEES

Le droit international pénal souffrirait d'hémiplégie si la consécration des infractions pénales internationales n'était pas corrélativement appariée à la création des juridictions pénales internationales. Incriminations sans juridictions n'est que ruine de la répression, pourrait-on dire. L'essentiel serait alors perdu dans le régionalisme africain en droit international pénal si au-delà des incriminations aucune juridiction n'était prévue. C'est donc à juste titre que l'Union Africaine a envisagé l'établissement de juridictions internationales pénales. La normalité (1) de celles-ci en font des institutions acceptables dans l'ordre international, dont il faudra établir l'effectivité (2).

1- LA NORMALITE DES JURIDICTIONS

La normalité se réfère au caractère de ce qui est conforme à une norme ou une habitude sociale. La normalité des juridictions pénales africaines se rapporte à leur conformité aux types de juridictions pénales couramment instituées par la société internationale. Les juridictions africaines sont à l'image des juridictions universelles. En effet, plusieurs types de juridictions pénales internationales sont envisagés par l'Union Africaine. Nous ne nous intéresserons pas aux hypothèses où l'Union Africaine laisse aux juridictions nationales la responsabilité de « poursuivre et faire juger au nom de l'Afrique » les auteurs d'infractions internationales¹⁷³. De telles juridictions pénales n'ont pas de caractère international, celui-ci ne pouvant dériver de la simple instigation politique et la caution morale de l'Union Africaine¹⁷⁴. Ce fut le cas *in limine* de l'affaire Hissène Habré, renvoyée aux juridictions nationales du Sénégal¹⁷⁵. Ce fut également le cas *in limine* des crimes commis au Darfour pour lesquels l'Union Africaine avait renvoyé au Soudan la création d'un tribunal pénal spécial national¹⁷⁶. Dans les deux cas, ce fut un échec¹⁷⁷. L'Union Africaine a donc envisagé la création et le fonctionnement sous ses auspices de deux types de juridictions pénales internationales, à savoir des juridictions pénales spéciales et les juridictions pénales générales.

Les juridictions pénales internationales spéciales sont celles dont la compétence est délimitée à un contexte criminel déterminé¹⁷⁸. Pour l'Union Africaine, dans le contexte du Darfour, le Tribunal pénal spécial national susmentionné n'a pas été

¹⁷³ Union Africaine, Assembly/AU/Dec.127 (VIII) du 2 juillet 2006.

¹⁷⁴ Robert Kolb, « Le degré d'internationalisation des tribunaux pénaux internationalisés », *op. cit.*

¹⁷⁵ Union Africaine, Assembly/AU/Dec.127 (VIII) du 2 juillet 2006.

¹⁷⁶ Union Africaine, Assembly/AU/Dec.221 (XII) du 3 février 2009.

¹⁷⁷ Belingene Kahombo, « Le projet de création d'une juridiction pénale panafricaine », *op. cit.*

¹⁷⁸ Jean-Paul Bazelaire et Thierry Cretin, *La justice pénale internationale, op. cit.*, pp. 91 et s.

opérant¹⁷⁹. Il est dès lors apparu impérieux d'établir une juridiction pénale internationale spéciale. Le projet est pendant et se heurte à un manque de coopération des autorités soudanaises¹⁸⁰. Par contre, dans le contexte de l'affaire Hissène Habré, les mesures internes pour un jugement national par le Sénégal, en l'occurrence la révision de la Constitution et du code pénal pour insérer les incriminations pertinentes, ont été attaquées¹⁸¹ et jugées irrégulières devant des juridictions internationales¹⁸². Pour pallier le risque de blocage et d'impunité dans cette affaire¹⁸³, l'Union Africaine a dû envisager la création d'une juridiction pénale spéciale de caractère international, à savoir les chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises¹⁸⁴. L'accord entre l'Union Africaine et le Sénégal les instituant a été conclu le 22 août 2012. C'est une juridiction hybride *ad hoc*. Les quatre chambres, d'instruction, d'accusation, d'assises, et d'appel, siégeant à Dakar sont composées de juges nationaux nommés par le Président de la Commission de l'Union Africaine sur proposition du Ministre de la justice du Sénégal, et sont présidées par des juges internationaux. Elles sont compétentes pour « poursuivre et juger le ou les responsables des crimes et violations graves du droit international, de la coutume internationale et des conventions internationales ratifiées par le Tchad commis sur le territoire tchadien durant la période allant du 7 juin 1982 au 1^{er} décembre 1990 »¹⁸⁵. Le 2 juillet 2013, Hissène Habré a été inculpé pour crimes contre l'humanité, crimes de torture et crimes de guerre. Le procès ouvert le 20 juillet 2015 s'est achevé le 30 mai 2016 par un arrêt de condamnation¹⁸⁶. Cette expérience s'étant avérée concluante, l'Union pourrait être tentée d'utiliser le mécanisme des juridictions hybrides spéciales au Soudan et au Kenya, notamment.

Les juridictions pénales internationales générales sont celles dont la compétence n'est pas délimitée à un contexte criminel prédéterminé et qui ont vocation à être permanentes. C'est l'exemple de la CPI¹⁸⁷. L'Union Africaine a envisagé une juridiction régionale de ce type. En effet, dans l'architecture institutionnelle initiale de l'Union Africaine devraient coexister deux juridictions continentales que sont la Cour de justice, et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. En 2004, l'Union Africaine décide de ne se doter que d'une cour unique et de fusionner les deux cours

¹⁷⁹ Conseil de paix et de sécurité de l'Union Africaine, *Darfour : la quête de la paix, de la justice et de la réconciliation*, Rapport PSC/AHG/2 (CCVII), 29 octobre 2009, p. 57.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ Cour Africaine des droits de l'homme et des peuples, *Michelot Yogogombaye c/ Sénégal*, arrêt du 15 décembre 2009, §1 et s.

¹⁸² Cour de justice de la CEDEAO, *Hissène Habré c/République du Sénégal*, arrêt du 18 novembre 2010, §61.

¹⁸³ CIJ, *Sénégal c/ Belgique*, 20 juillet 2012 (questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader).

¹⁸⁴ Mutoy Mubiala, « Chronique de droit pénal de l'Union africaine. Vers une justice pénale régionale en Afrique », *op. cit.*

¹⁸⁵ Article 3 du statut des chambres africaines extraordinaires.

¹⁸⁶ Chambres africaines extraordinaires, *Hissène Habré*, arrêt du 30 mai 2016.

¹⁸⁷ Mohamed Bennouna, « La Cour pénale internationale », in Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, *Droit international pénal*, *op. cit.*, pp. 809-824.

sus citées. Cette fusion a établi la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, dont le protocole de création, auquel est annexé le Statut, a été adopté le 1^{er} juillet 2008 à Sharm El Cheikh¹⁸⁸. A la suite des frictions qui ont marqué les rapports entre la CPI et l'Afrique¹⁸⁹, l'Union Africaine décide d'ajouter une compétence pénale à la juridiction unique¹⁹⁰. Le protocole élaboré pour cela a été adopté le 27 juin 2014 à Malabo. Cette juridiction devrait désormais comporter trois sections : une section générale, une section des droits de l'homme et des peuples, et une section de droit international pénal¹⁹¹. C'est cette dernière section qui intéresse ici. Elle sera compétente pour connaître des affaires relatives aux crimes internationaux commis en Afrique¹⁹². Il existerait dès lors une concurrence de compétence entre elle et la CPI, pour certaines infractions et pour certains Etats. A cet égard, les principes de subsidiarité et de complémentarité devraient être appliqués pour structurer la répartition des compétences pénales entre les différents niveaux de juridictions¹⁹³.

Comme on le voit, les juridictions créées par l'Union Africaine se rangent dans les différentes catégories établies par la communauté internationale. Le régionalisme africain en droit international pénal n'opère donc aucune révolution négative à cet égard. Il se justifie même par le besoin de contextualisation, de consolidation et de diversification de la répression pénale internationale sur le continent. C'est justement pour cela que l'effectivité des juridictions pénales internationales créées à cet effet nous préoccupe.

2- L'EFFECTIVITE DES JURIDICTIONS

Le régionalisme pénal cristallise en lui au moins deux mouvements novateurs en droit international africain : la juridictionnalisation et la pénalisation. La juridictionnalisation, c'est-à-dire le développement du règlement juridictionnel des différends internationaux¹⁹⁴, est un phénomène relativement récent en droit régional africain¹⁹⁵. La pénalisation, entendue ici comme le développement d'une dynamique

¹⁸⁸ Barsac Tessa, *La Cour africaine de justice et des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2012, pp. 16 et s.

¹⁸⁹ James Mouangue Kobil, « L'Afrique et les juridictions internationales pénales », *op. cit.*

¹⁹⁰ Union Africaine, Assembly/AU/Dec.213 (XII) du 3 février 2009 ; Assembly/AU/Dec.245 (XIII) du 3 juillet 2009.

¹⁹¹ Article 16 du projet de statut de la juridiction régionale.

¹⁹² Pacifique Manirakiza, « L'Afrique et le système de justice pénale internationale », *op. cit.*

¹⁹³ Robert Kolb, « Les influences du droit international pénal sur le droit international public », *AFRI*, 2011, pp. 149-170 ; Paul Tavernier, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », in *Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Pedone, 2009, pp. 305-319.

¹⁹⁴ Blaise Tchikaya, « La juridictionnalisation du règlement des conflits internationaux en Afrique », *RDP*, n° 2, 2006, pp. 159-186.

¹⁹⁵ « Pour le règlement de leurs conflits, les Etats africains délaissent la voie juridictionnelle ; ils ont choisi la voie diplomatique ». Cf. Tan Van Minh, « Les conflits », in Sikhe Camara et Joseph Owona, *Encyclopédie juridique de l'Afrique. Tome deuxième : Droit international et relations internationales*, *op. cit.*, pp. 311-340.

pénale, est également un phénomène tout à fait innovant dans l'ordre juridique continental traditionnellement réfractaire aux mécanismes sanctionnateurs¹⁹⁶. L'effectivité des juridictions internationales d'envergure continentale et à vocation pénale comporte alors maintes défis¹⁹⁷. Deux de ceux-ci retiennent l'attention.

Le premier grand défi est celui de l'opérationnalité. Ce défi met en jeu les pouvoirs et capacités de l'Union Africaine à concrétiser ces juridictions continentales. Il faut rappeler que l'Union Africaine manque d'expérience dans la mise en place de juridictions internationales. C'est dans le domaine de la protection régionale des droits de l'homme et des peuples qu'elle a réussi à se doter d'une juridiction spécialisée, qu'est la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁹⁸. Il s'agit de la première juridiction continentale¹⁹⁹. Le projet de créer une juridiction continentale générale depuis 2000 est toujours pendant et lent à se concrétiser²⁰⁰. S'il devait en être ainsi pour la dimension pénale, il y aurait alors une grave lacune dans la répression des crimes internationaux commis sur le continent. L'effectivité des Chambres africaines extraordinaires qui ont réussi à être opérationnalisées, à fonctionner, à juger et condamner Hissène Habré peut permettre des espoirs à cet égard.

Le second grand défi, subséquent à l'effectivité et à l'opérationnalisation des juridictions pénales régionales africaines, est celui de leur efficacité. Ce défi met en jeu les pouvoirs et capacités de l'Union Africaine à poursuivre tout type de criminel, d'une part, et à garantir le financement de procès équitables, ainsi que la réparation des dommages subis par les victimes de crimes internationaux, d'autre part. Sur le premier point, on sait que les frictions entre l'Afrique et la CPI sont liées à la question de l'immunité des chefs d'Etat et de gouvernement en exercice²⁰¹. Toutefois, l'Union Africaine ne semble pas être opposée à la répression pénale de ces personnalités après la cessation des fonctions officielles²⁰². Il est indicatif à cet égard qu'on retrouve dans le Statut des chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises, la règle sur le défaut de pertinence de la qualité officielle²⁰³, similaire à l'article 27 du

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ Blaise Tchikaya, « L'Union Africaine et l'émergence d'un nouveau droit international », *Géopolitique Africaine*, n° 44, 2012, pp. 145-154.

¹⁹⁸ James Mouangue Kobil, « Article 1. Création de la Cour », in Maurice Kamto (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de cour africaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1215-1241.

¹⁹⁹ Fatsah Ougougouz, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Gros plan sur le premier organe judiciaire africain à vocation continentale », *AFDI*, n° 52, 2006, pp. 213-240.

²⁰⁰ Barsac Tessa, *La Cour africaine de justice et des droits de l'homme*, *op. cit.*

²⁰¹ Mohamed Madi Djabakaté, *Le rôle de Cour pénale internationale en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 18 et s. ; Moussa Bienvenue Haba, « L'offensive de l'Union Africaine contre la Cour pénale internationale : la remise en cause de la lutte contre l'impunité », *op. cit.*

²⁰² James Mouangue Kobil, « L'Afrique et les juridictions internationales pénales », *op. cit.*

²⁰³ Article 10 du Statut des chambres africaines extraordinaires.

Statut de la CPI²⁰⁴. En revanche, l'article 46 A Bis du Statut de Malabo ne rend inopérante la qualité officielle qu'à la fin du mandat²⁰⁵. Cette orientation nous semble pertinente. La poursuite des Chefs d'Etat en cours de mandat est faite de difficultés, voire d'impossibilités. Elle entraîne des perturbations non souhaitables dans le fonctionnement régulier des institutions constitutionnelles de l'Etat concerné. Elle empêche la stabilité et la fluidité dans les rapports internationaux avec les Etats dont les hautes autorités sont sous poursuites pénales internationales. Il nous semble donc qu'il convient de faire en sorte que les mandats des autorités constitutionnelles soient limités et se terminent normalement²⁰⁶. C'est justement le but visé par l'Union Africaine avec son arsenal juridique de promotion de la démocratie et de lutte contre les changements anticonstitutionnels de gouvernement²⁰⁷. De ce point de vue l'approche africaine semble complète et cohérente, sous réserve d'une effectivité et d'une efficacité à renforcer. Toutefois, la régionalisation du droit international pénal en Afrique reste attendue sur la mise en œuvre de cette possibilité pour les juridictions pénales régionales de poursuivre et juger les hautes personnalités après leur mandat. Sur le second point, on sait les fortes exigences financières d'une justice pénale internationale²⁰⁸, et on sait les fortes contraintes financières auxquelles sont confrontés les Etats africains et l'Organisation continentale. Par exemple, le fonctionnement du TPIR a exigé un budget moyen annuel de 100 millions de dollars²⁰⁹. Le budget annuel de la CPI environne ce chiffre²¹⁰. Pour le procès d'Hissène Habré, le Sénégal avait estimé le coût à 30 millions de dollars²¹¹. Une table ronde des donateurs, organisée à Dakar le 24 novembre 2010 a pu trouver un compromis autour de 13 millions de

²⁰⁴ Xavier Aurey, « Article 27. Défaut de pertinence de la qualité officielle », *op. cit.*

²⁰⁵ L'article 46 A bis du Statut de Malabo est très clair à ce sujet. Il dispose que « No charges shall be commenced or continued before the Court against any serving AU Head of State or Government, or anybody acting or entitled to act in such capacity, or other senior state officials based on their functions, during their tenure of office ».

²⁰⁶ Augustin Loada, « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *op. cit.*

²⁰⁷ Blaise Tchikaya, « La Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance », *AFDI*, n° 1, 2008, pp. 515-528 ; Joseph Kazadi Mpiana, « L'Union Africaine face à la gestion des changements anticonstitutionnels de gouvernement », *op. cit.* ; Djacoba L. Tehindranarivelo, « Les sanctions de l'Union Africaine contre les coups d'Etat et autres changements anticonstitutionnels de gouvernement : potentialités et mesures de renforcement », *op. cit.*

²⁰⁸ Daniel Wippman, « The cost of international justice », *AJIL*, vol. 100, 2006, n° 4, pp. 861-881.

²⁰⁹ Olivia Nederlandt et Damien Vandermeersch, « Le tribunal pénal international pour le Rwanda et le tribunal spécial pour la Sierra Leone : quel bilan à l'heure de la clôture de leurs travaux ? », in Diane Bernard et Damien Scalia, *Vingt ans de justice pénale internationale*, Bruxelles, La Charte, 2014, pp. 189-217.

²¹⁰ Lola Maze, « Article 115. Ressources financières de la Cour et de l'Assemblée des Etats parties », in Julian Fernandez et Xavier Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, *op. cit.*, pp. 2055-2070.

²¹¹ Belingene Kahombo, « Le projet de création d'une juridiction pénale panafricaine », *op. cit.*

dollars²¹². La libération de cette somme, dont 1 million de dollars par l'Union Africaine, a été problématique²¹³. Le financement d'une juridiction régionale générale, comprenant une section à compétence pénale internationale, devra être nécessairement permanent²¹⁴. Quand on rapproche ces données du budget 2017 de toute l'Union Africaine, qui s'élève à environ 308 millions de dollars²¹⁵, on peut légitimement s'inquiéter et s'interroger. On espère que le volontarisme militant de l'Union Africaine et ses Etats membres aura raison de l'apathie ambiante quand il s'agit de verser les contributions pour le fonctionnement des organismes internationaux en Afrique. C'est dans cette perspective que la possibilité de l'auto-financement de l'Organisation continentale par la taxe de 0,2% sur les importations de produits non africains envisagée au sommet des chefs d'Etat et de gouvernement de juillet 2017 fonde encore les espoirs. L'effectivité et l'efficacité du système pénal régional africain sont décisives. L'enjeu est continental et mondial.

Abdoulaye SOMA
Agrégé des Facultés de droit
Université Ouaga 2
BURKINA FASO

²¹² Union Africaine, *Plus de huit millions d'euros recueillis pour l'organisation du procès d'Hissène Habré*, communiqué de presse n° 162/2010 du 24 novembre 2010.

²¹³ Belingene Kahombo, « Le projet de création d'une juridiction pénale panafricaine », *op. cit.*

²¹⁴ Daniel Marc Sweeney, *Prospects for the financing of an international criminal court*, Discussion paper, New York, Institute for global Policy, 1996, p. 1.

²¹⁵ Union Africaine, EX.CL/Dec.767 (XXIII) du 23 mai 2013.

RAPPORTS DE SYSTEMES ET INTEGRATION AFRICAINE.

INTRODUCTION

« ...La règle ne peut être analysée indépendamment de la globalité du milieu qui lui a donné naissance et du milieu où elle est censée s'appliquer. Il convient donc d'appréhender le droit international à partir d'une pensée de la complexité pour reprendre l'expression d'Edgar Morin. », Mohammed BENNOUNA, *Le droit international entre la lettre et l'esprit*, RCADI 2017, vol. 383, p. 39.

L'une des caractéristiques du droit de l'intégration¹, est qu'il se crée et se formalise dans le cadre d'organisations internationales dotées chacune d'un ordre juridique propre, autonome et hiérarchisé². L'expression « ordre juridique » peut être définie comme « un système logique de normes, de règles, de sanctions, système global et complet en lui-même »³. En d'autres termes, l'ordre juridique est un, « ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine »⁴. La structuration en système induit principalement que l'ordre juridique est un « ensemble

¹ L'intégration juridique se donne plusieurs finalités : « [elle] renforce le droit national, régional et constitue une tentative de réaction à un environnement international défavorable en créant un réseau dense de coopération avec des mécanismes de direction et de contrôle prévus par le droit communautaire dérivé. Il s'agit d'un ensemble normatif dont la vocation est de coordonner les politiques économiques des États membres ou d'harmoniser leurs législations et d'imposer une cohérence entre les niveaux nationaux et les niveaux communautaires. Ce droit génère un ordre juridique particulier... », Voir S. N TALL, *Droit des organisations internationales africaines. Théorie générale, droit communautaire comparé, Droits de l'homme, Paix et sécurité*, Paris, L'Harmattan, Crédila, 2015, p. 48.

² L'affirmation de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire intégré avec la primauté du droit de la Communauté sur celui des États et l'effet direct, est une caractéristique du droit de l'intégration. Elle repose sur les arrêts Van Gend en Loos et Costa c. ENEL qui ont permis la construction de l'unité et la cohérence de l'ordre communautaire. *Van Gend en Loos* CJCE, 5 févr. 1963, Aff. 26/62, *Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, Rec. CJCE 7. et *Costa c. ENEL* CJCE, 15 juill. 1964, Aff. 6/64, Rec. CJCE 1141 ; ECLI:EU:C:1964:66. Voir par exemple pour une réflexion récente sur le sujet, Y. PETIT, « L'arrêt Costa c/ Enel, grand arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes », *Revue de l'Union européenne* 2015 p.554 et ss, et plus généralement *La Revue de l'Union européenne* 2015 qui publie une série d'articles consacrés au dossier sur la Primauté ; G. Marti et Y. Petit, « Table ronde sur les 50 ans de l'arrêt Costa : de la primauté absolue au dialogue des juges ? », p. 553 ; S. Van Raepenbusch, « L'arrêt Costa c/ Enel et ses prolongements jurisprudentiels », et A. Vauchez, « Retour sur l'Europe de Costa », p. 570.

³ G. ROCHER., *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996, p. 21 ; C. GRZEGORCZYK., « Ordre juridique comme réalité », *Droits*, vol. 35, n° 1, 2002, pp. 103-118.

⁴ Ch. LEBEN., « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, vol. 33, n° 1, 2001, pp. 19-40.

organisé d'éléments interdépendants formant une unité, un tout, qui ne se réduit pas à la simple addition de ses composantes »⁵. La notion apparaît tardivement dans la doctrine et la pratique diplomatique⁶ sans pour autant que les auteurs l'ignorent. Ils l'étudient sous le prisme de la notion de droit⁷, décrit comme un système⁸, un ordre ou une institution dont le fonctionnement est autonome et permet la cohérence et la survie même de son objet. Les principales théories sur la nature de l'ordre juridique peuvent se classer en deux grandes catégories⁹.

D'une part, les théories normativistes¹⁰ développées dans les travaux de Kelsen¹¹, Hart¹², et Bobbio¹³. Ces théories partagent la même conception de l'ordre juridique comme un ensemble de normes. Si Kelsen insiste particulièrement sur la place de la contrainte et l'identité entre l'Etat et l'ordre juridique, Hart renouvelle l'approche de la norme secondaire par l'existence de la règle de reconnaissance, et Bobbio définit une norme juridique à raison de son appartenance à l'ordre juridique, liant la validité d'une norme en raison du processus par lequel elle a été produite et insistant sur le caractère dynamique de l'ordre juridique¹⁴.

D'autre part, les théories non exclusivement normativistes¹⁵ notamment institutionnelle de Santi Romano ou post normativistes de Paul Amselek¹⁶ et Jean

⁵ Ch. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Ibid.*

⁶ D. ALLAND, « De l'ordre juridique international », *Droits*, vol. 35, n° 1, 2002, pp. 79-102.

⁷ Ch. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, vol. 33, n° 1, 2001, *op.cit.*, pp. 19-40.

⁸ Pour Guy ROCHER « les juristes étudient le droit comme un système logique de normes, de règles, de sanctions, système global et complet en lui-même » : *Droit et éthique*, *supra*, note 8, p. 21. Voir également les positions développées par Niklas LUHMANN et Gunther TEUBNER.

⁹ Pour une synthèse des principales doctrines relatives à l'ordre juridique, voir Ch. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, vol. 33, n° 1, 2001, *op.cit.*, pp. 19-40. Il convient de souligner que dans son « essai », Mathias Forteau remet en cause l'existence de l'ordre juridique dont la théorisation serait inaboutie et préfère recourir au concept de « droit applicable », M. FORTEAU, « Repenser la logique de traitement des rapports entre ordres juridiques. Changer de regard : tout ne serait-il pas affaire de droit applicable, plutôt que d'ordres juridiques ? » in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports ente ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 633-649.

¹⁰ Ch. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, vol. 33, n° 1, 2001, *op.cit.*, pp. 19-40.

¹¹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (trad. Ch. Eisenmann), Paris, Dalloz, 1962, p. 42 ; V. aussi du même auteur, *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris/Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 1997, p. 111

¹² H. HART, *Le concept de droit*, Trad. Michel van de Kerchove. 2^{ème} éd. augmentée. Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 59. On considère que Hart est le tenant de la théorie analytique de l'ordre juridique.

¹³ N. BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *Essais de théorie du droit*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1998, p. 159-173, p. 167.

¹⁴ P. BRUNET, « Bobbio et le positivisme », *Analisi e Diritto*, P. COMMANDUCI et R. GUASTINI (ed), Giappicelli, 2005, pp. 159-170.

¹⁵ Ch. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, vol. 33, n° 1, 2001, *op.cit.*, pp. 19-40.

Combacau¹⁷. L'approche institutionnelle de Santi Romano repose sur l'existence d'une unité et d'un ordre social organisé susceptible de produire des normes¹⁸. Il faut souligner la conception pluraliste du droit et la mise en réseau de François Ost et Michel van de Kerchove. Ces derniers poursuivant le concept d'ordre juridique tel que développé par Santi Romano aménagent les rapports entre les systèmes en opposant au modèle strictement vertical symbolisé par la pyramide, un schéma horizontal, le réseau. Cette approche permet d'inclure dans la dynamique normative des acteurs divers aux interventions diverses et de schématiser les interactions entre les divers foyers normatifs¹⁹.

Si certains distinguent ordre juridique et système juridique en considérant notamment que le système juridique renvoie à un type d'analyse systémique du droit²⁰, la majorité de la doctrine considère que les deux termes sont équivalents²¹, notamment lorsque l'utilisation de l'ordre juridique repose sur une acception neutre qui ne préjuge ni du rôle ni de l'effet de l'ordre sur la société²². Une préférence est marquée, dans le cadre de cette étude, pour la notion de « système » pour sortir de la connotation hiérarchique attachée à la notion d'ordre juridique²³.

¹⁶ P. AMSELEK, « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RD.P.*, 1978, pp. 5-19, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », in *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986, pp. 30-65.

¹⁷ J. COMBACAU, « Le droit international : bric à crac ou système », *L'ordre juridique. Archives de philosophie du droit*, t. XXXI, 1986, pp. 85-105.

¹⁸ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. L. FRANCOIS et P. GOTHOT, coll. Philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1975.

¹⁹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, 597 p.

²⁰ V. par exemple, N. LUHMANN, « L'unité du système juridique », in numéro spécial des *Archives de philosophie du droit*, 1986, t. 31, pp. 163-188, V. aussi J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *CURAPP, Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, pp. 7-49, pp. 9-27 ; G. TIMSIT, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris, PUF, 1986, pp. 29-80 et G. TIMSIT « L'ordre juridique comme métaphore », *Droits*, vol. 33, n° 1, 2001, pp. 3-18. Certains auteurs mettent en avant la conception normative de « l'ordre » et la conception institutionnelle du système, V. E. DUBOUT et S. TOUZE, « Propos introductifs », in *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, Paris, 2010, pp. 11-12. Voir aussi Guastini R. qui considère que la notion d'ordre juridique est un ensemble d'ensembles de normes, « L'ordre juridique. Une critique de quelques idées reçues », *Analisi e diritto*, 2000. *Ricerche di giurizprudenza analitica*, Giappichelli, Turin, 2001, pp. 89-95.

²¹ A. MIRON et J.-M. THOUVENIN, « Les rapports de systèmes au plan universel », in M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS et E. CUJO, *Union européenne et droit international, en l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, p. 689.

²² G. ABI-SAAB et M. GRANGE, « Repenser la notion d'ordre juridique », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 481.

²³ B. BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso, 2013, p. 67.

Les rapports entre ordres juridiques ont pendant longtemps été envisagés sous le prisme des rapports entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international²⁴. Mais ici ce ne sont pas les rapports entre ordre juridique interne et ordre juridique international qui focaliseront l'attention mais les rapports entre plusieurs ordres juridiques « partiels » participant à l'intégration continentale africaine.

La réalisation de l'intégration continentale africaine est l'objectif assigné à la Communauté Economique Africaine²⁵ (CEA) dans le cadre du Traité d'Abuja (TCEA) adopté sous les auspices de l'Organisation de l'Unité africaine (OUA)²⁶. Avec la dissolution de cette dernière, l'Union africaine²⁷ a endossé les droits et obligations de son prédécesseur²⁸. L'Union africaine poursuit non seulement les objectifs d'intégration économique²⁹ mais le Traité d'Abuja³⁰ reste en vigueur, endossé³¹ et

²⁴ Ces rapports sont envisagés selon la vision moniste ou dualiste. Dans la vision moniste, les deux ordres appartiennent à un ordre juridique global où l'on affirme soit la primauté de l'ordre juridique international, soit la primauté de l'ordre juridique interne. Selon la vision dualiste les ordres juridiques forment des ensembles clos et étanches. Voir H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, 1926-IV, p. 231 et plus récemment B. BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso, 2013, 208p.

²⁵ Aux termes de l'Article 1. (c). du Traité d'Abuja, la Communauté économique africaine est la structure d'intégration économique qui fait partie intégrante de l'Union africaine.

²⁶ E. JOUVE, *L'organisation de l'unité africaine*, Paris, P.U.F., coll. Perspectives internationales 1984, 273p. ; M. GLELE-AHANHANZO, *Introduction à l'Organisation de l'Unité africaine et aux organisations régionales africaines*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque africaine et malgache, tome 40, 1986, 574p. ; M.-C. DJIENA-WEMBOU, *L'O.U.A. à l'aube du XXI^e. Bilan, diagnostic et perspectives*, Paris, L.G.D.J., coll. Bibliothèque africaine et malgache, tome 52, 1995, 411p. ; M. KAMTO, J.-E. PONDI et L. ZANG, *L'O.U.A., rétrospectives perspectives africaines*, Paris, Economica, coll. La vie du droit en Afrique, 1990, 338p. ; P.-F GONIDEC, *Les organisations internationales africaines. Etudes comparatives*, Paris, L'Harmattan, coll. Droits et Sociétés, 1987, 303p. ; P.-F GONIDEC, *L'O.U.A. trente ans après : l'Unité africaine à l'épreuve*, Paris, Karthala, 1993, 168 p. ; D. GNAMOU-PETAUTON, *Dissolution et succession entre organisations internationales*, Bruxelles, éditions Bruylant, coll. Organisations internationales et relations internationales, 2009, 447p.

²⁷ F. BORELLA, « Les regroupements d'Etats dans l'Afrique indépendante », *Annuaire français de droit international (AFDI)*, 1961, pp. 787-807 ; du même auteur, « Le régionalisme africain et l'OUA, *AFDI*, 1963, pp. 838-865 ; D. THIAM, *Le Fédéralisme africain. Ses principes et ses règles*, Paris, Présence africaine, 1972, 167p ; K. NKURUMAH, *L'Afrique doit s'unir*, Paris, Présence africaine, 1994, 247p ; A. S. TOURE, *Des Etats-Unis d'Afrique*, Tome XXV, 1982, 283p ; T. OBENGA, *L'Etat fédéral d'Afrique noire : seule issue*, Paris, L'Harmattan, 2012, 55p ; M T. KEREKOU, *Union Africaine et processus d'intégration*, Paris, L'Harmattan, 2011, 140 p. Voir aussi O. GBAGUIDI, « Cinquante ans d'intégration régionale en Afrique : un bilan global », *Techniques Financières et Développement*, 2013/2 (N° 111), p. 47-62.

²⁸ Commission de l'Union africaine, *AGENDA 2063, L'Afrique que nous voulons*, DOCUMENT-CADRE, p. 52.

²⁹ Article 3 j et l de l'Acte constitutif de l'Union africaine (UA).

³⁰ Le traité d'Abuja signé le 3 juin 1991 est entré en vigueur le 12 mai 1994.

³¹ Article 33 (1) de l'Acte constitutif de l'UA.

revigoré³² dans le cadre de l'UA comme l'avaient souhaité les Etats dans la déclaration de Syrte³³. En tant qu'organisation internationale³⁴, la CEA est fondue dans l'Union africaine³⁵. Aussi, l'intégration économique continentale part de la juxtaposition et la coexistence de plusieurs organisations qui vont s'harmoniser pour aboutir à l'intégration continentale. Elle est bâtie sur le modèle d'une intégration entre organisations. Ceci suppose un cadre global où interagissent à la fois les Etats, des organisations sous régionales et une organisation continentale.

Le cadre étatique et les cadres des organisations internationales constituent chacun des ordres juridiques en ce sens que « *Toute communauté est amenée à posséder un ordre juridique qui peut se définir comme un ensemble de normes organisées et unies dans un tout harmonieux et autonome en vue de régler une société donnée. Il se caractérise par son individualité qui se manifeste par l'existence de règles qui lui sont propres et qui s'appliquent à une catégorie de sujets donnés* »³⁶. L'existence du droit international³⁷ et de l'ordre juridique international ne font plus objet de débat. Pas plus que la personnalité juridique des organisations internationales³⁸ pour lesquelles l'on admet qu'elles possèdent chacune un ordre juridique particulier³⁹ qui repose sur l'acte

³² Le Protocole régissant les relations entre l'Union africaine et les CER vise explicitement le traité créant la Communauté économique africaine. Voir le préambule du Protocole de 2008.

³³ Déclaration de Syrte, EAHG. (IV) Rev.1, 8-9 septembre 1999, considérant 6, i, ii, et iii. Article 33 (2) de l'Acte constitutif de l'UA. Sur les relations entre O.U.A. et C.E.A., voir, S. DUJARDIN, *Le Traité de l'Union Africaine : de l'idéal panafricain à l'impératif d'unité*, mémoire DEA Etudes Africaines, 2000-2001, Université de Paris I, pp. 43-55.

³⁴ Nous faisons le choix de retenir ici la notion d'organisation internationale dans son sens communément admis et reflété par la Commission du droit international à l'article 2 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales. « L'expression « organisation internationale » s'entend de toute organisation instituée par un traité ou un autre instrument régi par le droit international et dotée d'une personnalité juridique internationale propre. Outre des États, une organisation internationale peut comprendre parmi ses membres des entités autres que des États », Nations Unies, *Rapport de la Commission du droit international, Soixante-troisième session, 26 avril-3 juin et 4 juillet-12 août 2011, Assemblée générale, Documents officiels, Soixante-sixième session, Supplément no 10 (A/66/10)*, p. 52.

³⁵ Tout le long de cette étude il sera utilisé l'expression Union africaine-CEA, OUA-UA ou CEA pour désigner l'organisation en charge du processus continental d'intégration.

³⁶ P. CAHIER, « L'ordre juridique interne des organisations internationales », in René-Jean Dupuy, *Manuel des organisations internationales*, 2ème édition, RCADI 1992, p. 377.

³⁷ M. BENNOUNA, *Le droit international entre la lettre et l'esprit*, Cours général de droit international public, RCADI 2017, vol. 383, p. 39.

³⁸ P. d'ARGENT, « La personnalité juridique internationale de l'organisation internationale », in E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales, Traité de droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 440-464 ; C. DOMINICE, « La personnalité juridique dans le système du droit des gens », in C. DOMINICE, J. BELHUMEUR, L. CONDORELLI, (éd.), *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, Genève, Publications de l'Institut de hautes études internationales, 1997, pp. 57-79

³⁹ Ch. LEBEN, « à propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, n° 14, 1991, p. 64 ; BARBERIS J., *Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale*, RCADI, 1983, vol. 179, p. 162.

constitutif⁴⁰. Bien que l'on estime que l'ordre juridique de l'intégration africaine⁴¹ est fragmenté et à bien des égards élémentaires⁴², plusieurs ordres juridiques s'y côtoient : ceux des Etats, des organisations internationales qualifiées par l'OUA-UA de Communautés économiques régionales (CER)⁴³ et des organisations internationales qui existent en dehors des CER qui visent l'intégration économique des Etats.

En choisissant de créer une Communauté économique africaine qui fait partie intégrante de l'OUA-UA et de la construire sur la base des communautés économiques régionales, les Etats ont créé un désordre normatif. En effet, les rapports entre ordres juridiques sont, par essence, un facteur potentiel de désordre, alors même qu'il s'agit de rapports d'ordre. Chaque organisation est créée pour atteindre des objectifs spécifiques, mais les défis de l'intégration continentale appellent une vision globale qui crée une interdépendance entre elles. La coexistence de plusieurs organisations, chacune dotée de la personnalité juridique internationale, juridiquement distinctes et autonomes mais visant des objectifs communs avec des activités qui se superposent ou s'entrecroisent, laisse interrogateur sur le cadre institutionnel et juridique de l'intégration socioéconomique africaine, car la coexistence des ordres juridiques distincts influe sur la cohérence de chaque ordre et la logique d'ensemble.

Une vingtaine d'années après, et en plein processus de réformes de l'UA, il est donc nécessaire de repenser les rapports entre les organisations internationales d'intégration en Afrique.

La question des rapports entre organisations internationales n'est pas nouvelle. Elle a fait l'objet d'études dans les rapports entre organisations universelles et organisations régionales⁴⁴, ou encore dans le cadre des rapports entre l'Union européenne et les organisations régionales⁴⁵. Aussi, l'interrogation sur le chevauchement des

⁴⁰ J.-P JACQUE, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit international, tome 69, 1972, p. 292.

⁴¹ Sur l'ordre juridique intégratif de la CEDEAO et l'UEMOA, voir A. SALL, *La justice de l'intégration : réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, Dakar, éditions CREDILA, 2011, 398 p.

⁴² Il faut souligner la modélisation proposée par Joseph KAZADI MPIANA autour du droit communautaire *largement* effectif ; le droit communautaire *partiellement* effectif et le *pseudo* droit communautaire. J. KAZADI MPIANA, « La problématique de l'existence du droit communautaire africain. L'option entre mimétisme et spécificité », *Revue libre de Droit*, 2014, p. 45 ; Voir aussi O. NDESHYO RURIHOSE (dir.), *Manuel de droit communautaire africain. Tome I. Introduction générale : objet, sources, caractéristiques et domaines*, Kinshasa, Editions Etat et Société, 2011.

⁴³ La Communauté économique régionale est définie comme « une entité juridique dotée de personnalité morale créée sur la base de la « région » au sens de l'Article 1(d) du Traité d'Abuja et dont l'objectif est de promouvoir l'intégration économique comme étape vers la création de la Communauté.

⁴⁴ A. PEYRO LLOPIS, *Force, ONU et organisations régionales, Répartition des responsabilités en matière coercitive*, Bruylant, collection de droit international, Bruxelles, 2012, 520 p.

⁴⁵ Voir par exemple M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS et E. CUJO, *Union européenne et droit international, en l'honneur de Patrick Daillier, op.cit.*, 912 p.

organisations est connue et récurrente⁴⁶. Elle a été envisagée sous l'angle de la concurrence, la complémentarité⁴⁷, ou les chevauchements⁴⁸ et a conduit à proposer la rationalisation des organisations internationales⁴⁹. Elle reste néanmoins d'actualité car il est aujourd'hui difficile de savoir à qui imputer le retard dans l'atteinte des objectifs attendus sur le plan de l'intégration socio-économique et quels leviers activer pour améliorer ces résultats.

L'étude des rapports entre les organisations présente dès lors un intérêt scientifique et pratique. Sur le plan scientifique, il est utile de développer une théorie des rapports entre les organisations internationales africaines participant à l'intégration continentale, ce qui revient à interroger les cultures juridiques, outils et méthodes pour réinventer de nouveaux postulats ou nuancer celles qui existent. Sur le plan pratique, il convient de revoir les rapports de systèmes de façon distanciée pour mieux impulser les centres de prises de décisions et améliorer les résultats de l'intégration africaine.

Dans ce contexte, s'interroger sur les rapports de systèmes, c'est plonger au cœur du droit des relations entre organisations internationales⁵⁰. Nous interrogeons le prisme des relations inter-organisations, laissant de côté la part directe de l'Etat⁵¹, si ce n'est dans ses obligations de membre d'une organisation et dans le cadre général de l'Union africaine. Sous ce prisme qui repose sur le Traité CEA et l'Acte constitutif, on retient que « *les Communautés économiques régionales (CER) constituent des piliers du développement et de la promotion d'un programme continental efficace pour l'intégration basée sur des valeurs partagées* »⁵², elles jouent un rôle essentiel en tant que pierres angulaires de l'unité du continent⁵³. Ce sont donc les rapports entre les CER et l'Union africaine qui feront l'objet de notre théorisation.

⁴⁶ DIOUF A., « Afrique : l'intégration régionale face à la mondialisation », *Politique étrangère* 2006/4 (Hiver), p. 785-797. DOI 10.3917/pe.064.0785 ; NGUEMBOCK S., « L'Union africaine : une puissance diplomatique ? », *Après-demain*, vol. n° 31-32, N. 3, 2014, pp. 13-14. URL : <http://www.cairn.info/revue-apres-demain-2014-3-page-13.htm>., consulté le 10 septembre 2017.

⁴⁷ J. TENIER, *Intégrations régionales et mondialisation, Complémentarité ou contradiction*, Paris, Les Etudes de La Documentation française, 2003.

⁴⁸ M. FAU-NOUGARET (dir.), *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2012, 456p.

⁴⁹ Communauté économique pour l'Afrique, Union africaine, *L'État de l'intégration régionale en Afrique*

II: Rationalisation des communautés économiques régionales, Addis-Abeba, mai 2006, 169p.

⁵⁰ R. J. DUPUY., «Le droit des relations entre les organisations internationales», *RCADI*, 1960, tome 100, p. 568.

⁵¹ Voir à ce propos, B. BARRAUD, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux. Pour une conception pragmatique du droit*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », Paris, 2012, 394p.

⁵² Décision de la Conférence des chefs d'État et de gouvernement, *Assembly/AU/Decl. 1 (XVI) Page 2, janvier 2011*.

⁵³ *L'Afrique que nous voulons*, p.1

En faisant des CER les piliers de l'intégration africaine, la question du chevauchement de cadre juridique et institutionnel et plus généralement la question des rapports de systèmes juridiques partiels avec des normes tantôt convergentes tantôt divergentes⁵⁴ reste entière.

Le régionalisme africain⁵⁵ dans lequel s'inscrit le droit de l'intégration africaine oscille entre l'économique et le politique et sa tendance hésitante à la supranationalité⁵⁶. Mais ce régionalisme⁵⁷ bien qu'organisant l'inclusion par le traité CEA des CER, ne crée pas un droit de l'intégration unifié⁵⁸, chacune des organisations développant son propre ordre juridique. Dans le même temps, entre l'UA et les CER, il ne peut y avoir d'*irrelevance* au sens de Santi Romano, c'est-à-dire le fait qu'un ordre soit ignoré par un autre et ne produise aucun effet juridique sur ce dernier. Autrement dit, il est impensable qu'il n'y ait aucune relation entre elles⁵⁹.

⁵⁴ Voir à propos des conflits de normes entre organisations internationales, notamment F.M. SAWADOGO, « Les conflits entre normes communautaires : aspects positifs et prospectifs », in M. FAU-NOUGARET (dir.), *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 283-314 ; S. DOUMBE-BILLE, « La multiplication des organisations régionales en Afrique : concurrence ou diversification », in M. FAU-NOUGARET (dir.), *op. cit.*, pp. 15-28 ; E. FOLEFACK, « Traité d'Abuja et foisonnement des institutions d'intégrations régionales en Afrique : problèmes de coordination, de compatibilité des projets et de la gestion des appartenances multiples. Les cas de l'Afrique centrale, de l'Afrique orientale et australe », in M. FAU-NOUGARET M. (dir.), *op. cit.*, pp. 175-195. Voir aussi dans le même ouvrage la contribution de J.-L. ATANGANA AMOUGOU, « Multiplication des juridictions internationales et sécurité juridique en Afrique », pp. 135-152 ; D. KOKOROKO, « La coexistence entre organisations sous- régionales : limites et perspectives », *ibidem*, pp. 197-205.

⁵⁵ M. MAKANE MBENGUE et O. ILLY, « Les interactions institutionnelles dans le régionalisme africain », in DOUMBE- BILLE S. (dir), *La régionalisation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 303-328.

⁵⁶ M. MAKANE MBENGUE et O. ILLY, « Les interactions institutionnelles dans le régionalisme africain », in S. DOUMBE- BILLE (dir), *La régionalisation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 303-328.

⁵⁷ On dénombrerait ainsi 14 organisations d'intégration économique africaine, IWA SALAMI, « *Legal and Institutional Challenges of Economic Integration in Africa* », *European Law Journal*, vol.17, issue 5, September 2011, pp. 667-682. Ceci est conforté par l'étude réalisée par NDESHYO RURIHOSE, Voir O. NDESHYO RURIHOSE (dir), *Manuel de droit communautaire africain. Tome I. Introduction générale : objet, sources, caractéristiques et domaines*, Kinshasa, Editions Etat et Société, 2011, 566p. ILLY O. O. ILLY, *L'OMC et le régionalisme. Le régionalisme africain*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 145-185, en examine 12, selon ceux qui sont notifiés (7) et non notifiés (5) à l'Organisation mondiale du commerce. Mais ce chiffre ne tient pas compte de toutes les organisations internationales africaines, plus de 250 en 1990, V. NTUMBA LUABA LUMU, *La Communauté économique européenne et les intégrations régionales des pays en développement*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 25.

⁵⁸ J. KAZADI MPIANA, « La problématique de l'existence du droit communautaire africain. L'option entre mimétisme et spécificité », *op.cit.*, p. 41.

⁵⁹ S. ROMANO., *L'ordre juridique*, trad. Par L. FRANCOIS et P. GOTHOT, coll. Philosophie du droit, Paris, Dalloz, 1975, *op.cit.* 106.

Comment définir les rapports entre les organisations régionales en charge du processus d'intégration et l'UA-CER ? Quand il y a une contrariété entre ces cadres ou une divergence nette, comment règle-t-on ce conflit, lorsque l'on sait que chaque organisation d'intégration prône une supériorité vis-à-vis du droit national et que le droit international est impuissant à trancher les conflits entre des obligations contractées par un même Etat envers des parties différentes ? Comment envisager une cohérence d'ensemble dans le processus d'intégration africaine porté par l'Union africaine ?

Les relations entre organisations peuvent être envisagées, sous la forme d'accord respectueux de l'autonomie de chaque organisation⁶⁰. Ensuite, sans qu'il existe un lien de subordination entre elles, l'organisation continentale pourrait être considérée comme le centre sous l'impulsion duquel, s'organise l'intégration. Enfin, l'hypothèse de la subordination des CER à l'organisation continentale est possible⁶¹.

Jusqu'à-là, l'accent a été mis sur la subordination des CER vis-à-vis de l'organisation continentale⁶². Le règlement du conflit de normes juridiques devrait par conséquent irrémédiablement passer par la supériorité du cadre juridique et institutionnel mis en place par l'UA-CEA. Ce faisant, la doctrine⁶³ a occulté que toutes les options précédemment citées sont incluses dans le Traité d'Abuja qui n'engage finalement que les Etats membres, et non pas les organisations régionales.

L'examen du droit applicable dans l'Union africaine et dans les Communautés économiques régionales et l'approche critique⁶⁴ retenue dans le cadre de cette étude révèle que l'espoir d'une hiérarchisation, avancée dans le domaine économique, est déçu car contrecarré par l'autonomie conférée aux organisations internationales.

Plus de 20 ans après l'entrée en vigueur du Traité d'Abuja, et 17 ans après celle de l'Acte constitutif de l'UA, en s'inscrivant dans la théorie dialectique du droit, il est soutenu qu'au-delà des apparences de hiérarchie, les rapports de systèmes dans l'intégration africaine reposent sur une logique de réseau⁶⁵. La logique pyramidale propre à la hiérarchie classique des normes aura conduit à une impasse (I). La

⁶⁰ R. MONACO, « Les principes régissant la structure et le fonctionnement des organisations internationales », *RCADI*, vol. 156, 1977-III, p. 170.

⁶¹ A. MAHIOU, « La Communauté économique africaine », *Annuaire français de droit international*, volume 39, 1993, pp. 811-812.

⁶² A. MAHIOU, « La Communauté économique africaine », *Ibid.*

⁶³ A. MAHIOU, « Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité », *RCADI*, 2008, vol. 337, p. 197.

⁶⁴ Il s'agit ici de dépasser le formalisme juridique et mettre en relation le phénomène juridique et les contradictions qui caractérisent la réalité sociale.

⁶⁵ L'organisation des rapports entre organisations internationales peut reposer sur une logique pyramidale, une logique de réseau et une logique d'intégration et d'inclusion. LAGRANGE E. et SOREL J.-M. (dir.), *Droit des organisations internationales, Traité de droit des organisations internationales*, *op.cit.*, pp. 891-931

recherche de cohérence enjoint de chercher des solutions aux chevauchements dans le cadre de l'unité d'action d'entités égales (II).

I. L'IMPASSE DE LA HIERARCHISATION IMPOSEE

La hiérarchisation comme solution aux rapports de systèmes est souvent mise en avant dans la théorie moniste et appliquée aux rapports entre droit interne et droit international. Dans le cadre de la CEA, les Etats membres ont introduit l'idée par la subordination des CER à la Communauté économique africaine en ignorant l'autonomie des organisations internationales. La hiérarchisation envisagée (A) s'est donc en pratique délitée (B).

A. LA SUBORDINATION ENVISAGEE

Le fédéralisme par agrégation ayant inspiré le TCEA⁶⁶, c'est la subordination des CER à la CEA qui est prévue, ce que confirme la primauté de l'Union africaine sur les CER (1) mais aussi le rôle assigné aux Etats dans les organisations (2).

1. La primauté directe de l'UA-CEA sur les CER

La primauté de l'UA sur les CER est déduite de l'article 10. 2 du Traité d'Abuja⁶⁷, par principe de succession de l'UA à l'OUA. L'OUA-UA a reconnu officiellement huit Communautés économiques régionales (CER) : la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), le Marché commun pour l'Afrique orientale et australe (COMESA); la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC), la Communauté économique des Etats de l'Afrique centrale (CEEAC), l'Autorité intergouvernementale pour le développement (IGAD), la Communauté des États sahélo-sahariens (CEN-SAD) et l'Union du Maghreb arabe (UMA)⁶⁸ et la Communauté de l'Afrique de l'Est (CAE).

Le Traité d'Abuja en posant le principe de l'obligatorité des décisions de l'Assemblée des chefs d'Etat et de Gouvernement non seulement pour les Etats membres, mais aussi pour les Communautés Économiques Régionales (CER), vise ces huit organisations.

⁶⁶ A. MAHIU, « La Communauté économique africaine », *Annuaire français de droit international*, volume 39, 1993, p. 809.

⁶⁷ « Sans préjudice des dispositions du paragraphe 5 de l'article 18 du présent Traité, les décisions ont force obligatoire à l'égard des Etats membres, des organes de la Communauté ainsi que des communautés économiques régionales »

⁶⁸ Commission de l'Union africaine, *AGENDA 2063, L'Afrique que nous voulons*, DOCUMENT-CADRE, pp. 88-89.

Ahmed Mahiou⁶⁹ y voit un signe de hiérarchisation, qu'autorise le fédéralisme par agrégation de Georges Scelle, défini comme l'organisation dans laquelle les rapports entre organisations reposent sur un lien fédéral qui s'établit comme suite de phénomènes de solidarité nouveaux et élargis⁷⁰. Ainsi, comme le note une partie de la doctrine, la subordination des CER à la CEA permet de privilégier l'intégration à l'échelle du continent⁷¹. Pour Ahmed Mahiou, « *on sort des formes habituelles de collaboration pour aller vers des formes de relations hiérarchiques* »⁷² et « *c'est la première fois que l'on voit, dans l'ordre international, l'instauration d'une relation hiérarchique entre une organisation continentale et des organisations régionales* »⁷³

En effet, les rapports envisagés dans le cadre du Traité d'Abuja vont plus loin que les relations de tutelle qui s'établissent au sein d'un système décentralisé. Dans un système décentralisé, les relations entre organisations peuvent relever soit de la décentralisation fonctionnelle⁷⁴ à l'image de l'Organisation des Nations unies et les institutions spécialisées, soit être sur le mode de la décentralisation régionale⁷⁵ dans le domaine de la sécurité collective, entre l'Organisation des Nations unies et les organisations régionales. Le système décentralisé n'autorise pas pour autant que l'on mette une institution spécialisée⁷⁶ ou une organisation régionale⁷⁷ en dessous l'Organisation des Nations Unies.

Dans les rapports entre l'Union africaine et les CER, l'innovation juridique⁷⁸ résiderait d'abord à l'article 10. 2 du Traité d'Abuja. Cette thèse innovante de la hiérarchisation

⁶⁹ A. MAHIOU, « La Communauté économique africaine », *Annuaire français de droit international*, volume 39, 1993, p. 809.

⁷⁰ SCELLE G., *Précis de droit des gens*, Paris, Sirey, t.1, p.189.

⁷¹ M. MAKANE et O. ILLY., « La Communauté économique africaine », in YUSUF A. et OUGUERGOUZ F., *Union africaine, Manuel sur l'Organisation panafricaine*, Paris, Pedone, 2013, p. 180.

⁷² A. MAHIOU, « La Communauté économique africaine », *Annuaire français de droit international*, volume 39, 1993, p. 812.

⁷³ A. MAHIOU, *Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité*, RCADI, 2008, vol. 337, p. 197.

⁷⁴ V. TOMKIEWICZ, « Concurrence, chevauchements de compétences et coordination entre organisations internationales », in LAGRANGE E. et SOREL J.-M. (dir.), *Droit des organisations internationales, Traité de droit des organisations internationales, op.cit.*, p. 897.

⁷⁵ V. TOMKIEWICZ, « Concurrence, chevauchements de compétences et coordination entre organisations internationales », in E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales, Traité de droit des organisations internationales, op.cit.*, pp. 899-900.

⁷⁶ R.-J. DUPUY, « Le droit des relations entre les organisations internationales », *RCADI*, vol. 100, 1960-II, *op.cit.*, p. 579

⁷⁷ L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Les relations entre organisations régionales et organisations universelles », *RCADI* vol. 347, 2010, pp. 307-310.

⁷⁸ A. MAHIOU, « De quelques chantiers juridiques africains », in E. BALATE et S. MENETREY (dir.), *Questions de droit économique : les défis des États africains*. INEADEC-Actes des colloques de Bruxelles et Yaoundé, Larcier, 2011, pp. 197-211, spécialement à la p. 201. Pour l'analyse de l'ordre juridique institué par la CEA et ses rapports avec les États et les communautés économiques régionales, nous pouvons utilement nous référer à la contribution

est facilitée et confirmée par la soumission des CER au Conseil des ministres de la CEA⁷⁹, aujourd'hui au Conseil exécutif de l'Union africaine. Ainsi, les règlements qui sont les actes du Conseil exécutif⁸⁰ de l'UA prenant la suite du Conseil des ministres de l'OUA, ont, dès leur approbation par la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement, force obligatoire à l'égard des CER. L'article 13.2⁸¹ fait donc du Conseil exécutif une autorité supérieure disposant à leur égard d'un pouvoir réglementaire.

Au regard de ces dispositions, le traité CEA entendait créer inéluctablement une primauté du droit de la CEA-UA sur les CER.

Concrètement, en cas de conflits de normes entre celles de l'Union africaine et celle des CER, en se positionnant dans la théorie de la hiérarchisation, les normes de l'Union africaine devraient prévaloir sur celles des CER. Autrement dit, à la question de savoir quel droit s'applique à une question gouvernée concurremment par le droit de l'Union africaine et le droit d'une CER, la réponse devrait être, le droit de l'Union africaine. Il faut y voir l'idée des normes de sommet de René Jean Dupuy⁸², qui seraient celles secrétées par l'UA, les autres organisations devant s'y conformer.

S'il existait un ordre juridique intégré au sein de l'Union africaine, avec un juge de l'intégration, cela aurait pu donner l'occasion à ce dernier d'affirmer la primauté du droit de l'Union africaine sur celui des CER ou de déceler les éléments d'un dialogue entre juges facilitant une interprétation dans le sens de la hiérarchisation⁸³. Tel n'est pas pour le moment le cas. Néanmoins, la thèse de la primauté directe trouve aussi un écho favorable à l'examen des obligations consenties par les Etats dans le cadre du Traité d'Abuja.

de R. FRIMPONG OPPONG, « Observing the Legal System of the Community : The Relationship Between Community and National Legal Systems Under the African Economic Community Treaty », *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol.15, 2006, pp. 41-87 ; NTUMBA LUABA LUMU, « De la nature de la Communauté économique africaine », *Revue africaine de droit international et comparé*, 1996, pp. 51-66.

⁷⁹ Le Conseil des ministres de la CEA était déjà le Conseil des ministres de l'OUA. Article 11. 1 du Traité d'Abuja.

⁸⁰ Article 13. 1 du Traité d'Abuja.

⁸¹ « Sans préjudice des dispositions du paragraphe 5 de l'article 18 du présent Traité, les règlements ont force obligatoire à l'égard des Etats membres, des organes subordonnés de la Communauté ainsi que des communautés économiques régionales après approbation par la Conférence. Nonobstant les dispositions qui précèdent, ces règlements, ont d'office force obligatoire en cas de délégation de pouvoirs par la Conférence conformément aux dispositions du paragraphe 3 (j) de l'article 8 du présent Traité. »

⁸² R.-J. DUPUY, « Le droit des relations entre les organisations internationales », *RCADI*, vol. 100, 1960-II, *op.cit.*, p. 568.

⁸³ J.-S. BERGE, « Approches méthodologiques des rapports de systèmes : comparer, combiner, hiérarchiser le droit international et le droit européen », M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS et E. CUJO, *Union européenne et droit international, en l'honneur de Patrick Daillier, op.cit.*, p. 575-584.

2. *La primauté dérivée des obligations des Etats*

La primauté de l'ordre juridique de l'UA sur celui des CER, pourrait être dérivée des obligations des Etats au titre du Traité d'Abuja. Les articles 10. 2 et 13.2 imposent le caractère obligatoire des actes de la Conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement et du Conseil exécutif aussi bien aux Etats qu'aux CER. Par conséquent, les Etats dans les organisations régionales ne pourraient décider sans prendre en considération les obligations consenties au titre du Traité d'Abuja. De telles dispositions ne suffisent pas à créer la priorité au système de l'Union africaine en cas de contrariété, mais elles participent du faisceau d'indices confirmant la hiérarchisation voulue par les Etats lors de l'adoption du Traité d'Abuja.

Au demeurant, la lecture croisée d'autres dispositions confirment la priorité à accorder au système de l'Union africaine. Tel est le cas des articles 5.1, 28 à 34, 88 et 98 du Traité d'Abuja.

L'article 5.1 prévoit que *« les États membres s'engagent à orienter leurs efforts pour réunir les conditions favorables au développement de la Communauté et à la réalisation de ses objectifs, notamment par l'harmonisation de leurs stratégies et politiques. Ils s'abstiennent de prendre une quelconque mesure unilatérale susceptible d'en compromettre la réalisation. »*. La réalisation de l'intégration implique donc pour les Etats une double obligation. L'obligation de faire : harmoniser les stratégies et politiques pour atteindre l'intégration, et l'obligation de ne pas faire, ne prendre aucune mesure susceptible de nuire au processus d'intégration africaine.

L'obligation de faire est corroborée aux articles 28 à 34 du Traité d'Abuja. Les Etats doivent avoir dans les CER un comportement qui permet d'atteindre l'intégration économique, la réalisation de la Communauté économique africaine, par exemple par l'élimination progressive des obstacles tarifaires et non tarifaires.

Quant à l'article 88 du TCEA, il met à la charge des États membres l'obligation de la coordination et l'harmonisation des activités d'intégration des Communautés économiques régionales dont ils sont membres avec les activités de la Communauté économique africaine donc désormais de l'Union africaine.

Ces dispositions conventionnelles créent une forme de convergence nécessaire vers la Communauté économique africaine désormais Union africaine avec, pour les Etats, la menace de sanction au cas où ils ne respectent pas leur engagement général⁸⁴.

Enfin et fondamentalement, l'article 93.2 en demandant aux Etats d'éliminer les incompatibilités entre les obligations au titre du Traité d'Abuja et les traités antérieurs, entend créer une priorité à l'endroit du système continental. L'obligation d'éliminer par tous les moyens les incompatibilités entre les traités antérieurs et le Traité d'Abuja

⁸⁴ Article 5. 3 du Traité d'Abuja.

pèse sur les Etats membres et non sur l'Union africaine. Ce sont aux autres traités, donc à l'ordre juridique des Communautés économiques régionales de s'adapter au droit de la Communauté économique africaine - Union africaine. Si les Communautés prennent le pas sur l'Union, cela resterait provisoire, le temps d'une adaptation nécessaire des traités antérieurs, aux impératifs posés par le traité créant la Communauté économique africaine, désormais endossé par l'Union africaine. Le privilège donné à l'Union africaine n'est que le reflet du devoir de loyauté prévu à l'article 5. 1 du Traité d'Abuja.

Cette primauté dérivée des obligations à la charge des Etats a été développée dans le cadre de l'Union européenne grâce au caractère justiciable de l'article 351 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne⁸⁵.

En effet l'article 93.2 du TCEA ressemble à l'article 351 alinéa 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne. Or le juge européen a considéré que l'article 351 alinéa 2 met à la charge de l'Etat l'obligation de recourir à tous les moyens appropriés en vue d'éliminer les incompatibilités potentielles⁸⁶ ou constatées⁸⁷ y compris la dénonciation du traité litigieux en cas d'opposition de l'Etat tiers à sa mise en conformité avec les obligations découlant du droit de l'Union européenne⁸⁸. L'élimination des incompatibilités relève donc d'une obligation de résultat dont le

⁸⁵ Ex. 307 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne « Les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1^{er} janvier 1958 ou, pour les États adhérents, antérieurement à la date de leur adhésion, entre un ou plusieurs États membres, d'une part, et un ou plusieurs États tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions des traités.

Dans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec les traités, le ou les États membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées. En cas de besoin, les États membres se prêtent une assistance mutuelle en vue d'arriver à cette fin et adoptent le cas échéant une attitude commune.

Dans l'application des conventions visées au premier alinéa, les États membres tiennent compte du fait que les avantages consentis dans les traités par chacun des États membres font partie intégrante de l'établissement de l'Union et sont, de ce fait, inséparablement liés à la création d'institutions communes, à l'attribution de compétences en leur faveur et à l'octroi des mêmes avantages par tous les autres États membres. »

⁸⁶ *Commission c. Autriche* (CJCE, 3 mars 2009, aff. C-205/06 : Rec. CJCE 2009, I, p. 1301), *Commission c. Suède* (CJCE, 3 mars 2009, Aff. C-249/06 : Rec. CJCE 2009, I, p. 1335) et *Commission c. Finlande* (CJCE, 19 nov. 2009, Aff. C-118/07 : Rec. CJCE 2009, I, p. 10889). Voir à ce propos E. DENZA, « Bilateral Investment Treaties and EU Rules on Free Transfer », *European Law Review* 2010, pp. 263 à 274 et E. NEFRAMI, « Renforcement des obligations des États membres dans le domaine des relations extérieures », *RTDE* 2009, pp. 601 à 621

⁸⁷ CJCE, 4 juill. 2000, Aff. C-62/98, *Commission. c. Portugal*, point 49 : Rec. CJCE 2000, I, p. 5171. - CJCE, 4 juill. 2000, Aff. C-84/98, *Commission. c. Portugal*, point 58 : Rec. CJCE 2000, I, p. 5215.

⁸⁸ Voir CJCE, 4 juillet 2000, *Commission c. Portugal*, Aff. C-62/98, Rec., p. I. 5171, §§.32-52 ; CJCE, 3 mars 2009, *Commission c. Autriche*, Aff. C-205-06 ; Rec., p. I-1301 ; CJCE, 3 mars 2009, *Commission c. Suède*, Aff. C.-249/06, Rec., p. I-1335 et CJCE, 19 novembre 2009, *Commission c. Finlande*, Aff. C-118/07, Rec., p. I-10889.

non-respect constitue un manquement susceptible d'être sanctionné par la Cour de justice de l'Union.

Un tel raisonnement pourrait être utilisé dans le cadre des rapports entre les CER et l'Union africaine en validant la hiérarchisation voulue par les Etats membres de l'OUA-UA. Néanmoins, faire primer les obligations au titre de l'Union africaine sur celles des CER, impliquerait que les CER aient consenti directement ou indirectement à cette logique pyramidale⁸⁹. Or si dans le cadre de l'Union européenne il s'agissait d'organiser et d'affirmer la primauté du droit de l'Union sur celui des Etats, dans le cadre de l'Union africaine ce sont les rapports de l'Union avec d'autres organisations internationales non parties au traité CEA qui sont visés. La logique pyramidale a été donc été rattrapée par la personnalité juridique⁹⁰ de ces organisations internationales⁹¹, altérant la hiérarchie recherchée.

B. LA SUBORDINATION ALTEREE

Le Traité d'Abuja du 3 juin 1991 entré en vigueur en 1994, assigne des compétences et activités spécifiques aux Communautés économiques régionales africaines existantes ou à constituer. Il prévoit une articulation originale⁹² des rapports entre l'UA-CEA et les CER⁹³. Le TCEA en se superposant aux traités des CER existants indique la méthode et le calendrier de participation à l'intégration continentale.

⁸⁹ Voir A. MAHIOU, « La coopération Sud-Sud : limites du discours unitaire » in: *Tiers-Monde*, tome 24, n°96, 1983, *La coopération Sud-Sud. Etat et perspectives*, A. SID-AHMED (dir.), pp. 757-761.

⁹⁰ Plusieurs travaux ont été consacrés à la personnalité juridique internationale. Voir utilement, R. PORTMANN, *Legal personality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 365p.; B. CHENG, « Introduction », in BEDJAOUI M. (dir.), *Droit international, Bilan et perspectives*, Paris, Pedone, 1991, pp. 23-41 ; FELDMAN D.I., « International Personality », *RCADI*, 1985-II, vol. 191, pp.343-414 ; J. BARBERIS. « Nouvelles questions concernant la personnalité internationale », *RCADI*, 1983-I, vol. 179, pp. 145-304 ; H. MOSLER, « Réflexions sur la personnalité juridique en droit international public », *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, pp. 228-251 ; D.P. O'CONNELL, « La personnalité en droit international », *RGDIP*, 1963/1, pp. 5-43 ; G. SCHELLE, « Some Reflections on Juridical Personality in International Law » in LIPSKY G.A. (ed), *Law and Politics in the World Community – Essays on Hans Kelsen's Pure Theory and Related Problems in International Law*, Berkeley, University of California Press, 1953, pp. 49-58; C. BEREZOWSKI, « Les sujets non souverains en droit international », *RCADI*, 1938, t. 65, pp. 1-86 ; M. SIOTTO-PINTOR, « Les sujets de droit international autre que les Etats », *RCADI*, 1932, t. 41, pp. 245-361.

⁹¹ J.-L DE BAILLENX et Y. NOUVEL, « La personnalité juridique des organisations internationales au crible de son énonciation », *RGDIP* 2012, vol. 3, pp. 579-604.

⁹² A. MAHIOU, « De quelques chantiers juridiques africains », in E. BALATE et S. MENETREY (dir.), *Questions de droit économique : les défis des États africains*, Ineade. Actes des Colloques de Bruxelles et Yaoundé, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 200.

⁹³ R. FRIMPONG OPPONG, « The African Union, the African Economic Community and Africa's Regional Economic Communities: Untangling Complex Web », *Journal of African and Comparative Law*, vol.18, 2010, pp. 92-103.

Toutefois, sur le plan juridique, les CER n'étaient pas parties au Traité d'Abuja. Or la plupart des CER existaient déjà et avaient leur calendrier. Le caractère obligatoire des dispositions du TCEA pour les CER devait donc dériver de leur accord, celles-ci ayant chacune une personnalité distincte des Etats membres signataires et n'étant pas liées en 1991 à l'OUA, le prédécesseur de l'UA. Aussi, la subordination voulue par les concepteurs du TCEA s'est vite délitée du fait du rejet tactique de la hiérarchisation par les Communautés Économiques Régionales. La contestation de la norme de sommet s'est faite discrètement dans le cadre des relations conventionnelles entre l'organisation continentale et les CER, qui brouillent la vision hiérarchique. Ce flou est orchestré dans le cadre du protocole régissant les rapports entre ces dernières et la CEA-UA (1) puis entretenu dans le cadre du protocole lui succédant (2).

1. Le flou orchestré dans le protocole de 1998

Le premier protocole qui a formalisé les relations entre les CER et la CEA a été adopté le 28 février 1998. Six CER (COMESA, CEN-SAD, CEEAC, CEDEAO, IGAD et SADC)⁹⁴ avaient formellement ratifié le Protocole sur le fondement du Traité CEA. Or, les relations entre CER et CEA sont fixées aux articles 88 et 89 du TCEA et ne permettent pas vraiment d'imposer des obligations à la charge des CER. En réalité, les obligations sont celles des Etats, leur comportement au sein des CER devant permettre d'aller de la coordination, à l'harmonisation et à la mise en place de la Communauté économique africaine. Pour confirmer la thèse de la hiérarchie prévue dans le traité auquel elles ne sont pas parties, il aurait fallu que le principe hiérarchique soit inclus dans le Protocole liant les CER.

Or, le Protocole de 1998 sur les relations entre la CEA et les CER a semblé diluer ou à tout le moins a jeté le flou⁹⁵ sur le principe hiérarchique envisagé dans les articles 10 et 13 du TCEA. Le Protocole avait pour objectifs de renforcer les CER, favoriser la coordination et l'harmonisation des politiques, programmes et mesures des CER en vue de la mise en place de la CEA et promouvoir un cadre institutionnel pour gérer les relations entre CER et CEA. Les parties s'engagent principalement à promouvoir la coordination entre leurs politiques pour éviter le double emploi⁹⁶ et spécifiquement à modifier leurs actes constitutifs pour établir le lien avec la Communauté et inclure l'objectif ultime de création de cette communauté avec éventuellement une intégration à la cinquième étape de mise en place de cette communauté⁹⁷. L'intégration

⁹⁴ RADIC, 1998.

⁹⁵ M. MAKANE et O. ILLY., « La Communauté économique africaine », in A. YUSUF et F. OUGUERGOUZ., *Union africaine, Manuel sur l'Organisation panafricaine*, Pedone, 2013, p. 180.

⁹⁶ Protocole de 1998, article 3, Engagement général.

⁹⁷ Protocole de 1998, Article 5.1.(c), Engagement spécifique ; « Les Communautés Economiques régionales prendront des mesures pour réviser leurs traités afin d'établir un lien ombilical avec la Communauté et de prévoir en particulier :

« éventuelle »⁹⁸ de la Communauté économique régionale au stade de la mise en place de la Communauté économique africaine jette ici aussi un flou, sur l'obligation pour la CER d'être dans la Communauté économique africaine. Une intégration « éventuelle » n'est certainement pas obligatoire.

Comment dès lors, établir une Communauté économique africaine sans marché continental, politiques communes, harmonisation des politiques monétaires, fiscales et douanières, sans libre circulation des personnes ou la mise en place de ressources propres si l'on laisse le choix à la CER d'intégrer ou non la Communauté économique africaine ? Comment affirmer la supériorité d'un droit secrété par un ordre social pour lequel la participation reste hypothétique ? Et quelle cohérence par rapport à l'objectif ultime⁹⁹ de mise en place de la Communauté économique africaine qui justifie la révision des chartes constitutives ?

En poursuivant sur l'hypothèse du rapport hiérarchique, aucune disposition claire n'y incite vraiment.

Le cadre institutionnel¹⁰⁰ mis en place repose sur un Comité des Hauts fonctionnaires et un Comité de coordination dans lequel sont associées la Commission économique pour l'Afrique et la Banque africaine de développement. Certes, les deux organes principaux peuvent donner des directives à toute Communauté Economique régionale dont les politiques, mesures et programmes sont incompatibles avec les objectifs du Traité, ou dont la mise en œuvre des politiques, mesures, programmes et activités ne parvient pas à respecter les délais de mise en place de la Communauté fixés à l'article 6 du Traité CEA. Mais non seulement la composition n'ignore pas les CER, mais en plus le Protocole est muet sur la nature juridique de ces directives, leurs modalités de mise en œuvre et leur caractère obligatoire ou non.

De même, l'article 21 du Protocole de 1998 autorisait une lecture en faveur de la soumission des CER signataires à la Communauté économique africaine, puisqu'aux termes de cet article la Conférence et le Conseil de l'Union étaient autorisés à prendre des sanctions à l'égard des CER qui ne parviennent pas à respecter les délais de réalisation du marché commun africain.

Ni cette disposition, ni les relations entre la CEA-OUA et les CER ne permettent pas de dire qui applique les sanctions et selon quelles modalités. En réalité, l'article 21¹⁰¹

(...) (c) L'intégration éventuelle, à la cinquième étape définie au paragraphe 2(f) de l'Article 6 du Traité, des Communautés Economiques régionales au Marché Commun africain, prélude à la Communauté (...).

⁹⁸ Nous soulignons.

⁹⁹ Protocole de 1998, article 5, 1. a) Engagement spécifique.

¹⁰⁰ Protocole de 1998, articles 6 à 10.

¹⁰¹ Aux termes de l'article 21 du Protocole sur les relations entre la Communauté économique africaine et les Communautés économiques régionales, « La Conférence et le Conseil donnent des directives à toute Communauté Economique régionale dont les politiques,

sur les décisions contraignantes de la Conférence et du Conseil de l'OUA est restée lettre morte. La CEA devait renforcer les CER, coordonner et harmoniser leurs activités. Mais pour l'essentiel, les tâches de l'OUA-UA se sont limitées à la coordination, à l'harmonisation voire à l'évaluation¹⁰². L'ingérence du TCEA dans l'évolution interne¹⁰³ des CER n'a donc pas porté ses fruits. Finalement, le Protocole de 1998 sur les relations entre l'OUA et les CER est resté flou sur la relation hiérarchique, ce que n'a pas clarifié celui directement signé par l'Union africaine avec les CER et qui le remplace¹⁰⁴.

2. *Le flou maintenu dans le protocole de 2008*

Le Protocole sur les relations entre l'UA et les CER¹⁰⁵ a été adopté par la Conférence de l'Union en 2007¹⁰⁶, deux ans après le Conseil exécutif¹⁰⁷. Il a été signé en 2008 par toutes les CER sauf l'Union du Maghreb arabe¹⁰⁸. Dix ans après la signature du premier protocole, les insuffisances relevées auraient, en principe, conduit, lors des travaux sur ce nouveau protocole a clarifié définitivement la question de cette hiérarchie. Or, une recherche en termes d'expressions ou de mots amène à constater que les termes « hiérarchie », « subordination », ou « tutelle » n'apparaissent dans le

mesures et programmes sont incompatibles avec les objectifs du Traité, ou dont la mise en œuvre des politiques, mesures, programmes et activités ne parvient pas à respecter les délais fixés à l'article 6 du Traité. Lorsqu'il est établi que le retard dans la mise en œuvre des politiques, mesures, programmes et activités tels que prévus dans les dispositions de l'Article 6 du Traité est imputable à des actions ou omissions des Etats membres des Communautés Economiques régionales, la Conférence ou le Conseil adresse des directives aux Etats membres concernés de la Communauté. Les décisions de la Conférence et du Conseil peuvent inclure toute sanction jugée appropriée ».

¹⁰² V. TOMKIEWICZ, « Concurrence, chevauchements de compétences et coordination entre organisations internationales », in LAGRANGE E. et SOREL J.-M. (dir.), *Droit des organisations internationales, Traité de droit des organisations internationales, op.cit.*, p. 896.

¹⁰³ A. MAHIOU, « La Communauté économique africaine », *Annuaire français de droit international*, volume 39, 1993, p. 810.

¹⁰⁴ Protocole sur les relations entre l'UA et les CER, Article 34, Extinction du Protocole sur les relations entre l'AEC et les CER.

¹⁰⁵ Protocole d'accord sur la coopération dans le domaine de la paix et de la sécurité entre l'UA, les CER et les mécanismes de coordination des brigades régionales en attente de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique du Nord ; Ministère des affaires étrangères (France), Direction générale de la mondialisation, du développement et des partenariats, Etude 2012, « L'appui à l'intégration régionale en Afrique : quels enjeux pour les partenaires au développement ? », https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/Integration_Afrique_BD_cle0edb4e.pdf, consulté le 8 septembre 2017.

¹⁰⁶ CONFÉRENCE DE L'UNION AFRICAINE, Neuvième session ordinaire, 1er – 3 juillet 2007, Accra (GHANA) Assembly/AU/Dec. 166 (IX).

¹⁰⁷ Le Comité de coordination avait adopté le projet à Addis-Abeba, 29 juin 2004. CONSEIL EXECUTIF Sixième Session ordinaire, 24 - 31 janvier 2005, Abuja (NIGERIA), EX.CL/158 (VI).

¹⁰⁸ COMMISSION DE L'UNION AFRICAINE, *Guide de l'Union africaine*, 2017, p. 139.

Protocole¹⁰⁹. Quant au contrôle, il est visé uniquement pour signifier que le retard dans la mise en œuvre des politiques est dû au manque de ressources des acteurs en charge de contrôler et suivre l'exécution des décisions, et ce sans que l'on puisse dire si le contrôle relève de l'UA, tous les acteurs étant cités¹¹⁰.

Par rapport à 1998, le Protocole de 2008 n'innove pas. Certes il insiste sur le genre, l'élargissement de la coopération à d'autres aspects et préconise l'harmonisation de la coopération avec les partenaires financiers¹¹¹, mais globalement c'est une reconduction des engagements qui étaient contenus dans le Protocole de 1998.

Ainsi, comme dans le Protocole précédent, les CER se sont engagées à promouvoir la coordination de leurs politiques avec l'Union africaine¹¹² et spécifiquement à réviser leurs actes constitutifs pour créer un lien organique entre elles et l'Union africaine¹¹³, y compris la modification de leurs comités techniques¹¹⁴.

L'engagement général reste celui de « promouvoir » la coordination, non de coordonner. Mais pour décliner cet engagement à promouvoir, les parties s'accordent pour « *coopérer et coordonner les politiques* »¹¹⁵. La lecture de l'article 4 ne permet pas non plus une interprétation dans le sens de la hiérarchie dans les rapports entre l'UA et

¹⁰⁹ C'est dans le cadre des objectifs de l'Union africaine que la Commission de l'Union africaine doit « (b) œuvrer à la coordination et l'harmonisation des Communautés économiques régionales en tenant compte de la nécessité **primordiale** d'accélérer la réalisation de l'intégration continentale conformément à la Déclaration de Syrte ; » ; Article 11 du Protocole sur les relations entre l'UA et les CER de 2008, souligné par nous.

¹¹⁰ « Les parties reconnaissent que les obstacles majeurs à la mise en œuvre intégrale des politiques, mesures et programmes des Communautés économiques régionales incluent le manque de ressources, aux niveaux de l'Union, des Communautés économiques régionales, des États membres, de la CEA, de la BAD, susceptibles d'aider à planifier, gérer, mettre en œuvre, contrôler et suivre l'exécution des décisions, des politiques, mesures, programmes et activités approuvés. » Protocole sur les relations entre l'UA et les CER, Article 25, Appui financier et technique.

¹¹¹ Protocole sur les relations entre l'UA et les CER, Article 3 (f), Objectifs.

¹¹² Protocole sur les relations entre l'UA et les CER, Article 4, Engagement général.

¹¹³ Protocole sur les relations entre l'UA et les CER, Article 5, Engagement spécifique.

¹¹⁴ Protocole sur les relations entre l'UA et les CER, Article 1 3. 6, Objectifs globaux.

¹¹⁵ Protocole sur les relations entre l'UA et les CER, Article 4, Engagement général « Les Parties s'engagent à promouvoir la coordination de leurs politiques, mesures, programmes et activités en vue d'éviter le double emploi. A cette fin, elles s'accordent à :

- (a) coopérer et coordonner les *politiques* et programmes des Communautés économiques régionales avec ceux de l'Union ;
- (b) échanger *horizontalement et verticalement* des informations et expériences sur leurs programmes et activités et mettre en œuvre les dispositions du présent Protocole ;
- (c) promouvoir les projets interrégionaux dans tous les secteurs ; et
- (d) *soutenir les Communautés économiques régionales et l'Union dans leurs processus respectifs d'intégration* ;
- (e) prendre part et participer effectivement les unes à toutes les réunions des autres ainsi qu'aux activités prévues par le présent Protocole ».

les CER. Enfin, la formulation des engagements au titre du 4. d)¹¹⁶ est telle que l'on pourrait légitimement s'interroger sur le débiteur de ces obligations. Sont-ce les Etats ou les organisations internationales ?

Quant à l'engagement spécifique, il concerne clairement les CER et l'Union africaine. Cependant, l'engagement des CER à modifier leur traité pour établir un lien organique avec l'Union africaine ne définit pas la nature du lien organique. La suite de l'article 5 1. d) identique à l'article 5 1. c) du Protocole de 1998 est tout aussi floue¹¹⁷.

Les CER se sont engagées à poursuivre les objectifs prévus aux articles 4¹¹⁸ et 6¹¹⁹ du traité TCEA, lesquels impliquent plutôt des obligations à la charge de la Communauté économique africaine¹²⁰, où concernent les étapes classiques de construction des marchés intégrés visés par les CER. Néanmoins, le pouvoir de sanction de l'Union vis-à-vis des CER¹²¹ est reconduit dans le cadre du Protocole, et l'Union est habilitée à évaluer les progrès des CER, mais en consultation avec ces dernières¹²².

Les Protocoles signés entre les CER et l'organisation continentale n'ont donc pas confirmé la logique hiérarchique. Ils n'ont pas fonctionné¹²³. La prémisse de relations entre organisations internationales s'exerçant sur un plan horizontal a fait prévaloir les relations de coordination sur les relations hiérarchiques, la cohérence entre les systèmes est donc à rechercher dans l'unité d'action d'entités égales.

¹¹⁶ (d) *soutenir les Communautés économiques régionales et l'Union dans leurs processus respectifs d'intégration.*

¹¹⁷ L'article 15 du Protocole de 2008 réaffirme les « objectifs » des CER en termes de réalisation de leur propre communauté, et de mise en place d'une union douanière continentale et d'un Tarif Extérieur Commun.

¹¹⁸ L'article 4 du TCEA concerne les objectifs de la Communauté économique africaine et les obligations de la Communauté pour atteindre ces objectifs.

¹¹⁹ L'article 6 est relatif aux modalités de mises en place de la Communauté économique africaine.

¹²⁰ Voir l'article 4. 2. Du TCEA « Afin de promouvoir la réalisation des objectifs énoncés au paragraphe 1 du présent article, et conformément aux dispositions pertinentes du présent Traité la Communauté devra assurer par étapes : (...) »

¹²¹ Protocole sur les relations entre l'UA et les CER, Art. 20 Décisions contraignantes de l'Union pour les Communautés économiques régionales.

1. Conformément aux articles 10 (2) et 13 (2) du Traité, l'Union prend des actes, par l'intermédiaire de son principal organe décisionnaire, à l'encontre de toute communauté économique régionale dont les politiques, mesures et programmes sont incompatibles avec les objectifs du Traité, ou dont la mise en œuvre des politiques, mesures, programmes et activités ne parvient pas à respecter les délais fixés à l'Article 6 du Traité *ni* les dispositions du présent Protocole.) et un mécanisme de règlement des différends.

¹²² Protocole sur les relations entre l'UA et les CER, Article 13. 5. Objectifs spécifiques.

¹²³ M. MAKANE et O. ILLY., « La Communauté économique africaine », in A. YUSUF et F. OUGUERGOUZ., *Union africaine, Manuel sur l'Organisation panafricaine*, Paris, Pedone, 2013, p. 176

II. LA COHERENCE RECHERCHEE PAR L'UNITE D'ACTION D'ENTITES EGALES

La subordination du sujet international dépend d'abord de son accord. Or, l'évolution différenciée des CER et des autres organisations d'intégration régionale ne peuvent conduire à retenir que l'Union africaine domine ces dernières. Dans l'objectif de mise en place de l'intégration socio-économique continentale, les organisations internationales régionales développeront des activités qui vont se chevaucher. En développant autour d'un programme commun de véritables coopérations où chaque organisation aura des objectifs définis mais avec pour but final l'action retenue par l'ensemble, chacune des organisations est sensibilisée à l'objectif final et chacune d'entre elles aura librement choisi d'atteindre ces objectifs. C'est la logique de réseau¹²⁴ (A) qui donne la priorité à la coordination dans l'interaction des systèmes normatifs (B).

A. LA LOGIQUE DE RESEAU

Les protocoles sur les relations entre les CER et la CEA-UA ont prévu que les CER révisent leur acte constitutif pour établir le lien « ombilical »¹²⁵, ou « organique »¹²⁶ avec la Communauté économique africaine. Malgré les différents processus de révisions des traités des organisations internationales africaines¹²⁷, les chartes constitutives actuellement en vigueur ne confirment pas la primauté du Traité CEA mais offrent plutôt à voir des organisations autonomes fonctionnant pour atteindre un objectif commun : l'intégration continentale. La logique de réseau est privilégiée dans les actes constitutifs des OI (1) et confirmée en pratique par la logique égalitaire (2).

¹²⁴ V. TOMKIEWICZ, « Concurrence, chevauchements de compétences et coordination entre organisations internationales », in LAGRANGE E. et SOREL J.-M. (dir.), *Droit des organisations internationales, Traité de droit des organisations internationales, op.cit.*, pp. 900-902.

¹²⁵ Article 5.1 du TCEA « Les Communautés Economiques régionales prendront des mesures pour réviser leurs traités afin d'établir un lien ombilical avec la Communauté et de prévoir en particulier: (a) dans leurs traités .comme objectif ultime, la mise en place de la Communauté; (b) des liens juridiques avec le présent Protocole, le Traité et les Communautés Economiques régionales; et (c) L'intégration éventuelle, à la cinquième étape définie au paragraphe 2(f) de l'Article 6 du Traité, des Communautés Economiques régionales au Marché Commun africain, prélude à la Communauté ; (...) ».

¹²⁶ Article 5 du Protocole de 2008.

¹²⁷ Processus de révision qui n'étaient pas en lien direct avec la construction de la Communauté économique africaine mais plutôt dans le passage souhaité de la transformation des organisations régionales de coopération en organisations régionales d'intégration en raison de l'attrait suscité par les Communautés européennes. R. MEHDI, « L'imitation du modèle de l'Union Européenne dans d'autres contextes régionaux », in M. VELLANO, *L'avenir des organisations internationales, Perspectives juridiques*, Editoriale Scientica, 2015, pp.459-483.

1. Une récurrence dans les actes constitutifs

Des huit CER de l'Union africaine, la dominante observée est l'affirmation de l'autonomie de chacune d'elles, mais travaillant pour réaliser l'intégration continentale. Les Communautés s'emploient à réaliser l'intégration dans leur zone géographique, tandis que l'Union africaine leur apporte son soutien dans la coordination et l'harmonisation des politiques sur le plan continental.

Dans la région ouest-africaine, deux CER se chevauchent : la CEDEAO et la CEN-SAD.

Le Traité révisé de la CEDEAO, tout en visant la réalisation du marché commun à l'échelle sous régionale, n'ignore pas l'objectif ultime du marché commun africain¹²⁸. Il aménage un chapitre pour les relations avec les CER¹²⁹ et prévoit un article unique par lequel les Etats s'engagent à faciliter l'harmonisation et la coordination des politiques et programmes de la Communauté avec ceux de la CEA. Concrètement, il ne s'agit pas d'une obligation d'harmonisation et de coordination, mais celle de la « facilitation » de l'harmonisation et la coordination des politiques. Il n'y a donc pas dans le droit primaire de la CEDEAO une supériorité consommée de l'UA par rapport à la CEDEAO. Il n'y a même pas une obligation de compatibilité des politiques et programmes de la CEDEAO à l'UA-CEA.

Les Traités créant la SADC, la CEN-SAD¹³⁰, la CEEAC et la CAE¹³¹ visent le Plan de Lagos, le Traité d'Abuja et l'Acte constitutif de l'Union africaine¹³². Il y a donc une convergence pour atteindre cet objectif sans pour autant introduire pour ces organisations une obligation de conformité au Traité CEA. Et pourtant, la SADC a connu plusieurs révisions¹³³ et ménage un chapitre pour les relations avec les

¹²⁸ Le Traité d'Abuja est visé dans le préambule et l'acte révisé rappelle que la CEDEAO sera à terme la seule CER dans la réalisation des objectifs de la CEA. Voir aussi, Article 2. 1 du traité révisé de la CEDEAO.

¹²⁹ Chapitre XVII, article 78 du Traité révisé de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest.

¹³⁰ AIVO (F-J.), « La CEN-SAD, acteur complémentaire ou complémentaire de l'UA ? », *AFDI* 2009, pp. 469-495.

¹³¹ La Communauté de l'Afrique de l'Est a été créée en 1967 avant d'être mise en sommeil en 1977 puis a été relancée le 30 juin 1999. Le Traité de 1999 est entré en vigueur le 7 juillet 2000.

¹³² Voir le préambule du traité « CONVINCED that co-operation at the sub-regional and regional levels in all fields of human endeavour will raise the standards of living of African peoples, maintain and enhance the economic stability, foster close and peaceful relations among African states and accelerate the successive stages in the realisation of the proposed African Economic Community and Political Union » et l'article 130 (2) « The Partner States reiterate their desire for a wider unity of Africa and regard the Community as a step towards the achievement of the objectives of the Treaty Establishing the African Economic Community ».

¹³³ Le Traité initial de la Southern African Development Community a été signé en 1992, mais avec des protocoles modificatifs respectivement en 2001, en 2007, en 2008 et en 2009.

organisations internationales et les Etats¹³⁴. Quant à la CEN-SAD, elle affirme dans ses principes fondamentaux le lien direct avec l'Acte constitutif de l'Union africaine et les dispositions pertinentes du Traité d'Abuja du 3 juin 1991¹³⁵.

Le Traité créant la CEEAC reprend pour l'essentiel les principales étapes du Traité CEA sans pour autant viser le Traité lui-même. On y voit des dispositions-reflet¹³⁶, puisque l'acte constitutif reprend pour l'essentiel la formulation du Traité CEA mais, avec une compatibilité attendue vis-à-vis des objectifs de la CEEAC¹³⁷, puisque que les relations avec l'OUA doivent favoriser l'application du Traité CEEAC¹³⁸. Le privilège est au profit de la CER, sans négliger les objectifs de l'Union africaine.

L'Union du Maghreb Arabe ne fait pas mention de la Communauté économique africaine dans la mesure où le Traité a été adopté avant la création de la CEA, le 17 février 1989. Les révisions devraient néanmoins conduire à inclure cette dimension de l'intégration régionale africaine, ce n'est pas le cas.

Reste l'IGAD et le COMESA. L'IGAD créée en 1996, donc après l'entrée en vigueur du Traité d'Abuja, est fondée sur une Charte constitutive dans laquelle les Etats s'engagent à promouvoir et à réaliser les objectifs du COMESA et de la Communauté économique africaine¹³⁹. L'article consacré aux relations avec d'autres organisations¹⁴⁰, ne vise pas l'UA-CEA. Mais pour ce qui concerne l'IGAD aussi, l'objectif est clair et sans prôner directement la supériorité de la CEA-UA sur l'organisation, la réalisation des objectifs de la CEA invitent à une coopération pour un objectif commun : la réalisation des objectifs du COMESA et de la CEA. De fait, la création du COMESA est inspirée par l'article 28 (1) du Traité CEA et les principes fondamentaux de l'organisation sont conformes au Traité d'Abuja, ce qui crée un pouvoir d'attraction en faveur de l'UA. L'acte constitutif consacre particulièrement un article aux relations avec l'UA-CEA et retient l'engagement des Etats à mettre en œuvre le Traité en tenant dûment compte des dispositions du Traité CEA¹⁴¹. Le

¹³⁴ Traité créant la SADC, Chapter 8 : Relations with other states, regional and international organizations, article 24.

¹³⁵ Article 4 du Traité révisé de la CEN-SAD en date du 16 février 2013.

¹³⁶ En lien avec le concept de « norme reflet », c'est-à-dire une norme qui en reprend une autre de façon substantielle, voir une reproduction pure et simple de la première. La norme-reflet est une construction juridique et un moyen de dépassement du désordre normatif. Voir à ce propos, F. BRUNET, « La norme-reflet - Réflexions sur les rapports spéculaires entre normes juridiques », *RFDA*, 2017, pp. 85 et ss.

¹³⁷ Article 86 (2.) et (3.) du Traité CEEAC, Relations des Etats membres avec d'autres groupements et Etats tiers.

¹³⁸ Article 86, 5. du Traité CEEAC, Relations des Etats membres avec d'autres groupements et Etats tiers.

¹³⁹ Article 7 (i) de l'Accord portant création de l'Autorité Intergouvernementale pour le Développement ; IGAD/SUM-96/AGRE-Doc, 21 mars 1996.

¹⁴⁰ Article 18 de de l'Accord portant création de l'Autorité Intergouvernementale pour le Développement ; IGAD/SUM-96/AGRE-Doc, 21 mars 1996.

¹⁴¹ Article 178 (1) b. du Traité créant le COMESA.

Secrétaire Général est tenu aussi d'assurer la coordination des activités du COMESA avec celui de la CEA¹⁴² et l'organisation elle-même doit entretenir des relations de travail permanentes avec l'UA-CEA. Le traité créant le COMESA semble donc le seul à confirmer en cas de conflit, l'avantage des normes de l'UA-CEA sur celles du COMESA.

De façon générale, la logique pyramidale qui a été avancée et entretenue au sein de la doctrine ne résiste pas à l'analyse. La réalisation de l'intégration économique continentale est l'apanage d'organisations qui exercent les mêmes fonctions et déploient leurs activités sur des terrains connexes, l'une n'étant pas supérieure à l'autre, l'approche critique révèle que le fonctionnement des CER, de l'Union et d'autres organisations associées privilégie en réalité la logique égalitaire.

2. Une logique égalitaire

La logique égalitaire se retrouve d'abord à la base de la négociation du Protocole de 2008 et est inscrite dans ce Protocole. Ensuite les activités découlant de ce protocole confirment cette logique égalitaire.

Ainsi, le Protocole de 2008 a été élaboré par le Comité de coordination qui regroupe les CER, l'UA, la Commission économique pour l'Afrique et la Banque africaine de développement. La participation à l'élaboration du Protocole en lui-même induisait cette logique égalitaire. Les CER et la Commission de l'Union africaine ont d'abord discuté des conséquences de l'acte constitutif de l'Union africaine sur le Protocole de 1998. Le projet validé par les instances de chacune des organisations a été négocié et adopté par les chefs d'Exécutifs des CER et la Commission de l'UA.

Le Protocole formalise le cadre institutionnel des rapports entre les CER et l'Union africaine. Il institue un cadre de *coordination des activités* des CER¹⁴³ et les parties souhaitent « *formaliser, consolider et promouvoir une coopération plus étroite entre les Communautés économiques régionales et l'Union, grâce à la coordination et à l'harmonisation de leurs politiques, mesures, programmes et activités dans tous les domaines et secteurs* »¹⁴⁴.

Les objectifs assignés à l'Union préservent toujours l'autonomie des CER. La Commission suit la mise en œuvre des programmes, œuvre à la coordination, identifie avec les CER les domaines d'intervention¹⁴⁵. La mise en œuvre de l'article 6 (3) du TCEA se fait conjointement avec les CER et en tenant compte des programmes que ces dernières sont en train de mettre en œuvre¹⁴⁶.

¹⁴² Article 178 (2) b. du Traité créant le COMESA.

¹⁴³ Article 3 (a) du Protocole sur les relations entre l'UA(UA) et les CER de 2008.

¹⁴⁴ Article 3 (f) du Protocole sur les relations entre l'UA(UA) et les CER de 2008.

¹⁴⁵ Article 11 (1) du Protocole sur les relations entre l'UA(UA) et les CER de 2008.

¹⁴⁶ Article 11 (2) du Protocole sur les relations entre l'UA(UA) et les CER de 2008.

Le cadre institutionnel mis en place pour assurer la coordination des activités entre les organisations internationales¹⁴⁷ ne donne pas de pouvoir hiérarchique ou prépondérant à l'Union africaine. Ensuite, chaque CER obtient le droit de participer aux activités de l'Union africaine¹⁴⁸ et inversement¹⁴⁹. Aussi bien les CER que l'Union présente lors des réunions un rapport sur l'exécution du Protocole et spécifiquement pour les CER, les difficultés rencontrées. Il s'agit pour l'essentiel d'éviter des initiatives parallèles, le double emploi et d'atteindre les mêmes objectifs.

La logique égalitaire entre les organisations internationales se poursuit dans les activités communes.

Ainsi, avant la signature du Protocole, on a pu remarquer que « *La coordination entre l'Union africaine et les communautés économiques régionales doit porter sur l'ajustement et la synchronisation des politiques, programmes et activités dans la perspective d'un objectif commun.* »¹⁵⁰.

Quant au Programme Minimum d'Intégration (PMI)¹⁵¹ qui doit accompagner la mise en œuvre de la Communauté économique africaine, il est un exemple de la logique de réseau. Il est mis en place sur le fondement du Traité d'Abuja et la Déclaration de Syrte, en collaboration entre l'Union africaine et les CER. Les CER ont élaboré chacune un plan régional qu'elles poursuivent et mettent en œuvre dans la droite ligne du Programme Minimum d'intégration, selon une application différenciée respectueuse des spécificités de chaque région¹⁵².

De même, plusieurs résolutions de l'Union africaine valident la logique de réseau.

Ainsi, l'initiative relative à l'intensification du commerce intra-africain et à l'établissement d'une zone continentale de libre-échange et la décision sur la libre circulation des personnes et le passeport africain¹⁵³, bien qu'étant née d'une décision de la Conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement¹⁵⁴ ne s'impose pas aux organisations en raison de l'autonomie de ces dernières. Mais en se focalisant sur

¹⁴⁷ Articles 6 à 10 du Protocole sur les relations entre l'UA(UA) et les CER de 2008.

¹⁴⁸ Articles 17 du Protocole sur les relations entre l'UA(UA) et les CER de 2008.

¹⁴⁹ Articles 18 du Protocole sur les relations entre l'UA(UA) et les CER de 2008.

¹⁵⁰ Communauté économique pour l'Afrique, Union africaine, *L'État de l'intégration régionale en Afrique*

II: Rationalisation des communautés économiques régionales, Addis-Abeba, mai 2006, p.147.

¹⁵¹ Commission de l'Union africaine, *État de l'intégration africaine*, 2011, p.237, <https://www.africa-onweb.com/media/PDF/Etat-de-l-integration-en-afrique-2011.pdf>; consulté le 15 août 2017. Voir aussi (https://www.integrate-africa.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/IIRA-Report2016_FR_web.pdf)

¹⁵² Commission de l'Union africaine, *AGENDA 2063, L'Afrique que nous voulons*, DOCUMENT-CADRE, pp. 123.

¹⁵³ 27^{ème} session ordinaire de la Conférence de l'Union, Kigali, juillet 2016

¹⁵⁴ Déclaration adoptée à la dix-huitième session ordinaire de la Conférence de l'Union africaine Assembly/AU/Decl.1 (XVIII)]

l'objectif spécifique et commun inclus dans les actes constitutifs des CER, l'intensification du commerce intra africain, les CER peuvent s'investir et s'investissent grâce à l'impulsion de l'UA pour atteindre ces objectifs¹⁵⁵.

L'adoption du plan 2015-2020 tient compte de l'alignement avec les plans stratégiques à moyen terme des CER¹⁵⁶. L'Agenda 2063¹⁵⁷ n'est pas imposé aux CER, mais la Conférence les « exhorte » à s'en approprier¹⁵⁸ et souligne la nécessité d'une bonne division du travail entre la Commission de l'Union, l'Agence du NEPAD et les CER, sur la base des principes de subsidiarité et de complémentarité¹⁵⁹. L'approche retenue par l'Union africaine est donc une coordination continentale souple¹⁶⁰ de l'interaction entre les différents systèmes normatifs.

B. L'INTERACTION DES SYSTEMES NORMATIFS

Les rapports qu'entretiennent les CER et l'Union africaine permettent d'affirmer que les CER reconnaissent l'ordre juridique de l'Union africaine et réciproquement. Si les rapports entre les systèmes régionaux et le système continental ne donnent pas à voir l'unification¹⁶¹ ou l'harmonisation¹⁶², la coordination est bien présente et conduit à recourir à la technique de la prise en considération (1), qu'il convient de justifier et d'approfondir (2).

¹⁵⁵ Commission économique pour l'Afrique, Comité de la coopération et de l'intégration régionales, Neuvième session, Addis-Abeba, 7-9 décembre 2015, *Commerce intra-africain et Indice africain d'intégration régionale, Rapport intérimaire sur le commerce intra-africain, E/ECA/CRCI/9/3*.

¹⁵⁶ Assembly/AU/Dec.563(XXIV), p.3, janvier 2015.

¹⁵⁷ GAMBOTTI C., « Comprendre les enjeux de l'Agenda 2063 », *Géo économie*, 2015/4 (N° 76), pp. 127-128. DOI : 10.3917/geoc.076.0127. URL : <http://www.cairn.info/revue-geo-economie-2015-4-page-127.htm>, consulté le 12 septembre 2017.

¹⁵⁸ Décision sur le rapport de la Commission relatif à l'élaboration de l'Agenda 2063 de l'Union africaine et le Rapport du Comité ministériel de suivi de la retraite de Bahr Dar ; Doc.Assembly/AU/5(XXIV).

¹⁵⁹ Assembly/AU/Dec.565(XXIV) p. 3, 24 session, janvier 2015.

¹⁶⁰ J. MOUANGUE KOBILA, « Bilan de la libre circulation des personnes en Afrique », *L'Afrique est-elle partie ? Bilan et perspectives de l'intégration africaine, Revue Interventions économiques*, Hors-série, mars 2017, p. 67

¹⁶¹ C'est le seul processus de mise en ordre qui s'obtient après un long apprentissage de la complexité.

¹⁶² Selon M. Delmas-Marty, l'harmonisation, emblème d'un pluralisme ordonné n'est possible que si d'une part il y a une juridiction de contrôle en capacité de combiner les éléments disparates pour en faire un dessin d'ensemble harmonieux. Or, tel n'est pas le cas de l'Union africaine qui certes vise à harmoniser les politiques des CER mais dont le juge n'est pas encore ce « compositeur institutionnel ». D'autre part, le formalisme juridique doit pouvoir s'adapter à la complexité d'un raisonnement qui s'ouvre aux logiques floue ou de gradation. L'harmonisation tend vers un droit commun supranational. Sur l'harmonisation, voir M. DELMAS-MARTY, « Vers une cinétique juridique : D'une approche statique à une approche dynamique de l'ordre juridique », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 142-143.

1. *Le procédé de la prise en considération des décisions de l'Union africaine*

La prise en considération d'une règle est une donnée connue du droit international privé, accoutumé à la résolution des conflits de normes¹⁶³. C'est une technique du juge qui en cas de conflits de lois conduit à « *intégrer une norme étrangère dans le présupposé de la règle substantielle applicable qui en détermine seule les effets* »¹⁶⁴.

Le droit du for est appliqué mais après consultation du contenu du droit étranger. La norme étrangère est ainsi appréhendée comme une donnée, un élément d'évaluation dans la résolution du litige. Ce procédé de prise en considération est développé dans les législations nationales¹⁶⁵ et il est présent dans les rapports entre l'Union européenne et l'ONU¹⁶⁶.

En ce qui concerne les relations entre l'Union européenne et l'ONU, le juge de l'Union a ainsi considéré que la prise en considération s'adresse au législateur et au juge européens¹⁶⁷. Elle joue donc en amont et en aval. Il ne s'agit pas d'une simple obligation de bonne foi mais d'une obligation autonome qui amène le législateur à légiférer en tenant dûment compte des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies et le juge à trancher un conflit de normes en tenant compte de ces résolutions dans son contexte d'interprétation. Ces résolutions sont donc un élément d'évaluation de la norme européenne. Ce qui permet au juge communautaire notamment avec l'arrêt *Kadi* de ne « *s'incliner que relativement devant les actes émanant des autorités onusiennes, lorsque les droits fondamentaux protégés par le droit de l'Union sont en cause* »¹⁶⁸.

Comme le souligne Pierre Mayer, l'application d'une règle « *fournit elle-même la solution substantielle de la question posée* », là où « *la règle prise en considération est intégré dans le présupposé de la règle qui se réfère à elle et dont l'effet juridique*

¹⁶³ Pascale Deumier considère que le droit international privé est de loin la discipline la plus avancée en matière de résolution des conflits de normes. Voir P. DEUMIER, « Repenser les outils des conflits de normes entre systèmes », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit., p. 498.

¹⁶⁴ E. FOHRER-DEDEUWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, thèse, Paris, LGDJ, 2008, p. 4.

¹⁶⁵ C. LAURICHESSE, *La grève en droit international privé*, Thèse, Université de Bourgogne, 2014, p. 311.

¹⁶⁶ MIRON A. et J.-M THOUVENIN, « Les rapports de systèmes au plan universel », in M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS et E. CUJO, *Union européenne et droit international, en l'honneur de Patrick Daillier*, op.cit., pp. 699-705.

¹⁶⁷ MIRON A. et J.-M THOUVENIN, « Les rapports de systèmes au plan universel », *Ibid.*

¹⁶⁸ J.-B. AUBY, « Repenser le droit à l'aune de la globalisation juridique », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 266.

détermine seul la substance de la relation juridique »¹⁶⁹. La technique de prise en considération d'une règle est donc différente de son application.

Il est proposé d'étendre la prise en considération aux relations entre l'Union africaine et les CER. En effet, aucun des traités constitutifs des Communautés économiques régionales ou l'Acte constitutif de l'Union africaine n'a prévu une disposition équivalente à l'article 103 de la Charte des Nations unies¹⁷⁰ qui aurait permis, en cas de conflit de normes de faire prévaloir *de jure* les normes prévues dans le cadre de l'UA-CEA. Ensuite, le recours à l'article 30 de la convention de Vienne sur le droit des traités¹⁷¹ est aussi largement inopérant pour assurer la primauté de l'UA sur la base de l'argument de la compatibilité¹⁷². Or, il faut bien trouver une solution aux conflits qui pourraient naître de l'application concurrente des actes de la Conférence des chefs d'Etats et de gouvernement et du Conseil exécutif et celle des CER.

Dans la combinaison des ordres juridiques de l'intégration africaine, et en présence des ordres juridiques différents mais non séparés de façon étanche, recourir à la prise en considération permet de sortir d'une logique conflictuelle. Tout en préservant la logique de validité de chacun des ordres juridiques des CER, il faut assurer une cohérence dans la réalisation de l'intégration continentale, sans entrer dans une

¹⁶⁹ P. MAYER, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques*, Cours général de droit international privé, RCADI, vol. 237, 2007, pp. 117-118.

¹⁷⁰ « En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ». Voir à ce propos, KOLB (R.), *L'article 103 de la Charte des Nations Unies*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2014, 350p.

¹⁷¹ « Sous réserve des dispositions de l'art. 103 de la Charte des Nations Unies, les droits et obligations des Etats parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés conformément aux paragraphes suivants.

2. Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent.
3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur.
4. Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur:
 - a) dans les relations entre les Etats parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au par. 3;
 - b) dans les relations entre un Etat partie aux deux traités et un Etat partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux Etats sont parties régit leurs droits et obligations réciproques.
5. Le par. 4 s'applique sans préjudice de l'art. 41, de toute question d'extinction ou de suspension de l'application d'un traité aux termes de l'art. 60 ou de toute question de responsabilité qui peut naître pour un Etat de la conclusion ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre Etat en vertu d'un autre traité

¹⁷² Sauf pour le Traité COMESA et par ricochet l'IGAD qui fonctionne en conformité avec le Traité COMESA.

relation hiérarchique qu'exclut la coordination¹⁷³, c'est ce qu'autorise la prise en considération qui à bien des égards trouve un appui dans la vie juridique et le fonctionnement des organisations en présence.

2. *La justification de la prise en considération*

L'objectif ultime retenu par les organisations régionales est celui de réaliser l'intégration continentale. Cet objectif ultime conduira *in fine* à la disparition des CER, au profit d'un ordre continental intégré, d'un droit commun supranational, d'abord par l'harmonisation puis ensuite, par l'unification. Il y a donc une forme de captation au profit de l'Union africaine, un mouvement ascendant pour rapprocher le droit des CER du droit de l'Union africaine et que valide le Traité créant la CEA quand il demande aux Etats de ne pas prendre des engagements incompatibles avec les objectifs du Traité CEA. La proposition d'appliquer dans les rapports entre l'UA et les CER la technique de la prise en considération trouve appui dans les actes constitutifs. Par souci de cohérence de l'intégration africaine, la prise en considération devrait être reflétée sur le plan institutionnel, et pourrait être partie intégrante de l'office du juge de l'intégration.

En ce qui concerne les traités constitutifs des CER, la prise en considération est présente dans le droit primaire du COMESA, qui enjoint de tenir « *dûment compte des dispositions du Traité instituant la Communauté économique africaine* »¹⁷⁴. De même, l'intégration de la région est une « *composante essentielle de l'intégration du continent africain* »¹⁷⁵ pour laquelle les Etats s'engagent à faciliter l'harmonisation et la coordination.

Les préambules des actes constitutifs des CER ne manquent pas de rappeler que la création des organisations *tient compte* du Plan de Lagos ou du Traité CEA¹⁷⁶.

Les Etats membres bien que distincts de leur CER ont en effet accepté que la conclusion des accords avec des tiers se feraient sous la condition de leur compatibilité avec les objectifs du Traité créant la CEA et qu'en cas d'incompatibilité, ils mettraient tout en œuvre pour les éliminer¹⁷⁷. Ils ont admis que la CEA et donc l'UA puisse éventuellement prendre des sanctions à leurs égards¹⁷⁸. Ils ont donc une

¹⁷³ M. DELMAS-MARTY, « Vers une cinétique juridique : D'une approche statique à une approche dynamique de l'ordre juridique », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 141.

¹⁷⁴ Article 178 b) du Traité COMESA.

¹⁷⁵ Article 78 du traité révisé CEDEAO et article 130.2 du Traité CAE.

¹⁷⁶ Ainsi, en 2015, la SADC décidé de réviser ses stratégies et statuts pour s'arrimer à ceux de l'UA. Plus récemment en mars 2017, la Conférence des chefs d'Etats de la SADC a adopté « La SADC que nous voulons » et l'Agenda 2063 en conformité avec « l'Afrique que nous voulons ».

¹⁷⁷ Article 93 du TCEA.

¹⁷⁸ Article 5.3 du TCEA.

obligation générale de comportement, une obligation de coopération loyale qui ne peut faire fi de la réalisation des objectifs de l'Union africaine.

Certes, cette obligation acceptée par les Etats ne peut être automatiquement transférée aux CER¹⁷⁹ au titre d'une théorie de la succession¹⁸⁰ des CER aux obligations des Etats, mais cette obligation des Etats ne peut être ignorée par les CER. De plus, les principes de subsidiarité et de complémentarité en faveur de la logique de réseau et de la prise en considération sont rappelés dans le Protocole de 2008¹⁸¹ et dans plusieurs décisions de l'Union africaine¹⁸².

Enfin, la révision des traités constitutifs des CER, si elle n'inclut pas la subordination des organisations régionales à l'Union africaine n'en préserve pas moins la philosophie générale de la mise en place de l'intégration continentale.

La prise en considération va dès lors permettre d'aller vers des rapports de mise en œuvre institutionnels et matériels¹⁸³ en ce que les CER vont être tenues dans le cadre de leurs institutions et au moment de décider, de prendre en considération les résolutions et objectifs de l'Union africaine. La prise en considération permettrait de renforcer les liens entre les différents ordres juridiques et d'aménager l'ordre juridique international de façon à optimiser la coexistence entre les différents ordres juridiques « partiels » de l'intégration. L'obligation pour les Etats de respecter les décisions de

¹⁷⁹ Une succession automatique reviendrait à mettre à la charge d'un sujet international des obligations d'un autre sujet, sans son consentement. Ce serait une négation de la personnalité juridique de l'Union africaine. Le caractère obligatoire pour une organisation tierce, des résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies n'a pas à ce jour reçu une réponse tranchée. Voir à ce sujet L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Les relations entre organisations régionales et organisations universelles », *RCADI* vol. 347, 2010, pp. 307-310 ; La CIJ a rappelé de façon implicite qu'en ce qui concerne l'ONU, une entité distincte d'un Etat membre est lié par les résolutions du Conseil de sécurité prises sur la base du chapitre VII, si elle est destinataire.

¹⁸⁰ La théorie de la succession aux obligations des Etats par une organisation internationale connaît une application à géométrie variable dans le droit de l'Union européenne. Elaborée dans l'arrêt *International Fruit Company*, elle est de moins en moins appliquée par la CJUE qui l'a rejetée à l'occasion de l'arrêt *Kadi c. Conseil*, Grande Chambre, 3 septembre 2008 et *Intertanko* du 3 juin 2008. Voir, A. PELLET, « L'Union européenne et le maintien de la paix », in M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS et E. CUJO, *Union européenne et droit international*, en l'honneur de Patrick Daillier, *op.cit.*, pp. 431-454.

¹⁸¹ Voir le Préambule du Protocole de 2008.

¹⁸² Voir par exemple la DECISION SUR LES RELATIONS ENTRE LA COMMISSION DE L'UNION AFRICAINE ET LES COMMUNAUTES ECONOMIQUES REGIONALES (CER) DOC.EX.CL/308(X) dans laquelle le Conseil exécutif « Réaffirme que les Communautés économiques régionales (CER) sont les piliers de la mise en œuvre des programmes de l'Union africaine ; 3. ENCOURAGE la Commission à poursuivre sa collaboration avec les CER dans un esprit de coopération et dans le respect du principe de subsidiarité, et à officialiser la représentation des deux parties à leurs réunions respectives; ».

¹⁸³ J.-S. BERGE, « Enrichir les rapports entre ordres juridiques par les rapports de mise en œuvre », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 593.

l'Union se prolongerait en une obligation dont tiendraient compte les CER pour établir les politiques communautaires et adopter les actes dérivés. On pourrait y voir des rapports de mise en œuvre, c'est-à-dire le fait qu'une institution ou une règle d'un niveau international puisse permettre à une règle définie dans un autre ordre juridique d'être appliquée¹⁸⁴. Une telle situation est facilitée par la prise en considération, car elle permet une forme de reconnaissance de la norme. Mais la prise en considération ne produirait largement ses effets que si elle est une donnée incontournable du juge de l'intégration.

En effet, c'est le juge de l'intégration qui est à même d'assurer et d'imposer la cohérence entre les ordres juridiques. Dans le schéma d'une séparation entre les différents ordres, *l'irrelevance* conduirait nécessairement à une impasse, chaque juge de l'intégration réclamant sa qualité de juge suprême dont les décisions intègrent l'ordre juridique de chaque Etat et priment sur les normes nationales¹⁸⁵. Quant à la hiérarchisation, elle pourrait n'être que factice, chacun des ordres juridiques et chacun des juges risquant d'être sur une logique défensive, ce qui ne permet pas d'étendre un système de renvoi préjudiciel¹⁸⁶, entre le juge des CER et celui de l'Union africaine. La prise en compte dans l'intégration continentale africaine conduit à une obligation minimale de non ignorance réciproque¹⁸⁷. Le juge de l'Union africaine ne peut ignorer

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ Cour de justice de l'UEMOA, *Demande d'avis de la Commission de l'UEMOA relative à l'interprétation de l'article 84 du Traité UEMOA*, Avis n° 002/2000 du 2 février 2000 ; Cour de justice de l'UEMOA, *Demande d'avis de la Commission de l'UEMOA relative à la création d'une Cour des Comptes au Mali*, Avis n°02/2003 du 18 mars 2003. L'Acte constitutif de l'Union africaine ne pose pas explicitement le principe de la primauté du droit de l'Union, mais cette primauté est dérivée de la nomenclature des actes de l'Union africaine, adoptée par le Règlement intérieur de la Conférence en 2002.

¹⁸⁶ Le renvoi préjudiciel est un mécanisme de collaboration entre les juridictions nationales et celles du juge mis en place par l'organisation d'intégration pour confirmer l'imbrication entre les différents ordres juridiques et assurer une cohérence et une application uniforme du droit de l'intégration. À ce propos, A. SALL, *La justice de l'intégration, Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, Dakar, Editions CREDILA, 2011, pp.34-35.

¹⁸⁷ Il est vrai la prise en considération est grandement facilitée par l'existence du renvoi préjudiciel. Ainsi le juge français, notamment du Conseil d'Etat, a tenu compte des obligations constitutionnelles et conventionnelles de transposition des directives, pour imposer le respect d'une directive non transposée mais dont le délai de transposition a expiré. V. CE, Assemblée, 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n° 298348, Rec. Pour ce faire, le Conseil d'Etat prend appui sur la décision du juge constitutionnel français qui va reconnaître le caractère constitutionnellement obligatoire de la transposition de directives bien que ces dernières ne soient pas formellement des normes nationales. V. décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* ; décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*. Le même juge administratif a procédé à un renvoi préjudiciel devant la Cour de Justice de l'Union européenne (CE, Assemblée, 31 mai 2016, *M.B.*, N°393881), suivant ainsi la voie tracé par le juge constitutionnel. (V. Décision n° 2013-314 QPC du 4 avril 2013 (*M. Jeremy F.*)). Le juge communautaire est aussi dans cette dynamique de non ignorance comme le confirme la décision Melki du 10 juin 2010 jugeant la QPC conforme au droit de l'Union

les obligations des CER, les CER ne peuvent ignorer les obligations de l'Union africaine et dans un même espace géographique, les CER se chevauchant ne peuvent s'ignorer. Une approche utilitariste en termes d'atteinte de l'objectif d'intégration continentale et de protection des droits et libertés, dans un souci constant d'accessibilité et de sécurité pour le justiciable favoriserait cette cohérence fondée non pas sur la logique hiérarchique mais sur la complémentarité entre l'intégration régionale et l'intégration continentale et donc la complémentarité des offices des juges des CER et de l'Union africaine.

CONCLUSION

Les rapports entre les CER et l'Union africaine ont jusque-là été présentés comme des rapports hiérarchiques. En réalité, l'examen des textes juridiques qui encadrent la vie des organisations internationales ne valide pas l'existence de dispositions conventionnelles attestant un rapport de subordination consenti par les CER. Les Communautés économiques régionales, pour la plupart existaient avant la signature du Traité d'Abuja. Elles n'ont donc pas pu préalablement inscrire leur action dans le cadre de la réalisation de la Communauté économique africaine. Pour établir un lien entre ces organisations internationales et l'organisation continentale, en dehors du consentement à être lié dans le cadre d'un traité, la révision des actes constitutifs auraient dû conduire à la « constitutionnalisation » de cette hiérarchie. Or, les traités révisés et le Protocole sur les relations entre l'Union africaine et les CER entretiennent un flou caractérisé que ne dément pas la pratique des organisations. La théorie de la hiérarchisation ne résiste donc pas à l'autonomie des organisations internationales¹⁸⁸.

Les rapports des systèmes juridiques des organisations de l'intégration africaine reposent sur une logique de réseau que l'Union africaine et les CER partagent avec la Commission économique pour l'Afrique et la Banque Africaine de Développement. Ces rapports relèvent de la coordination dont l'objectif final nécessite, pour la cohérence de l'intégration continentale, le recours à la technique de la prise en considération, prise en considération des actes obligatoires de l'Union africaine et de ses objectifs dans la mise en œuvre des objectifs des CER, prise en considération dans l'office du juge de l'intégration. Cette prise en considération apparaît une évidence au regard des liens entre les CER et notamment de tous les projets de renforcements des CER impulsés et soutenus par l'Union africaine. Elle devrait permettre d'aller plus

dans les mêmes conditions que celles énoncées par le Conseil constitutionnel (n° 2010-605 DC du 12 mai 2010).

Ainsi, malgré l'imbrication et l'interpénétration des ordres juridiques, une articulation harmonieuse est recherchée. Voir par exemple sur l'articulation Conseil d'Etat, Conseil constitutionnel et Cour de justice de l'Union européenne, R. MEHDI, H. LABAYLE, « Dédale au Conseil d'Etat : QPC et renvoi préjudiciel dans l'arrêt Jacob », *Revue française de droit administratif*, Dalloz, 2016, pp.1003.

¹⁸⁸ V. TOMKIEWICZ, « Concurrence, chevauchements de compétences et coordination entre organisations internationales », in LAGRANGE E. et SOREL J.-M. (dir.), *Droit des organisations internationales, Traité de droit des organisations internationales*, op.cit., p. 896.

loin pour envisager le développement de normes-reflet et un dialogue circulaire des juges de l'intégration¹⁸⁹. Ces différentes propositions n'épuisent pas les phénomènes partiels de dissonances qui peuvent continuer à exister dans ces ordres juridiques, mais elles facilitent l'avènement d'un droit unifié de l'intégration africaine.

Dandi GNAMOU
Agrégée des facultés de droit
Directrice du CDIIA

¹⁸⁹ P. JAN, « Du dialogue à la concurrence des juges », *Revue du droit public*, n° 2 2017, p. 341.

LA CHEFFERIE TRADITIONNELLE DANS LES CONSTITUTIONS DES ETATS D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

« Le citoyen africain d'aujourd'hui émerge simultanément à trois registres institutionnels différents et complémentaires : le registre traditionnel, le registre administratif moderne et le registre religieux »¹.

Cette affirmation traduit le poids que représente encore la chefferie traditionnelle en Afrique et la nécessité de sa prise en compte dans le cadre de l'Etat.

Entité multiséculaire, la chefferie peut être aujourd'hui définie comme l'institution – au sens sociologique du terme – regroupant l'ensemble des chefs traditionnels². Historiquement, il s'agit de la survivance des formes d'organisations sociopolitiques diverses qui existaient dans l'Afrique précoloniale³. Bien avant la pénétration coloniale, la plupart des sociétés africaines étaient en effet structurées en groupements humains autour d'une autorité appelée « chef » qui tirait en général sa légitimité de la coutume et de la tradition. La chefferie était alors à cette époque une entité politique, avec un territoire, une population et une autorité, en la personne du chef, qui exerçait à la fois le pouvoir politique, législatif et judiciaire⁴.

¹ Elong Mbassi, cité par C. N. Mback, « La chefferie traditionnelle au Cameroun : ambiguïtés juridiques et dérives politiques », *Africa Development*, vol. XXV, n° 3 et 4, 2000, p. 79.

² C'est la définition que lui donne le droit positif ; v. art. 2 de la Loi n° 2015-01 du 13 janvier 2015 portant statut de la chefferie traditionnelle au Niger.

³ Les termes « chefferie traditionnelle » sont en fait une invention du colonisateur qui essayait par-là de simplifier une réalité qui était beaucoup plus complexe. En effet, à la tête des diverses formes d'organisations sociopolitiques précoloniales africaines, on pouvait retrouver des « chefs », des « rois », des « sultans », etc., qui recouvraient des réalités différentes, notamment en termes de hiérarchie et d'étendue de leur autorité. Au sens strict, la « royauté » ou le « royaume », à la tête de laquelle se trouve un « roi », est différente de la « chefferie », dirigée par un « chef ». Le royaume est le plus souvent issu de la conquête et recouvre plusieurs chefferies. Quant au « sultanat », il s'agit d'une sorte de royaume, dont le monarque (sultan) tire son autorité de Dieu (monarchie de droit divin). V. P. N'Gaka, *Les chefferies traditionnelles en Afrique centrale*, Thèse, Université Paris 1, Faculté de droit, 1972, p. 73 et ss. ; v. également J.-J. Villandre, *Les chefferies traditionnelles en Afrique occidentale française*, Thèse, Université de Paris, Faculté de droit, 1950, p. 2.

On entend aussi parler de « chefferie coutumière » que l'on prend souvent pour équivalent de la notion de « chefferie traditionnelle ». Toutefois, au sens strict, et dans la tradition africaine, il y a une différence entre « chefferie traditionnelle » et « chefferie coutumière ». La première renvoie à l'autorité politico-administrative tandis la seconde se rapporte beaucoup plus au pouvoir religieux. V. E. A. B. van Rouveroy van Nieuwaal, *L'Etat en Afrique face à la chefferie : le cas du Togo*, Paris Karthala, 2000, p. 60.

Pour les mêmes raisons de simplification que le colon, l'expression « chefferie traditionnelle » sera employée indistinctement pour couvrir toutes ces réalités.

⁴ V. P.-F. Gonidec, *Les droits africains : évolution et sources*, Paris, LGDJ, 1968, p. 248 ; également, J. Buchmann, *L'Afrique noire indépendante*, Paris, LGDJ, 1962, p. 74.

L'arrivée du colonisateur entraîne un bouleversement profond de cette structuration. Les territoires des chefferies sont démantelés et intégrés dans les nouveaux groupements politiques que sont les colonies. Quant à l'autorité, à savoir le « chef », elle est transformée en un relai de l'administration coloniale, chargée de jouer les intermédiaires entre le pouvoir colonial et la population⁵.

Au sortir de la colonisation, la question de la chefferie s'est présentée aux jeunes Etats africains comme étant l'une des questions pressantes à résoudre⁶. Une bonne partie de la nouvelle élite africaine montante voyait d'un mauvais œil une éventuelle cohabitation avec ces « autorités » considérées à tort ou raison comme obscurantistes et rétrogrades. En outre, pour avoir servi le plus souvent avec zèle le colonisateur, certains chefs étaient rejetés par les populations, qui les considéraient comme des traîtres⁷. Dans le même temps, les chefs faisaient des pieds et des mains pour intégrer l'organigramme des Etats naissants, s'ils ne voulaient pas simplement occuper les premiers rôles. Il est vrai que dans certains pays, la chefferie a joué un rôle déterminant dans la décolonisation ; ce qui la rendait plus ou moins légitime à réclamer une place au sein des nouvelles institutions⁸. Par ailleurs, au sein de l'opinion et de l'élite, la chefferie avait encore des soutiens et des partisans, qui voyaient en elle le socle de la société et qu'il fallait préserver à tout prix⁹.

Dès lors, l'intégration de la chefferie traditionnelle dans le cadre des nouveaux Etats devenait une question délicate. Mais comme l'a pu relever Michel Jéol, « en définitive, même dans les pays où elles ont été maintenues, il n'est pas douteux que les chefferies [ont vu] leur importance s'amenuiser progressivement au profit d'institutions administratives autonomes »¹⁰. En effet, deux attitudes différentes vont être observées à l'égard de la chefferie. D'une part, il y a les pays anglo-saxons, qui développeront généralement une attitude bienveillante à son égard, ce qui va entraîner sa reconnaissance et son intégration dans le paysage institutionnel. Ainsi, au Ghana par exemple, la constitution du 1^{er} juillet 1960, première constitution du Ghana libre, consacre expressément la reconnaissance de la chefferie, qui doit être « garantie et

⁵ V. J.-J. Villandre, *Les chefferies traditionnelles en Afrique occidentale française*, op. cit., p. 11.

⁶ E. Le Roy, « Les chefferies traditionnelles et le problème de leur intégration », in G. Conac, *Les institutions administratives des Etats francophones d'Afrique noire*, Paris, Economica, 1979, p. 109.

⁷ *Ibid.*

⁸ C'est le cas de la chefferie mossi aussi Burkina Faso ; v. M. Somé, « Les chefferies mossé dans la vie politique du Burkina Faso depuis 1945 », in C.-H. Perrot et F.-X. Fauvelle-Aymar, *Le retour des rois : les autorités traditionnelles et l'Etat en Afrique contemporaine*, Paris, Karthala, 2005, p. 232 ; v. également *infra*, Section I.B.

⁹ Ainsi, Kwame Nkrumah aurait pu affirmer que : « L'ensemble de l'institution des chefferies est si étroitement lié à la vie de notre communauté que sa disparition mènerait au désastre ». Kwame Nkrumah, cité par J. Lombard, *Autorités traditionnelles et pouvoirs européens en Afrique noire*, Paris, A. Colin, 1967, p. 211.

¹⁰ M. Jéol, *Droit public africain*, Cahiers de l'IIAP, 1967, p. 203.

préservée »¹¹. Il est vrai que la situation de la chefferie dans ces pays a été avantagée par un certain nombre de facteurs, dont la position qu'elle a pu occuper sous la colonisation. En effet, du fait de la politique de l'*indirect rule*¹² qui était en vigueur dans les colonies britanniques, les autorités locales, et notamment les chefs traditionnels, y occupaient une place plus importante dans la chaîne de l'administration et du commandement. Cela va se traduire au sortir de la colonisation par une présence plus remarquée de la chefferie dans le paysage institutionnel de ces pays ; d'où sa prise en compte dans les nouvelles constitutions¹³.

D'autre part, il y a les pays francophones, où, du fait, entre autres, qu'elle a été marginalisée sous la colonisation¹⁴, la chefferie a connu un traitement beaucoup moins favorable par les nouvelles élites. Dans le meilleur des cas, elle va être ignorée, au pire, elle sera purement et simplement abolie. Ce fut le cas en Guinée où, par arrêté du 31 décembre 1957, la chefferie traditionnelle fut supprimée sur toute l'étendue du territoire national¹⁵. Dans certains pays comme le Burkina Faso, elle ne sera pas éradiquée de manière aussi brutale. Toutefois, les actes pris par les premières élites dirigeantes postcoloniales visaient, au fond, à la faire disparaître à terme. Ainsi, par décret du 28 juillet 1964, le président Maurice Yaméogo met fin à la rémunération des chefs traditionnels, tout en interdisant leur remplacement en cas de décès ou de révocation¹⁶. Dans les autres pays francophones, la chefferie ne fut pas attaquée directement mais elle reste une institution de seconde zone, régie par des arrêtés ou décrets, le plus souvent datant de la période coloniale, mais rarement par une loi¹⁷. Au total, au sortir de la colonisation, aucun pays de l'Afrique noire francophone ne mentionne la chefferie dans sa constitution.

Mais, comme par un extraordinaire retournement de situation, la chefferie va connaître un retour en force, notamment à partir des années 1990. Ce retour est favorisé par un

¹¹ V. art. 13 al. 1 qui dispose que : « Chieftaincy in Ghana should be guaranteed and preserved ».

¹² L'*indirect rule* ou l'« administration indirecte », consiste pour le colonisateur à gouverner à travers les chefs locaux. Sans remplacer l'administration coloniale sous la responsabilité de qui il travaille, le chef dispose cependant d'une certaine autonomie d'action. V. P. N'Gaka, *Les chefferies traditionnelles en Afrique centrale*, op. cit., p. 91 et ss.

¹³ V. M. P. Valsecchi, « Kingship, chieftaincy and politics : A view from Nzema (Ghana) » in C.-H. Perrot et F.-X. Fauvelle-Aymar (dir.), *Le retour des rois*, op. cit., p. 63 et ss.

¹⁴ Au contraire de la Grande-Bretagne, la France pratiquait l'« administration directe » (« direct rule »), ce qui s'est traduit par une marginalisation du rôle des chefs traditionnels, réduits le plus souvent en de simples « commis » de l'administration coloniale. V. P. N'Gaka, *Les chefferies traditionnelles en Afrique centrale*, op. cit., p. 99.

¹⁵ V. Arrêté n° 57-233 INT-CAB du 31 décembre portant suppression de la chefferie traditionnelle sur toute l'étendue du territoire de la Guinée française (J.O. de la Guinée du 15 janvier 1958).

¹⁶ V. Décret n° 326/PRES/IS/DI du 28 juillet 1964, relatif au mode de désignation des chefs de village, J.O. de la République de Haute-Volta du 30 juillet 1964, pp. 358-359.

¹⁷ Seule la République centrafricaine avait adopté une loi sur la chefferie au sortir de la colonisation. V. P. N'Gaka, *Les chefferies traditionnelles en Afrique centrale*, op. cit., p. 181.

ensemble de facteurs. D'abord, il y a le changement des mentalités, aussi bien au sein de l'élite dirigeante qu'au niveau des populations. Comme le souligne Claude-Hélène Perrot, « alors que les élites des années 1960 se détournent des aristocraties illettrées, les rois et chefs sont à présent presque toujours issus des nouvelles élites ; leur parcours s'est effectué loin du lieu de leur investiture, souvent dans les services publics, l'administration, la diplomatie ou l'université »¹⁸. Cela va entraîner également un changement de regard de la part des populations, notamment villageoises, qui estiment cette nouvelle catégorie de chefs mieux à même de défendre leurs intérêts. Par ailleurs, il y a eu une sorte de prise de conscience généralisée du rôle capital que pourrait jouer la chefferie, notamment dans la résolution des crises et conflits sociopolitiques. Enfin, il faut noter que la chefferie elle-même a mené un intense lobbying dans bon nombre de pays visant à son intégration dans le jeu institutionnel de l'Etat moderne, notamment à la faveur du vent de la démocratisation qui soufflait alors sur le continent¹⁹. Cette résurgence de la chefferie va entraîner sa prise en compte progressive dans les nouvelles constitutions.

En Afrique de l'Ouest, le mouvement commence par le Togo avec la constitution du 14 octobre 1992. L'article 143 de cette constitution dispose en effet que « l'Etat togolais reconnaît la chefferie traditionnelle, gardienne des us et coutume » et que « la désignation et l'intronisation du chef traditionnel obéissent aux us et coutumes de la localité ». Cette disposition sera maintenue par la révision constitutionnelle de 2002²⁰. Ensuite, ce fut au tour du Niger de constitutionnaliser²¹ la chefferie à travers la constitution du 18 juin 1999²². La constitution du 4 août 2009 (VI^e République) reviendra sur cette constitutionnalisation mais elle sera restaurée, quoique sur de nouvelles bases²³, par la constitution de la VII^e République, qui est la constitution en

¹⁸ C.-H. Perrot, « Introduction », in C.-H. Perrot et F.-X. Fauvelle-Aymar (dir.), *Le retour des rois*, op. cit., p. 9.

¹⁹ V. N. Bako-Arifari et P.-Y. Le Meur, « La chefferie au Bénin : une résurgence ambiguë », in C.-H. Perrot et F.-X. Fauvelle-Aymar (dir.), *Le retour des rois*, op. cit., p. 125.

Sur le vent de la démocratisation des années 1990, voir B. Guèye, « La démocratie en Afrique : succès et résistance », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 5 et ss.

²⁰ V. Constitution togolaise, art. 143.

²¹ La constitutionnalisation peut être appréhendée comme étant la reconnaissance d'un principe, d'un droit ou d'une institution par la loi fondamentale qu'est la constitution. Elle peut être expresse ou formelle, c'est-à-dire que la reconnaissance est prévue directement par la constitution à travers une ou plusieurs dispositions. La constitutionnalisation peut être également jurisprudentielle, lorsque la reconnaissance procède d'une constatation de la juridiction constitutionnelle. V. J. Morand-Deville, « L'environnement dans les constitutions étrangères », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 43, 2014, p. 83 ; également, B. Faure, « La constitutionnalisation du droit des collectivités locales », *Petites affiches*, n° 75, 1999, p. 12.

²² V. Constitution du 18 juillet 1999, art. 56. Cet article crée un Conseil de la République, dont les membres comprennent, entre autres, le président de l'Association des chefs traditionnels du Niger.

²³ La nouvelle constitution retire le président de l'Association des chefs traditionnels du Niger des membres du Conseil de la République (v. Constitution du 25 novembre 2011, art. 69).

vigueur²⁴. D'autres pays emboîteront le pas beaucoup plus tard. C'est le cas du Burkina Faso, avec la révision constitutionnelle de 2012²⁵ et la Côte d'Ivoire, avec la constitution du 8 novembre 2016²⁶.

En Afrique centrale, c'est le Cameroun qui a ouvert la porte, en faisant des « représentants du commandement traditionnels élus par leurs pairs », des membres d'office des conseils régionaux, à travers la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996²⁷. Ensuite, suivront le Tchad²⁸ et beaucoup plus récemment, la République du Congo²⁹.

A ce jour, sept pays en Afrique noire francophone³⁰ ont inscrit la chefferie traditionnelle dans leur constitution³¹. La plupart de ces mouvements de constitutionnalisation ont été suivis ou précédés de votes de lois portant statut de la chefferie traditionnelle³².

²⁴ V. Constitution du 25 novembre 2011, art. 167.

²⁵ V. Constitution burkinabè, Préambule, §7. Il faut néanmoins souligner que la constitution du 2 juin 1991 avait instauré le bicaméralisme au Burkina Faso, où la chefferie traditionnelle disposait de quelques sièges dans la deuxième chambre (Chambre des représentants). V. P. Kiemdé, « Le bicaméralisme en Afrique et au Burkina Faso », *Revue burkinabè de droit*, n° 21, 1992, p. 23. La deuxième chambre a été toutefois supprimée en 2002. V. A. LOADA et L. M. IBRIGA, *Précis de droit constitutionnel et institutions politiques*, Ouagadougou, PADEG, 2007, p. 437.

²⁶ V. Constitution ivoirienne, Titre XIV, art. 175 et 176.

²⁷ Loi constitutionnelle du 18 janvier 1996 portant révision de la constitution du 2 juin 1972 ; voir Constitution camerounaise, art. 57.

²⁸ Révision constitutionnelle de 2005 ; voir Constitution tchadienne, Titre 12, art. 214-217.

²⁹ Révision constitutionnelle de 2015 ; voir Constitution congolaise, art. 230 et 231.

³⁰ L'étude se limite aux ex colonies françaises.

³¹ Il s'agit, en récapitulatif, du Burkina Faso, du Cameroun, de la République du Congo, de la Côte d'Ivoire, du Niger, du Tchad et du Togo. Il faut néanmoins signaler qu'au Bénin, même si la constitution n'emploie pas expressément les termes de « chefferie traditionnelle », l'article 23 alinéa 2 de la constitution dispose que : « Les institutions, les communautés religieuses ou philosophiques, ont le droit de se développer sans entraves. Elles ne sont pas soumises à la tutelle de l'Etat. Elles règlent et administrent leurs affaires d'une manière autonome » (v. Constitution du 11 décembre 1990). On peut déduire ici une reconnaissance implicite de la chefferie, qui est une « institution » (au sens sociologique du terme). V. Cour constitutionnelle du Bénin, *Oba Adétutu, Chef Traditionnel de Savè c. Maire de la Commune de Savè*, Décision DCC 07-134, 18 octobre 2007.

³² Togo (Loi n° 2007-002 du 8 janvier 2007 relative à la chefferie traditionnelle et au statut des chefs traditionnels au Togo ; ci-après Loi relative à la chefferie traditionnelle au Togo) ; Niger (Loi n° 2015-01 du 13 janvier 2015 portant statut de la chefferie traditionnelle au Niger ; ci-après Loi relative à la chefferie traditionnelle au Niger) ; Côte d'Ivoire (Loi n° 2014-428 du 14 juillet 2014 portant statut des rois et chefs traditionnels ; ci-après Loi portant statut des rois et chefs traditionnels de Côte d'Ivoire) ; Tchad (Loi organique n° 10-013 du 25 août 2010 portant statut et attributions des autorités traditionnelles et coutumières ; ci-après Loi portant statut et attributions des autorités traditionnelles et coutumières au Tchad) ; Congo (Loi organique n° 31-2017 du 7 août 2017 déterminant l'organisation, la composition et le fonctionnement du Conseil consultatif des sages et des notabilités traditionnelles).

Comme on peut le constater, la chefferie « revient de loin » dans les pays francophones d'Afrique. Ignorée, voire combattue au sortir de la colonisation, elle se retrouve une trentaine d'années plus tard avec un statut constitutionnel. Même si plusieurs pays font encore la résistance³³, le « retour des rois » constaté par Claude-Hélène Perrot et François-Xavier Fauvelle-Aymar³⁴ semble être une tendance générale, et particulièrement dans cette partie du continent.

La constitutionnalisation de la chefferie entraîne deux types d'implications essentiels : d'une part, au plan juridique, elle consacre une protection plus élevée de cette « institution », qui ne peut désormais être remise en cause que par le pouvoir constituant. D'autre part, au plan politique, elle montre *a priori* l'importance que l'on accorde dorénavant à celle-ci.

Toutefois, des interrogations subsistent quant à la dernière implication. La constitutionnalisation de la chefferie traditionnelle en Afrique noire francophone signifie-t-elle sa véritable restauration, c'est-à-dire sa prise en compte parmi les institutions constitutionnelles traditionnelles ?³⁵ Ou, au contraire, s'agit-il d'une constitutionnalisation purement symbolique, sans réelles implications sur la situation postcoloniale de cette « institution » ? En un mot, s'agit-il d'un « mirage » constitutionnel, pour emprunter les termes de Meryll Hervieu ?³⁶

Cette problématique est intéressante à plus d'un titre. Elle permet notamment de mesurer l'importance et la place qui sont accordées à la chefferie, institution dont l'utilité se fait encore sentir dans bon nombre de pays. En outre, elle permet de saisir la logique des acteurs, entre volonté de contrôle d'une part (gouvernants) et volonté d'exister et se voir reconnaître une place dans l'Etat de l'autre (chefferie). Enfin, la

Au Cameroun, malgré la constitutionnalisation, le statut de la chefferie est encore régi par un décret (Décret n° 77/245 du 15 juillet 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles et Décret n° 2013/332 du 13 septembre 2013 modifiant et complétant certaines dispositions du Décret n° 77/245 du 15 juillet 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles au Cameroun). Quant au Burkina Faso, il n'existe aucun texte dans ce pays relativement au statut de la chefferie traditionnelle.

³³ C'est le cas au Bénin, au Gabon, en Guinée, au Mali, en Centrafrique et au Sénégal. Parmi ces pays, le débat sur l'intégration de la chefferie est le plus pressant au Bénin où, en 2011, une proposition de loi sur le statut de la chefferie traditionnelle avait été introduite à l'Assemblée nationale. Cette proposition est cependant restée sans suite. V. W. de Souza, *La place des élites religieuses et traditionnelles au Bénin : l'impact de leurs relations avec les élites politiques sur le maintien de l'Etat démocratique*, Thèse, Université de Bordeaux, 2014, p. 214.

³⁴ C.-H. Perrot et F.-X. Fauvelle-Aymar (dir.), *Le retour des rois*, op. cit.

³⁵ Les institutions constitutionnelles traditionnelles sont : l'Exécutif, le Législatif et le Judiciaire. D'autres institutions se sont ajoutées par la suite et leur nature et leur nombre varient d'un pays à un autre. V. P. Ardant et B. Mathieu, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 28^e éd., Paris, LGDJ, 2016, p. 397 et ss.

³⁶ M. HERVIEU, « Le défenseur des droits : le mirage de la constitutionnalisation des AAI », *Petites affiches*, n° 133, 2010, p. 12.

problématique permet de toucher du doigt un des sujets que l'on pourrait classer parmi ce que l'on a appelé les « tabous du constitutionnalisme » en Afrique, c'est-à-dire ces sujets constitutionnels qu'il est « interdit » ou « préférable de ne pas évoquer »³⁷. En effet, dans bon nombre de pays d'Afrique francophone, la chefferie continue d'être un sujet à controverse, qui attise parfois les passions. C'est ce qui explique peut-être que malgré sa constitutionnalisation progressive, les chercheurs en droit constitutionnel africain s'en sont éloignés jusqu'à présent³⁸.

Une analyse minutieuse des dispositions constitutionnelles et législatives conduit à affirmer que la constitutionnalisation de la chefferie traditionnelle en Afrique noire francophone reste encore, majoritairement, une constitutionnalisation symbolique (I). Toutefois, on assiste à une évolution récente, qui pourrait être un nouveau tournant dans la prise en compte de la chefferie traditionnelle, marquée une constitutionnalisation beaucoup plus substantielle (II).

I. LA DOMINANCE D'UNE CONSTITUTIONNALISATION SYMBOLIQUE

Deux éléments principaux révèlent le caractère minimal ou symbolique de la constitutionnalisation de la chefferie traditionnelle dans la plupart des pays d'Afrique noire francophone qui l'ont constitutionnalisée. D'une part, elle est marginalisée, voire inexistante au plan institutionnel (A) ; d'autre part, elle n'a pas de compétences propres et reste cantonnée dans des rôles subsidiaires et symboliques (B).

A. LA MARGINALISATION INSTITUTIONNELLE

On aurait pu s'attendre avec la vague de constitutionnalisation en Afrique francophone, à l'image de ce qui se passe dans les pays anglo-saxons, à l'érection de la chefferie traditionnelle en une institution – au sens organique – qui prenne place aux côtés des autres institutions de l'Etat³⁹. On est encore loin de là. A ce jour, seuls deux pays semblent avoir franchi ce pas⁴⁰. Dans la plupart des pays, la chefferie reste confinée, soit au statut d'« appendice » de l'Administration territoriale (1) soit à un statut introuvable (2).

³⁷ V. J. du Bois de Gaudusson, « Les tabous du constitutionnalisme en Afrique : introduction thématique », *Afrique contemporaine*, 2012/2 (n° 242), p. 54.

³⁸ Nous n'avons en effet pas trouvé un seul article récent de droit constitutionnel sur le sujet.

³⁹ Au Ghana, la Chambre des rois (la *National House of Chiefs*) est une institution constitutionnelle indépendante avec des compétences propres. V. M. Pavanello, « Le paradoxe de la chefferie traditionnelle au Ghana », in C.-H. Perrot et F.-X. Fauvelle-Aymar (dir.), *Le retour des*, op. cit., p. 47 et ss.

⁴⁰ Côte d'Ivoire, République du Congo. V. *infra*, II.

1) Un statut d'« appendice » de l'Administration territoriale

Ce statut d'« appendice » de l'Administration territoriale se vérifie aussi bien dans la forme que dans le fond des dispositions constitutionnelles et législatives.

Sur le plan de la forme, il est aisé de constater que les dispositions portant sur la chefferie dans les constitutions sont généralement contenues dans le titre ou le chapitre relatif aux collectivités territoriales ou viennent immédiatement après celui-ci. Ainsi, au Niger, la disposition constitutionnelle sur la chefferie traditionnelle ferme la liste des quatre articles qui constituent le titre IX de la constitution relatif aux collectivités territoriales⁴¹. C'est le cas également au Togo, où néanmoins le constituant semble avoir fait l'effort, au contraire du Niger, de faire apparaître la chefferie dans l'intitulé du titre relatif aux collectivités⁴². Au Tchad, bien que la chefferie soit l'objet d'un titre particulier, son positionnement juste après celui portant sur les collectivités décentralisées⁴³, trahit une volonté, que ne tardera pas à confirmer d'ailleurs le contenu des dispositions, de lier son sort à ces dernières. Enfin, au Cameroun, la disposition portant sur la chefferie traditionnelle n'est qu'un « tiret » d'un des alinéas des articles du titre de la constitution relatif aux collectivités territoriales⁴⁴.

Il ressort clairement de ces agencements juridiques que les constituants concernés n'entendent point confier à la chefferie un statut institutionnel particulier. En conséquence de ce refus, les chefferies sont régies par des lois ordinaires, voire de simples décrets présidentiels (Cameroun)⁴⁵.

Le statut d'appendice de l'Administration territoriale de la chefferie se confirme encore plus à la lecture du contenu des dispositions constitutionnelles et législatives.

L'article 167 alinéa 1^{er} de la constitution nigérienne dispose ainsi que : « Elle [la chefferie traditionnelle] participe à l'administration du territoire de la République dans les conditions déterminées par la loi ». La loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Niger est pour sa part beaucoup plus précise ; elle dispose en effet

⁴¹ V. Constitution du 25 novembre 2011, art. 167.

⁴² V. Titre XII de la Constitution, qui s'intitule « Des collectivités territoriales et de la chefferie traditionnelle ».

⁴³ V. Titre 12 de la Constitution tchadienne, intitulé « Des autorités traditionnelles et coutumières », suivant le Titre 11 qui s'intitule « Des collectivités territoriales décentralisées ».

⁴⁴ V. Titre X, art. 57 al. 2, deuxième tiret, de la Constitution camerounaise.

⁴⁵ Seuls le Tchad et le Congo font régir la chefferie traditionnelle par une loi organique (Loi organique n° 10-013 du 25 août 2010 portant statut et attributions des autorités traditionnelles et coutumières au Tchad ; Loi organique n° 31-2017 du 7 août 2017 déterminant l'organisation, la composition et le fonctionnement du Conseil consultatif des sages et des notabilités traditionnelles au Congo). La nouvelle constitution ivoirienne (2016) prévoit une loi organique pour la chefferie mais cette loi n'est pas encore votée, de sorte que la chefferie reste toujours régie par la loi ordinaire de 2014 (Loi n° 2014-428 du 14 juillet 2014 portant statut des rois et chefs traditionnels en Côte d'Ivoire).

que « les communautés coutumières et traditionnelles sont intégrées dans l'organisation administrative de la République du Niger » et qu'à ce titre, « elles sont placées sous l'autorité des représentants de l'Etat dans les circonscriptions administratives où elles sont implantées »⁴⁶.

Le statut des chefs achève de convaincre de cette position d'appendice de l'Administration de la chefferie au Niger. Tout d'abord, l'Etat est plus ou moins impliqué dans le processus de leur désignation ou élection⁴⁷ et toute désignation ou élection d'un chef traditionnel doit être entériné par lui⁴⁸. Ensuite, les chefs bénéficient d'avantages matériels et sociaux fournis par l'Etat, qui peut par ailleurs les promouvoir à un grade supérieur⁴⁹. En retour, ils peuvent être l'objet de sanctions disciplinaires, allant de l'avertissement à la destitution, de la part de l'autorité administrative⁵⁰.

Enfin, fait notable, la chefferie, c'est-à-dire l'entité territoriale dans laquelle le chef exerce ses « pouvoirs », peut être supprimée ou modifiée sur décision du gouvernement⁵¹.

La situation est quasi identique au Togo. Bien qu'il existe, d'après la loi, un « Conseil national de la chefferie traditionnelle », chargé notamment d'apporter son concours à la gestion des questions relatives à la chefferie⁵², celle-ci n'en est pas moins un prolongement de l'administration. L'article 1^{er} de la loi relative à la chefferie traditionnelle est sans équivoque à ce propos : « Conformément à l'article 143 de la Constitution de la IV^e République, la chefferie traditionnelle, gardienne des us et des coutumes, *est une institution de l'Administration territoriale* »⁵³. Néanmoins, contrairement à la situation au Niger, le chef n'est pas considéré comme un « agent » de l'Administration mais un « intermédiaire » entre les populations de sa localité et cette administration⁵⁴. Si le gouvernement ne se mêle pas de la désignation des chefs,

⁴⁶ V. art. 4 de la loi n° 2015-01 du 13 janvier 2015 portant statut de la chefferie traditionnelle au Niger.

⁴⁷ Au Niger, les chefs traditionnels sont élus ou désignés selon la catégorie. Les chefs de canton, de groupement, de secteur, de village, de tribu, de quartier, de faction et les chefferies dites particulières sont élus tandis que les sultans et les chefs de provinces (qui sont des chefferies supérieures) sont désignés. Les élections sont pilotées par des commissions *ad hoc* mises en place par le ministre chargé de l'administration territoriale. V. art. 7 à 13 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Niger.

⁴⁸ Art. 10 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Niger.

⁴⁹ V. art. 5 et art. 30 à 35 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Niger.

⁵⁰ V. art. 34 à 37 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Niger.

⁵¹ Art. 6 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Niger.

⁵² Art. 2 de la loi n° 2007-002 du 8 janvier 2007 relative à la chefferie traditionnelle et au statut des chefs traditionnels au Togo.

⁵³ Italiques ajoutés.

⁵⁴ Art. 21 de la loi relative à la chefferie traditionnelle et au statut des chefs traditionnels au Togo. Ce rôle d'intermédiaire se limite toutefois aux questions ayant trait aux « us et aux coutumes » (art. 21)

qui se fait selon « les us et les coutumes de la localité »⁵⁵, en revanche, le chef désigné doit être reconnu par l'Administration⁵⁶. Bien que le refus de reconnaissance doive être motivé, la procédure ouvre la porte à des abus⁵⁷. Ensuite, tout comme au Niger, les chefs bénéficient d'une rémunération. Mais ici, cette rémunération est limitée aux seuls chefs de canton, qui sont hiérarchiquement la catégorie de chefs la plus élevée⁵⁸. Enfin, le chef peut faire l'objet de sanctions disciplinaires, pouvant aller jusqu'au retrait de la reconnaissance de l'Etat⁵⁹.

Au Cameroun, la constitution ne fait pas mention du statut institutionnel de la chefferie mais le décret 77-245 portant organisation des chefferies traditionnelles dispose que les chefs traditionnels sont des « auxiliaires de l'administration » et ont pour rôle de « seconder les autorités administratives dans leur mission d'encadrement des populations »⁶⁰. Tout comme au Niger et au Togo, les chefs bénéficient d'avantages financiers⁶¹ et peuvent être l'objet de sanctions disciplinaires⁶².

Enfin, au Tchad, bien que la constitution ait prévu un titre entier pour la chefferie traditionnelle (Titre 12), les articles 215 et 216 de la constitution traitent les « autorités coutumières et traditionnelles » comme des « collaboratrices de l'administration », chargées de concourir à l'encadrement des populations et d'appuyer l'action des collectivités territoriales décentralisées. L'article 2 de la loi organique n°10-013 du 25 août 2010 portant statut et attribution des autorités traditionnelles et coutumières reprend ces dispositions constitutionnelles, en précisant qu'« elles (les autorités traditionnelles et coutumières sont placées sous l'autorité et le contrôle des chefs des unités administratives de leur ressort » (et) servent de relais entre l'administration et les administrés ».

⁵⁵ Art. 10 de la loi relative à la chefferie traditionnelle et au statut des chefs traditionnels au Togo.

⁵⁶ Art. 13 de la loi relative à la chefferie traditionnelle et au statut des chefs traditionnels au Togo.

⁵⁷ Tel était le cas au Ghana avant la constitution de 1979. La chefferie ghanéenne était soumise en effet à une procédure de reconnaissance de la part de l'Etat. Au vu des abus, la constitution de 1979 retire ce droit au gouvernement et désormais les questions relatives à l'institution cheffale sont exclusivement tranchées par la *National House of Chiefs* et ses démembrements. V. M. Pavanello, « Le paradoxe de la chefferie traditionnelle au Ghana », in C.-H. Perrot et F.-X. Fauvelle-Aymar (dir.), *Le retour des, op. cit.*, p. 50.

⁵⁸ Art. 26 de la Loi relative à la chefferie traditionnelle et au statut des chefs traditionnels au Togo.

⁵⁹ V. art. 29 à 39 de la Loi relative à la chefferie traditionnelle et au statut des chefs traditionnels au Togo.

⁶⁰ V. art. 19 et 20 du Décret n° 77/245 du 15 juillet 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles au Cameroun.

⁶¹ V. art. 22 du Décret n° 77/245 du 15 juillet 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles au Cameroun et le Décret n° 2013/332 du 13 septembre 2013 modifiant et complétant certaines dispositions du Décret n° 77/245 du 15 juillet 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles au Cameroun.

⁶² V. art. 27 à 30 du Décret n° 77/245 portant organisation des chefferies traditionnelles au Cameroun.

Comme on peut ainsi le constater, dans tous les pays sus cités, la chefferie n'est pas considérée comme une institution à part entière. Elle n'est qu'un bout de l'administration, en particulier du ministère de l'administration territoriale, tout comme elle l'était sous la colonisation.

Ce statut, au demeurant peu reluisant pour la chefferie traditionnelle, montre en tout état de cause, que l'on n'est pas encore totalement sorti des rapports ambigus, parfois tendus, entre l'Etat postcolonial et la chefferie en Afrique francophone. La chefferie, à cause de son ancrage et de son emprise sur les populations notamment dans le pays profond, a toujours inspiré de la méfiance auprès des dirigeants africains. Quand elle n'est pas combattue, elle est placée sous contrôle. Ainsi, au Togo par exemple, la chefferie a pendant été longtemps mise sous le joug de l'Etat et du parti unique, qui l'ont réduite à sa plus simple expression. De gré ou de force, les chefs traditionnels devaient intégrer le parti unique et promouvoir ses idéaux⁶³. Au Niger, au Cameroun, au Tchad, Congo, etc., la même volonté d'avoir la chefferie sous contrôle est une donnée constante de l'histoire politique de ces pays. La constitutionnalisation ne pouvait qu'être à *minima*, voire de façade, une manœuvre pour mieux surveiller cette institution qui inspire à la fois estime et méfiance de la part de l'élite.

Si dans certains Etats, la chefferie dispose d'un statut, même s'il n'est pas « confortable » et à la hauteur de ce qu'elle représente, dans d'autres, sa situation est encore plus incertaine, puisqu'elle n'est dotée d'aucun statut institutionnel, malgré sa reconnaissance par la loi fondamentale.

2) Un statut institutionnel inexistant

La plupart des constitutions examinées passent sous silence la question du statut institutionnel de la chefferie⁶⁴. Néanmoins, cette question est généralement tranchée à travers les textes législatifs ou règlementaires portant statut de la chefferie. Dans un cas cependant (Burkina Faso), le statut institutionnel de la chefferie reste ouvert. En effet, la constitution, après avoir dans le préambule souligné la reconnaissance, par « le peuple souverain du Burkina Faso » de la « chefferie coutumière et traditionnelle en tant qu'autorité morale dépositaire des coutumes et des traditions » dans la société burkinabè⁶⁵, ne dit plus un seul mot à son sujet⁶⁶. Aucun texte législatif ou règlementaire n'est intervenu par ailleurs pour préciser ou compléter cette disposition constitutionnelle. Dès lors, malgré sa consécration par la loi fondamentale,

⁶³ V. N. Gayibor, « Les rapports entre les autorités politiques et les chefs traditionnels au Togo de 1960 à la fin du XXe siècle », in C.-H. Perrot et F.-X. Fauvelle-Aymar (dir.), *Le retour des*, op. cit., p. 105 et ss.

⁶⁴ V. point précédent.

⁶⁵ V. Préambule, §7 de la Constitution burkinabè.

⁶⁶ Il faut préciser néanmoins, même si cela n'a pas de rapport direct avec la chefferie, que l'article 101 cite parmi les domaines de la loi, « la procédure selon laquelle les coutumes seront constatées et mises en harmonie avec les principes fondamentaux de la Constitution ».

la chefferie n'a aucun statut, ni institutionnel ni matériel, du moins sur le plan juridique, au Burkina Faso. On pourrait se poser la question de savoir comment l'on en est arrivé à cette situation, que l'on pourrait qualifier de « constitutionnalisation inachevée » ?

La question de la chefferie traditionnelle au Burkina Faso est une question délicate et elle l'a toujours été tout au long de l'histoire politique de ce pays depuis les indépendances. Comme déjà mentionné, la chefferie et en particulier la chefferie Mossi⁶⁷, a joué un rôle fondamental dans la reconstitution de la colonie de la Haute Volta⁶⁸ et elle entendait de ce fait occuper une place de premier dans l'Etat postcolonial. Face aux réticences et à l'opposition de la nouvelle élite lettrée issue de l'école coloniale, elle va tenter un coup de force, avec pour velléités d'instaurer une monarchie constitutionnelle, qui se solde cependant par un échec cuisant pour elle⁶⁹. Cet acte gravissime, car considéré par beaucoup comme attentatoire à l'esprit républicain et à l'unité nationale, sera considéré comme le « péché originel » de la chefferie traditionnelle au Burkina Faso. Elle affectera en effet à jamais ses relations avec la République⁷⁰. Ainsi, après une relation très tendue avec la première république (1960-1966) qui s'était soldée par la suppression de ses émoluments et l'interdiction des successions en son sein, le régime militaire qui gouverna le pays de 1966 à 1970, ainsi que la deuxième République (1970-1974), durent réhabiliter quelque peu la chefferie, dont l'utilité se faisait encore sentir. En effet, par décret du 6 février 1968, le gouvernement de la deuxième république décide d'accorder aux chefs de canton, en leur qualité d'auxiliaire de l'administration locale, une indemnité forfaitaire égale à la moitié du traitement versé en 1964, date à laquelle ladite indemnité avait été supprimée par le régime précédent⁷¹. Cette réhabilitation sera néanmoins contestée,

⁶⁷ Les Mossis (ou Moose) sont l'ethnie majoritaire au Burkina Faso ; ils représentent près de la moitié (48%) de la population burkinabè.

⁶⁸ La colonie de la Haute Volta (actuel Burkina Faso) fut supprimée en 1932 par les autorités françaises et répartie entre les colonies du Soudan (Mali), du Niger et de la Côte d'Ivoire. Elle sera réhabilitée en 1947, après un intense lobbying auquel la chefferie traditionnelle a pris part de façon soutenue. V. V. M. Somé, « Les chefferies mossé dans la vie politique du Burkina Faso depuis 1945 », in C.-H. Perrot et F.-X. Fauvelle-Aymar, *Le retour des rois*, op. cit., p. 229 et ss.

⁶⁹ V. M. Somé, « Les chefferies mossé dans la vie politique du Burkina Faso depuis 1945 », in C.-H. Perrot et F.-X. Fauvelle-Aymar, *Le retour des rois*, op. cit., p. 229 et ss. ; également, A. Ouédraogo, « La chefferie des Moose dans la tourmente de la modernité ? » in Laboratoire des Citoyennetés-Alliance pour refonder la gouvernance en Afrique (ARGA), *La cohabitation des légitimités dans le cadre de la gouvernance locale au Burkina Faso : Enjeux et défis*, Actes de l'atelier de Ouagadougou, 25-26 novembre 2008, p. 36.

⁷⁰ V. M. Somé, « Les chefferies mossé dans la vie politique du Burkina Faso depuis 1945 », in C.-H. Perrot et F.-X. Fauvelle-Aymar, *Le retour des rois*, op. cit., p. 233.

⁷¹ *Ibid.*, p. 236 ; v. également, B. Salifou, *Les chefs traditionnels et leur participation au pouvoir politique en Afrique : les cas du Burkina Faso et du Niger*, Thèse, Université de Reims, Faculté de droit et de science politique, 2007, p. 112 et ss.

notamment par les syndicats, qui voyaient en cela « une tentative de remise en selle d'un régime de féodalité à jamais révolu »⁷².

La troisième République (1978-1980) va essayer de poursuivre ce processus de réhabilitation de la chefferie. Le 9 mai 1980, un projet de loi sur la chefferie est même introduit à l'Assemblée nationale ; ce qui était une première dans l'histoire du pays⁷³. La chefferie y était vue comme l'auxiliaire de l'administration, dans le prolongement de son rôle colonial. Toutefois, ce projet de loi ne sera jamais voté, jusqu'à la chute de la troisième république le 25 novembre 1980. Le nouveau régime militaire qui s'empare du pouvoir ne reviendra pas sur ce projet de loi mais entretient une attitude bienveillante à l'égard de la chefferie⁷⁴. Il en sera de même pour le quatrième régime militaire (1982-1983)⁷⁵.

La chefferie burkinabè va cependant connaître l'un de ses pires moments d'existence avec le régime révolutionnaire du Capitaine Thomas Sankara qui survient le 4 août 1983. L'institution cheffale est traitée de « force rétrograde et obscurantiste »⁷⁶. Dès lors, un ensemble de mesures va s'abattre sur elle. D'abord, tous les textes codifiant les attributions administratives des chefs sont abrogés. Ensuite, les avantages matériels et financiers qui leur étaient octroyés sont également supprimés. Enfin, l'organisation administrative du territoire national va être profondément remaniée par l'érection de nouvelles entités administratives avec, à leur tête, des administrateurs civils qui commandent désormais directement les villages⁷⁷.

Toutes ces mesures affaiblissent considérablement la chefferie mais n'auront pas raison d'elle pour autant. Les chefs adoptent un profil bas, en attendant des lendemains meilleurs. La chute du régime révolutionnaire en octobre 1987 et le vent de la démocratisation qui balaie le continent au début des années 1990, y compris le Burkina Faso, vont leur offrir une occasion de revenir progressivement sur la scène nationale.

⁷² Carrefour africain, n° 507 du 8 janvier 1972 ; cité par M. Somé, « Les chefferies mossé dans la vie politique du Burkina Faso depuis 1945 », in C.-H. Perrot et F.-X. Fauvelle-Aymar, *Le retour des rois*, op. cit., p. 237.

⁷³ M. Somé, « Les chefferies mossé dans la vie politique du Burkina Faso depuis 1945 », in C.-H. Perrot et F.-X. Fauvelle-Aymar, *Le retour des rois*, op. cit., p. 240.

⁷⁴ V. B. Salifou, *Les chefs traditionnels et leur participation au pouvoir politique en Afrique*, op. cit., pp. 118-120.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ M. Somé, « Les chefferies mossé dans la vie politique du Burkina Faso depuis 1945 », in C.-H. Perrot et F.-X. Fauvelle-Aymar, *Le retour des rois*, op. cit., p. 240.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 241.

Aujourd'hui, la chefferie traditionnelle occupe une place centrale dans vie socio-politique du Burkina Faso. Mais, comme déjà souligné, en dehors de sa reconnaissance par le préambule de la constitution, aucun texte ne la régit⁷⁸.

Cette situation appelle les remarques suivantes : premièrement, elle est la résultante en partie du « péché originel » évoqué plus haut, qui a créé une méfiance latente et permanente à l'égard de cette institution, que beaucoup d'observateurs locaux continuent de considérer comme représentant une menace contre la République et l'unité nationale⁷⁹. Deuxièmement, il s'agit d'une situation qui arrange tout le monde, y compris la chefferie. En effet, l'absence de texte encadrant l'activité des chefs est un avantage pour eux, car cela leur permet de s'engager officiellement en politique, tout en gardant leur statut. Ainsi, avec l'influence qu'ils ont sur une bonne partie de la population, ils se font élire députés ou maires, sans grande difficulté. Il n'est pas certain qu'en cas de réglementation de leurs activités, cette possibilité leur sera préservée. Un examen des textes portant statut de la chefferie traditionnelle dans les pays couverts par la présente étude, révèle en effet que les chefs sont bannis de toute activité politique, notamment de mandat électif⁸⁰. Cela n'est pas bien rassurant pour les chefs traditionnels burkinabè, habitués tout au long des régimes constitutionnels pluralistes qui ont succédé la 1^{ère} République, à combiner leur bonnet⁸¹ avec l'écharpe de maire ou de député ; d'où leur réticence par rapport à un statut juridique les concernant.

La classe politique se satisfait également de cette situation, dans la mesure où les chefs sont considérés comme des « grands électeurs », et dans ces conditions, s'assurer de leur soutien équivaut plus ou moins à une élection garantie. C'est ainsi que l'on peut constater lors des campagnes électorales, une cour assidue engagée auprès de la chefferie, le tout sur fond de corruption électorale et d'achats de conscience.

En sus de sa non reconnaissance en tant qu'institution formelle, la chefferie est confinée, dans la plupart des pays francophones qui l'ont constitutionnalisée, dans des tâches secondaires et symboliques.

⁷⁸ Le projet de nouvelle constitution remis au Chef de l'État le 19 juillet 2017 garde le *statu quo* par rapport à cette question.

⁷⁹ Le Burkina Faso compte en effet une soixante d'ethnies et la chefferie n'a pas la même importance dans ces ethnies. Si elle est fortement présente au centre et à l'est du pays, en revanche, elle est peu importante, voire inexistante à l'ouest et au sud-ouest.

⁸⁰ Niger (Constitution, art. 167, al. 2 ; art. 26 de la Loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Niger), Togo (art. 9 de la Loi relative à la chefferie traditionnelle et au statut des chefs traditionnels au Togo), Côte d'Ivoire (art. 6 et 7 de la Loi portant statut des rois et chefs traditionnels), Tchad (art. 19 loi organique portant statut et attributions des autorités traditionnelles et coutumières). Au Cameroun et au Congo cependant, ni la constitution ni la loi portant statut de la chefferie ne proscrivent les activités politiques aux chefs traditionnels.

⁸¹ Le bonnet est le symbole de la chefferie.

B. LE CANTONNEMENT DANS DES ROLES SUBSIDIAIRES ET SYMBOLIQUES

La chefferie reste confinée dans des fonctions que l'on peut considérer comme subsidiaires et symboliques. Ainsi, en tant qu'auxiliaire de l'administration territoriale, elle est appelée à soutenir les actions diverses de développement et d'encadrement des populations au niveau local (1). Par ailleurs, en tant que pilier de la société traditionnelle africaine, elle est appelée à être la garante des valeurs coutumières et traditionnelles (2). Si la première mission est un prolongement du rôle à elle attribué sous la colonisation, la seconde est par contre une invention de l'Etat moderne.

1) L'appui à l'action de l'Etat et des collectivités territoriales

L'arrivée du colonisateur en terre africaine a bouleversé les organisations sociopolitiques du continent, comme cela a déjà été relevé. La chefferie, qui remplissait à la fois le rôle de pouvoir exécutif, législatif et judiciaire, va se retrouver reléguée au second plan. On lui confie la tâche de relayer les messages du pouvoir colonial et secondairement d'encadrer les populations. Les tentatives de la chefferie de recouvrer son ancienne place après le départ du colonisateur vont rester vaines, particulièrement en Afrique noire francophone. Elle est maintenue au meilleur des cas dans son rôle colonial, au pire, elle est purement et simplement rayée du paysage institutionnel, comme ce fut le cas en Guinée⁸².

La constitutionnalisation n'a pas changé grand-chose dans cette situation. L'institution cheffale est maintenue principalement dans son rôle d'auxiliaire de l'administration. Toutefois, ses responsabilités sont renforcées çà et là, en vue de lui permettre en particulier d'accompagner les actions de développement local à travers le processus de décentralisation qui a suivi la vague de démocratisation des années 1990. Les chefs traditionnels vont donc être mis à contribution, en raison de leur connaissance du terrain et des populations, pour essayer d'accélérer le développement local. Les missions qui leur sont confiées sont diverses mais globalement, elles peuvent être regroupées en trois catégories : les activités socioéconomiques, les activités de représentation et d'encadrement des populations et enfin les activités de règlement des différends.

Concernant les activités socioéconomiques, il faut noter tout d'abord que dans plusieurs pays, la chefferie est membre d'office du conseil de certaines collectivités décentralisées. Ainsi, au Niger, les chefs de canton, de groupement ou de province sont membres de droit – avec voix consultative cependant – des conseils régionaux ou municipaux⁸³. Il en est ainsi également au Cameroun pour ce qui concerne les conseils régionaux⁸⁴. A ce titre, les chefs sont appelés à apporter leur concours à toutes les

⁸² V. *Supra*, Introduction.

⁸³ V. art. 24 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Niger.

⁸⁴ V. art. 57 al. 2 de la Constitution.

initiatives de développement local. Ils sont ainsi consultés et associés dans le cadre de toute action relative aux politiques de développement local, à l'éducation, à la santé, au foncier, à la production agricole et pastorale, à l'hygiène et à l'assainissement, etc.⁸⁵ Par ailleurs, les chefs traditionnels collectent ou participent à la collecte des impôts et taxes, en particulier dans les zones rurales, où la présence de l'Etat est faible ou inexistante⁸⁶.

S'agissant des activités de représentation et d'encadrement des populations, la chefferie est appelée à servir de relais entre les pouvoirs publics et les populations, à apporter son concours dans l'exécution des lois et règlements de la République et au maintien de l'ordre⁸⁷. En outre, elle assure la défense des intérêts des populations auprès des autorités administratives⁸⁸.

Enfin, quant aux activités de règlement des différends, les pouvoirs de la chefferie sont essentiellement un pouvoir de conciliation et de médiation entre les populations de leurs ressorts. Au Togo, ce pouvoir est réduit aux questions coutumières⁸⁹ tandis qu'au Niger, au Tchad et au Cameroun, le pouvoir de médiation et de conciliation des chefs peut porter également sur des questions civiles et foncières⁹⁰. Par ailleurs, la chefferie est appelée à apporter son concours au règlement des litiges concernant elle-même, notamment les questions de succession, de conflits entre chefferies, etc.⁹¹.

⁸⁵ V. art. 23 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Niger ; art. 22 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Togo.

⁸⁶ V. art. 14 de loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Niger ; art. 8 de la loi organique portant statut et attributions des autorités traditionnelles et coutumières au Tchad ; art. 20 du décret portant organisation des chefferies traditionnelles au Cameroun.

⁸⁷ Art. 16 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Niger ; art. 21 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Togo ; art. 20 du décret portant organisation des chefferies traditionnelles au Cameroun ; art. 215 de la Constitution tchadienne.

⁸⁸ Art. 16 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Niger.

⁸⁹ Art. 20 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Togo.

⁹⁰ Art. 18 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Niger ; art. 7 de loi organique portant statut et attributions des autorités traditionnelles et coutumières au Tchad ; art. 21 du décret portant organisation des chefferies traditionnelles au Cameroun.

⁹¹ Art. 2 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Togo ; art. 18 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Niger.

Compte tenu de la forte implication de l'administration dans la désignation des chefs, le contentieux de la succession des chefs traditionnels relève principalement de la juridiction administrative au Niger, au Togo et au Tchad. Elle relevait également de cette juridiction au Cameroun jusqu'en 1980, où la loi a dessaisi les juridictions administratives au profit des autorités administratives. V. M. Y. Togne, « Le contentieux de la désignation du chef traditionnel au Cameroun », Letanton (blog), 14 février 2011 (<http://letanton.over-blog.com/article-le-contentieux-de-la-designation-du-chef-traditionnel-au-cameroun-67205291.html>). Au Burkina Faso, ce contentieux relevait également de la juridiction administrative jusqu'à l'abrogation des textes portant statut de la chefferie traditionnelle par le régime révolutionnaire d'août 1983 (v. *Ouédraogo Tiga, Notable à Zandkom, Cercle de Kongoussi c. Gouvernement de Haute-Volta*, Cour suprême, Chambre administrative, 8 mai 1970 ; également, *Dama Moussa c. Gouvernement de Haute-Volta*, Cour suprême, Chambre administrative, 12 novembre 1971).

Comme on peut ainsi le constater, les attributions de la chefferie, bien que nobles dans leur essence, n'en demeurent pas moins secondaires, dans la mesure où dans la majeure partie des activités sus énumérées, l'institution cheffale n'est sollicitée qu'en tant qu'appui. Son pouvoir d'initiative reste très limité.

Néanmoins, ce qui est frappant, c'est la grande variété des tâches et la délicatesse de certaines d'entre elles. Il en est ainsi par exemple du règlement des litiges, du recouvrement des taxes et du maintien de l'ordre. C'est pourquoi, en plus de l'allocation financière et des avantages matériels et sociaux dont ils bénéficient, les chefs sont protégés par l'Etat contre les menaces, les outrages, les injures ou les diffamations dont ils peuvent être l'objet dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions⁹². Ils jouissent même de l'immunité dans certains pays, comme au Togo⁹³.

Il reste néanmoins la question de la formation des chefs. Comme on le sait, la plupart d'entre eux sont illettrés. Au Togo et au Cameroun, on tente de juguler le problème en exigeant des candidats à la chefferie qu'ils sachent lire et écrire en langue officielle⁹⁴. Toutefois, cela semble une intrusion de plus dans une institution, dont les règles normales de succession sont loin de la logique républicaine.

Le second rôle confié à la chefferie traditionnelle est beaucoup plus symbolique.

2) La préservation des us et coutumes

La préservation des us et coutumes constitue le second rôle attribué à la chefferie dans la plupart des pays d'Afrique francophone. C'est même le premier voire l'unique rôle confiée à la chefferie dans certains pays. Il s'agit d'une mission multiséculaire de la chefferie mais contrairement à la précédente – appui à l'administration – elle fut ignorée sous la colonisation. En effet, le colonisateur ne se préoccupait guère de la préservation des valeurs traditionnelles africaines, qu'il trouvait par ailleurs « bizarres » et obscurantistes⁹⁵. Cela a été également presque la même chose avec la nouvelle élite indépendante qui, comme on le sait, a eu des rapports difficiles avec la chefferie dans certains pays. Il a fallu attendre la restauration et la constitutionnalisation de la chefferie pour voir réapparaître cette mission fondamentale de la chefferie.

⁹² Art. 28 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Niger ; art. 27 du décret portant organisation des chefferies traditionnelles au Cameroun.

⁹³ Art. 28 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Togo.

⁹⁴ V. art. 8 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Togo et art. 8 du décret portant organisation des chefferies traditionnelles au Cameroun.

Au Togo, les chefferies supérieures (chefs de canton) bénéficient de l'assistance d'un secrétaire mis à leur disposition par l'Etat. V. art. 23 de la loi portant statut de la chefferie traditionnelle au Togo.

⁹⁵ V. J.-J. Villandre, *Les chefferies traditionnelles en Afrique occidentale française*, op. cit., p. 11.

Ainsi, la chefferie est-elle tantôt considérée comme « autorité morale dépositaire des coutumes et des traditions »⁹⁶, « dépositaire de l'autorité coutumière »⁹⁷, « garante des us et coutumes »⁹⁸ ou encore « gardienne des us et coutumes »⁹⁹. Cependant, la permanence de cette formule n'a d'égale que l'imprécision de son contenu. En effet, que recouvre les notions d'« us et coutumes » ou de « coutumes et traditions » ? Aucune des dispositions constitutionnelles ou légales ne donne des précisions par rapport à ces termes.

Selon *Le Petit Robert*, les « us et coutumes » désignent « les habitudes et les usages traditionnels » d'une société donnée¹⁰⁰. Quant à la « tradition », elle renvoie à l'ensemble des « doctrines et pratiques religieuses ou morales » transmises de génération en génération¹⁰¹.

Dans le contexte africain, l'usage de ces termes renvoie aux pratiques culturelles et aux valeurs ancestrales africaines, qui étaient le soubassement des sociétés précoloniales. Leur mention par les constitutions soulève deux problèmes principaux, au-delà de la problématique de leur définition déjà relevée. D'abord, comment identifier et répertorier ces pratiques et valeurs, quand on connaît la diversité et la complexité des sociétés africaines et que ces valeurs et pratiques ne sont codifiées nulle part ? Ensuite, quelles pratiques et valeurs protéger et promouvoir, dès lors que l'on sait que certaines d'entre elles sont contraires aux valeurs républicaines d'aujourd'hui, en particulier les droits humains ?

Quelques constitutions et dispositions législatives tentent de donner des réponses à ces questions. Ainsi, en Côte d'Ivoire, la Chambre nationale des rois et chefs traditionnels (CNRCT) a-t-elle reçu pour mission, entre autres, de « dresser un répertoire des us et coutumes » de toute la Côte d'Ivoire¹⁰². Il s'agit d'une tâche complexe mais néanmoins indispensable, si on veut bien que la chefferie puisse s'acquitter, comme il se doit, de son rôle de garante de ces us et coutumes.

Concernant le type de valeurs à protéger, il y a lieu de relever que la plupart des constitutions des Etats d'Afrique francophone posent le principe de la « mise en harmonie des coutumes avec les principes fondamentaux de la constitution »¹⁰³. La mise en œuvre de ce principe signifie que seuls les us et coutumes qui sont en phase

⁹⁶ Préambule, §7 de la Constitution du Burkina Faso.

⁹⁷ Art. 167 de la Constitution du Niger.

⁹⁸ Art. 214 de la Constitution du Tchad.

⁹⁹ Art. 143 de la Constitution du Togo.

¹⁰⁰ *Le Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2017, p. 2663.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 2591.

¹⁰² V. art. 9 de la loi portant statut des rois et chefs traditionnels de Côte d'Ivoire.

¹⁰³ V. art. 101 de la constitution burkinabè ; art. 84 de la constitution togolaise ; art. 99 de la constitution nigérienne ; art. 101 de la constitution ivoirienne ; etc.

avec les principes fondamentaux de la constitution seront promus et protégés. A *contrario*, ceux qui sont contraires à ces principes, sont proscrits. La constitution tchadienne est plus précise à cet égard, puisqu'elle identifie des catégories de coutumes qui sont prohibées. Il en est ainsi par exemple des coutumes qui sont « contraires à l'ordre public » ou celles qui « prônent l'inégalité entre les citoyens »¹⁰⁴.

D'autres interrogations subsistent : il s'agit d'abord de la question des modalités d'accomplissement des missions de la chefferie dans ce rôle de « garante des us et coutumes ». Ni les constitutions ni les instruments juridiques portant statut de la chefferie traditionnelle n'abordent directement cette question. Par ailleurs, on pourrait bien se poser la question de savoir comment l'institution cheffale parviendra à promouvoir et protéger des valeurs traditionnelles africaines dans un contexte de mondialisation et d'effritement de son autorité, en particulier dans les milieux urbains ?

Au total, la constitutionnalisation de la chefferie dans la plupart des pays d'Afrique francophone ressemble beaucoup plus à un mirage, le statut de cette institution n'ayant pas fondamentalement évolué par rapport à ce qu'il était sous la colonisation et les années postindépendances.

Toutefois, l'on assiste à une évolution récente, tendant à une constitutionnalisation beaucoup plus substantielle.

II. L'EMERGENCE D'UNE CONSTITUTIONNALISATION SUBSTANTIELLE

Rejetée ou reléguée à l'arrière-plan dans certains pays, prise en compte de manière minimale dans d'autres, la chefferie traditionnelle célèbre depuis peu et dans un nombre limité de pays, son retour plein et entier, qui lui aménage une place de choix parmi les institutions de l'Etat. Dans ces pays, la chefferie n'est plus considérée comme un simple « appendice » de l'administration ; elle a été érigée en une institution formelle qui plus est, de rang constitutionnel (A). En outre, elle a été dotée de compétences propres et élargies (B).

¹⁰⁴ Art. 161 de la constitution tchadienne.

A- L'ELEVATION AU RANG D'INSTITUTION CONSTITUTIONNELLE

Cette élévation est à la fois juridique (1) et politique (2).

1. Une consécration juridique

Traditionnellement, ce sont les institutions politiques – Exécutif et Législatif – qui tiraient leur fondement de la constitution¹⁰⁵. Toutefois, la gamme des institutions constitutionnelles s'est élargie avec le temps, pour inclure aussi bien des institutions juridictionnelles qu'administratives¹⁰⁶. Tout cela s'est fait dans le cadre général de la « juridicisation » des institutions et de la vie politique, dont le processus a été observé en France à partir des années 1980¹⁰⁷.

Aujourd'hui, en Afrique francophone, il faudra désormais compter avec la chefferie traditionnelle.

En effet, le 14 juillet 2014, le président de la République ivoirienne promulguait une loi sur la chefferie traditionnelle¹⁰⁸ qui visait deux objectifs essentiels : d'une part, revisiter le statut des rois et chefs traditionnels, qui continuaient d'être régis jusque-là par un vieil arrêté colonial datant de 1934¹⁰⁹ ; et, d'autre part, créer une Chambre nationale des rois et chefs traditionnels, qui devrait désormais représenter l'ensemble de la chefferie traditionnelle¹¹⁰. Le 20 mai 2015, un décret d'application de cette loi fut pris par le conseil des ministres, précisant l'organisation et le fonctionnement de la Chambre des rois¹¹¹. Cette consécration juridique sera parachevée le 30 octobre 2016, avec la reconnaissance par la constitution de la III^e république de la chefferie traditionnelle ainsi que la constitutionnalisation de la CNRCT. L'article 175 de la nouvelle constitution dispose en effet : « La chefferie traditionnelle est représentée par la Chambre nationale des rois et chefs traditionnels. La Chambre nationale des rois et chefs traditionnels est l'institution regroupant tous les rois et chefs traditionnels de Côte d'Ivoire ».

¹⁰⁵ V. L. Favoreu et al. *Droit constitutionnel*, 20^e éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 649 et ss.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ L. Favoreu, L. Favoreu, « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit : Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 36.

¹⁰⁸ V. Loi 2014-428 du 14 juillet 2014 portant statut des rois et chefs traditionnels.

¹⁰⁹ Arrêté 3206/BP du 10 octobre 1934 portant constitution de l'administration indigène en Côte d'Ivoire.

¹¹⁰ Jusque-là, la chefferie était représentée par une association créée par les chefs eux-mêmes, à savoir l'Association des rois et chefs traditionnels (ARCT) de Côte d'Ivoire. V. F. R. Koné, « La Chambre nationale des rois et chefs traditionnels de Côte d'Ivoire », *Analyse sociétale africaine*, mars 2017, p. 4.

¹¹¹ V. décret n° 2015-358 du 20 mai 2015 portant organisation et fonctionnement de la Chambre nationale des rois et chefs traditionnels.

La CNRCT comporte deux organes principaux : l'Assemblée des rois et chefs traditionnels et le Directoire de la Chambre. L'Assemblée, composée de 216 membres en raison de deux chefs traditionnels par département, est l'organe suprême de décision de la Chambre. Elle se réunit en session ordinaire au moins une fois par an¹¹². Le Directoire quant à lui est composé de 35 membres et constitue l'organe exécutif de la CNRCT¹¹³. Il comprend un bureau de 11 membres élus par leurs pairs, dont un président, qui fait office de président de la CNRCT¹¹⁴. Enfin, il faut relever que la CNRCT dispose d'un secrétariat général, dirigé par un secrétaire général, nommé par décret pris en conseil des ministres¹¹⁵.

Quant au statut des rois et chefs traditionnels, les chefs ivoiriens, à l'instar de leurs homologues des pays où un statut est réservé à la chefferie, bénéficient de droits particuliers et sont astreints à un certain nombre d'obligations. S'agissant des droits, ils bénéficient d'une carte d'identification, peuvent être décorés si leur mérite est établi et ont un rang protocolaire lors des cérémonies publiques¹¹⁶. En outre, ils sont protégés par l'Etat contre les menaces, outrages, violences, injures ou diffamation dont ils pourraient être l'objet dans l'exercice de leur fonction¹¹⁷. Quant aux obligations, les rois et chefs traditionnels sont soumis à une obligation de neutralité, d'impartialité et de réserve. Ils doivent en particulier s'abstenir d'afficher leur appartenance politique et il leur est interdit de briguer quelque mandat électif que ce soit¹¹⁸.

Cette constitutionnalisation de la CNRCT en Côte d'Ivoire représente une étape importante dans la restauration de la chefferie traditionnelle en Afrique francophone. Elle constitue un précédent qui pourrait créer des émules, si toutefois l'expérience s'avère concluante.

Elle laisse néanmoins ouverte un certain nombre de questions, parmi lesquelles la question cruciale des rapports avec les autres institutions de la République. La CNRCT est-elle une institution indépendante, placée sur un pied d'égalité avec les autres institutions constitutionnelles, où est-elle subordonnée à une autre institution ? Ni la constitution ni la loi portant statut des rois et chefs traditionnels ne donnent une réponse claire à cette question. Le décret portant organisation et fonctionnement de la CNRCT la place cependant sous la tutelle du ministre chargé de l'administration du territoire¹¹⁹, ce qui semble être en contradiction avec l'esprit de la loi et de la constitution. Par ailleurs, ce décret ne précise pas la portée de cette tutelle, à savoir, par exemple, si le ministre peut sanctionner ou destituer un roi ou un chef pour

¹¹² Art. 15 de la loi portant statut des rois et chefs traditionnels de Côte d'Ivoire.

¹¹³ V. art. 10 à 21 de la loi portant statut des rois et chefs traditionnels de Côte d'Ivoire.

¹¹⁴ Art. 18 du décret n° 2015-358 du 20 mai 2015 portant organisation et fonctionnement de la Chambre nationale des rois et chefs traditionnels de Côte d'Ivoire.

¹¹⁵ Art. 23 du décret portant organisation et fonctionnement de la CNRCT.

¹¹⁶ V. art. 4 de la loi portant statut des rois et chefs traditionnels de Côte d'Ivoire.

¹¹⁷ Art. 5 de la loi portant statut des rois et chefs traditionnels de Côte d'Ivoire.

¹¹⁸ Art. 6 et 7 de la loi portant statut des rois et chefs traditionnels de Côte d'Ivoire.

¹¹⁹ V. décret portant organisation et fonctionnement de la CNRCT, art. 3.

mauvais comportement, comme cela est clairement stipulé dans les législations des pays à constitutionnalisation symbolique examinées plus haut¹²⁰.

A cet égard, il faut relever que l'exemple ivoirien s'inspire de l'exemple ghanéen, sans pour autant en tirer toutes les conséquences. En effet, en constitutionnalisant la *National House of Chiefs*¹²¹, le constituant ghanéen a entendu lui garantir toute l'indépendance nécessaire pour gérer, entre autres, les questions de la chefferie. C'est pour cette raison qu'il prohibe toute ingérence des pouvoirs publics dans son fonctionnement. Ainsi, l'article 270 de la constitution dispose que « le parlement n'a aucun pouvoir d'adopter une loi qui : (a) confère autorité ou droit à qui que ce soit d'accorder ou de retirer la reconnaissance à un chef ; ou (b) porte atteinte à l'honneur et à la dignité reconnues à la chefferie »¹²². Le but affiché est d'éviter que les autorités politiques n'usent d'un tel pouvoir pour refuser la reconnaissance à des chefs qui ne leur seraient pas favorables ou destituer ceux qu'ils n'arriveraient pas à manipuler.

Le deuxième pays à élever la chefferie au rang d'institution constitutionnelle est la République du Congo, comme indiqué plus haut. Dans ce pays, il a été en effet institué un « Conseil consultatif des sages et des notabilités traditionnelles », conformément aux articles 230 et 231 de la constitution. L'organisation, la composition et le fonctionnement de ce Conseil ont quant à eux été déterminés par une loi organique en date du 7 août 2017¹²³. Toutefois, il faut préciser qu'on a affaire ici, beaucoup plus, à un organe hybride, voire hétéroclite, plutôt qu'à une véritable institution regroupant la chefferie. En effet, au titre de la composition du Conseil par exemple, on retrouve deux catégories de membres : il y a d'une part, les membres de droit et d'autre part, des membres désignés par le président de la République, en Conseil des ministres. Parmi les membres de droit, il y a les rois, le président national des sages et les présidents des sages de chaque département¹²⁴. Les membres désignés par le président de la République sont les membres du bureau exécutif national des sages, les chefferies traditionnelles de chaque département, un représentant de la présidence de la République, un représentant de la Primature, un représentant du ministère en charge de l'Administration du territoire, un représentant du ministère en charge de la culture et des arts¹²⁵. En outre, le président de la République peut désigner toute personnalité

¹²⁰ V. *Supra*, I. A.

¹²¹ La *National House of Chiefs* est la Chambre des rois ghanéenne. Elle a été créée par la *Houses of Chiefs Act* de 1958 et a été constitutionnalisée pour la première fois en 1969, avec la constitution du 22 août 1969 (v. M. Pavanello, « Le paradoxe de la chefferie traditionnelle au Ghana », in C.-H. Perrot et F.-X. Fauvelle-Aymar (dir.), *Le retour des, op. cit.*, p. 49-50). Le législateur et le constituant ivoiriens se sont beaucoup s'inspirés de cette expérience ghanéenne.

¹²² V. art. 270, al. 2 de la constitution ghanéenne du 8 mai 1992.

¹²³ V. Loi organique n° 31-2017 du 7 août 2017 portant organisation, composition et fonctionnement du Conseil consultatif des sages et des notabilités traditionnelles.

¹²⁴ Art. 3 de la loi organique n° 31-2017 du 7 août 2017 portant organisation, composition et fonctionnement du Conseil consultatif des sages et des notabilités traditionnelles.

La loi ne donne aucune précision de la notion de « sages » qu'elle emploie.

¹²⁵ Art. 3 de la loi organique du 7 août 2017.

reconnue pour son « esprit de modération et d'adhésion à la cohésion et à la solidarité nationales ainsi qu'à la justice sociale » pour siéger au Conseil.

S'agissant du fonctionnement, le Conseil est convoqué par décret du président de la République qui arrête par la même occasion la liste définitive des participants¹²⁶. Les délibérations du Conseil sont ensuite transmises au président de la République¹²⁷. Enfin, le Conseil dispose d'un secrétariat permanent, dirigé par un secrétaire permanent nommé par le gouvernement.

Comme on peut le constater, l'Exécutif, et le chef de l'Etat en particulier, joue un rôle trop prépondérant dans le Conseil consultatif des sages et des notabilités traditionnelles au Congo, au point de le vider de sa substance en tant qu'organisation ayant pour vocation de rassembler des chefs traditionnels. Bien que la loi organique du 7 août 2017 dispose que « tout sage faisant preuve d'activisme politique » ne peut être nommé au Conseil consultatif¹²⁸, cet organe ressemble beaucoup plus à un instrument politique, aux fins de légitimation des actions des autorités politiques. Il pose le problème récurrent de l'instrumentalisation de la chefferie traditionnelle, assez fréquent dans de nombreux pays africains, qu'ils aient constitutionnalisé ou non l'institution.

En plus d'être élevée juridiquement au rang d'institution constitutionnelle, la chefferie l'a été également au plan politique, surtout en république de Côte d'Ivoire.

2. Une consécration politique

La constitutionnalisation de la CNRCT en Côte d'Ivoire représente le couronnement d'une volonté politique au plus haut niveau de l'Etat, tendant à l'élévation la chefferie qui, au fond, n'a jamais connu de relations particulièrement difficiles avec l'Etat moderne dans ce pays. En effet, contrairement aux chefferies de certains pays d'Afrique francophone, qui ont eu parfois des rapports tendus avec les élites politiques au sortir des indépendances, la chefferie ivoirienne a reçu un accueil plus ou moins bienveillant de la part de l'élite ivoirienne¹²⁹. Toutefois, aucune action réelle n'a été posée tendant à son intégration dans le paysage institutionnel de l'Etat. Tout comme dans les autres pays où elle n'a pas été supprimée, la chefferie était simplement

¹²⁶ Art. 10 de la loi organique du 7 août 2017.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ loi organique du 7 août 2017, art. 5.

¹²⁹ V. E. Le Roy, « Les chefferies traditionnelles et le problème de leur intégration », in G. Conac, *Les institutions administratives des Etats francophones d'Afrique noire*, Paris, Economica, 1979, p. 114. L'une des raisons avancées pour expliquer cette attitude de l'élite politique est que le premier chef de l'Etat ivoirien, Félix Houphouët-Boigny, fut lui-même chef traditionnel (chef de canton).

associée à l'administration du territoire, en tant qu'auxiliaire des autorités déconcentrées¹³⁰.

L'arrivée au pouvoir du président Alassane Dramane Ouattara au pouvoir en 2011 change cette donne. Alors candidat à l'élection présidentielle de novembre 2010, celui-ci s'était engagé à octroyer un statut digne de son rang à la chefferie traditionnelle s'il était élu. Cette promesse sera tenue le 11 juillet 2014, lorsque l'Assemblée nationale ivoirienne vote la loi portant statut des rois et chefs traditionnels.

La loi sur la chefferie voulue par le président Ouattara innove à trois niveaux principalement : d'abord, il y a la création de la Chambre nationale des rois et chefs traditionnels, évoquée plus haut et qui constitue une première en Afrique noire francophone. Ensuite, même si les chefs ne sont pas rémunérés, la loi prévoit l'inscription, au titre du budget national, d'une subvention annuelle destinée à assurer le fonctionnement de la CNRCT¹³¹. Enfin, relativement au statut même des rois et chefs, la nouvelle loi supprime toute référence à la chefferie en tant qu'« auxiliaire » de l'Administration. Jusque-là, l'arrêté colonial qui encadrait encore les relations entre l'Etat et la chefferie, considérait en effet les chefs traditionnels, dans la continuité de leur statut colonial, comme des « auxiliaires » de l'Administration territoriale¹³². Ce statut, qui réduisait les chefs en de simples « commis » de l'Administration, est désormais aboli, même si ces derniers sont encore appelés à aider à la mobilisation des populations pour les actions de développement de l'Etat¹³³.

Ce qu'il faut souligner, c'est que ces réformes ne sont pas restées que théoriques, comme cela est assez souvent le cas en Afrique. Elles ont été suivies d'actes, tendant notamment à rendre opérationnelle la CNRCT. Parmi ces actes, il y a le décret portant organisation et fonctionnement de la CNRCT, adopté en 2015 mais surtout, la construction dans la même année à Yamoussoukro, la capitale politique ivoirienne, d'une imposante bâtisse servant de siège à la CNRCT¹³⁴. A ce jour, la Chambre est opérationnelle et se réunit régulièrement. Elle dispose même d'un site Internet et d'une page Facebook, preuve que tradition et modernité ne sont pas irréconciliables¹³⁵.

Le couronnement de l'ensemble de ces actions reste la reconnaissance et l'ancrage constitutionnels de la CNRCT opérés par la constitution du 30 octobre 2016. Cette constitutionnalisation, au-delà de ses aspects juridiques, représente un acte symbolique

¹³⁰ V. N. Kouadio, « Recherche sur le pouvoir local en Côte d'Ivoire », *Cahiers Africains d'Administration Publique*, n° 57, pp. 1-13.

¹³¹ V. article 24.

¹³² V. F. R. Koné, « La Chambre nationale des rois et chefs traditionnels de Côte d'Ivoire », *op. cit.*, p. 1.

¹³³ V. art. 9 de la loi portant statut des rois et chefs traditionnels de Côte d'Ivoire.

¹³⁴ Ce siège, qui est situé non loin de la présidence de la république, a été inauguré le vendredi 2 octobre 2015, en présence du chef de l'Etat ivoirien.

¹³⁵ www.cnrct.ci ; <https://fr-fr.facebook.com/CNRCTOFFICIEL/>.

fort. Elle vient confirmer la volonté qui se dégage depuis un certain temps dans ce pays quant à la prise en compte effective de la chefferie en tant qu'actrice majeure et à part entière de la vie sociopolitique.

L'examen des nouvelles attributions de cette institution, désormais élargies, confirme cette option.

B. DES ATTRIBUTIONS ELARGIES

Institution désormais de rang constitutionnel, la chefferie traditionnelle ne pouvait plus être considérée en Côte d'Ivoire et au Congo, comme un simple relai de l'administration. Dès lors, elle a reçu des attributions nouvelles, qui lui sont propres. Ces attributions concernent aussi bien l'institution cheffale elle-même (1) que des questions d'intérêt national (2).

1. Les attributions à l'égard de la chefferie

L'une des questions complexes auxquelles font face la plupart des Etats d'Afrique où la chefferie occupe encore une place importante, est la gestion des questions internes à cette institution. En effet, compte tenu, entre autres, des avantages et des privilèges que procure le statut de chef traditionnel, la question de la chefferie est devenue un enjeu important ; d'où l'exacerbation des rivalités, conduisant parfois à des drames. C'est le cas souvent lors des successions, où des « guerres » fratricides peuvent éclater entre les prétendants¹³⁶, ou encore des conflits « de territoire » ou de voisinage qui peuvent éclater entre deux ou plusieurs chefferies. Lorsque de tels conflits surviennent, l'administration ne peut, le plus souvent, que prendre des mesures conservatoires en vue de préserver la paix, laissant la question de fond sans réponse.

S'inspirant encore une fois de l'exemple ghanéen, le législateur ivoirien a décidé de transférer la gestion de ces conflits, et de manière générale la gestion des questions relatives à la chefferie, aux chefs traditionnels eux-mêmes. Ainsi, la CNRCT a-t-elle reçu pour missions, entre autres, de :

- dresser un répertoire national des rois et chefs traditionnels ;
- dresser un répertoire national des us et coutumes ;

¹³⁶ En 2018, une affaire de succession de chef traditionnel a été portée pour la première fois devant la Cour de justice de la CEDEAO ; ce qui montre tout l'enjeu désormais acquis par le phénomène. Il s'agit du différend qui oppose les chefs des villages du lignage *Sarkin Arewa* du canton de Tibiri au Niger à l'Etat nigérien. Après avoir vu leurs candidatures à l'élection du chef du canton écartées par le Ministre de l'intérieur et suite à un recours infructueux devant le Conseil d'Etat, les chefs des villages du lignage *Sarkin Arewa*, saisissent, le 16 janvier 2018, la Cour de justice de la CEDEAO, pour violation de leurs droits fondamentaux. V. « Contentieux de la chefferie du canton de Tibiri : les candidats Sarkin Arewa saisissent officiellement la Cour de justice de la CEDEAO », *aNiamey.com* (<http://news.aniamey.com/h/83472.html>)

- veiller au respect du statut des rois et chefs traditionnels ;
- contribuer à régler les litiges relatifs à la désignation des autorités traditionnelles conformément aux us et coutumes ;
- participer à la formation des rois et chefs traditionnels¹³⁷.

Ce pouvoir d'autorégulation conféré à la chefferie relève d'un bon sens, dans la mesure où les chefs semblent être les mieux à même de résoudre ces questions hautement complexes, impliquant des coutumes et traditions. Par ailleurs, cela renforce l'autonomie institutionnelle de la chefferie, en droite ligne avec son élévation au rang d'institution constitutionnelle.

Toutefois, le législateur et le constituant ivoiriens n'ont pas voulu aller aussi loin que le constituant ghanéen. Dans le modèle ghanéen, qui a beaucoup inspiré la Côte d'Ivoire comme cela a été déjà rappelé, la Chambre nationale des rois joue le rôle d'une véritable juridiction sur les questions relatives à la chefferie. Elle est en particulier la juridiction d'appel des décisions rendues en première instance par les chambres régionales des rois et la juridiction de premier et dernier ressort pour les questions dépassant le cadre d'une seule chambre régionale¹³⁸. Ses décisions sont à leur tour susceptibles de pourvoi en cassation devant la Cour suprême¹³⁹.

La CNRCT n'a pas reçu un tel pouvoir en Côte d'Ivoire. La constitution ivoirienne est en effet claire à ce propos. L'article 175 dispose en effet que la Chambre des rois est chargée, entre autres, du « règlement non juridictionnel des conflits dans les villages et entre les communautés »¹⁴⁰. Quant à la loi sur la chefferie, elle dispose, comme cela a été relevé plus haut, que la CNRCT « contribue » au règlement des litiges relatifs à la désignation des chefs traditionnels¹⁴¹.

La question de l'intervention des pouvoirs publics, et en particulier du pouvoir judiciaire, dans les questions de chefferie reste néanmoins posée. Si le pouvoir de règlement des différends confié à la CNRCT est un pouvoir amiable, cela signifierait-il *a contrario* que les parties à un litige de succession par exemple pourraient porter, directement ou après échec des discussions, leur affaire devant les juridictions étatiques ? Ni la constitution ni la loi portant statut des rois et chefs traditionnels ne tranchent cette question.

La question du contentieux de la succession des chefs traditionnels reste donc entière en Côte d'Ivoire¹⁴², le législateur n'ayant pas voulu la confier entièrement à la CNRCT

¹³⁷ V. art. 9 de la loi portant statut des rois et chefs traditionnels de Côte d'Ivoire.

¹³⁸ V. art. 273 de la constitution ghanéenne.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ V. art. 175 al. 2 de la constitution ivoirienne.

¹⁴¹ Art. 9 de la loi portant statut des rois et chefs traditionnels

¹⁴² Cette question reste également sans solution juridique au Burkina Faso depuis l'abrogation des textes portant statut des chefs traditionnels. Toutefois, l'administration a le droit d'intervenir dans une question de succession en cas de trouble à l'ordre public. V. *Ouédraogo Sambo André c. Haut-commissaire du Sanematenga*, Cour suprême, Chambre

ni apporter une réponse quant à sa justiciabilité devant les juridictions étatiques. Néanmoins, le législateur ivoirien semble avoir privilégié le dialogue plutôt que la voie contentieuse, cette dernière n'étant pas nécessairement plus efficace résoudre efficacement ces questions qui sont d'une complexité et d'une sensibilité élevées.

En plus de ses attributions portant sur les questions relatives à l'institution cheffale, la chefferie dispose de missions plus larges d'ordre national.

2. Les attributions d'ordre national

Dans les pays à constitutionnalisation symbolique, la chefferie a reçu deux missions principales : d'une part, accompagner les autorités publiques dans leurs actions diverses envers les populations locales et, d'autre part, contribuer à la préservation des us et coutumes¹⁴³. Dans les pays à constitutionnalisation substantielle, les missions d'intérêt national confiées à la chefferie sont beaucoup plus larges et « politiquement » plus importantes. Ainsi, en Côte d'Ivoire, la CNRCT a-t-elle reçu pour mission, « d'initier des actions de médiation pour la prévention et la gestion des crises et conflits, de promouvoir le civisme, d'émettre des avis consultatifs sur les questions d'intérêt national, de contribuer à la mobilisation des populations pour les actions de développement, enfin, de veiller à la préservation du patrimoine culturel de la Côte d'Ivoire, en relation avec les autres institutions de l'Etat »¹⁴⁴.

Au Congo, le Conseil consultatif des sages et des notabilités traditionnelles est, quant à lui, chargé d'émettre des avis sur « la gouvernance démocratique, culturelle et sociale de l'Etat » et de faire au Gouvernement des « suggestions pouvant contribuer à la gestion politique solidaire »¹⁴⁵.

Ce qui semble innovant dans les deux exemples sus cités et qui mérite d'être souligné, c'est le rôle de prévention et de médiation dans les crises et conflits et le rôle d'« organe consultatif » désormais confiés à la chefferie.

Le premier rôle n'est pas nouveau en soi. Les chefs traditionnels participent à la prévention et à la gestion des crises et conflits depuis l'Afrique précoloniale et le font encore aujourd'hui¹⁴⁶. Toutefois, ce rôle n'était jusque-là pas institutionnalisé, du moins pour ce qui concerne les crises et conflits politiques d'envergure nationale. Dès lors, même si la chefferie s'autorisait à intervenir souvent dans la gestion de telles

administrative, 11 mai 1999. V. également pour le Bénin, *Oba Adétutu, Chef Traditionnel de Savè, c. Maire de la Commune de Savè*, Cour constitutionnelle, Décision DCC 07-134, 18 octobre 2007 (décision précitée).

¹⁴³ V. *Supra*, I. A et B.

¹⁴⁴ V. Art. 9 de la loi portant statut des rois et chefs traditionnels.

¹⁴⁵ Art. 1^{er} de la loi organique du 7 août 2017 déterminant l'organisation, la composition et le fonctionnement du Conseil consultatif des sages et des notabilités traditionnelles.

¹⁴⁶ V. B. Salifou, *Les chefs traditionnels et leur participation au pouvoir politique en Afrique*, op. cit., p. 151 et ss.

crises¹⁴⁷, elle le faisait de manière informelle et sans mandat officiel. Avec la légalisation de ce rôle, la chefferie se trouve donc confortée dans une de ses missions séculaires, à savoir garantir la paix. Cette officialisation devrait également être accompagnée de moyens mis à sa disposition en vue de l'aider à mener à bien cette mission. Pour ce qui concerne la Côte d'Ivoire, c'est chose faite, puisque comme nous l'avons vu, la Chambre des rois dispose désormais d'un siège, d'une administration et d'une allocation budgétaire annuelle pour ses activités, parmi lesquelles les actions de prévention et de gestion des crises.

Quant au second rôle, à savoir le rôle d' « organe consultatif », il peut être considéré en revanche comme une « révolution ». En effet, pendant longtemps, les élites politico-administratives en Afrique noire francophone voyaient dans la chefferie une institution de seconde zone, occupée essentiellement par des illettrés. Dès lors, on ne pouvait attendre de sa part quelque mission de conseil que ce soit pour les autorités. C'est ce qui justifie d'ailleurs la reconduction de son rôle d'auxiliaire de l'administration au sortir de la colonisation et encore aujourd'hui dans bon nombre de pays.

Le rôle d'organe consultatif représente donc un pas qualitatif pour la chefferie et rend mieux compte de l'évolution des mentalités à son égard. Il parachève sa restauration et son positionnement parmi les institutions de l'Etat. Désormais, celle-ci pourra ainsi se prononcer officiellement sur toutes les questions d'intérêt national, qu'elles soient politiques ou sociétales.

Toutefois, ce nouveau rôle comporte un certain nombre de défis pour la chefferie. D'abord, elle doit constamment relever le défi du consensus entre ses membres sur toutes les questions sur lesquelles elle voudra se prononcer. Quand on connaît le nombre élevé des chefs (on avance le chiffre de plus de 8000 en Côte d'Ivoire¹⁴⁸) et la diversité de leurs sensibilités politiques et sociales, cette tâche ne sera pas toujours facile. Ensuite, il s'agit d'un rôle délicat, qui devra être rempli avec beaucoup de précaution. Certaines questions sont en effet politiquement ou socialement sensibles et une position de la chefferie dans un sens ou dans un autre pourra être incomprise ou attiser davantage les passions. Enfin, les tentatives de manipulation ne manqueront pas, l'élite africaine étant habituée à instrumentaliser la chefferie traditionnelle dans le cadre de ses luttes politiques.

¹⁴⁷ Dans le cadre de la crise ivoirienne (1999-2011), l'Association des chefs traditionnels de Côte d'Ivoire a joué un rôle capital dans le rapprochement des protagonistes. V. F. R. Koné, « La Chambre nationale des rois et chefs traditionnels de Côte d'Ivoire », *op. cit.*, p. 4. Au Burkina Faso, l'intervention du Mogho Naba (roi de Ouagadougou) a été décisive dans le dénouement de la crise politico-militaire née du coup d'Etat du 15 septembre 2015. Elle a notamment permis d'éviter l'affrontement militaire, lorsque les soldats venus de l'intérieur du pays avaient encerclé la capitale en vue d'en découdre avec le Régiment de sécurité présidentiel, auteur du coup d'Etat.

¹⁴⁸ F. R. Koné, « La Chambre nationale des rois et chefs traditionnels de Côte d'Ivoire », *op. cit.*, p. 3.

Au total, les différents éléments sus évoqués témoignent de l'importance reconnue à la chefferie, qui bénéficie désormais d'une place officielle parmi les institutions de la république ainsi que des compétences propres. Même si les pays concernés par cette nouvelle tendance sont encore peu nombreux, elle pourrait être le signe d'un nouveau tournant dans le processus de prise en compte de la chefferie traditionnelle dans le cadre de l'Etat en Afrique francophone.

Au terme de cet inventaire, on peut retenir que la chefferie traditionnelle, qu'elle ait été constitutionnalisée de manière symbolique ou de manière substantielle, ou même qu'elle n'ait jamais été constitutionnalisée, constitue un acteur important dans la vie sociopolitique de bon nombre de pays d'Afrique francophone. Jouissant d'une légitimité sociale et historique forte, elle continue d'être la référence pour une bonne frange de la population. Elle serait même en train de gagner du terrain dans certains pays, en raison notamment des déficiences ou de l'incapacité de l'Etat à assumer efficacement ses fonctions régaliennes. A cet égard, l'apparition de mouvements d'auto-défense, communément appelés « Koglwéogo »¹⁴⁹, dans certains villages au Burkina Faso, est un des signes de cette « montée en puissance » de la chefferie. Devant l'échec des structures étatiques (justice, police, gendarmerie) à les protéger contre les bandits qui les écument, les villageois se sont en effet retournés vers les chefs traditionnels pour les aider à monter des unités informelles de défense, qui vont vite se transformer en véritables forces parallèles à l'Etat. Si ce phénomène est salutaire dans la mesure où il a permis de ramener la quiétude dans les villages, il est inquiétant, car il menace les fondements-mêmes de la République. Un Etat qui perd en effet le « monopole de la violence physique légitime » n'en est plus un¹⁵⁰. Par ailleurs, il complexifie davantage la question de la prise en compte de la chefferie, qui pourrait désormais être vue par certains comme une concurrente à l'Etat.

Il ne s'est pas agi dans la présente étude de trancher le débat sur l'opportunité de la constitutionnalisation ou non de la chefferie traditionnelle. Cette question dépend de l'environnement de chaque pays, la chefferie ne présentant pas le même intérêt dans tous les pays en Afrique francophone. Néanmoins, dans les pays où elle continue de représenter une force sociale importante, la nécessité de sa prise en compte et de son encadrement s'impose. Sa prise en compte relève du réalisme, une sorte de « réconciliation entre le pays légal et le pays profond »¹⁵¹ car, comme l'affirme Favrod, en Afrique « là où le village est resté au manioc et au mil, à la seule économie de subsistance, les structures traditionnelles ont conservé leur solidité. Les chefs et les

¹⁴⁹ « Koglwéogo » signifie littéralement en langue moré, « protéger la brousse ».

¹⁵⁰ F. Despagnet, *Cours de droit international public*, Paris, Sirey, 1910, p. 111 ; v. également, M. Weber, *Economie et société*, Paris, Plon, 1971, p. 57.

¹⁵¹ C. N. Mback, « La chefferie traditionnelle au Cameroun : ambiguïtés juridiques et dérives politiques », *Africa Development*, vol. XXV, n° 3 et 4, 2000, p. 27.

notables demeurent les maîtres »¹⁵². L'Etat n'a donc le choix que de trouver une forme intelligente de collaboration avec ces structures. Les ignorer conduirait à l'échec d'une bonne partie de ses actions envers ces populations.

Quant à l'encadrement de l'action de la chefferie, en particulier sa mise à l'écart du champ politique, elle s'impose pour deux raisons fondamentales. D'une part, son engagement partisan pourrait avoir des répercussions négatives sur la cohésion sociale qu'elle est appelée à contribuer à garantir. Comme le dit si bien le professeur Maurice Kamto, « un chef traditionnel ayant un parti-pris ou une affiliation politique déclarée ne peut plus assurer efficacement le rôle de rassembleur qui lui échoit au titre de sa fonction symbolique de garant de la continuité du groupe »¹⁵³. D'autre part, dans le cadre de la démocratie électorale, la présence des chefs traditionnels dans la bataille politique peut contribuer à vicier le processus électoral. En effet, du fait de l'influence qu'ils ont sur les populations, en particulier rurales, ils sont des privilégiés quand ils se présentent eux-mêmes aux élections ou jouent les « rabatteurs » de voix pour les partis politiques, quand ils ne sont pas candidats, contre quelques avantages matériels et financiers.

Toutefois, l'éloignement de la chefferie traditionnelle du champ politique n'est pas une chose aisée, en particulier dans les pays où celle-ci a acquis une longue tradition de participation aux batailles électorales. L'absence de consensus au sein de la Commission constitutionnelle sur la place de la chefferie dans le projet de nouvelle constitution du Burkina Faso illustre bien cette difficulté.

Ousseni ILLY

*Docteur en droit, assistant à l'Université Ouaga II
BURKINA FASO*

¹⁵² Favrod, cité par P.-F. Gonidec, *Les systèmes politiques africains*, Paris, LGDJ, 1985, p. 56.

¹⁵³ M. Kamto, « Les rapports Etat-société civile en Afrique », *Revue juridique et politique, indépendance et coopération (RJPIC)*, n° 3, 1994, p. 290.

LA RESPONSABILITE PENALE DU CHEF DE L'ETAT AFRICAIN, L'EDIFICE SE FISSURE.

Considérée pendant longtemps en Afrique comme une « *hypothèse d'école* »¹, n'ayant « *pratiquement aucune importance* »², et dont la simple évocation constituait un « sacrilège »³, la question de la responsabilité en général et de la responsabilité pénale du chef de l'Etat en particulier a connu un regain d'intérêt avec l'avènement de la démocratie dans les années 1990, en ce qui concerne la responsabilité pénale notamment. Depuis 1990, plusieurs chefs d'Etat ont été poursuivis ou font l'objet de poursuites, que ce soit devant les tribunaux nationaux (Haïlé Mariam Menghistu de l'Ethiopie, Moussa Traoré du Mali, par exemple) ou devant les juridictions pénales internationales⁴ (Charles Taylor du Libéria, Laurent Gbagbo de Côte d'Ivoire), en passant par les chambres africaines extraordinaires de Dakar qui ont jugé Hissène Habré du Tchad. Ces quelques exemples, qui témoignent de l'intérêt soudain des populations envers l'obligation pour les gouvernants de rendre compte de leurs actes, et l'actualité de la question sur le continent, justifient une réflexion sur l'état de la responsabilité pénale du chef d'Etat africain en Afrique francophone de l'Ouest.

La notion de responsabilité découle de l'expression latine « *respondere* » signifiant « *répondre* » ou se porter garant. Elle consiste en « *l'obligation de répondre d'un acte ou d'une activité et d'en assumer les conséquences* »⁵. Elle exprime l'idée que toute personne qui pose un acte doit pouvoir en donner les raisons, en répondre devant d'autres et, le cas échéant, en subir les conséquences positives (rétributions) ou négatives (sanctions). S'agissant de la responsabilité pénale, qui peut être nationale ou internationale, elle se distingue de la responsabilité civile et de la responsabilité contractuelle, ainsi que de la responsabilité politique, dont les conséquences peuvent être semblables à celles de la responsabilité pénale.

La responsabilité civile crée l'obligation pour toute personne, dont l'acte ou l'abstention cause un dommage à autrui, de le réparer⁶. Elle est soit délictuelle soit quasi-délictuelle⁷. Quant à la responsabilité contractuelle, elle intervient comme

¹ LECLERCQ Claude, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 6^{ème} édition, Paris, Litec, p. 590, in ABLARD Thierry, « Le statut pénal du chef d'Etat », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002-3, p. 637.

² BARTHELEMY Jean et DUEZ Paul, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, p. 620.

³ ARDANT Philippe, « La responsabilité pénale du président français, réponse à deux questions » *Pouvoirs*, n° 92, 2000, p. 61.

⁴ Charles Taylor a été jugé par le Tribunal pénal spécial pour la Sierra Leone. Laurent Gbagbo est poursuivi par la Cour pénale internationale (CPI).

⁵ De VILLIERS Michel, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 4^e éd., A. Colin, 2003, p. 213.

⁶ C'est le principe posé par l'article 1382 du Code civil français.

⁷ La responsabilité est dite délictuelle lorsque le dommage qui entraîne le dédommagement découle d'un fait fautif de son auteur. Elle est quasi-délictuelle si elle a pour origine un acte quelconque non constitutif de faute. V. GUINCHARD Serge, DEBARD Thierry (sous dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 19^e éd. 2012, p. 707 : le quasi-délit est « le fait de l'homme

conséquence de la violation des dispositions d'un contrat : le cocontractant auteur de la violation est tenu d'un droit à réparation au bénéfice de l'autre partie.

La responsabilité politique consiste en l'obligation pour les gouvernants de quitter le pouvoir lorsqu'ils perdent la confiance des gouvernés⁸. Sa finalité est « *d'assurer la persistance de l'identité de volonté politique entre le gouverné, ou son représentant, et le gouvernant* »⁹. La responsabilité politique n'existe que dans les régimes parlementaires ou semi-parlementaires mais non dans le régime présidentiel, en raison de l'indépendance organique des pouvoirs exécutif et législatif. Toutefois, la mise en œuvre de la procédure pénale *d'impeachment dans le régime présidentiel* peut conduire au même résultat que la responsabilité politique, à savoir la démission de la personne poursuivie. Contrairement à la responsabilité pénale, son déclenchement n'exige pas la commission d'une faute. Elle est la marque d'une rupture de confiance entre le chef de l'Etat et le peuple qui l'a élu. La sanction est en principe le non renouvellement du mandat. En ce sens, le non renouvellement du mandat du président français Nicolas Sarkozy en mai 2012, du Béninois Nicéphore Soglo en 1996 ou du Gambien Yahya Jammeh en 2016 est une manifestation de la responsabilité politique infligée par le peuple, et que les auteurs appellent « responsabilité électorale »¹⁰. S'agissant de la responsabilité politique proprement dite, exercée par le Parlement à l'encontre du gouvernement¹¹ et non pas du chef de l'Etat par nature irresponsable devant les députés, les conditions de sa mise en œuvre sont strictement réglementées par la Constitution¹² pour lutter contre l'instabilité gouvernementale. La responsabilité politique du gouvernement se caractérise en principe par la possibilité pour le Parlement, ou l'une de ses deux chambres, de manifester par un vote explicite sa défiance à l'encontre de l'équipe au pouvoir¹³.

La responsabilité pénale suppose la commission d'une faute et oblige l'auteur de l'infraction à « *subir la sanction*¹⁴ [...] *dans les conditions et les formes prescrites par*

illicite mais commis sans intention de nuire, qui cause dommage à autrui et oblige son auteur à le réparer ».

⁸ De VILLIERS Michel, *op. cit.*, p. 213.

⁹ ALLARD Denis, RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige/Lamy, 2003, p. 1358.

¹⁰ *Ibid.*, p. 1358.

¹¹ Ce type de responsabilité est mis en œuvre par deux procédures : la motion de censure et le vote de confiance. Mais aussi, dans les rares pays qui prévoient cette possibilité, la pétition. Le chef de l'Etat peut également être conduit à quitter ses fonctions en cas d'insurrection ou de révolution, procédés non constitutionnels mais auxquels les peuples ont parfois recours.

¹² Le premier gouvernement du monde à démissionner collectivement sous l'action du Parlement est celui de Lord North en Angleterre en 1782, mis en cause sur la politique décidée par le roi. Cette démission collective « *met en évidence le principe de solidarité, comme accessoire indispensable au principe de responsabilité gouvernementale* », sur www.wikiterritorial.cnfpt.fr, consulté le 7 août 2017.

¹³ Duhamel Olivier, MENY Yves, *Dictionnaire constitutionnel*, 1992, p. 926.

¹⁴ PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Ed. Cujas, 2000, p. 361.

la loi »¹⁵. Elle « réprime [...] l'atteinte à l'ordre social et aux principes de la moralité collective »¹⁶. Ce type de responsabilité existe dans tous les types de régimes politiques. Lorsqu'elle est mise en œuvre devant la Haute Cour de justice, ou lorsqu'elle aboutit à une condamnation du chef de l'Etat pour crime par les tribunaux ordinaires dans les pays où cette possibilité de poursuite existe, ses conséquences sont comparables à celles de la responsabilité politique, à savoir la destitution du chef de l'Etat ou sa démission. Il en va également ainsi de la procédure d'*impeachment* aux Etats Unis dont le déclenchement peut conduire le président à démissionner pour ne pas être destitué. Ce fut le cas du président américain Richard Nixon le 9 août 1974 à la suite de l'affaire dite du *Watergate*¹⁷, afin d'échapper à la procédure pénale qui eût conduit à de lourdes peines. D'où la difficulté d'isoler la responsabilité politique de la responsabilité pénale au plan des conséquences. Les sanctions susceptibles d'être prononcées à l'issue d'une procédure pénale peuvent avoir des répercussions si fâcheuses sur le fonctionnement régulier des institutions d'un Etat que la question de la responsabilité pénale des gouvernants et, notamment, du chef de l'Etat, a toujours fait l'objet d'un traitement particulier. Comme le montre le droit comparé, en effet, la responsabilité pénale des ministres a été progressivement organisée alors que celle du chef de l'Etat continue de faire l'objet d'une certaine protection.

Le mécanisme de la responsabilité pénale est né au XVII^e siècle en Angleterre pour sanctionner, par la procédure de l'« *impeachment* » les ministres, et non pas le monarque qui, selon un adage, ne pouvait mal faire¹⁸. La procédure d'*impeachment* était mise en œuvre en cas de haute trahison¹⁹. C'est à partir de cette procédure qu'est née la responsabilité politique, conformément à un autre vieil adage selon lequel « on ne peut être jugé que par ses pairs ». Le principe de responsabilité pour haute trahison a été repris par les autres Etats européens et ceux des autres continents. Dans l'ensemble, il a été retenu que le chef de l'Etat ne pouvait pas être responsable pénalement, sauf dans le cas -très exceptionnel- où il serait convaincu de haute

¹⁵ GUINCHARD Serge, DEBARD Thierry (sous dir.), *Lexique des termes juridiques*, 19^e éd., Dalloz, 2011, p. 762.

¹⁶ ALLARD Denis, RIALS Stéphane, *op. cit.*, p. 1358.

¹⁷ Dans cette affaire, des micros avaient été installés par les Républicains en pleine campagne électorale dans les locaux du parti démocrate. Le président républicain Richard Nixon démissionne lorsque la Cour suprême exige que soient rendus publics les résultats de ses entretiens, lire E.U., TOINET (Marie-France), Nixon Richard (1913-1994), 3. *Le Watergate et ses conséquences*, www.universalis.fr/richard-nixon/3-le-..., consulté le 7 août 2017.

¹⁸ « *The King can not do wrong* ». Le roi n'exerce pas le pouvoir exécutif. Ses actes doivent être contresignés par les membres du Cabinet et ce sont ces derniers qui engagent leur responsabilité en cas de faute.

¹⁹ Lire GARDINER Samuel Rawson, éd., *The Constitutional Documents of the Puritain Revolution 1625-1660*, Oxford, Clarendon Press, 1906, p. 156 ; « Le système politique britannique » in E-CONNAISSANCES, 14 sep. 2014, <http://urvw.wikiterritorial.cnfpt.fr/xwiki/wiki/connaissances/view/>, consulté le 20 juin 2016 ; HOUILLOIN Philippe, *Rapport sur le projet de loi constitutionnelle, n° 1005 rectifié, portant modification du titre IX de la Constitution (Rapport de la Commission Avril)*, Assemblée Nationale, n° 3537, p. 23.

trahison. Mais si le principe de l'irresponsabilité du chef de l'Etat paraît concevable dans les monarchies constitutionnelles où celui-ci joue un rôle de figuration²⁰ comme dans les régimes parlementaires britannique et scandinaves, il n'en va pas de même dans les Etats où le chef d'Etat est élu au suffrage universel. Avec l'élection populaire, il devient, d'une certaine manière, le véritable « chef » de l'exécutif. Il veille à l'exécution du programme sur la base duquel il a été élu. Il en est ainsi dans le régime semi-parlementaire français ou le régime présidentiel américain²¹, par exemple. Sous l'effet de la demande de davantage de démocratie, le peuple qui l'a élu ne se satisfait plus d'attendre la fin du mandat ou le recours à un référendum-plebiscite²² ou, éventuellement, le succès d'une pétition pour obliger le chef de l'Etat à rendre compte de la gestion du pouvoir et de ses actes. Soutenue de plus en plus en cela par les médias, l'opinion refuse d'accepter la fatalité. Elle réclame des responsables au regard de toute action publique contestée²³ et veut que leurs erreurs soient sanctionnées pénalement²⁴. Bref, on assiste à ce que Olivier Beaud appelle la « criminalisation » de la responsabilité politique, c'est-à-dire un « *processus par lequel on confie à un régime de responsabilité pénale la charge de sanctionner les « fautes politiques » des gouvernants, en entreprenant de les faire entrer dans le cadre des infractions de droit commun existantes* »²⁵.

Depuis les Constitutions des années 1960, la position de la plupart des constituants africains, francophones et anglophones, sur la question de la responsabilité du chef de l'Etat, n'a pas changé. Dans leur grande majorité, les Constitutions consacrent l'irresponsabilité du chef de l'Etat pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions. Il n'est responsable qu'en cas de haute trahison. Il est alors jugé par une Haute Cour de justice comprenant exclusivement des parlementaires - s'agissant des Constitutions de 1960 -, ou associant parlementaires et magistrats²⁶ - en vertu de celles de 1990 -. Pour éviter les critiques adressées à la notion incertaine de « *haute trahison* » les Constitutions de certains Etats - minoritaires - énumèrent les actes susceptibles d'être ainsi qualifiés²⁷. L'avant-projet burkinabè de Constitution de la Ve

²⁰ C'est un rôle toutefois essentiel quant au maintien de l'unité nationale et de la solidité des institutions nationales.

²¹ Aux Etats Unis, toutefois, le président n'est pas directement élu au suffrage universel, mais par un collège électoral élu par le peuple, ce qui donne à son élection une onction populaire.

²² En principe, dans le référendum, on invite la population à se prononcer sur un texte. L'adoption ou le rejet du texte n'a pas d'effet sur l'avenir de son auteur. Mais lorsque l'auteur lie son sort politique au résultat du référendum, on parle alors de plebiscite ; ex : le cas du Général de Gaulle qui a démissionné en 1969 à la suite du rejet de son projet de réforme du Sénat en France.

²³ Il y a là une sorte de « criminalisation » de la responsabilité des gouvernants.

²⁴ Cf. HOUILLON, « *Rapport...* », précité, p. 19.

²⁵ BEAUD Olivier, *Le sang contaminé*, Paris, PUF, 1999, cité par ALLARD Denis, RIALS Stéphane, *op. cit.*, p. 1359.

²⁶ Dans des proportions variables suivant les pays.

²⁷ Constitution de la VII^e République du Niger, art. 142, alin. 2 ; Constitution de la V^e République du Burkina Faso, art. 175 ; Constitution du Tchad de 1996 (révisée le 15 juillet 2005), art. 178, alin. 3.

République se démarque des autres : le chef de l'Etat peut être destitué non seulement en cas de haute trahison mais également pour ses actes « *manifestement incompatibles avec la fonction de chef de l'Etat* »²⁸.

La grande majorité des Constitutions des Etats africains passe sous silence la question des actes « *détachables* » des fonctions du chef d'Etat. Le Bénin et le Burkina Faso sont les rares pays dont les textes fondamentaux rendent le chef de l'Etat responsable pénalement de ce type d'actes et prévoient la possibilité de le poursuivre, même en cours de mandat²⁹ pour le premier. En définitive, dans les Etats d'Afrique francophone, le chef de l'Etat n'est pratiquement responsable qu'en cas de haute trahison. En dehors de cette hypothèse exceptionnelle, il est irresponsable, y compris pour les actes détachables de ses fonctions qui constitueraient des crimes ou des délits. Sa responsabilité pour les actes de cette catégorie dans les rares Etats qui l'ont prévue n'a, pour l'heure, pas eu l'occasion de s'appliquer. Les systèmes des Etats africains sur la question de la responsabilité pénale du chef de l'Etat restent éloignés de leur modèle français.

Le système français de la responsabilité a, en effet, évolué. Si la *haute trahison* était le seul cas où la responsabilité du chef de l'Etat pouvait être engagée sous l'empire de la Constitution française à l'origine, ce système a changé en 2007, après des hésitations et des divergences entre le Conseil constitutionnel³⁰ et la Cour de cassation³¹, obligeant cette dernière à donner au premier « *une leçon de droit constitutionnel* »³². Le constituant a dû intervenir en 2007 pour réviser les articles 67 et 68 de la Constitution relatifs à la Haute Cour de justice et traitant de la responsabilité pénale du

²⁸ Cf. www.rtb.bf/uploads/2017/Avant, consulté le 18 juillet 2017.

²⁹ Constitution du Bénin du 11 décembre 1990, art. 136, alin. 2.

³⁰ A l'occasion d'une question sur la compatibilité des dispositions du traité instituant la Cour pénale internationale (CPI) avec la Constitution française, le Conseil rappelle, le 22 janvier 1999, le principe d'irresponsabilité du président français pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions sauf en cas de haute trahison ; il réaffirme le privilège de juridiction dont il bénéficie devant la Haute Cour de justice dans sa décision DC n° 99-408, 22 janvier 1999, notamment considérant n° 16. Le 10 oct. 2000, il précise que le privilège de juridiction couvre également les « *actes antérieurs à ses fonctions ou détachables* » de ses fonctions, communiqué du conseil du 10 oct. 2000, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 10, p. 7 et sa note publiée sur www.conseil.constitutionnel.fr/dossier/quarante/notes/resppr.htm. Dans une publication ultérieure sur son site, le Conseil précise que le président ne bénéficie pas d'une immunité pour ces actes mais d'un privilège de juridiction et que les poursuites peuvent reprendre, le cas échéant, à l'issue de son mandat devant les juridictions pénales de droit commun, www.conseil.constitutionnel.fr/dossier/quarante/notes/resppr.htm, consulté le 30 juillet 2015.

³¹ Cour Cass., ass. plén., *Breisacher*, 10 octobre 2001, *RFDA*, 2001, p. 119 ; *Bulletin* 2001, A. P. n° 11, p. 25 ; également <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJu>, consulté le 9 janvier 2017.

³² PRETOT Xavier, « *Quand la Cour de cassation donne une leçon de droit constitutionnel...* », *Revue de droit public*, nov.-déc. 2001, n° 6, pp. 1625-1643.

président de la République française³³. Le nouvel article 67 maintient le principe de l'irresponsabilité du chef de l'Etat pour les actes accomplis « *en cette qualité* » (et non plus « *dans l'exercice de ses fonctions* »), sauf « *en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat* »³⁴. La notion trop polémique et floue de haute trahison³⁵ est abandonnée. Pour les actes liés à la qualité de chef d'Etat, le constituant retient la solution dégagée par l'arrêt *Breisacher* : les poursuites (l'action publique) sont suspendues et peuvent, le cas échéant, reprendre un mois après l'expiration de son mandat devant les juridictions de droit commun. Les pays africains n'ont pas subi cette mue constitutionnelle répondant aux exigences démocratiques nouvelles.

Toutefois, si la protection pénale organisée en faveur du chef de l'Etat dans ces Etats a pleinement fonctionné entre 1960 et 1991, il en va autrement notamment depuis 1992, avec la nouvelle demande de démocratie et son exigence de reddition des comptes. Les premières « victimes » de ce changement, en deux temps, sont les chefs d'Etat renversés. En 1984, Sangoulé Lamizana du Burkina Faso a été jugé et acquitté par le tribunal populaire révolutionnaire pour mauvaise gestion de fonds spéciaux³⁶. En 1992 puis en 1999, Moussa Traoré du Mali, à qui l'on reprochait d'avoir laissé tirer sur des manifestants en 1991, a été condamné à mort par les tribunaux maliens successivement pour crimes politiques et pour crimes économiques³⁷. Mengistu Haïlé Mariam d'Ethiopie, renversé en 1991, fut jugé et condamné par contumace en 2006 par un tribunal national pour crimes de génocide³⁸. En raison de son exil au Zimbabwe, Mengistu n'a pas purgé sa peine, quant à la condamnation à mort de Moussa Traoré, elle a été commuée en réclusion criminelle à perpétuité. Moussa Traoré fut finalement remis en liberté en 2002 par le président Alpha Oumar Konaré qui avait déclaré son opposition à la peine de mort.

³³ Loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007, J.O. du 24 fév. 2007, p. 3354. De même, www.conseil-constitutionnel.fr/francais, consulté le 19 juillet 2017.

³⁴ La sanction d'un tel manquement, lorsqu'il est établi, est la destitution.

³⁵ La notion de haute trahison ne fait pas l'objet d'une définition juridique unanimement acceptée. Sa définition relève, en définitive, de la Haute Cour de justice lorsqu'elle en est saisie. C'est la raison pour laquelle les auteurs y voient une notion politique, cf. CARCASSONNE Guy, *La Constitution*, 7^e éd., Paris, Le Seuil, Points, 2005, p. 313. Certaines Constitutions récentes de pays africains (Bénin, Burkina Faso, par exemple), énumèrent les actes susceptibles de constituer des actes de haute trahison.

³⁶ Le général Aboubacar Sangoulé Lamizana, président de 1966 à 1980, a été jugé le 3 janvier 1984 pour mauvaise gestion portant sur 400 millions de F CFA de fonds spéciaux puis acquitté.

³⁷ Président de 1968 à 1991, Moussa Traoré a été jugé en 1993, www.peinedemort.org/document/L-, consulté le 18 juillet 2017 ; www.jeuneafrique.com/politique/mo..., consulté le 18 juillet 2017.

³⁸ Le président Mengistu Haïlé Mariam (1987-1991) fut condamné à la réclusion criminelle à perpétuité le 12 décembre 2006 pour génocide après douze années de procès, www.jeuneafrique.com/politique/jour, consulté le 30 juin 2016 ; également, www.liberation.fr/planete/2007/01/11, consulté le 18 juillet 2017. Mengistu Haïlé Mariam a obtenu asile au Zimbabwe. Robert Mugabé, a refusé de le renvoyer en Ethiopie pour purger sa peine.

Le deuxième temps de cette évolution a commencé à la fin des années 2000, malmenant l'irresponsabilité de fait dont jouissaient les chefs d'Etat africains depuis les indépendances. Depuis 2010, dans plusieurs pays, est apparue une poussée de réclamations de poursuites à l'encontre de chefs d'Etat, qu'ils soient en activité ou renversés : au Mali³⁹, en Côte d'Ivoire⁴⁰, au Congo Brazzaville à propos de l'affaire des disparus du Beach⁴¹, au Soudan⁴², au Kenya⁴³, en Centrafrique, au Burkina Faso⁴⁴, etc.⁴⁵. Dans le même temps, l'ancien président libérien, Charles Taylor, est condamné par la Cour pénale internationale (CPI) à 50 ans de prison, le 30 avril 2012, pour crimes contre l'humanité. Laurent Gbagbo est poursuivi - toujours devant la CPI - pour crimes de guerre, pendant que l'Union africaine (UA) refuse de faire exécuter par

³⁹ D'abord, en 2012, contre Ahmadou Toumani Touré pour haute trahison (pour n'avoir pas combattu les islamistes qui ont envahi la région de l'Azawad). Le bureau de l'Assemblée nationale a abandonné les poursuites en décembre 2016 pour absence de preuves, <https://niarela.net>crise-malienne>mali>, consulté le 19 juillet 2017 ; puis, en 2013, contre le capitaine Hamadou Haya Sanogo, auteur du coup d'Etat contre A. T. Touré en mars 2012, poursuivi pour le massacre d'une vingtaine de soldats fidèles à A. T. Touré, www.maliweb.net>Société>Justice, consulté le 19 juillet 2017.

⁴⁰ Contre le président Laurent Gbagbo, son épouse Simone, Blé Goudé, ex-ministre chargé de la jeunesse, pour crimes économiques et crimes contre l'humanité, <https://jeuneafrique.com>politique>c-te...>, consulté le 19 juillet 2017.

⁴¹ Contre le président Sassou Nguesso, <https://www.fidh.org>IMG>pdf>Reca...>, consulté le 4 juillet 2016.

⁴² Le président Omar Hassan Ahmad al Bashir fait l'objet d'une procédure devant la CPI pour crime de génocide au Darfour, <https://www.icc-cpi.int>Documents>Al>, consulté le 19 juillet 2017.

⁴³ Le président kenyan, Uhuru Kenyatta et son vice-président William Ruto ont fait l'objet d'une plainte devant la CPI pour crime de génocide. La plainte a été classée sans suite fin 2014 pour manque de preuves, www.jeuneafrique.com>politique>l-ua, consulté le 19 juillet 2017.

⁴⁴ Des Burkinabè ont demandé que le président Blaise Compaoré, renversé fin octobre 2014, soit traduit devant les tribunaux pour répondre, notamment, de l'assassinat de l'ex-président Thomas Sankara, de celui du journaliste Norbert Zongo et de crimes économiques. Le 16 juillet 2015, les députés ont voté le renvoi de Blaise Compaoré devant les juridictions pour haute trahison (tentative de modifier par référendum l'article 37 de la Constitution limitant le nombre de mandats présidentiels), www.connexionivoirienne.net>la-haute, également www.lemonde.fr>article>2017/04/26, consultés le 19 juillet 2017.

⁴⁵ Beaucoup de pays étrangers ont connu le même type de réclamations : en France, Jacques Chirac a été condamné en correctionnelle après 2007 pour des emplois fictifs à la mairie de Paris lorsqu'il était maire de cette ville. Les personnes recrutées n'avaient pas travaillé pour la mairie mais pour le Rassemblement pour la République (RPR) ; Nicolas Sarkozy fait l'objet de plusieurs procédures en correctionnelle pour différents délits présumés. Aux USA, Richard Nixon a dû démissionner en 1974 pour échapper à une procédure d'impeachment lors de l'Affaire dite du Watergate ; Bill Clinton a indemnisé Cécilia Lewinsky pour échapper à une procédure en correctionnelle au début des années 2000 ; une procédure d'impeachment fut engagée, sans suite, contre George W. Bush. En Allemagne, l'ancien président Wolff a été poursuivi pour une affaire d'environ 3 000 € avant d'être acquitté. Au Chili, Augusto Pinochet, traduit en justice, mourut avant le prononcé du jugement. Jacques Duvalier fut jugé à Haïti. Ehud Olmert, ancien Premier ministre d'Israël, fut condamné pour corruption, ainsi que l'ancien président israélien Moshe Katsav pour harcèlement sexuel etc.

les Etats africains le mandat d'arrêt international lancé par le Procureur de la CPI contre Omar el Béchir recherché pour crimes de génocide⁴⁶. Au Sénégal, les chambres africaines extraordinaires condamnent, le 30 mai 2016, l'ancien président tchadien, Hissène Habré⁴⁷, à la réclusion criminelle à perpétuité pour crimes contre l'humanité, viols, exécutions, esclavage et enlèvement⁴⁸. D'où la nécessité de la réflexion qui va suivre, et dont l'hypothèse de travail repose sur les procès Taylor du Libéria et Habré du Tchad, ainsi que sur les poursuites contre les présidents Béchir du Soudan et Gbagbo de Côte d'Ivoire. Elle revêt un intérêt théorique : elle entend contribuer au débat doctrinal, souvent passionné en Afrique, sur la question de la responsabilité du chef de l'Etat qu'un auteur a pu qualifier « *d'introuvable* »⁴⁹. Elle se propose de réfléchir à la question suivante : le chef d'Etat africain jouit-il encore de nos jours de l'immunité absolue qui l'a mis à l'abri de toute poursuite pénale pendant longtemps ? La question de l'immunité est en effet au centre de la responsabilité du chef d'Etat en Afrique. Sur le plan national, il bénéficie d'une immunité certaine pour les actes qu'il accomplit en sa qualité de chef de l'Etat et qui lui assure une irresponsabilité de fait ou de droit. Sur le plan international également, il bénéficiait de la part de la coutume internationale, renforcée par certains instruments internationaux, d'une immunité absolue pour tous les actes commis au cours de son mandat. Ce deuxième type d'immunité est actuellement remis en cause par plusieurs instruments dont le plus emblématique en matière pénale, le Statut de Rome qui a créé la Cour pénale internationale (CPI)⁵⁰. Les procès intentés ces dernières années contre les chefs d'Etat africains et ceux qui sont en cours s'inscrivent dans cette nouvelle logique, vivement contestée par les Africains. Immunisés sur le plan national tant que les juridictions nationales n'auront pas la compétence pour juger les crimes internationaux⁵¹, les dirigeants du continent se méfient de ce nouvel ordre pénal international qu'ils rejettent, parce que ne pouvant l'appivoiser. D'où une certaine résistance des Etats africains à organiser cette responsabilité sur le plan national et à se soumettre au système pénal international. Pour mener notre réflexion, l'on prendra appui sur les

⁴⁶ Cf. GNAMOU-PETAUTON Dandi, « Justice pénale internationale : A propos de la position de l'Union africaine sur le mandat d'arrêt contre Omar al Béchir », in *L'homme dans la société internationale, Mélanges Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

⁴⁷ Hissène Habré, chassé du pouvoir en décembre 1990 par Idriss Déby Itno, est accusé de crimes contre l'humanité commis sous sa présidence, de 1982 à 1990. Il s'est réfugié au Sénégal.

⁴⁸ Consulter <https://www.hrw.org/news/2016/05/30>.

⁴⁹ Ondo Télesphore, *La responsabilité introuvable du chef d'Etat africain : analyse comparée de la contestation du pouvoir présidentiel en Afrique noire francophone (exemples camerounais, gabonais, tchadien et togolais)*, Thèse, Reims (Champagne-Ardenne), 2005, UFR droit public ; également, www.theses.fr ; <https://fr.scribd.com/doc/La-responsa...>, consultés le 10 janvier 2016, et www.sudoc.fr.

⁵⁰ Le traité instituant la Cour pénale internationale, ou Statut de Rome, a été adopté à Rome le 17 juillet 1998.

⁵¹ Les crimes internationaux sont constitués par les crimes de génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre et des crimes d'agression, article 5 du Statut de Rome. Ces crimes relèvent de la compétence des juridictions nationales et, à titre supplétif de la Cour pénale internationale instituée par le Statut de Rome.

décisions déjà rendues et les procès en cours, d'une part, et sur les dispositions constitutionnelles nationales qui prévoient et organisent cette responsabilité, d'autre part. Il ressort de l'examen de l'ensemble de ces éléments que si le principe de la responsabilité pénale est admis par tous les Etats africains, sa mise en œuvre est fortement encadrée sur le plan interne (I), tandis que l'espoir suscité par la possibilité de recourir, en cas de défaillance des juridictions nationales, à la justice internationale, reste encore très limité (II).

I. UNE RESPONSABILITE FORTEMENT ENCADREE SUR LE PLAN NATIONAL

La mise en œuvre de la responsabilité pénale du chef d'Etat en Afrique est fortement encadrée par les textes nationaux qui limitent au strict minimum les possibilités de déclenchement des poursuites contre lui devant les tribunaux nationaux (A). Lorsque, en revanche, les poursuites ne peuvent être évitées, ils prévoient, pour le juger, une juridiction dérogatoire au droit commun que des auteurs considèrent comme étant conçue pour protéger le chef de l'Etat et qui fait l'objet de nombreuses critiques (B)⁵².

A. UNE RESPONSABILITE MINIMALISEE

Le chef de l'Etat africain bénéficie d'une protection renforcée en matière de responsabilité pénale. Dans la grande majorité des pays, sa responsabilité ne peut être engagée pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions que si ceux-ci sont constitutifs de haute trahison, notion éminemment imprécise et floue (1) ; par ailleurs, ses actes détachables de ses fonctions ne peuvent nullement être cause de responsabilité (2).

1. L'imprécision du motif unique de haute trahison

En retenant la « haute trahison » comme unique motif susceptible de déclencher la responsabilité pénale du chef d'Etat, les Constitutions des Etats, dont sont originaires les chefs d'Etat faisant l'objet de la présente étude, se sont engagées dans une voie inextricable. La notion de haute trahison ne donne en effet pas lieu à une définition unanimement admise ni en doctrine⁵³, ni en jurisprudence. Les hypothèses où le juge est intervenu pour juger un chef d'Etat sur le fondement de la haute trahison sont rares⁵⁴, s'agissant du droit français. Les droits des Etats africains n'offrent quant à eux

⁵² Un autre frein, non théorique, consiste en la possibilité pour les nouveaux dirigeants de ne pas faire appliquer une sentence rendue contre un prédécesseur (Alpha Oumar Konaré a fait commuer la peine de mort prononcée contre Moussa Traoré, puis l'a fait libérer en 2002) ou un collègue (Robert Mugabé a refusé de renvoyer Mariam H. Mengistu en Ethiopie où celui-ci était condamné à mort).

⁵³ Lire HOUILLON Philippe, « Rapport... », précité, p. 11.

⁵⁴ On peut citer, dans les cas du droit français, le précédent de Louis XVI et de son épouse Marie-Antoinette, condamnés pour crime de haute trahison et guillotins en 1793 ; il en a été de même pour Louis-Napoléon Bonaparte en 1851, du maréchal Pétain et de Pierre Laval,

aucun exemple de chef d'Etat jugé pour haute trahison. Certes, la menace a été parfois brandie, mais elle n'a jamais débouché sur des poursuites⁵⁵. L'histoire politique du monde offre, en revanche, de nombreux exemples de condamnations pour haute trahison prononcées contre des personnes autres que les chefs d'Etat sur tous les continents (ministres, officiers de forces armées, hommes politiques, etc.)⁵⁶. Il résulte de l'examen de ces cas, des indications sur les faits que le juge retient comme pouvant constituer le crime de haute trahison. Il s'agit notamment des actes d'intelligence avec une puissance étrangère, des violations graves de ses pouvoirs constitutionnels par le président de la République, de l'usurpation grossière des attributions des autres pouvoirs, compromettant le fonctionnement normal des autres institutions ; bref, la haute trahison est constituée lorsque le chef de l'Etat « *trahit sciemment les intérêts (du pays) au profit d'une puissance étrangère, lorsqu'il s'abstient sciemment d'accomplir les actes auxquels il est tenu en vertu de la Constitution, lorsqu'il s'arroge un pouvoir qu'il ne tient pas de la Constitution ou lorsqu'il fait un usage anticonstitutionnel des pouvoirs que la Constitution lui confère* »⁵⁷. Certains auteurs pensent, en tout état de cause, que c'est à la Haute Cour de justice qu'il appartient d'apprécier si les faits retenus dans l'acte d'accusation sont constitutifs de haute trahison⁵⁸. Cette notion est définie non pas par son contenu mais par ses effets⁵⁹. C'est donc une notion fonctionnelle - et non conceptuelle - dont le contenu a la caractéristique de n'être jamais définitivement fixé d'avance. Certaines Constitutions des années 1990 des Etats de l'Afrique francophone, à défaut d'une définition jurisprudentielle ou doctrinale unanimement acceptée, ont préféré une définition énumérative. Elles donnent la liste des infractions qui tombent sous cette qualification. Il en est ainsi des Constitutions du Tchad et du Libéria. L'article 178 de la Constitution tchadienne de 2005 assimile à la haute trahison : « les violations graves et caractérisées des droits de l'homme, le détournement de fonds publics, la corruption, la concussion, le trafic de drogues et l'introduction de déchets toxiques ou dangereux

président du conseil, condamnés au lendemain de la libération en 1944 pour collaboration avec l'Allemagne nazie ; www.marmitevingtieme.canalblog.com > 2016 ; également, www.histoire-en-question.fr>proces, consultés le 20 juillet 2017.

⁵⁵ La menace a été agitée en 1991 à l'encontre de Moussa Traoré du Mali, en 2012 contre Amadou Toumani Touré du Mali, en 2012 contre le capitaine puschiste Haya Sanogo, toujours au Mali, en 2015 contre l'ancien président Blaise Compaoré du Burkina Faso et le président Jacob Zuma d'Afrique du Sud pour avoir laissé le président soudanais el Béchir faisant l'objet d'un mandat d'arrêt international quitter l'Afrique du Sud.

⁵⁶ Voir www.ledauphine.com>2011/12/15>ne; consultés le 20 juillet 2017.

⁵⁷ Propos tenus par M. Etienne Dailly, in Sénat, séance du 26 mai 1993, *Journal officiel Débats Sénat*, 1993, n° 19 s (CR), p. 461.

⁵⁸ ARDANT Philippe, « La responsabilité pénale du président français, Réponse à deux questions », *Revue Pouvoirs*, n° 92, janvier 2000, p. 61.

⁵⁹ V. VEDEL Georges, « La compétence de la Haute Cour de justice », in *Mélanges dédiés à M. le professeur Joseph Magnol*, Paris, Sirey, 1948, p. 393 ; ROUHEAUX (Jean-Pierre) « La Haute Cour de justice sous la V^e République », *Revue de droit public*, n° 4, juillet-août 1978, p. 1019 ; BIGAUT Christian, *La responsabilité pénale des hommes politiques*, Paris, LGDJ, collection Droit public, 1996, p. 53.

en vue de leur transit, dépôt ou stockage sur le territoire national »⁶⁰. Pour la Constitution libérienne, constitue un crime de haute trahison, le fait de « déclencher une guerre contre la République ; d'être en intelligence avec un pays en guerre ou en état de guerre contre le Libéria ; d'espionner au profit d'un Etat ennemi ; de procéder à une tentative ouverte de renversement et de mutinerie ; d'abroger ou de tenter d'abroger la Constitution avec force »⁶¹. Les Constitutions d'autres pays d'Afrique francophone tels que le Niger⁶² et le Bénin⁶³ procèdent également par énumération des faits constitutifs de crime de haute trahison. Une constante émerge de ces différentes énumérations : les violations graves et caractérisées des droits de l'homme. Les autres éléments de la définition – excepté la cession d'une partie du territoire national reprise majoritairement par les Constitutions qui procèdent par énumération - varient en fonction des Etats. Ils semblent liés aux circonstances historiques nationales. Le contenu du concept de haute trahison devient ainsi variable suivant les Etats, ce qui rend difficile une systématisation de la notion. On retiendra, toutefois, avec la doctrine, que la haute trahison semble désigner tout manquement grave ou manifeste du chef de l'Etat aux obligations de sa charge. Le pouvoir laissé aux juges de la Haute Cour de justice pour apprécier si tel ou tel fait est suffisamment grave ou manifeste pour autoriser la poursuite du chef d'Etat pour crime de haute trahison est tel qu'il convient d'affirmer qu'en la matière, la décision revient « aux (seuls) parlementaires qui qualifieront ainsi les faits selon leur conscience, voire leur humeur ou encore leurs allégeances ou leurs calculs partisans »⁶⁴. Ce point de vue, qui doit pouvoir être nuancé, semble être partagé par une partie de la doctrine qui voit en la haute trahison une notion politique, au point de vue de son contenu, mais aussi, pour certains auteurs, en ce qui concerne la juridiction chargée d'en connaître. Seule cette notion « politique » restrictive pourrait engager la responsabilité pénale du chef d'Etat africain, qui demeure par ailleurs immunisé contre ses éventuels actes détachables répréhensibles.

⁶⁰ Voir <https://www.icrc.org>ihl>ihl-nat.nsf>, consulté le 20 juillet 2017.

⁶¹ Article 76 de la Constitution libérienne, v. cofinder.richmond.edu>docs>liberia, consulté le 20 juillet 2017.

⁶² L'article 142, alinéa 2 de la Constitution de la VII^e République du Niger dispose qu'« il y a haute trahison lorsque le Président de la République refuse d'obtempérer à un arrêt de la Cour constitutionnelle, est reconnu auteur, co-auteur ou complice de violations graves et caractérisées des droits humains, de cession frauduleuse d'une partie du territoire national, de compromission des intérêts nationaux en matière de gestion des ressources naturelles et du sous-sol et d'introduction de déchets toxiques sur le territoire national ».

⁶³ En vertu de l'article 3 de la loi n° 93-013 du 20 août 1993 relative à la Haute Cour de justice du Bénin, il y a haute trahison « lorsque le Président de la République a violé son serment, est reconnu co-auteur ou complice de violations graves et caractérisées de Droits de l'Homme, de cession d'une partie du territoire national ou d'actes attentatoires au maintien d'un environnement sain, satisfaisant durable au développement ».

⁶⁴ ARDANT Philippe, *La responsabilité pénale du président français... , précité*, p. 61.

2. L'omission du concept d'acte détachable

Les actes détachables, ou extérieurs aux fonctions de chef d'Etat, sont de deux ordres : il y a, d'une part, ceux que le chef d'Etat a commis avant son entrée en fonction et ceux qu'il commettrait une fois son mandat achevé. Il y a, d'autre part, les actes commis par lui pendant son mandat mais qui n'ont aucun lien avec sa fonction : tel serait, par exemple, le cas d'un accident mortel survenu au cours d'une partie de chasse et dont il serait l'auteur, ou d'un viol commis par lui⁶⁵. La doctrine s'est interrogée sur la question de savoir s'il pouvait être poursuivi pour de tels actes ou non et, dans l'affirmative, devant quelle juridiction.

S'agissant d'abord des actes de la première catégorie, et avant la révision constitutionnelle française de 2007, une minorité d'auteurs, dont Jean Foyer, estimait que le chef de l'Etat ne bénéficie d'aucun privilège de juridiction à leur égard et qu'il devrait pouvoir être poursuivi devant les juridictions de droit commun⁶⁶, même en cours de mandat. D'autres auteurs, dont Philippe Ardant, considèrent en revanche que « *le président n'est pas responsable pénalement de ses actes privés, qu'ils soient antérieurs ou non à son mandat* »⁶⁷. D'autres encore estiment que le chef de l'Etat peut être poursuivi pour ses actes antérieurs à l'entrée en fonction, mais que, tant qu'il est encore au pouvoir, ces poursuites sont suspendues⁶⁸ ; elles ne peuvent éventuellement reprendre qu'après l'expiration du mandat.

S'agissant des actes détachables accomplis dans l'exercice des fonctions⁶⁹, il y a une quasi-unanimité de la doctrine pour considérer, compte tenu de la rédaction de l'article 68 de la Constitution française de 1958, que le chef de l'Etat bénéficie d'une irresponsabilité à leur égard, sauf s'ils sont constitutifs d'actes de haute trahison⁷⁰. Depuis la révision constitutionnelle de 2007, l'état du droit est plus clair : pendant son mandat, le chef de l'Etat français est irresponsable pour les actes qu'il accomplit *en cette qualité*. Pour tous les autres actes, il ne jouit d'aucune irresponsabilité ; il peut

⁶⁵ L'ancien président israélien, Moshe Katzav, a été condamné le 29 mars 2016 par la Cour d'appel de Tel-Aviv pour viols et harcèlement sexuel sur une de ses anciennes collaboratrices. Les faits reprochés ont été commis pendant qu'il était en fonction, www.information.tv5monde.com>terriennes, consulté le 7 janvier 2017.

⁶⁶ FOYER Jean, « Haute Cour de justice », *Répertoire de droit pénal*, n° 34, Dalloz, mars 1999, pp. 5 s.

⁶⁷ ARDANT Philippe, GARCASSONNE Guy, CHAGNOLLAUD Dominique, ROUSSEAU Dominique & VEDEL Georges, « La responsabilité pénale du président français, Réponses à deux questions », *Revue Pouvoirs*, n° 92, janvier 2000, p. 62.

⁶⁸ Cf. GENEVOIS Bruno, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international », *RFDA*, 15 (2), mars-avril 1999 ; également. G. Carcassonne, D. Chagnollaud et G. Vedel, in ARDANT (Philippe), *op. cit.*, p. 64, p. 66 et p. 75.

⁶⁹ En vertu d'un arrêt de la Cour de cassation du 27 juillet 1995, il s'agit d'« actes qui ont un rapport direct avec la conduite des affaires de l'Etat ..., à l'exclusion des comportements concernant la vie privée ou les mandats électifs locaux », cité par Dominique Chagnollaud, in Philippe ARDANT, *ibid.*, p. 67.

⁷⁰ Cf. GENEVOIS Bruno, *op. cit.*, p. 75.

être poursuivi dans les conditions de droit commun devant le tribunal pénal, un mois après l'expiration de son mandat.

S'agissant du cas des Etats africains étudiés ici, à l'exception de la Constitution libérienne, aucun des exemples faisant l'objet de la présente étude ne mentionne expressément les actes « détachables » parmi ceux qui sont susceptibles d'engager la responsabilité du chef de l'Etat. Cette Constitution limite toutefois la responsabilité du chef de l'Etat en ce qui concerne ces actes : ceux-ci ne peuvent donner lieu à des poursuites que s'ils sont constitutifs de « crimes », ce qui réduit drastiquement les possibilités de poursuite dans le cadre d'un Etat de droit. Il est en effet difficile, dans un tel Etat, où les actes des autorités publiques sont censés être dictés par la loi, qu'un chef d'Etat commette directement et intentionnellement un crime⁷¹. Hormis cette hypothèse, il y a lieu de conclure que les chefs d'Etat, dans les hypothèses étudiées, ne peuvent pas être poursuivis pour les actes détachables de leur fonction. Le débat qui a eu lieu en droit français pourrait toutefois être transposé ici, mais sans, pour cela, que les solutions suggérées reçoivent application. Le même raisonnement peut être soutenu à propos des actes délictueux accomplis pendant la durée du mandat mais n'ayant aucun lien avec sa fonction. Toutefois, dans l'hypothèse exceptionnelle où l'acte sans lien avec la fonction serait si atroce qu'il heurterait la conscience collective, le chef d'Etat pourrait démissionner de lui-même, par dignité pour sa fonction. Au cas où il ne le ferait pas, la réprobation générale pourrait pousser le Parlement à interpréter le crime comme un manquement grave à sa charge, constitutif de haute trahison. En résumé, le chef d'Etat, dans les hypothèses étudiées, mais aussi dans la majorité des Etats africains, est irresponsable des actes détachables de sa fonction, qu'ils aient été perpétrés avant le début de son mandat, au cours ou après l'expiration de celui-ci. Moralement, cependant, il paraît injuste de protéger le chef de l'Etat contre les actes accomplis par lui avant son entrée en fonction et après la fin de son mandat ; ceux-ci devraient, sur le fondement du principe d'égalité devant la loi, pouvoir être déférés au juge ordinaire compétent au cas où les délais de poursuite seraient encore valides. L'exclusion, par la majorité des Etats africains, des actes détachables des causes de responsabilité des chefs d'Etat peut surprendre lorsqu'on fait un parallèle avec le droit administratif. Le juge administratif, qui a également retenu la notion d'acte détachable⁷², admet non seulement le recours pour excès de pouvoir⁷³ contre de tels actes, mais aussi que ceux-ci peuvent engager la responsabilité de l'Etat⁷⁴. Cette jurisprudence, motivée par le souci d'assurer en tout temps le respect

⁷¹ Un crime par accident peut être, toutefois, possible : par exemple, un chef d'Etat qui, au volant d'une voiture en dehors des heures de service, renverserait mortellement un passant.

⁷² L'acte détachable désigne « dans un acte administratif complexe, constitué d'une mesure principale et d'actes connexes, ceux des actes que le juge administratif accepte de soumettre à un régime contentieux distinct de celui appliqué à la mesure principale », *Lexique des termes juridiques*, précité, p. 19.

⁷³ CE 4 août 1905, *Martin*, Rec. 749, *concl.* Romieu, *GAJA*, n° 15.

⁷⁴ CE Ass. 8 janvier 1988, *Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c. Communauté urbaine de Strasbourg*, Rec. 2 ; *RFDA* 1988.25, *concl.* Daël ; CE Ass. 7 nov.

de la légalité et le principe d'égalité des citoyens, pourrait inspirer dans l'avenir ceux des constituants réticents à l'égard de la responsabilité du fait des actes détachables.

Pour l'heure, la seule hypothèse où le chef d'Etat africain pourrait voir sa responsabilité engagée est celle où il serait soupçonné d'avoir commis un acte de « haute trahison ». Dans cette hypothèse exceptionnelle et fort limitée, il est alors jugé par une juridiction dont la composition et le fonctionnement lui assurent une protection supplémentaire.

B. LA HAUTE COUR DE JUSTICE DECRIEE

Tous les Etats du monde estiment que le chef de l'Etat n'est [...] pas un citoyen comme les autres⁷⁵ et qu'il ne doit pas être jugé dans les mêmes conditions que ces derniers. Ainsi, lorsqu'il est soupçonné du crime de haute trahison, il est jugé par une juridiction spéciale, la Haute Cour de justice (HCJ), évoluant dans un environnement sociologique protecteur (1), et dont la composition fait douter de son indépendance (2).

1. Un environnement sociologique protecteur

La procédure prévue pour engager la responsabilité pénale du chef d'Etat dresse deux obstacles majeurs à la recherche de cette responsabilité lorsque celui-ci est en exercice. Ces obstacles, qui sont communs à tous les systèmes juridiques du monde, apparaissent au moment du déclenchement des poursuites et au stade de la décision de mettre en accusation le chef de l'Etat.

Le premier obstacle majeur est constitué par la décision d'entreprendre des poursuites contre le chef de l'Etat soupçonné de haute trahison. Les Constitutions des Etats dont les chefs d'Etat sont concernés par la présente étude, comme celles de la grande majorité des Etats du monde, donnent compétence exclusive au Parlement pour déclencher les poursuites. C'est lui qui prend la décision de poursuivre en votant une résolution en ce sens à une majorité renforcée⁷⁶. Il en est ainsi des Constitutions de la Côte d'Ivoire et du Tchad où la résolution de poursuivre le chef de l'Etat doit être adoptée par les 2/3 des membres du Parlement⁷⁷. Au Soudan, la majorité exigée est les 3/4 des députés⁷⁸. Il en va autrement au Libéria où la poursuite et le jugement du chef

2008, Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine, RFDA 2009.111, concl. Glaser, note Mondou et Poteau.

⁷⁵ CARCASSONNE Guy, in ARDANT Philippe, *op. cit.*, p. 64.

⁷⁶ Au Tchad, l'initiative peut être prise par 1/4 des membres de l'Assemblée nationale (art. 115 de la Constitution), mais la résolution décidant la poursuite est prise par les 2/3 de l'Assemblée.

⁷⁷ Article 111 de la Constitution de la Côte d'Ivoire ; article 180 de la Constitution du Tchad. Lorsqu'il existe deux chambres, la même majorité est exigée au niveau de chaque chambre.

⁷⁸ Article 60.2 de la Constitution intérimaire du 1^{er} juillet 1998.

de l'Etat relèvent de la compétence de la Cour suprême⁷⁹. L'exigence d'une résolution adoptée par les 2/3 des membres du Parlement a été reprise par plusieurs autres Constitutions d'Etats africains⁸⁰. Celles du Sénégal⁸¹ et du Togo⁸² exigent une majorité plus forte.

Le droit comparé offre l'exemple du même souci de protection. Aux termes de l'alinéa 4 de la Constitution française de 1958, la résolution déclenchant des poursuites contre le président de la République pour manquement à ses devoirs manifestement incompatibles avec l'exercice de son mandat est prise par les 2/3 des membres de chaque chambre du Parlement. Il en va autrement au Brésil où chaque citoyen a le pouvoir d'initier la procédure conduisant à la destitution du chef de l'Etat par le Sénat⁸³, et aux USA où la Chambre des Représentants déclenche la procédure et le Sénat juge le président⁸⁴.

L'exigence des 2/3, ou plus, des membres du Parlement constitue un premier obstacle quasi- insurmontable dans les pays africains, francophones notamment. En effet, depuis l'avènement de la démocratie et des élections multipartites au début des années 1990, excepté de très rares fois où l'opposition a obtenu une majorité absolue à l'Assemblée nationale⁸⁵, la majorité au Parlement est souvent le reflet de la majorité présidentielle. Seule cette dernière est en mesure de réunir les 2/3 des membres exigés en cas de déclenchement de poursuites contre le chef de l'Etat. En raison de l'existence de ce « *filtre bloquant* », toute tentative d'attirer les présidents Charles Taylor au Libéria, Omar el Béchir au Soudan, Laurent Gbagbo en Côte d'Ivoire ou Hissène Habré au Tchad devant les tribunaux eût été vouée à l'échec. C'est ce qui explique la tentative, en juillet 2015, des députés malgaches d'obtenir la destitution de Hery Rajanorimampianina en passant par la juridiction constitutionnelle⁸⁶. En l'état actuel des forces politiques en présence en Afrique francophone, la majorité des 2/3 n'aurait quelque chance d'être réunie que si le crime reproché au chef d'Etat est si odieux qu'il serait de nature à révolter ses propres partisans. Mais, même dans cette hypothèse, elle ne pourrait être atteinte qu'au prix de marchandages dans lesquels les

⁷⁹ Cf. art. 62 et 65 de la Constitution du Libéria du 6 janvier 1986. La procédure suivie dans cette hypothèse semble être celle traditionnellement suivie devant la Cour suprême.

⁸⁰ Cf. art. 89.1 de la Constitution de l'Afrique du Sud de 1996 ; pour le Bénin : art. 137, alinéa 2 de la Constitution de 1990 ; art. 95, alin. 2 Constitution du Mali du 27 février 1992.

⁸¹ 3/5 des membres du Parlement, art.101, alin. 1^{er}, Constitution du 7 janvier 2001.

⁸² 4/5 des membres du Parlement, art. 129, alin. 2 de la Constitution de 1992.

⁸³ Lire XANDRY Valérie, « Brésil, Etats-Unis, France : les procédures pour destituer le président », www.challenges.fr, consulté le 8 janvier 2017. Toutefois, la procédure ayant conduit à la destitution de la présidente Dilma Rouseff le 31 août 2016 a été déclenchée par l'Assemblée nationale brésilienne qui lui reproche d'avoir *maquillé les comptes publics* pour dissimuler l'ampleur des déficits, notamment en 2014, afin de faciliter sa réélection la même année.

⁸⁴ Article I, section 2 de la Constitution américaine de 1787.

⁸⁵ Ce fut le cas au Togo aux élections législatives de 1994 et au Bénin aux législatives de 2015.

⁸⁶ Voir *supra*, note 67, p. 13.

politiques excellent et qui ne sont pas forcément guidés par le souci de renforcer l'Etat de droit et la transparence dans la vie publique.

Le deuxième obstacle majeur survient au stade de la mise en accusation du chef de l'Etat. Une fois la résolution de poursuivre adoptée, vient la phase d'instruction du dossier. En l'absence de dispositions expresses relatives à la procédure d'instruction en matière de haute trahison dans les Constitutions examinées et les lois organiques relatives aux HCJ, le recours au droit africain comparé enseigne que l'instruction est généralement conduite par des magistrats professionnels. Au Bénin, elle est de la compétence de la chambre d'accusation de la Cour d'appel du lieu du siège de l'Assemblée nationale⁸⁷. Au Sénégal, la commission d'instruction est présidée par le président de la Cour d'appel de Dakar ou, en cas d'empêchement, par le président de la chambre d'accusation de ladite Cour⁸⁸. Au Niger, l'instruction est assurée par trois magistrats désignés par le président de la Cour de cassation⁸⁹. La procédure suivie est celle en vigueur devant la chambre d'accusation de la Cour d'appel⁹⁰, conformément aux règles du code de procédure pénale⁹¹.

La commission d'instruction écoute le réquisitoire établi par le Procureur général près la HCJ et accomplit tous les actes nécessaires à la compréhension et à la mise en forme du dossier. Elle établit un rapport à l'attention de l'Assemblée nationale à qui revient la décision de poursuivre ou de mettre fin aux poursuites. Autrement dit, malgré la recherche du professionnalisme au niveau de l'instruction (stade de la manifestation de la vérité) par la présence de magistrats professionnels, le travail de la commission n'est que préparatoire. La décision relève d'un organe politique, des parlementaires. Elle pourrait donc être davantage dictée par des considérations politiciennes que par les recommandations de la commission d'instruction. Il apparaît à ce niveau une nouvelle exigence : la décision d'accusation, qui ouvre la voie au jugement du chef de l'Etat, doit être votée à nouveau à la majorité des 2/3 des membres du Parlement : il en est ainsi au Tchad⁹², en Côte d'Ivoire⁹³, au Soudan⁹⁴ et au Burkina Faso⁹⁵, dans d'autres Etats francophones d'Afrique⁹⁶ et en France⁹⁷. Aux Etats-Unis, en revanche, la Chambre des Représentants décide de la mise en accusation à la majorité des suffrages exprimés⁹⁸. Les difficultés pour réunir la majorité des 2/3 relevée au niveau du vote de la résolution déclenchant les poursuites

⁸⁷ Art. 15-2, loi n° 93-013 précitée.

⁸⁸ Art. 11, loi organique n° 2002-10 du 22 février 2002 portant loi organique de la Haute Cour de justice, au Sénégal.

⁸⁹ Art. 101 de la Constitution.

⁹⁰ Pour le Bénin, art. 15.3 de la loi n° 93-013.

⁹¹ Art. 23 de la loi organique n° 2002-10 du Sénégal, précité.

⁹² Article 175 de la Constitution du Tchad, 1996.

⁹³ Article 111 de la Constitution de la Côte d'Ivoire, 2000.

⁹⁴ Article 45, (d) de la Constitution du Soudan, 2005.

⁹⁵ Article 161 de l'avant-projet de Constitution de la Ve République.

⁹⁶ Constitution du Bénin, art. 137, alin.2 ; Constitution de Madagascar, art. 131.

⁹⁷ Article 68, alin. 4 de la Constitution française.

⁹⁸ Article I, section 2 de la Constitution américaine, précité.

valent au stade de l'adoption de la décision de mise en accusation du chef de l'Etat. Ceci renforce le sentiment d'une justice « à part », par ailleurs servie par un organe dont la composition influencerait sur les décisions qu'elle rend.

2. Une juridiction politisée

Une fois l'obstacle de la mise en accusation surmonté, le chef de l'Etat sera jugé, dans la grande majorité des cas, par la Haute Cour de justice et, rarement, par la Cour constitutionnelle. La composition de la HCJ varie suivant les Etats, mais l'on y décèle une constante : on y trouve à la fois des magistrats et des parlementaires. Malgré la présence des magistrats, la doctrine n'est pas rassurée sur son indépendance.

Si l'on excepte le cas du Libéria et du Soudan où le chef d'Etat est jugé respectivement par la Cour suprême et la Cour constitutionnelle (qui, d'ailleurs, souffre des mêmes critiques que la HCJ), ainsi que celui du Mali et du Burkina Faso où la HCJ est exclusivement composée de députés⁹⁹, le nombre des parlementaires l'emporte¹⁰⁰ généralement dans les HCJ des autres Etats : en Côte d'Ivoire la HCJ compte un seul magistrat sur 9 membres titulaires : le premier président de la Cour de cassation qui la préside¹⁰¹. Au Tchad, elle comprend 10 députés et 5 magistrats¹⁰². On retrouve le même type de composition, défavorable aux magistrats, au niveau des HCJ d'autres Etats africains francophones : on compte 3 magistrats contre 4 députés au Niger¹⁰³ et 5 magistrats contre 6 députés à Madagascar¹⁰⁴. Le Bénin et le Gabon sont les rares pays dont la HCJ compte plus de magistrats que de députés. Dans ces deux pays, les magistrats sont au nombre de 7 contre 6 députés¹⁰⁵.

Cette mixité, également reprise dans la composition de la Cour de justice de la République (CJR) en France¹⁰⁶, et qui, en principe, devait constituer le gage d'une bonne justice, n'est pas perçue comme tel par une partie de la doctrine¹⁰⁷. Par exemple, s'interrogeant sur la composition et la mission de la CJR, Pierre-Olivier

⁹⁹ Article 96 de la Constitution du Mali, 1992 ; article 161 de l'avant-projet de Constitution de la V^e République.

¹⁰⁰ Sauf au Togo où il y a parité entre les magistrats et les députés, art. 126 de la Constitution.

¹⁰¹ Article 108 de la Constitution ivoirienne et art. 1^{er} de la loi organique du 20 décembre 2001 déterminant la composition, le fonctionnement et la procédure devant la Haute Cour de justice.

¹⁰² Article 173 de la Constitution du Tchad, 1996 : les 5 magistrats sont : 2 membres du Conseil constitutionnel et 3 membres de la Cour suprême.

¹⁰³ Article 143 de la Constitution du Niger.

¹⁰⁴ Article 136 de la Constitution du Madagascar.

¹⁰⁵ Article 135 de la Constitution du Bénin et art. 80 de la Constitution du Gabon.

¹⁰⁶ Composée de 12 parlementaires (6 députés et 6 sénateurs) et 3 magistrats, la CJR est chargée de juger les membres du gouvernement pour les crimes et délits commis par eux dans l'exercice de leurs fonctions : art. 68-2 de la Constitution.

¹⁰⁷ Lire, par exemple : CARCASSONNE Guy, « Cour de justice de la République : renoncer au salmigondis à la française », chronique, *Semaine Juridique*, n° 1-n° hors-série, Edition générale, 8 juin 2012.

Caille se demande si cet échevinage ne constitue pas plutôt du copinage¹⁰⁸. Jean Pradel et Louis Gondre y voient une violation « du principe de séparation des pouvoirs législatif et judiciaire en donnant l'impression que des juges politiques ne condamneraient pas leurs pairs »¹⁰⁹. Pourtant, le droit comparé offre l'exemple d'institutions chargées de juger le chef de l'Etat et composées presque exclusivement de parlementaires mais qui n'encourent pas les mêmes critiques de partialité. Il en est ainsi à l'occasion de la mise en oeuvre de la procédure d'impeachment aux Etats-Unis par exemple¹¹⁰ : la mise en accusation est décidée par la Chambre des Représentants. Puis le Sénat, présidée en la circonstance par le président de la Cour suprême, juge et se prononce sur l'impeachment. En réalité, la composition n'est pas un obstacle pour une juridiction. Tout dépend de l'attachement de ses membres à servir l'Etat de droit, ainsi que de l'objectivité de leur office.

D'une manière générale, la doctrine voit dans ce mixage de magistrats professionnels et de politiques une manière de soustraire les autorités politiques aux juridictions pénales de droit commun, dans le but de leur assurer l'immunité. Joseph Barthélémy et Paul Duez considèrent, en effet, que l'existence d'une juridiction particulière va dans l'intérêt des gouvernants qui auraient davantage à craindre des juridictions ordinaires¹¹¹. Il en résulte un doute sur l'indépendance des membres de la Cour et un soupçon de partialité de leur part ou, tout au moins, une bienveillance à l'égard des personnes qu'ils ont à juger. S'exprimant à propos du verdict dans l'affaire Pasqua¹¹², François Colombet, haut magistrat et député ayant siégé à la Haute Cour de justice de la République, déclare : « ... les parlementaires connaissent l'homme qu'ils jugent ; ils ne peuvent pas ne pas en tenir compte. Je ne veux pas dire que c'est une juridiction de connivence, mais c'est l'équivalent d'un tribunal de commerce de petite ville, où les commerçants se connaissent tous et se jugent entre eux, avec tous les dangers que cela représente, notamment celui d'être extrêmement bienveillants »¹¹³. A cette bienveillance, corporatiste, s'ajoute une autre, d'identification. « Si on condamne, et que les années à venir on fait quelque chose de comparable, on y a droit »¹¹⁴. En conséquence, « de droite comme de gauche, les gens ont tendance à être moins sévères, parce qu'ils s'identifient tout à fait »¹¹⁵. Sans compter que « si l'on juge quelqu'un de droite, et que la majorité est de droite, évidemment ... le verdict est plus clément »¹¹⁶ et, en cas de renversement de la majorité, le risque d'une rigueur

¹⁰⁸ CAILLE Pierre Olivier, « Cour de justice de la République », in *JurisClasseur administratif*, Fasc. 40 du 31 mars 2011, mis à jour le 30 avril 2014, parag. 71.

¹⁰⁹ GONDRE Louis et PRADEL Jean, « La Cour de justice de la République : à conserver et à améliorer », *JCPG*, 2012, 56.

¹¹⁰ Article II, section 4 de la Constitution américaine.

¹¹¹ *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1926, p. 120.

¹¹² C.J.R., 30 avril 2010, *Pasqua*, p. 18.

¹¹³ « Cour de justice de la République : La classe politique se protège elle-même », in GUERIN-BARGUES (Cécile), « CJR : pour qui sonne le glas ? », *Jus politicum*, n° 11-2013, p. 19.

¹¹⁴ GUERIN-BARGUES (Cécile), *op. cit.*, p. 18.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Propos de François Colombet, in « Pourquoi François Hollande veut supprimer la Cour de justice de la République », *ibid.*, p. 5.

excessive¹¹⁷. L'hypothèse d'une rigueur excessive, même lorsque la majorité juge un des siens, n'est pas à exclure cependant : dans l'hypothèse de règlements de comptes entre les différents courants composant un parti, par exemple. Le fait, en Afrique, que les Constitutions et les règlements des Assemblées prévoient généralement que les organes mis en place par lesdites Assemblées doivent refléter la configuration des forces politiques y représentées ne devrait pas avoir trop d'influence sur le constat fait par les auteurs, à cause, notamment, de la tendance corporatiste inhérente aux membres de toute institution.

En raison de la mixité de leur composition, les HCJ encourent, en Afrique plus qu'ailleurs, les mêmes critiques de manque d'indépendance, de bienveillance et de mansuétude à l'égard des assujettis. Wilfried Jeandidier estime que *leur grande faiblesse réside dans leur composition parlementaire, gage de mansuétude plus que probable*¹¹⁸. La crédibilité des HCJ peut toutefois être admise en considérant que *une fois la personne désignée [comme objet de l'enquête], c'est comme un missile qui serait lancé. Vous ne pouvez interrompre sa course, et on ne peut le diriger. Il n'obéit qu'à sa propre logique*¹¹⁹. Or, il peut arriver, qu'à la fin du processus, l'intéressé soit déclaré non coupable. Les conséquences seraient si désastreuses pour la continuité et la stabilité du pays, d'une part, et pour l'image de la classe politique, d'autre part, que la HCJ, saisie pour haute trahison, ou le juge ordinaire, hésiterait vraisemblablement à conduire la procédure jusqu'à son terme. D'où, naturellement, le débat sur la nature juridique de la Haute Cour de justice. Ce débat ne porte pas sur la question de savoir si elle est, oui ou non, une juridiction. Cette question a été tranchée depuis plus d'une soixantaine d'années. Il n'y a pas de doute sur le fait que la HCJ, composée exclusivement de députés ou de magistrats et de députés, est une véritable juridiction. Les critères à remplir par un organisme pour être qualifié de « *juridiction* » sont classés par la jurisprudence en deux catégories : les critères matériels, d'une part, les critères organiques et formels, d'autre part.

Le critère matériel porte, sans autre considération, sur les qualités intrinsèques de l'acte lui-même : est considéré comme un acte juridictionnel celui qui tranche définitivement un différend en appliquant le droit. Les critères organiques et formels définissent l'acte par son origine et ses formes. S'agissant des critères de cette catégorie, l'on rappellera que la qualité de « *juridiction* » a été reconnue à des organismes divers, dont les ordres professionnels statuant en matière disciplinaire et les jurys d'honneur constitués exclusivement de professionnels des secteurs¹²⁰. La qualité de juridiction de la HCJ résulte de plusieurs éléments des deux catégories : l'institution doit avoir pour mission de régler un différend. En l'espèce, l'intervention de la HCJ a pour objet de trancher la question de présomption de haute trahison. Elle

¹¹⁷ JEANDIDIER Wilfrid, « Les juridictions spéciales d'exception de la France contemporaine », *La Semaine Juridique*, Edition Générale n° 1, 2 janvier 1985. I. 3173, parag. 9.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Propos tenus par le procureur indépendant américain Robert Fiske dans l'affaire « *White Water* » impliquant Bill Clinton, cité par Philippe Houillon, in « *Rapport...* », précité, p. 21.

¹²⁰ CE., Ass., 7 février 1947, *D'Aillières*, Rec. 50, GAJA n° 59.

le fait suivant une procédure qui ressemble désormais à celle suivie devant les juridictions pénales de droit commun, avec la présence d'un procureur général. La procédure suivie est contradictoire. Les audiences sont publiques. Les décisions rendues prennent l'appellation d'arrêts et sont motivées, etc. Enfin, la décision prononcée met définitivement fin à une contestation.

La question qui se pose est celle de savoir si la HCJ peut être comparée à une juridiction pénale de droit commun. Là, le doute est permis. Comment une juridiction chargée de sanctionner un crime (la haute trahison en l'espèce) peut-elle être comparée à une juridiction pénale ordinaire alors même qu'elle n'est pas tenue de fonder ses décisions exclusivement sur des normes de droit : « *la responsabilité du chef de l'Etat (n'étant) pas soumise au principe de légalité des infractions* ». La doctrine semble unanime pour dénier à la HCJ la qualification de juridiction pénale. Le doyen Georges Vedel et Olivier Duhamel considèrent que l' « *on ne peut... punir pénalement que devant le juge pénal* »¹²¹. On peut cependant rappeler que la répression des contraventions par le juge administratif relève du pénal. Jean-Louis Quermonne, en tout cas, soutient qu' « *aucun* » des caractères de la responsabilité pénale ne peut être décelé devant la HCJ¹²². Jean Gicquel considère que *la haute trahison s'analyserait en un délit politique à contenu variable*¹²³. Tandis que pour Michel de Villiers et Armel Le Divellec, « *la haute trahison [...] fait clairement sortir du droit pénal, puisqu'il appartient à la Haute Cour [...] d'en définir le contenu... Il s'agit essentiellement d'une responsabilité politique mais liée à l'idée de faute* »¹²⁴.

Tout semble donc converger vers la reconnaissance de la qualité de juridiction politique à la HCJ. D'abord, - mais sans que cela soit déterminant - à cause de sa composition qui fait une large part aux politiques. Ensuite, à cause de la nature politique de la notion de haute trahison. Par analogie à ce qu'écrit Pierre Chambon en ce qui concerne les ministres, on peut considérer que « *la nature politique des fonctions (...) est inséparable de la personne, qu'elle imprègne* », et donne, « *dès lors [que le politique] agit en cette qualité, à tous ses actes, un caractère politique* »¹²⁵. L'appréciation politique l'emporte, d'ailleurs, très souvent sur les considérations juridiques¹²⁶. Enfin, à cause du caractère politique de la sanction - la destitution - qui la rapproche davantage de l' « *impeachment* » américain que d'une sanction pénale ordinaire¹²⁷. Aux Etats-Unis, en effet, il est admis que les parlementaires n'ont pas l'obligation, même morale, de mettre en accusation ni de condamner celui qu'ils

¹²¹ « *Le droit pénal et le politique* », *Le Monde*, 3 mars 1999, p. 14.

¹²² QUERMONNE Jean-Louis, *Le gouvernement français sous la V^e République*, 3^e éd., Paris, Ed. Dalloz, Etudes politiques, économiques et sociales, 1986, p. 169.

¹²³ GELARD Patrice, GICQUEL Jean-Eric, GICQUEL Jean, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 30^e éd., Paris, LGDJ, Précis Domat, droit public, 2016, pp. 1105.

¹²⁴ *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 8^e éd. 2011, p. 322. Les deux auteurs traitent de la haute trahison dans la rubrique relative à la responsabilité constitutionnelle.

¹²⁵ Note sous Cass. Crim., 28 mai 1986, JCP. G. 1987, II, 20734.

¹²⁶ GUERIN-BARGUES Cécile, « *CJR ; pour qui sonne le glas ?* », *précité*, notamment p. 22 s.

¹²⁷ Même si les faits qui l'ont motivée peuvent avoir un caractère pénal.

estiment coupable. Joseph Pierre Effa en conclut que *la responsabilité pénale [des politiques] est le prolongement du contrôle politique que le parlement exerce sur l'exécutif*¹²⁸. Guy Carcassonne y voit également *une forme de restauration de la responsabilité politique*¹²⁹ du chef de l'Etat, alors que, pour Didier Mans, il ne s'agit pas d' « une responsabilité pénale mais d'une responsabilité constitutionnelle ».¹³⁰

La discussion autour de la nature de la HCJ rappelle celle relative à la juridiction constitutionnelle, considérée également un temps comme une juridiction à caractère politique et manquant d'indépendance vis-à-vis du pouvoir. Si l'on prend l'exemple français, par exemple, les critiques estimaient que le juge constitutionnel était illégitime à juger les élus parce qu'il est nommé, et qu'il se montrerait complaisant envers celui qui l'a nommé. François Mitterrand a pu écrire ainsi que *le Conseil constitutionnel, en se comportant comme l'agent empressé du pouvoir exécutif, a perdu le peu d'autorité morale qu'a priori certains lui avaient consentie [et a] frappé de suspicion l'institution elle-même*¹³¹. S'agissant de la HCJ, bien que ses membres soient majoritairement des élus - et donc légitimes -, et non pas nommés par celui qu'ils jugent, on retrouve pourtant le même type de reproches.

Juridiction à « politique » ou « politisée », la HCJ est perçue comme une juridiction conçue pour soustraire le chef de l'Etat de la compétence des juridictions pénales ordinaires. On en arrive, ainsi, sur le plan interne, dans les pays africains francophones, à un système où, d'une manière générale, le chef d'Etat est irresponsable, pour les actes accomplis dans l'exercice de sa fonction et, de fait, également, pour les actes détachables de sa fonction. Ici encore, on peut faire le parallèle avec le Conseil constitutionnel français qui, après avoir subi des critiques a, grâce à une action en faveur du droit et notamment depuis sa décision « liberté d'association »¹³² de 1971, acquis ses lettres de noblesse, pour espérer que les HCJ des pays africains sauront, au cas où elles sont saisies, se départir des préoccupations partisans pour se mettre au service de l'Etat de droit. En tout cas, le système rappelé ci-dessus, qui a pendant longtemps assuré l'impunité des chefs d'Etat africains est, aujourd'hui, contourné par le système de responsabilité pénale internationale avec un certain succès. Mais ce succès ne va pas, lui non plus, sans critiques et de sérieuses réserves, un peu partout dans le monde.

¹²⁸ EFFA Joseph Pierre, *La responsabilité pénale des ministres sous la V^e République*, L'Harmattan, 2011, p. 85.

¹²⁹ CARCASSONNE Guy, « Restaurer la responsabilité politique », *Le Point*, n° 1381, 6 mars 1999.

¹³⁰ Cf. XANDRY Valérie, « Brésil, Etats-Unis, France... », précité, www.challenges.fr.

¹³¹ *In Le coup d'Etat permanent*, Plon, 1964, p. 356.

¹³² DC 7144 du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*.

II. UN ESPOIR DE JUSTICE PENALE INTERNATIONALE LIMITE

Devant l'impossibilité pour les victimes d'obtenir justice sur le plan national contre un chef d'Etat soupçonné de faits pénalement répréhensibles, le droit international a institué la Cour pénale internationale (CPI) pour connaître des crimes « les plus graves », touchant l'ensemble de la communauté internationale, ou « crimes internationaux ». Les faits d'arme de la CPI depuis le démarrage de ses activités en 2002 ont toutefois déçu les Etats africains (A) qui ont préféré mettre en place ponctuellement une juridiction africaine chargée de juger un ancien président soupçonné de crimes suscités (B), fissurant par la même occasion le voile d'impunité qui protégeait jusqu'alors les chefs d'Etat africains.

A. L'ESPOIR BOUDE DE LA CPI

L'avènement de la justice pénale internationale a constitué, pour les populations, la promesse, de la part de la communauté des nations, de ne plus jamais laisser les auteurs de crimes les plus graves et leurs complices impunis. Si, toutefois, les dispositions du Statut de la CPI semblent être à la hauteur de la promesse (1), l'activisme de la Cour a conduit les dirigeants africains à contester sa légitimité à poursuivre les chefs d'Etats en exercice (2).

1. La promesse

Contrairement au système de « justice universelle » mettant en œuvre le concept de *compétence universelle* contesté dans son principe même, la naissance de la CPI a fait suite à un consensus entre une grande partie des Etats du monde¹³³. La compétence universelle est le mécanisme du droit international qui permet aux Etats qui le désirent d'octroyer à leurs juridictions la compétence pour juger les personnes soupçonnées de crimes internationaux¹³⁴, quel que soit le territoire où ces crimes ont été commis et quelle que soit la nationalité de l'auteur ou de la victime¹³⁵. Ce système -

¹³³ Certains pays dont les Etats Unis, la Chine et la Russie ont, toutefois, refusé de ratifier le Statut de Rome créant la CPI.

¹³⁴ Les crimes internationaux sont ceux prévus par la convention relative à la prévention et à la répression du génocide ; les 4 conventions de Genève du 12 août 1949 ; le projet de code des atteintes à la paix et à la sécurité de 1954 (art.3) ; la convention du 30 novembre 1973 pour l'élimination du crime d'apartheid (art.3), la convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

¹³⁵ DONNE DIEU DE VABRE Henri, « Le système de la compétence universelle : ses origines historiques, ses formes contemporaines », *RDIP*, vol. XVIII, 1922-1923, pp. 533-564 ; GUILLAUME Gilbert, « La compétence universelle, formes anciennes et nouvelles », *Mélanges Georges Levasseur, Droit pénal européen*, Paris, Litec, 1992, pp. 23-26 ; HEZELIN Marc, *Le principe d'universalité en droit international*, Faculté de droit de Genève, Bruxelles, Bruylant, 2000, 527 p. ; VANDER-MEERSCH Damien, « Quel avenir pour la compétence universelle des juridictions belges en matière de crimes de droit international humanitaire ? », *Rev. pénitentiaire et de droit pénal*, n° 2, juin 2008, pp. 229 s.

l'« universalité du droit de punir »¹³⁶ - a été contesté par certains Etats qui le considèrent comme une violation du principe de souveraineté, principe fondamental en droit international en vertu duquel un Etat n'a de juridiction que sur ses propres nationaux, et qui implique¹³⁷ l'immunité des représentants des autres Etats. Sur la base de ce principe coutumier reconnu par la jurisprudence¹³⁸, le parquet de Paris s'est opposé à la plainte déposée contre le président Laurent Désiré Kabila en novembre 1998, de passage à Paris pour prendre part au sommet franco-africain ; contre Blaise Compaoré en visite à Paris en octobre 2001¹³⁹ et, plus récemment, contre Guillaume Soro, le président de l'Assemblée nationale ivoirienne, lors de sa présence en novembre 2015 pour participer à la conférence internationale sur le réchauffement climatique¹⁴⁰. La critique contre la justice universelle a contraint tous les Etats qui l'ont instituée au profit de leurs juridictions à restreindre les cas de saisine de celles-ci.¹⁴¹

¹³⁶ LA ROSA Anne-Marie, *Dictionnaire de droit international pénal, termes choisis*, préface de Antoine CASSESE, Paris, PUF, 1998, p. 10 ; ONDO Téléphore, « Réflexions sur la responsabilité pénale internationale du chef d'Etat africain », <http://www.rtdh.eu/pdf/2007153.pdf>, pp. 166 s., consulté le 30 mars 2016.

¹³⁷ La Cour d'appel d'Alger a jugé en 1914, que « suivant un principe de droit international [coutumier] universellement admis, les souverains et chefs d'Etat participent de l'indépendance de l'Etat dont ils sont les représentants ; placés en quelque sorte au-dessus de l'Etat étranger, ils ne peuvent être soumis à aucune autre juridiction que celle de leur propre nation », 22 janvier 1914, *Ben Aïad c. Bey de Tunisie*, *JDI*, 1914, p. 1290.

¹³⁸ Dans l'affaire Delle Masset du 23 août 1870, la Cour d'appel de Paris rappelle que *soumettre un souverain à la justice, ce serait évidemment violer une souveraineté étrangère et blesser cette partie du droit des gens*, S. 1871. 26 ; de même dans l'arrêt *Kadhafi* du 13 mars 2001, la Cour de cassation française juge qu' *en l'état du droit international, le crime dénoncé [l'explosion en l'air du D.C. 10 d'UTA], quel que soit sa gravité, ne relève pas des exceptions du principe d'immunité de juridiction des chefs d'Etat étrangers*, in BOURDON William, « Vers la fin de l'impunité pour les chefs d'Etat en exercice ? » <http://www.attentats.org/publications/bourdon.pdf>, pp. 351 et 352, consulté le 30 mars 2016.

¹³⁹ BOURDON William, *op. cit.*, ; également BOSLY Henri D., « Juridictions pénales et crimes internationaux », *Revue de droit international et de droit comparé*, n° 2, 2010, pp. 191-222.

¹⁴⁰ Toutefois, en visite privée à Paris au cours de la semaine du 17 au 24 mai 2015, le président malien Ibrahim Boubacar Kéita a répondu à la convocation des juges français dans l'affaire *Michel Tomy*, le patron des maisons de jeux d'argent dans les pays africains, notamment en Afrique de l'Ouest.

¹⁴¹ Après avoir opté pour une compétence universelle absolue en 1999, la Belgique est revenue à un système plus modeste en 2003. Désormais, les juridictions belges ne sont compétentes à l'égard de crimes internationaux commis à l'étranger que dans trois hypothèses : lorsque les victimes ont la nationalité belge, lorsqu'elles ont leur résidence principale dans le Royaume et lorsqu'elles ont acquis la nationalité belge depuis au moins 3 ans. V. respectivement d'ARGENT Pierre, « *La loi du 19 janvier 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire* », *Journal des Tribunaux*, 1999, pp. 550 s. ; VANDERMEERSCH Damien, « Quel avenir pour la compétence universelle des juridictions belges en matière de crimes de droit international humanitaire ? », *précité*, pp. 239 s. La France a également opté pour une compétence universelle restreinte de ses juridictions : des personnes de nationalité étrangère ne peuvent être poursuivies devant les tribunaux français pour des crimes commis sur des territoires étrangers qu'en application des conventions internationales visées aux

L'avènement du Statut de Rome - traité international - créant la CPI est intervenu dans un tout autre climat. La plupart des pays ont participé à l'élaboration de ce Statut et l'ont ratifié¹⁴², à l'exception des grandes puissances. La CPI a compétence pour connaître des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre, ainsi que du crime d'agression¹⁴³. Le Statut ménage la susceptibilité des Etats parties : la compétence de la Cour ne s'exerce qu'à titre complémentaire¹⁴⁴. Les juridictions nationales ont compétence pour juger les personnes soupçonnées de crimes internationaux. Les Etats membres sont invités à adapter leurs textes nationaux à cet effet. La primauté de la compétence nationale repose sur des principes classiques : le principe de territorialité, celui de nationalité ou principe de personnalité active¹⁴⁵ ou celui de protection¹⁴⁶. La compétence supplétive de la CPI s'exerce dans deux hypothèses : lorsque les juridictions nationales se montrent incapables de poursuivre l'auteur de crimes internationaux ou lorsqu'elles refusent de le faire. La CPI est saisie, soit par un Etat partie, soit par une résolution du Conseil de sécurité des Nations-Unies sur le fondement du chapitre VII de la Charte de l'ONU, soit par le procureur de la

articles 689.1 s. du code de procédure pénale et pour « l'une des infractions énumérées à ces articles » ; cf. art.689 et 689.1 du code notamment. Les pays anglo-saxons limitent également le champ de compétence universelle de leurs juridictions : l'Angleterre, qui continue d'appliquer le principe de la compétence fondée sur la nationalité, n'accorde la compétence universelle que pour les crimes de torture (Criminal Justice Act de 1998), de prise d'otages (Taking of Hostages Act, 1982) et de violations graves aux conventions de Genève (Geneva Convention Act, 1957). Les Etats Unis n'octroient la compétence universelle à leurs juridictions que pour certains crimes dont, notamment, le crime de génocide (Restatement (Third) of the Foreign Relations law de 1987). La loi sur la mise en œuvre de la convention sur le génocide (Génocide Convention Implementation Act, 1987) conditionne les poursuites à un lien de territorialité ou de nationalité active pour que les juridictions américaines puissent se déclarer compétentes.

¹⁴² Le Statut de Rome créant la CPI a été adopté le 17 juillet 1998. Il est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002. Près de 40 Etats africains l'ont ratifié, cf. ONDO Téléphone, « Réflexions sur la responsabilité pénale internationale du chef d'Etat africain », <http://www.rtdh.eu//pdf/2007153.pdf>, consulté le 30 mars 2016.

¹⁴³ Article 5 du Statut de Rome. Les différents crimes énumérés à l'article 5 sont définis aux articles 6, 7 et 8. Le crime d'agression a été défini par la conférence de révision du Statut de Rome de Kampala (Ouganda) de juin 2010. La conférence fonde ce crime sur la résolution 3314 de l'AG de l'ONU et le définit comme *un crime commis par un dirigeant politique ou militaire qui constitue une violation manifeste de la Charte de l'ONU, en raison de sa nature, de sa gravité et de son ampleur*, [www.un.org>apps>newsFr>storyF](http://www.un.org/apps/newsFr/storyF), consulté le 25 août 2017.

¹⁴⁴ Art. 1^{er} du Statut.

¹⁴⁵ On parle de principe de personnalité active lorsque c'est la nationalité de l'auteur de l'acte qui détermine la compétence de la juridiction.

¹⁴⁶ Lorsque c'est la nationalité de la victime qui justifie la compétence de la juridiction, on parle de principe de personnalité passive ou principe de protection. Dans l'affaire dite du « Lotus » du 7 septembre 1927, déjà, la C.P.J.I. (arrêt n° 9), reconnaissait le droit pour tout Etat de légiférer sur des faits commis à l'étranger, série A, n° 10, pp. 10-19 ; lire AKEHURST Michael, *Jurisdiction in international Law*, B.Y.I.L., 1974, pp. 152-159 ; HIGGINS Rosalyn, « General Course on Public International Law », R.C.D.A. n° 5, 1993, pp. 100-114.

Cour qui, de sa propre initiative, peut ouvrir une enquête, sur la base de renseignements concernant des crimes relevant de la compétence de la Cour.

La CPI a été saisie le 3 mai 2011 par l'Etat ivoirien d'une plainte dirigée contre Laurent Gbagbo à la suite de la guerre civile qui a suivi l'élection présidentielle de 2010. Dans l'affaire du Darfour (Soudan) impliquant le président Omar el Béchir, c'est le Conseil de sécurité qui a saisi la CPI, comme en 2005 contre Charles Taylor et en 2011 contre Mouammar Kadhafi. La plupart des affaires déférées jusqu'ici à la Cour l'ont été à l'initiative du procureur de ladite Cour. Il en a été ainsi dans l'affaire des troubles post-électorales au Kenya où le procureur a déposé devant les juges, le 15 décembre 2010, deux requêtes contre des responsables kenyans accusés de crimes contre l'humanité, parmi lesquels les futurs président et vice-président : Uhuru Kenyatta et William Ruto¹⁴⁷. Les possibilités de saisine de la CPI par le Conseil de sécurité et par le procureur de la Cour, à partir de renseignements sont source de hantise pour les chefs d'Etat africains. Il en est ainsi parce que les crimes internationaux ne sont pas prescriptibles¹⁴⁸ et que les mesures d'amnistie et de grâce prises en droit interne ne peuvent prospérer devant la Cour. En effet, si l'article 20, paragraphe 3 du Statut, alinéa (a) prévoit qu'une personne, qui a déjà été jugée par une autre juridiction (pour les mêmes faits), ne peut être jugée devant la CPI, c'est à la condition que la procédure devant cette autre juridiction n'ait pas eu « pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour des crimes relevant de la compétence de la Cour »¹⁴⁹. Une certaine doctrine considère toutefois que l'amnistie met en échec la compétence de la CPI lorsqu'elle vise la réconciliation nationale, « notamment pour parvenir à la justice et à la vérité sur le modèle de la Commission Vérité et Réconciliation en Afrique du Sud¹⁵⁰. Elle paraît compatible avec le Statut de la CPI »¹⁵¹. Tout dépendra, sans doute, des circonstances de chaque espèce, la CPI pouvant faire preuve de plus de compréhension pour des faits intervenus en période de crise qu'à l'égard d'infractions perpétrées en période normale.

La compétence de la CPI s'exerce à l'égard des crimes commis par des personnes physiques (auteurs, complices, incitateurs et simples facilitateurs¹⁵²) ressortissants des

¹⁴⁷ MOUANGUE KOBILA James, « L'Afrique et les juridictions internationales pénales », *Cahier Thucydide*, n° 10 février 2012, p. 25. U. Kenyatta était alors vice-Premier ministre et ministre des finances, W. Ruto était ministre de l'enseignement supérieur.

¹⁴⁸ Article 29 du Statut de Rome.

¹⁴⁹ Lire F.I.D.H., « Le Statut de la CPI et le droit marocain, obstacles et solutions à la ratification et la mise en œuvre du Statut de la CPI par le Maroc », janvier 2007, n° 466, p. 7.

¹⁵⁰ Cf. LEFRANC Sandrine, *Politiques du pardon*, Paris, P.U.F., coll. *Fondements de la politique*, 2002, 361 p. ; GACON Stéphanie, *L'amnistie. De la Commune à la guerre d'Algérie*, Paris, Ed. du Seuil, 2002, 423 p. ; ROCHE-DAHAN Janick, *L'amnistie en droit français*, Thèse, Droit, Université de Lille III, 1994 ; HLAKOANE Lydia S.-Liberge, « Commission Vérité et Réconciliation. Ecriture de l'histoire ou discours sur le passé ? », *Les Temps Modernes*, n° 623, février-mars-avril 2003, pp. 222-251.

¹⁵¹ V. SCHARF Michael, « The Amnesty Exception to Jurisdiction of the ICC », *Cornell Journal of International Law*, 1999, pp. 507-527.

¹⁵² Article 25 du Statut de Rome.

Etats parties ou lorsque ces crimes ont été commis sur le territoire d'un Etat partie¹⁵³. Elle peut également s'exercer à l'égard de personnes n'appartenant à aucun Etat partie ainsi que contre des crimes commis sur le territoire d'un Etat non partie lorsque, jugeant les faits suffisamment graves pour menacer la paix et la sécurité internationales, le Conseil de sécurité décide de mettre en œuvre le chapitre VII de la Charte de l'ONU¹⁵⁴. Cette dernière procédure a donné lieu à la résolution n° 1638 du Conseil ayant permis l'arrestation de l'ex-président libérien Charles Taylor au Nigéria et son transfert au Tribunal spécial pour la Sierra Leone où il a été jugé pour crimes contre l'humanité commis pendant la guerre civile dans ce pays¹⁵⁵. Il en a été de même des mandats d'arrêt lancés contre Omar el Béchir et Mouammar Kadhafi à la suite de résolutions adoptées contre l'avis des Etats africains opposés à toute poursuite contre un chef d'Etat en exercice. De là est partie l'hostilité de ces Etats à l'égard de la CPI. D'autres Etats méfiants comme Israël, la Syrie ou l'Iran, qui ont signé le Statut de Rome, ne l'ont pas ratifié¹⁵⁶. De nombreux autres qui ne l'ont pas signé, s'abstiennent pour le moment d'y adhérer¹⁵⁷. L'ensemble de ces Etats semble douter de l'indépendance et de l'impartialité de la Cour, s'ils ne les contestent pas ouvertement comme le font les Etats africains.

2- La contestation de la CPI

Les Etats africains, individuellement ou réunis dans l'Union Africaine, contestent le droit pour la CPI de lancer des poursuites contre des chefs d'Etat. Ils estiment que ce faisant, la Cour piétine le sacro-saint principe coutumier d'immunité qui leur est reconnu par le droit international¹⁵⁸. L'immunité, qui revêt deux aspects¹⁵⁹ ne peut être

¹⁵³ Article 12.

¹⁵⁴ Cf. BOSLY Henri D., *précité*, p. 206.

¹⁵⁵ Charles Taylor a été condamné le 30 avril 2012 à 50 ans de prison pour crimes contre l'humanité. Il purge sa peine dans une prison en Angleterre.

¹⁵⁶ Pour avoir une liste plus exhaustive des pays signataires du Statut de Rome mais qui ne l'ont pas ratifié.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Pour l'immunité du chef de l'Etat, v. la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques du 14 décembre 1973, art 1, al. 1 lettre a, notamment le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens adopté par la Commission du droit international en 1991, art. 2, al. 1 lettre b et art. 3, al. 2 ; Convention sur les missions spéciales du 8 décembre 1969 adoptée par l'A.G. des Nations Unies, art. 21 ; lire AUZOU (Stanislas), LHERMIE Sylvain, « L'immunité », www.ut.capitole.fr/servlet/com.univ.c..., consulté le 4 août 2017.

¹⁵⁹ L'immunité fonctionnelle ou immunité *rationae materiae* s'oppose à l'immunité personnelle ou immunité *rationae personae*. « Les premières s'appliquent à toute personne agissant en sa qualité officielle de représentant d'un Etat : limitées aux actes liés aux fonctions (compétence *rationae materiae*), elles ont un caractère permanent et font obstacle aux poursuites, même après que les fonctions eurent pris fin ; alors que les secondes, plus larges en ce qu'elles peuvent couvrir des comportements à caractère privé, protègent la personne (compétence *rationae personae*), notamment lors des déplacements à l'étranger, mais elles sont temporaires et prennent fin avec la cessation des fonctions », CASSESE Antonio, DELMAS-

invoquée devant la CPI. En effet, en vertu de l'article 27 du Statut de Rome, les dispositions dudit Statut « s'applique(nt) à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité. En particulier, la qualité officielle de chef de l'Etat ou de gouvernement... n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, ... Les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ». Des dispositions semblables se retrouvent dans le Statut du Tribunal de Nuremberg, dans celui du Tribunal de Tokyo (article 6), ainsi que dans ceux des tribunaux pénaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie (article 7) et le Rwanda (article 6)¹⁶⁰. La disposition de l'article 27 est discutée. Dans un arrêt postérieur à l'adoption du Statut de Rome¹⁶¹, la C.I.J. a rappelé, le 14 février 2002, le principe « [...] clairement établi en droit international [...], selon lequel ... certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat, telles que les chefs d'Etat [...] jouissent dans les autres Etats d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales »¹⁶². Dans le même sens, la Cour de cassation belge a jugé, dans l'arrêt *Sharon* du 12 février 2003 que *la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etat et de gouvernement puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux Etats concernés, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un Etat étranger*¹⁶³.

L'unanimité est en effet faite depuis l'affaire *Pinochet*¹⁶⁴ sur le fait que les anciens chefs d'Etat ne jouissent plus de l'immunité dont ils bénéficiaient lorsqu'ils étaient en fonction pour les actes accomplis dans cette fonction. Il s'agit là de ce qu'on nomme *immunité personnelle* (immunité *rationae personae* : celle-ci prend fin avec la fin des fonctions¹⁶⁵). Pour les chefs d'Etat en fonction, le point de vue des Etats africains repose non seulement sur le droit international coutumier, mais également sur la

MARTY Mireille, *Crimes internationaux et juridictions nationales*, Paris, 2002, éd. P.U.F., p. 638, cité par METILLE Sylvain, *L'immunité des chefs d'Etat au XXIe siècle, les conséquences de l'affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, Mémoire de licence, Université de Neuchâtel, Faculté de droit, p. 13 ; également Sur https://doc.rero.ch/files/mem_M_tilleS, consulté le 5 août 2017.

¹⁶⁰ V. AUZOU Stanislas, LHERMIE Sylvain, *précité*, p. 8.

¹⁶¹ Le Statut de Rome a été adopté le 17 juillet 1998.

¹⁶² PROUVEZE Rémy, « L'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (R.D.C. c. Belgique) : Quelle contribution de la Cour pénale internationale de justice au droit international pénal ? », www.droitcongolais.info/files/c.4:cl..., consulté le 28 août 2016.

¹⁶³ Cass., 12 février 2003, *Journal des Tribunaux*, 2003, p. 247, note Pierre D'Argent, « Monsieur Sharon et ses juges belges », pp. 247-252 ; du même auteur, « Les nouvelles règles en matière d'immunité selon la loi du 5 août 2003 », *Annales de Droit de Louvain*, vol.64, n° 1-2, 2004, pp. 191-207.

¹⁶⁴ Depuis l'affaire *Pinochet*, en effet (chambre des Lords, décision du 25 novembre 1998), il est établi que l'immunité ne bénéficie qu'aux chefs d'Etat en exercice, sauf s'ils sont poursuivis pour les crimes les plus attentatoires à l'humanité. Lire CARA Jean-Yves « L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords », *Annuaire français de droit international*, XLV-1999-CNRS Editions, Paris, vol. 45/N° 1/ pp. 72-100 : ég. www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085..., consulté le 20 juillet 2017.

¹⁶⁵ Cf. la note 148 ci-dessus.

jurisprudence de la CIJ du 14 février ci-dessus et sur les dispositions de l'article 98 du Statut de la CPI relatif à la coopération entre les Etats membres et la CPI à l'occasion des poursuites engagées par la Cour. L'article 98 dispose que *La Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise¹⁶⁶ ou d'assistance qui contraindrait l'Etat requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des Etats ou d'immunité diplomatique d'une personne... à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet Etat tiers en vue de la levée de l'immunité¹⁶⁷*. De même, *la Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise qui contraindrait l'Etat requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en vertu d'accords internationaux selon lesquels le consentement de l'Etat d'envoi est nécessaire pour que soit remise à la Cour une personne relevant de cet Etat, à moins que la Cour ne puisse au préalable obtenir la coopération de l'Etat d'envoi pour qu'il consente à la remise¹⁶⁸*. En clair, pour qu'un Etat B, sur le territoire duquel se trouve un ressortissant d'un Etat A, soupçonné de crimes internationaux, puisse arrêter et déférer cette personne à la CPI, il faut que la CPI obtienne, au préalable, la levée de l'immunité dont cette personne bénéficie éventuellement de l'Etat A, ou le consentement de l'Etat A, lorsque l'Etat A est lié à l'Etat B par des accords internationaux exigeant un tel consentement. D'une façon concrète, la tentative d'arrestation, en décembre 2015, du président Omar el Béchir de passage à Pretoria pour le sommet de l'UA, impliquait que la CPI obtienne, au préalable, la levée par le Soudan (Etat tiers en l'espèce), de l'immunité dont il bénéficiait en sa qualité de chef d'Etat en exercice. Inimaginable ! Les autorités sud-africaines ont usé de cet argument pour laisser repartir Omar el Béchir. L'exécution de la demande de la CPI eût sans doute satisfait le besoin de justice, mais elle aurait jeté un malaise dans les relations internationales, fondées sur la confiance mutuelle entre Etats. L'attitude des autorités sud-africaines relève de ce que William Bourdon appelle le principe de courtoisie qui veut que l'on n'arrête pas quelqu'un que l'on invite « sous son toit »¹⁶⁹. Pour les Etats africains, l'exigence, posée par l'alinéa 1^{er} de l'article 98 du Statut de Rome, d'obtenir la levée préalable de l'immunité dont bénéficie éventuellement la personne recherchée est une preuve supplémentaire que les chefs d'Etat, ainsi que d'autres personnes de haut rang dans l'Etat, jouissent d'une immunité réelle et qu'ils ne peuvent être attraités devant les tribunaux pendant leur mandat, quel que soit ce qu'on leur reproche. Alors que pour la CPI, lorsqu'il s'agit de crimes internationaux, « de tels actes criminels [...] ne peuvent être censés rentrer dans l'exercice normal des fonctions d'un chef d'Etat dont l'une des missions consiste précisément à assurer la protection de ses concitoyens »¹⁷⁰.

¹⁶⁶ On parle de remise lorsque la personne à arrêter doit être déférée à un tribunal international et d'extradition lorsqu'elle est envoyée devant les juridictions d'un autre Etat.

¹⁶⁷ Article 98, alinéa 1^{er}.

¹⁶⁸ Article 98, alinéa 2.

¹⁶⁹ BOURDON William, « Vers la fin de l'impunité des chefs d'Etat en exercice ? », *précité*, p. 351.

¹⁷⁰ DAVID Eric, *Eléments de droit pénal international*, Presse Universitaire de Bruxelles, 1997-1998, pp. 36-37.

Une certaine doctrine considère que « seul un instrument conventionnel peut [...] déroger »¹⁷¹ au principe d'immunité des chefs d'Etat en exercice. En tout cas, on assiste à une sorte de jeu de « ping-pong » entre la CPI et les dirigeants africains sur le sujet. Sur la base de l'article 27 précité, la Cour a lancé des mandats d'arrêt en 2005 et 2010 contre Omar el Béchir et en 2011 contre Mouammar Kadhafi pendant qu'ils étaient encore en fonction¹⁷². Les Etats membres de l'UA, suivant en cela les recommandations de l'Union, ont refusé de faire arrêter les intéressés dans les Etats africains où ils se sont rendus et de les remettre à la CPI. De même, faisant valoir son immunité, le président de l'Assemblée nationale de Côte d'Ivoire, Guillaume Soro, a refusé de déférer à une convocation d'un juge parisien qui voulait l'entendre dans le cadre d'une plainte déposée contre lui par Michel Gbagbo, le fils de l'ancien président ivoirien, qui l'accuse de crime de torture et de traitements dégradants pendant la crise post-électorale de 2010¹⁷³. En résumé, l'UA boude la compétence de la CPI qui lance des poursuites contre les chefs d'Etat en exercice. Les grandes puissances aussi boudent la CPI. Certains Etats tels que les Etats-Unis et la France sont montés d'un cran dans leur défiance à l'égard de la Cour en concluant systématiquement des accords avec d'autres Etats pour éviter l'extradition de leurs ressortissants se trouvant sur le territoire de ces Etats vers la CPI¹⁷⁴. Ce qui peut être analysé comme une violation des dispositions de l'article 86 du Statut de Rome faisant obligation aux Etats parties audit Statut de coopérer avec la Cour dans les enquêtes et poursuites qu'elle lance¹⁷⁵.

¹⁷¹ MOUANGUE KOBILA, *précité*, p. 22.

¹⁷² Il en fut de même pour le président en exercice Slobodan Milosevic contre lequel le procureur près le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) lança un mandat d'arrêt en 1999. Sa mort le 11 mars 2006 mit fin au procès, v. www.mobile.lemonde.fr/article>2006/03/14, consulté le 4 août 2017.

¹⁷³ Guillaume Soro s'était rendu en France au cours de la deuxième quinzaine de novembre 2015 pour prendre part à la Conférence internationale sur le climat (COP 21).

¹⁷⁴ Pour la liste des Etats qui ont signé ce type d'accords avec les Etats Unis, v. www.pantheon.hrw.org>bilateralagreements-fr, consulté le 8 août 2017, annexe, tableau 1.

¹⁷⁵ Sur l'illicéité de ces accords, voir CONDORELLI Luigi et VILLAPANDO Santiago, « Les Nations Unies et les juridictions pénales internationales », in COT Jean-Pierre, PELLET Alain et FORTEAU Mathias (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, 3^e ed., tome 1, Paris, Economica, 2005, p. 234 ; ZAPALA Salvatore, *La justice pénale internationale*, Paris, Montchrestien, coll. « Clefs politiques », 2007, p. 141 ; GROENLEER Matijn et RIJKS David, « The European Union and The International Criminal Court. The politics of international criminal justice », in JORGENSEN Knud Erik (ed.), *The European Union and International organizations*, Routledge / GARNET, Series : « Europe in the World », London and New York, 2008, p. 176 ; GNAMOU-PETAUTON Dandi, « Les Etats africains et la Cour pénale internationale », in TAVERNIER (Paul), *Rec. jur. des droits de l'homme en Afrique*, vol. 2, 2000-2004, t. 1, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droits de l'homme / Droit humanitaire », 2005, pp. 350-351 ; BIAD Abdelwahab, « Libres propos sur la Cour pénale internationale », in *Droit, liberté, paix, développement, Mélanges en l'honneur de Madjid Benchik*, Paris, Pedone, 2011, p. 205.

Outre ce malentendu juridique, les Etats africains reprochent à la CPI son activisme essentiellement tourné vers l'Afrique et contre les dirigeants africains. Le constat est éloquent ! Si l'on excepte le cas marginal de l'ancien président yougoslave Slobodan Milosevic¹⁷⁶ jugé par la CPI, la plupart des mandats d'arrêt lancés jusqu'ici par la Cour visent essentiellement des chefs d'Etat africains : Omar el Béchir, Mouammar Khaddafi, Uhuru Kenyatta, Laurent Gbagbo (pour ce dernier, sur plainte de son pays). Les mandats d'arrêt émis par le Procureur de ladite Cour à l'encontre d'autres personnes d'origine africaine, notamment des chefs rebelles¹⁷⁷, sont particulièrement nombreux¹⁷⁸. Cette prolifération de soupçon pourrait s'expliquer par la multiplication de foyers de crises sur le continent. Or, il a existé et il existe ailleurs des guerres avec leur lot d'atrocités, mais dont les acteurs, étrangers et nationaux, ne sont nullement recherchés par la Cour. Par exemple, en Afghanistan, en Tchétchénie, en Irak, en Libye, en Palestine, en Syrie ou au Yémen, etc. Les Etats africains voient là un acharnement contre leurs ressortissants, une « *politisation de la justice* » par une Cour qu'ils estiment dépendante des grandes puissances¹⁷⁹. La CPI serait ainsi un instrument destiné à imposer le modèle des forts aux faibles¹⁸⁰. Prenant le relais des Etats¹⁸¹ dénonçant individuellement l'attitude sélective de la CPI¹⁸², l'UA, apôtre du principe d'immunité¹⁸³, considère qu' « il y a ouvertement des abus du principe de compétence universelle »¹⁸⁴.

On se trouve donc en face de deux solutions apparemment inconciliables : d'un côté l'UA et les Etats africains qui se fondent sur une coutume solidement implantée et le droit international. De l'autre, la CPI qui, elle, se base également sur le droit international, avec l'appui du *jus cogens*, c'est-à-dire des « normes impératives relatives aux droits des gens transcendant le droit international »¹⁸⁵. De plus en plus

¹⁷⁶ Son acolyte Milacic, également poursuivi par la CPI, est mort avant la fin de son procès.

¹⁷⁷ Le 21 juin 2016, la CPI a condamné l'ancien vice-président congolais Jean-Pierre Bemba à 18 ans de prison pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre commis en Centrafrique.

¹⁷⁸ Lire MOUANGUE KOBILA James, *précité*, pp. 13 s.

¹⁷⁹ SALAH Mahmoud, « Interrogations sur l'évolution du droit international pénal », *JDI*, juillet-août-sept. 2009, pp. 772-773 ; également ONGONO Dorette-Flore, « La Cour pénale internationale : réflexion sur la saisine », *Gaz. Pal., Rec.*, nov-déc. 2009, p. 3688.

¹⁸⁰ SORNAJAH Muthucumaraswamy, *Power and Justice : Third World Resistance in International Law*, *Singapore Year Book of International Law and Contributors*, vol. 10, 2006, p. 28 ; l'auteur estime que la compétence universelle est une «... *imposition of legal patterns by strong powers during globalization* ».

¹⁸¹ V. MOUANGUE KOBILA James, *précité*, p. 24, puis pp. 32 s.

¹⁸² ONGONO Dorette-Florette, *op. cit.*, pp. 3687-3691, note p. 3688.

¹⁸³ V. UA, conférence de l'Union, 13^e session, Syrte (Libye), Décision sur l'utilisation abusive du principe de compétence universelle, Doc. Assembly/AU/11 (XIII), Décision Assembly/AU/Dec. 243 (XIII) du 3 juillet 2009, point 6.

¹⁸⁴ *Ibid.*, point 4.

¹⁸⁵ BOURDON William, *précité*, p. 355. L'article 53 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités qui dispose qu' « *est nul tout traité qui [...] est en conflit avec une norme impérative du droit international général* » définit la norme impérative de droit international général comme « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation

cependant, devant la nécessité de protection des droits de l'homme, l'opinion dominante considère que l'immunité accordée au chef d'Etat ne l'est que pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions de chef d'Etat, et que les violations massives de droits de l'homme « ... ne peuvent être censées rentrer dans l'exercice normal d'un chef d'Etat dont l'une des missions consiste précisément à assurer la protection de ses concitoyens »¹⁸⁶. Qu' « en outre, l'immunité reconnue aux chefs d'Etat ne paraît pas s'appliquer en matière de crime de droit international, tels que les crimes de guerre, les crimes contre la paix ou les crimes contre l'humanité »¹⁸⁷. La CPI ne sort pas indemne de ce débat diviseur.

Critiquée par les uns, contestée par les autres, la justice pénale internationale a, toutefois, réussi à fissurer le voile d'impunité qui protégeait les dirigeants et chefs d'Etats (africains) recherchés pour crimes graves : en jugeant et condamnant des chefs d'Etat qui ne sont plus en fonction comme Charles Taylor du Libéria, (Tribunal pénal spécial pour la Sierra Leone) ; en poursuivant, en ce qui concerne la CPI, des chefs d'Etat en fonction (Omar el Béchir, Mouammar Kadhafi avant sa mort en octobre 2011 et Uhuru Kenyatta¹⁸⁸), ou ayant, cessé leur fonction (Laurent Gbagbo). Considérant que la Cour pratique une justice à « *deux poids deux mesures* », l'UA choisit de faire juger les dirigeants africains soupçonnés de crimes internationaux par une juridiction africaine.

B. L'ALTERNATIVE A LA CPI

La mise en place des chambres africaines extraordinaires de Dakar (2) est intervenue à la suite d'une longue hésitation de la part du Sénégal et de la conclusion d'un Accord entre l'Union Africaine et cet Etat¹⁸⁹. Elle est la conséquence du silence gardé par le Conseil de sécurité des Nations Unies sur les propositions de l'UA pour sortir de l'impasse créée par le lancement de mandats internationaux par la CPI contre des chefs d'Etats africains (1).

n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme de droit international général ayant le même caractère ».

¹⁸⁶ DADID Eric, *Éléments de droit pénal international*, Presses Universitaires de Bruxelles, 1997-1998, p. 36-37.

¹⁸⁷ *Ibid.* Le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg stipule également que « La protection que le droit international assure aux représentants de l'Etat ne saurait s'appliquer à des actes criminels. Les auteurs de ces actes ne peuvent invoquer leur qualité officielle pour se soustraire à la procédure normale et se mettre à l'abri du châtimeur », cf. BOURDON William, qui cite le juge Vandermeersch, *précité*, p. 350.

¹⁸⁸ La CPI a classé sans suite (insuffisance de preuves) les poursuites contre Uhuru Kenyatta en décembre 2014.

¹⁸⁹ Pour cet Accord, voir www.chambresafriaines.org>recupere le 22/07/15, consulté le 20 juillet 2017.

1- Les propositions de l'UA

Les mandats d'arrêt lancés contre des chefs d'Etat africains sont perçus par les membres de l'UA comme une nouvelle forme d'ingérence et un néo-colonialisme déguisés¹⁹⁰. Aussi les ont-ils dénoncés¹⁹¹ et refusés de collaborer à l'arrestation et au transfert à la Cour des présidents Béchir et Kadhafi¹⁹². Leur refus fut suivi par des Etats de la Ligue arabe comme l'Arabie Saoudite et le Qatar qui ont reçu Béchir, ainsi que par la Chine où le Président soudanais a effectué une visite d'Etat le 28 juin 2011¹⁹³. La liste des Etats mécontents s'est allongée avec le lancement de nouveaux mandats contre Laurent Gbagbo, Uhuru Kenyatta et d'autres dirigeants africains, et l'apparition d'autres noms (Yoweri Muséwéni, Paul Kagamé, Pierre Nkurunziza, etc.) comme pouvant faire l'objet de demandes d'ouverture d'enquête par le procureur de la CPI. Les critiques nationales et internationales qui ont visé le Président Jacob Zuma après que l'Afrique du Sud ait refusé de faire arrêter Béchir de passage à Johannesburg pour prendre part au sommet des chefs d'Etat et de gouvernement à la fin 2015 fut sans doute la goutte qui fit déborder le vase. D'abord, les Etats comme le Kenya, le Burundi et la Gambie manifestèrent ouvertement leur désir de se retirer du Statut de Rome¹⁹⁴. Puis, à l'issue du 18^{ème} sommet de l'UA, tenu à Addis-Abeba les 30 et 31 janvier 2017, les chefs d'Etat et de gouvernement ont adopté une stratégie -non contraignante- d'un retrait collectif de la CPI. Cette décision n'a toutefois pas recueilli l'adhésion de tous les Etats membres.¹⁹⁵

¹⁹⁰ Jean-Baptiste Jeangène Vilmer écrit toutefois qu' « en réalité, la fronde actuelle a moins à voir avec le néocolonialisme qu'avec l'égoïsme d'une poignée de dirigeants ayant des raisons de croire qu'ils pourraient à leur tour intéresser la CPI » in « l'Afrique et la Cour pénale internationale (1/2) : une justice de « Blancs » ? », http://mobile.lemonde.fr/afrique/article/2016/10/31/l-afrique-et-la-cour-penale-internationale-1-2-justice-de-blancs_5023431_3212.html, consulté le 5 août 2017.

¹⁹¹ L'Afrique du Sud a été la première, en dehors des Etats dont les chefs d'Etat étaient en cause, à dénoncer ces mandats, v. « Lybie : comme en Côte d'Ivoire, l'Afrique du Sud dénonce le mandat d'arrêt contre Kadhafi », http://www.lepost.fr/artcle/2011/06/29/2535937_lybie-comme-en-cote-d-ivoire-l-afrique-du-sud-denonce-le-mandat-d-arret-contre-kadhafi.html, consulté le 4 août 2017.

¹⁹² On peut citer notamment l'exemple de l'Ethiopie, du Tchad, du Malawi, de la Lybie, de Djibouti, de l'Egypte, de l'Erytrée, du Zimbabwe et de l'Afrique du Sud où O. el Béchir s'est rendu entre 2009 et 2016 sans être inquiété, cf. MOUANGUE KOBILA James, « L'Afrique et les juridictions internationales pénales », *Cahiers Thucydide* n° 10, février 2012, pp. 18619.

¹⁹³ Pour plus d'informations, lire MOUANGUE KOBILA James, *précité*, p. 24.

¹⁹⁴ L'Afrique du Sud, le Burundi et la Gambie ont entamé au cours du premier semestre de 2017 les procédures en vue du retrait de leur pays.

¹⁹⁵ Lire l'article de WUILBERCQ Emeline, « L'Afrique veut-elle vraiment en finir avec la Cour pénale internationale ? », sur http://mobile.lemonde.fr/afrique/article/2017/02/02/l-afrique-veut-elle-vraiment-en-finir-avec-la-cour-penale-internationale_5074120_3212.html, ; de même : « Union africaine et CPI : chronique d'un divorce à petits pas », sur <http://www.rfi.fr/fr/afrique/2010209-cour-penale-internationale-union-africaine-liaisons-ambigues-retrait-collectif>, consultés le 5 août 2017.

Devant cette situation, et préoccupée par la possibilité donnée au Conseil de sécurité des Nations Unies d'adopter des résolutions autorisant des poursuites, mais, surtout, par le pouvoir prévu au profit du procureur près la Cour de se saisir *proprio motu*, l'UA entreprit une action dans deux directions : l'arrêt, des mandats d'arrêt contre Béchir et Kadhafi, puis l'encadrement des pouvoirs du procureur de la Cour.

Elle chercha dans un premier temps à obtenir, d'abord, « l'arrêt immédiat de toute mise en accusation en attente »¹⁹⁶ contre les dirigeants africains, puis « l'annulation immédiate de tous les actes d'accusation en instance »¹⁹⁷. L'Union, qui privilégie la voie politique de règlement des conflits, a demandé le 3 février 2009 au Conseil de sécurité, en vertu de l'article 16 du Statut de Rome, de reporter d'un an les poursuites contre Béchir, afin de donner une chance à un règlement diplomatique au conflit au Darfour¹⁹⁸. Il existerait « un principe fondamental » dans le régionalisme africain¹⁹⁹ qui consisterait à « accorder la priorité à la paix que procure le règlement politique des différends sur le recours à la force et sur la justice répressive »²⁰⁰, principe « qui plongerait ces racines dans la conception africaine de la justice, orientée vers l'objectif de la conciliation ainsi que vers « le souci de préserver la cohésion et l'harmonie du groupe [et] des rapports sociaux »²⁰¹.

L'UA fit dans le même temps des propositions destinées à encadrer, d'une part, le pouvoir du Conseil de sécurité où l'Afrique n'est pas membre permanent²⁰². Elle proposa de donner à l'Assemblée générale des Nations Unies le pouvoir de surseoir à des poursuites engagées devant la CPI²⁰³. Elle rappelle « la nécessité impérieuse de corriger, avant tout, l'injustice historique faite au continent, qui continue de ne pas être représenté dans la catégorie des membres permanents et est sous représenté dans la

¹⁹⁶ MOUAGUE KOBILA, *op. cit.*, p. 24.

¹⁹⁷ V. UA, Conférence de l'Union, 14^e session ordinaire, Addis-Abeba (Ethiopie), Assembly/UA/Dec. 271 (XIV), Rev. 1, Doc. Ex.CL/540 (XVI) du 2 février 201, point 3 ; puis 15^e session, Kampala (Ouganda), Déc. Sur l'utilisation abusive de la compétence universelle adoptée le 27 juillet 2010, Assembly/AU/Déc. 292 (XV), Doc. EX.Cl/660 (XVII), point 3.

¹⁹⁸ Cf. UA, Conférence de l'Union, 12^e session ordinaire, 1^{er} - 3 février 2009, Addis-Abeba (Ethiopie), Décision sur la demande par le Procureur de la Cour pénale internationale (CPI) de la mise en accusation du président de la République du Soudan, Assembly/UA/Dec. 221 (XII), point 2.

¹⁹⁹ MOUAGUE KOBILA, *op. cit.*, p. 42.A.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ V. KAMTO Maurice, « Une justice entre tradition et modernité », *Afrique contemporaine*, n° 156 (spécial), DE GAUDUSSON Jean du Bois, CONAC Gérard (dir.), 1990, pp. 57-64, not. p. 58.

²⁰² V. UA, Conférence de l'Union, 14^e session ordinaire, 31 janvier-2 février 2010, Addis-Abeba (Ethiopie), Décision sur le Rapport de la deuxième réunion des Etats Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI), Assembly/AU/Doc. 270 (XIV), rev. 1, Doc. Assembly/UA/8 (XIV), point 5.

²⁰³ V. UA, Conférence de l'Union, 14^e session ordinaire, 31 janvier-2 février 2010, Addis-Abeba (Ethiopie), Décision sur le Rapport de la deuxième réunion des Etats Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI), Assembly/AU/Doc. 270 (XIV), rev. 1, Doc. Assembly/UA/8 (XIV), point 5.

catégorie des membres non permanents du conseil de sécurité des Nations Unies »²⁰⁴. D'autre part, à propos du droit d'auto-saisine du procureur qu'elle considère, à l'instar de Joe Verhoeven et de Pierre Berthelot, comme trop inféodé aux puissances occidentales²⁰⁵, l'UA a proposé d'amender l'article 16 du Statut de Rome relatif au sursis à enquêter ou à poursuivre, *pour permettre à l'Assemblée générale des Nations Unies de surseoir à enquêter ou à poursuivre, pour une (1) année, au cas où le Conseil de sécurité n'aurait pas pris de décision dans un délai spécifique* ²⁰⁶.

Ces propositions n'ont pas reçu d'écho auprès du Conseil de sécurité, en raison, sans doute, de *l'impuissance de ce continent (l'Afrique) dans la géométrie des rapports de force internationaux*²⁰⁷. De même, son intention de proposer *les lignes directrices et le code de conduite pour l'exercice des pouvoirs discrétionnaires du Procureur de la CPI, en particulier le Pouvoir du Procureur d'instruire des cas à sa seule discrétion, conformément à l'article 15 du Statut de Rome* demeura lettre morte²⁰⁸. Alors l'UA, qui craignait que les Etats africains parties au Statut de Rome soient taxés de violation des dispositions dudit traité sur la coopération avec la CPI²⁰⁹, laissa, d'abord, la liberté à ses membres de décider seuls de coopérer ou non²¹⁰. Puis elle leur demanda

²⁰⁴ UA, Conférence de l'Union, 17^e session ordinaire, 30 juin-1^{er} juillet 2011, Malabo (Guinée équatoriale), Décision sur le rapport du Comité des dix chefs d'Etat et de Gouvernement sur la réforme du Conseil de sécurité des Nations Unies, Doc. Assembly/AU/6 (XVII), point 3.

²⁰⁵ Pour Joe Verhoeven, « plutôt que les intérêts de la justice et d'une communauté internationale digne de ce nom, elle [la justice pénale internationale] pourrait bien ne servir que ceux des Etats occidentaux enclins à maintenir dans une dépendance néocolonialiste les sociétés auxquelles ils imposent leur conception de la démocratie », in COLIN Jean-Pierre, « Variations sur la justice internationale » ; *AFRI*, 2009, p. 91 ; dans le même sens : BERTHELOT Pierre, « La CPI face à la tragédie du Darfour », *Géopolitique africaine*, n° 35, juillet-septembre 2009, p. 250 : l'auteur note « un double manque de légitimité » du processus de mise en accusation du président al Béchir : le rejet de la CPI par l'hyperpuissance américaine, accentuée par l'hyperactivité de la plus grande démocratie mondiale dans cette mise en accusation et l'excessive dépendance de la CPI vis-à-vis du Conseil de sécurité « dont la représentativité est sujette à caution ».

²⁰⁶ V. UA, Conférence de l'Union, 14^e session ordinaire, 31 janvier-2 février 2010, Addis-Abeba (Ethiopie), Décision sur le Rapport de la deuxième réunion des Etats Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI), Assembly/AU/Doc. 270 (XIV), rev. 1, Doc. Assembly/UA/8 (XIV), point 5.

²⁰⁷ MOUANGUE KOBILA, *op. cit.*, p. 55.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 46.

²⁰⁹ Sur cette question précise, voir le point de vue de Hans KELSEN qui considère que « [si] l'Etat est obligé par le traité de se conformer à la décision du tribunal, l'inexécution de la décision peut être considérée comme une violation du traité par lequel le tribunal a été établi », in *Théorie générale du droit international public*, RCADI, 1953, III, vol. 84, pp. 16203, not. p. 97 ; également, MOUANGUE KOBILA, *op. cit.*, pp. 19s.

²¹⁰ Il leur appartenait de trouver [eux-mêmes] un juste équilibre, le cas échéant, entre leurs obligations vis-à-vis de l'UA et de la CPI, UA, Conférence de l'Union, 15^{ème} session ordinaire, 25-27 juillet 2010, Kampala (Ouganda), Décision sur la mise en œuvre de la Décision Assembly/AU/DEC.270 (XIV) relative à la deuxième réunion ministérielle sur le Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI), Assembly/AU/Dec. 296 (XV), Doc. Assembly/AU/10 (XV), points 5 et 6.

formellement de ne pas la faire, relativement aux mandats d'arrêt lancés contre les présidents Béchir et Kadhafi²¹¹. Sentant sans doute l'impossibilité pour elle d'influencer le cours de la justice pénale internationale, l'UA envisagea dès 2009²¹² d'attribuer à une juridiction régionale la compétence pour juger les crimes internationaux reprochés aux Africains. Elle pensa à substituer d'abord la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (CrADHP)²¹³, puis la Cour africaine de Justice et des droits de l'homme (CrAJDP)²¹⁴ à la CPI, en tant qu'instance *complémentaire des juridictions et processus nationaux de lutte contre l'impunité*. A la 12^e Conférence ordinaire du 1^{er} au 3 février 2009, tenue à Addis-Abeba en Ethiopie, en effet, l'UA *[d]emande à la Commission, en consultation avec la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples d'examiner les conséquences de la compétence qui serait reconnue à la Cour à juger les crimes internationaux tels que le génocide, les crimes contre l'humanité et le crime de guerre et de faire rapport à la Conférence en 2010*²¹⁵. En 2011, puis à plusieurs reprises par la suite, l'Union encouragea la Commission à *continuer activement la mise en œuvre des Décisions de la Conférence de doter la Cour africaine de justice et des droits de l'homme et des peuples de la compétence lui permettant de juger les crimes internationaux graves commis sur le sol africain*²¹⁶. A chaque fois qu'elle prenait des décisions concernant les poursuites engagées contre Béchir et Kadhafi, l'UA rappelait, toutefois, son engagement à lutter contre l'impunité²¹⁷.

²¹¹ UA, Conférence de l'Union, 18^{ème} session ordinaire, 29-30 janvier 2012, Addis-Abeba (Ethiopie), Décision sur le rapport intérimaire de la Commission sur la mise en œuvre des décisions de la Conférence sur la Cour pénale internationale (CPI), Assembly/AU/Dec. 397 (XVIII), Doc. EX.CL/710, point 8.

²¹² Cf. UA, Conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement, 13^e session ordinaire, 1^{er} - 3 juillet 2009, Syrte (Libye), Décision sur le Rapport de la Commission sur la Réunion des Etats africains Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI), Assembly/UA/Déc. 245 (XIII), Doc. Assembly/AU/13 (XIII).

²¹³ V. Conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement, 13^e session ordinaire Syrte (Libye), Décision sur le Rapport de la Commission sur la Réunion des Etats africains Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI), 1^{er} - 3 juillet, Assembly/AU/Déc. 245 (XIII), Doc. Assembly/AU/13 (XII), point 5 ;

²¹⁴ La CrAJDP devrait remplacer la CrADHP créée par le protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adopté à Ouagadougou (Burkina Faso) le 10 juin 1998 et la Cour de justice de l'Union africaine (CRJUA) adopté par le protocole le 11 juillet 2003 à Maputo (Mozambique) en vertu de l'article 2 du Protocole portant statut de la CrAJDP ; ce dernier protocole a été adopté le 1^{er} juillet 2008 à Sharm El Sheikh en Egypte.

²¹⁵ Décision sur la mise en œuvre de la Décision relative à l'utilisation abusive du principe de compétence universelle, Assembly/AU/Dec. 213 (XII), Doc. Assembly/AU/3 (XII), point 9.

²¹⁶ Décision sur le Rapport de la Commission sur la Réunion des Etats africains parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *op. cit.*

²¹⁷ Pour l'engagement de l'UA contre l'impunité, voir son Communiqué de presse du 9 janvier 2012 relatif aux décisions de la CPI concernant les poursuites contre Béchir et Kadhafi, Press Release on the Decisions of Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court (ICC) Pursuant to Article 87 (7) of the Rome Statute on Alleged Failure by the Republic of Chad and Republic of Malawi to comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with

La mission confiée à la Commission africaine et les démarches entreprises envers la communauté internationale n'ayant pas abouti, l'UA se saisit de l'affaire Hissène Habré pour démontrer qu'il était possible de juger les dirigeants africains soupçonnés de crimes graves sur le continent africain par une juridiction-ad hoc en l'espèce- avec toutes les garanties de droit.

2- Les chambres africaines extraordinaires de Dakar

Le cas Habré constitue le premier exemple pour l'Afrique dans sa volonté de mettre fin à l'impunité des présidents africains, notamment de ceux qui ne sont plus en fonction.

Les péripéties qui ont marqué le processus jusqu'à la création des chambres africaines extraordinaires auraient pu donner à sourire, si ce n'eût été la gravité et l'atrocité des faits reprochés à l'ancien président tchadien. Arrivé à la tête du Tchad en 1990 à la suite d'une guerre civile, Hissène Habré est chassé du pouvoir en 1990 par Idriss Déby Itno. Il s'exile à Dakar au Sénégal. En janvier 2000, des victimes tchadiennes portent plainte contre lui auprès du tribunal de Dakar pour actes de torture et de barbarie et crimes contre l'humanité. Le juge d'instruction l'incolpe. En appel, la Cour d'appel de Dakar déclare le 4 juillet que les tribunaux sénégalais sont incompétents pour connaître de *crimes [qui] n'ont pas été commis au Sénégal*²¹⁸. La Cour de cassation du Sénégal, appelée à se prononcer, adopte la même position le 20 mars 2001.

Les juridictions belges, qui avaient été également saisies en 2000 au titre de la compétence universelle par des victimes tchadiennes vivant en Belgique, émettent un mandat d'arrêt international contre Habré et demandent au Sénégal de l'extrader vers la Belgique. En 2005²¹⁹, la Cour d'appel de Dakar se déclare incompétente pour statuer sur la demande d'extradition. Le Sénégal demande alors à l'UA de désigner la juridiction compétente pour juger H. Habré. Suivant les recommandations d'un comité de juristes qu'elle a mis en place à cet effet, l'UA demande au Sénégal de juger Habré au nom de l'Afrique. Le Sénégal adopte une loi permettant à la justice sénégalaise de connaître des crimes internationaux, même commis hors du territoire sénégalais. Il amendera sa Constitution par la suite. En 2010, la Cour de justice de la Communauté des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) décide que le Sénégal devra juger l'ancien président tchadien en créant une juridiction spéciale *ad hoc* à caractère international. En 2011, le Sénégal et l'UA annoncent un Accord²²⁰ sur la création de cette juridiction ; mais le président sénégalais, Abdoulaye Wade, hésite jusqu'à

Respect to the Arrest and Surrender of President Omar Hassan el Béshir of the Republic on the Sudan, in MOUANGUE KOBILA James, *précité*, p. 23.

²¹⁸ Pour la chronologie de l'affaire Hissène Habré, cf. FIDH (Mouvement mondial des droits humains) sur <https://www.fidh.org/fr>, consulté le 20 juin 2016 ; pour la citation, p. 2.

²¹⁹ Le 25 novembre 2005, *Ibid.*

²²⁰ Pour cet Accord du 22 août 2012, v. www.chambresafriaines.org>pdf>Acc..., consulté le 6 août 2017.

l'élection du nouveau président, Macky Sall en 2012. Le Sénégal donne alors son accord pour la création de la juridiction spéciale au sein du système judiciaire sénégalais. Ainsi sont nées les chambres africaines extraordinaires de Dakar, composées de juges nommés par l'UA. Le mécanisme est exceptionnel, il comporte une chambre d'instruction au sein du tribunal régional hors classe de Dakar, puis une chambre d'accusation, une chambre d'assises et une chambre d'appel, toutes trois au sein de la Cour d'appel de Dakar²²¹. Ouvert le 20 juillet 2015, le procès de Hissène Habré a duré presque 16 mois. Le 30 mai 2016, H. Habré est reconnu coupable de crimes contre l'humanité, de crime de torture et de crime de guerre. Il est condamné à la peine d'emprisonnement à la perpétuité²²². Hissène Habré, qui n'aura de cesse de contester la compétence de cette juridiction, a interjeté appel contre la décision le condamnant. Antoine Garapon eût certainement applaudi cette décision inédite de l'UA de faire juger les Africains par des juridictions typiquement africaines, lui qui, déjà en 202, estimait que *les Etats [devraient] juger eux-mêmes leurs criminels pour éviter l'affront de les voir juger par un autre*²²³.

L'on pourrait être tenté de se poser la question de la compatibilité de la création des chambres africaines extraordinaires avec le Statut de Rome. Le doute éventuel devrait, à notre avis, pouvoir être levé. En effet, l'article 1^{er} dudit Statut, qui prévoit la compétence de la CPI pour juger les crimes internationaux précise bien qu'il s'agit d'une compétence complémentaire à celle des juridictions nationales normalement compétentes pour juger ces crimes. La CPI n'intervient que si ces juridictions refusent de poursuivre les personnes soupçonnées ou si elles sont dans l'incapacité de le faire. Le Statut de Rome n'a pas expressément proscrit l'intervention de juridictions intermédiaires entre les tribunaux nationaux et la CPI. L'objectif poursuivi par le Statut de Rome est la sanction des crimes internationaux selon les standards internationaux. Dès lors, les juridictions régionales telles la Cour de justice de la CEDEAO ou la Cour africaine de justice et des droits de l'homme pourraient tout aussi bien juger ces crimes en cas de défaillance des juridictions des Etats membres de ces organisations. A défaut, l'institution d'une juridiction spéciale *ad hoc*, comme dans le cas de l'espèce, peut légalement être utilisée pour remplir cette mission, dès lors que cette juridiction respecte les standards d'une justice impartiale et que l'objectif de justice et de réparation est atteint. L'avis général est que les chambres africaines extraordinaires de Dakar ont respecté ces exigences. On n'en attendait pas

²²¹ Cf. POISSONNIER Ghislain, « Condamnation de Hissène Habré : une avancée sans lendemain ? », *Rec. Dalloz*, 2016, p. 1657.

²²² Chambres Africaines Extraordinaires, *Prononcé et résumé du jugement dans l'affaire le Parquet général contre Hissène Habré*, 30 mai 2016, <http://www.chambresafriaines.org>, consulté le 1^{er} septembre 2016 ; lire également MOUBITANG Dr E., « L'affaire Hissène Habré, un tournant dans l'histoire de la justice africaine », le 9 mai 2015, www.rentinelle-droit-international.fr>l'a...; POISSONNIER Ghislain, *op. cit.*, p. 1657.

²²³ GARAPON Antoine, « Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale », Paris, Odile Jacob, 2002, pp. 297-303.

moins de l'UA, qui a adopté le 30 janvier 2007 la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance²²⁴.

L'affaire Habré a donné, à l'Union, l'occasion de démontrer, d'abord, que l'Afrique est, contrairement à ce que l'on pourrait penser, du côté de la démocratie, des droits de l'homme et contre l'impunité ; ensuite, qu'elle est en mesure de juger ses anciens dirigeants coupables de crimes internationaux en respectant tous les standards internationaux en la matière, comme le ferait la CPI. En tout cas, pas moins que la CPI qui fait l'objet de critiques en interne. Par exemple, dans l'affaire Gbagbo, le juge d'origine belge, Christine Van den Wyngaert, a publié une opinion dissidente dans laquelle elle exprime son désaccord envers le procureur de la Cour, Fatou Bensouda, qui cherche, selon elle, à établir les faits reprochés à Laurent Gbagbo en se fondant sur des « oui-dire anonymes »²²⁵.

Le procès Habré, le premier du genre sur le continent, est significatif à plus d'un titre : il fait de l'Afrique, qui gagne en dignité et en respectabilité, un continent capable de réprimer pénalement les auteurs de crimes internationaux, au même titre que les Etats dont les tribunaux mettent en œuvre la compétence universelle. Il sonne ensuite le glas de l'impunité des dirigeants africains à la retraite. Certes, il n'y a pas actuellement en Afrique d'enquêtes pouvant conduire à un procès de ce type de sitôt²²⁶. De même, les Chambres africaines extraordinaires avaient compétence uniquement pour juger les crimes reprochés à Hissène Habré ; mais ce procès a le mérite d'avoir eu lieu, et de servir à la fois de précédent et d'exemple susceptible d'être reproduit.

CONCLUSION

La responsabilité pénale du chef d'Etat africain, comme toute institution, subit la marque du temps, elle évolue. Impensable il y a quelques années, cette responsabilité est devenue non seulement envisageable, mais aussi possible, à cause de l'évolution des populations désormais plus promptes à revendiquer la liberté et la démocratie. Or, la démocratie exige non seulement le respect des droits fondamentaux mais aussi l'obligation de rendre compte de la gestion du pouvoir. Il n'y a, en effet, pas de pouvoir sans responsabilité. L'édifice d'irresponsabilité, d'impunité qui protégeait le chef d'Etat africain cède ainsi, sous le butoir des revendications pour le respect des droits fondamentaux, de la démocratie et l'égalité devant la justice. Jadis infaillible, le chef de l'Etat est devenu le commun des mortels que l'on peut attirer devant le juge. Soit pour haute trahison -y compris pour délits et crimes « ordinaires » dans certains Etats, soit pour crimes internationaux. Jugé par un tribunal pénal international spécial, par la CPI, ou par un tribunal spécialement africain, ou simplement poursuivi par la CPI, le chef d'Etat africain est, en ce qui concerne sa responsabilité, fragilisé. Le

²²⁴ Lors de la huitième session ordinaire de la Conférence de l'Union à Addis-Abeba (Ethiopie) le 30 janvier 2007.

²²⁵ Point 3 de son opinion dissidente que l'on peut consulter sur www.ivoirebusiness.net>articles>urgen..., Consulté le 8 août 2017.

²²⁶ *Ibid.*

principe d'immunité ne semble plus le protéger (devant la CPI) alors même qu'il est en fonction. La fronde menée par l'UA contre la CPI n'a pas, non plus, pour objet de le soustraire de sa responsabilité pénale internationale, mais de la différer jusqu'à la fin de son mandat. Cela étant, la mise en œuvre de cette responsabilité rencontre des écueils : la justice pénale nationale est insatisfaisante, parce que rendue par une juridiction (la HCJ) politisée, ou considérée comme telle. La justice internationale rendue par la CPI est instrumentalisée et inégalitaire et paraît être au service des grandes puissances²²⁷. Pour sortir de ce dilemme, plusieurs actions pourraient être envisagées. Sur le plan interne, il est possible de renforcer la crédibilité de la HCJ, d'une part, en définissant avec précision les infractions constituant la haute trahison, d'autre part, en la composant soit entièrement, soit très majoritairement de magistrats professionnels de la Cour suprême et, éventuellement, des Cours d'appel ; avec l'espoir que des juges professionnels seront plus aptes à servir l'Etat de droit que les parlementaires. Il y a, par ailleurs, lieu de faire évoluer la responsabilité du chef de l'Etat africain à l'égard des actes détachables devant les juridictions compétentes à l'issue de son mandat. Car son irresponsabilité pour de tels actes peut être source de plaintes devant les juridictions étrangères. Il faudrait, à terme, que le droit interne des Etats soit modifié²²⁸ pour permettre aux tribunaux nationaux de connaître des crimes graves relevant actuellement de la CPI à titre supplétif. Car par leurs liens avec le lieu et les acteurs du crime, ces juridictions sont mieux outillées pour accéder aux preuves et aux témoins dans l'établissement de la vérité²²⁹.

En attendant que ces réformes se fassent, la piste ouverte par l'UA de faire juger les dirigeants africains poursuivis pour des crimes internationaux par une juridiction typiquement africaine devrait être poursuivie. En effet, un échelon de juridiction intermédiaire entre les tribunaux nationaux et la CPI n'est contraire ni au Statut de Rome ni à une bonne administration de la justice, dès lors que cet échelon permet de rendre une justice répondant aux normes de procès équitable. Le coût de fonctionnement des chambres africaines extraordinaires de Dakar²³⁰ peut toutefois

²²⁷ Cf. les propos accusateurs de Pierre Berthelot « La CPI face à la tragédie du Darfour », précité, note 208.

²²⁸ Cela exige que les Etats parties au Statut de Rome intègrent les crimes dits internationaux dans leur ordonnancement juridique interne et prennent sur eux de faire respecter cette législation par tous les citoyens, quelle que soit leur fonction.

²²⁹ Antoine DUFF estime ainsi que : « [n]ational Courts are usually better placed to prosecute who commit such wrongs within their territories ; and a respect for state sovereignty requires that they normally be left to do so », cf. dudit auteur « Authority and Responsibility in International Criminal Law », in BESSON Samantha et TASIOLAS John, (eds), "The philosophy of International Law", Oxford University Press, 2010, pp. 592 et 599 ; pour Navi PILLAY, « national courts are [...] better placed to handle international crimes in light of their access to evidence and witness and their closeness to victims and affected populations », in « The Role of the International Criminal Court in an emerging System of International Justice », in RIBBELINK (Olivier), (ed.), *Beyond the UN Charter : Peace, Security and the role of justice*, The Hague, Hague Academic Press, Forum Peace to Justice Series, 2008, p. 38.

²³⁰ Ghislain Poissonnier parle de 7.4 millions d'Euros, soit exactement 4 854 081 800 francs CFA, in « Condamnation de Hissène Habré... », précité, p. 1675.

constituer un frein pour la mise en œuvre de la responsabilité pénale internationale des dirigeants africains. Aussi, paraît-il nécessaire que la réflexion entamée par l'UA en 2009 soit poursuivie afin de déterminer la juridiction qui, au niveau régional, pourrait juger les auteurs de crimes internationaux, en attendant que les juridictions nationales puissent le faire ou lorsqu'elles ne sont pas en mesure de le faire. Ceci aura le double avantage de désigner, à l'avance, à l'attention des victimes éventuelles, la juridiction à laquelle elles pourront s'adresser²³¹, et de réduire les coûts de procès, au cas où la juridiction en question est une permanente. Ce serait, là, la manifestation d'une véritable volonté de lutter contre l'impunité sur le continent et de montrer aux chefs d'Etat qu'ils sont désormais comptables de leurs actes non couverts par l'immunité devant leur peuple. Car, comme le souligne Guizot, « l'autorité ne peut être nulle part que la responsabilité ne la suive, toujours attachée à ses pas... »²³².

Palouki MASSINA
Université de Lomé

²³¹ Les victimes n'auraient plus à s'adresser directement aux tribunaux étrangers investis de la compétence universelle ou à la CPI.

²³² GUIZOT François, *Des conspirations et de la justice politique*, Paris, Librairie, française de l'Avocat, 1821, chapitre V.

LA PERFECTIBILITE DU CONTROLE PARLEMENTAIRE DU POUVOIR EXECUTIF EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE.

INTRODUCTION

« Il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »¹. Sous cette formule savante, Montesquieu indexait la nécessité du contrôle de l'exécutif par le parlement. Ce contrôle est en effet indispensable pour « garantir la liberté et éviter le despotisme » tout en favorisant l'efficacité de l'action gouvernementale, au sens de Burdeau². Cette prescription de Montesquieu constitue le cœur du principe de la séparation des pouvoirs. Ce principe postule que les trois pouvoirs de l'Etat que sont le législatif, l'exécutif et le judiciaire³ doivent être exercés par trois organes distincts qui néanmoins vont de concert⁴. Il s'agit en réalité moins d'une séparation que d'une collaboration de ces pouvoirs car c'est lorsque chaque pouvoir peut exercer convenablement ses prérogatives que le pouvoir peut arrêter le pouvoir afin que le gouvernement reste modéré⁵ ou libéral⁶. C'est dans cette perspective d'équilibre des pouvoirs que les démocraties modernes, notamment celles d'Afrique noire francophone, soucieuses de la garantie des droits et libertés fondamentaux des citoyens se doivent d'institutionnaliser un contrôle effectif du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif⁷.

L'exécutif désigne, d'une part, le pouvoir qui applique les lois de manière générale. Il s'agit d'un pouvoir de décision exécutoire, c'est-à-dire un pouvoir de volonté capable de transformer un projet législatif en une décision éligible à une exécution immédiate⁸. Il faut cependant souligner que le rôle de l'exécutif excède cette fonction exécutive qui ne présente qu'un aspect secondaire de ses activités, pour englober une fonction gouvernementale plus importante⁹. Ces fonctions dont les contours demeurent

¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Ed. Gallimard, 1995, p. 72.

² Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2016, p. 102

³ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, éd. Gallimard, 1995, p. 72.

⁴ EISENMANN Charles, « L'esprit des lois » et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p. 163-192.

⁵ FAVOREU Louis, GAIA Patrick et autres, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 387.

⁶ PACTET Pierre et MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey Dalloz, 2017, 35^{ème} éd., p. 108.

⁷ La séparation des pouvoir est la pierre angulaire de la démocratie car l'on admet que toute société dans laquelle la séparation des pouvoirs n'est pas garantie n'a point de constitution. Voir l'article 16 de la déclaration française des droits de l'homme et du citoyen.

⁸ HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Présenté par Jacky HUMMEL, Paris, Dalloz, 2015, 2^{ème} Ed., p. 376.

⁹ Cette fonction gouvernementale comporte l'action diplomatique, le règlement des rapports entre les pouvoirs publics, le pouvoir d'édicter les normes générales et impersonnelles obligatoires pour les gouvernés. Voir BURDEAU Georges, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1984, 20^{ème} Ed., p. 164.

néanmoins flous¹⁰ se traduisent par l'exercice de plusieurs compétences dont le pouvoir règlementaire¹¹ et la nomination aux emplois civils et militaires¹². Elles s'analysent en un pouvoir d'entreprise qui traduit l'action au quotidien en vue d'assurer la continuité de l'Etat¹³. L'exécutif désigne, d'autre part, l'ensemble des organes de ce pouvoir¹⁴. Il peut s'agir du chef de l'Etat et du gouvernement¹⁵ lorsqu'il s'agit d'un exécutif dualiste ou bicéphale¹⁶. Il peut s'agir d'un seul organe, en l'occurrence le chef de l'Etat dans le cas d'un exécutif moniste ou monocéphale¹⁷. Dans les démocraties africaines contemporaines, l'exécutif est devenu par la force des choses le bras le plus puissant et le plus visible de l'Etat. Quant au parlement, qui signifie littéralement « lieu où l'on parle »¹⁸, il désigne l'organe titulaire du pouvoir législatif, qui est selon Montesquieu, celui qui fait les lois¹⁹. Il s'agit d'une institution représentative et délibérative²⁰ dont la fonction excède celle d'édicter les lois²¹. Le parlement, en fonction des formes d'Etat peut être organisé en deux chambres, une chambre basse et une chambre haute. On parle alors de parlement bicaméral ou de bicamérisme²². Le parlement peut également être constitué d'une seule chambre. Dans

¹⁰ LE DIVELLEC Armel « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : Fusion et mitigations », in *La séparation des pouvoirs, Revue Pouvoirs* n° 143, novembre 2012, pp. 123-140.

¹¹ Il s'agit du pouvoir d'édicter des normes de portée générale et impersonnelles aux dénominations diverses dans les matières non régies par la loi et applicables sur l'ensemble du territoire national. Voir CHAPUS René, *Droit administratif général* Tome 1, Paris, Montchrestien, 2001, 15^{ème} éd., p. 209.

¹² DE VILLIERS Michel et LE DIVELLEC Armel, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 8^{ème} éd., 2011, p. 271.

¹³ GICQUEL Jean et Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 2014, 28^{ème} Ed., p. 553.

¹⁴ DUHAMEL Olivier et MENY Yves, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 428.

¹⁵ Le gouvernement est l'organe collégial chargé de la fonction exécutive et dirigé par le chef de gouvernement. GUINCHARD Serge (ss.dir) *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2011, 19^{ème} Ed. p. 429.

¹⁶ GICQUEL Jean et Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit. p. 553.

¹⁷ Voir CHAMPAGNE Gilles, *L'essentiel du droit constitutionnel. 1 Théorie générale du droit constitutionnel*, Paris, Gualino, 2013, 12^{ème} éd., p. 89.

¹⁸ TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2007, p. 627.

¹⁹ Une telle définition est trompeuse selon certains auteurs qui estiment que le parlement fait qui intervient rarement dans la formulation de la loi, ne fait principalement que donner son accord à des mesures de politiques publiques proposées par l'exécutif. Voir NORTON Philippe, « La nature du contrôle parlementaire », in *Revue Pouvoirs* n° 134, *Le contrôle parlementaire*, 2010, pp. 5-22.

²⁰ DE VILLIERS Michel et LE DIVELLEC Armel, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, op. cit., p. 271. La fonction délibérative consiste à discuter et voter une résolution collective qui n'est pas toujours automatiquement exécutoire, mais que le pouvoir exécutif doit rendre exécutoire et l'exécuter. HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 470.

²¹ Outre ses fonctions législatives, le parlement exerce des fonctions constitutionnelles, juridictionnelles et de contrôle. HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 469.

²² Les raisons pour lesquelles le parlement est bicaméral divergent selon les formes d'organisations de l'Etat. Dans un Etat fédéral, le bicaméralisme est nécessaire. Conformément au principe de participation, la chambre basse représente le peuple tout

ce cas, on parle de parlement monocaméral ou de monocaméralisme²³. Le parlement est le symbole par excellence de la démocratie représentative²⁴. La démocratie représentative, encore appelée régime représentatif, peut se concevoir comme le régime politique dans lequel les citoyens expriment leur volonté par l'intermédiaire de représentants élus²⁵. Le régime représentatif peut être mis en œuvre selon les diverses modalités d'application du principe de la séparation des pouvoirs, allant du régime présidentiel²⁶ au régime parlementaire²⁷, à strictement parler en théorie pure du droit constitutionnel. Si le régime présidentiel n'a connu qu'un succès géographiquement restreint²⁸, le régime parlementaire, lui, a presque été mondialement plébiscité. Né en Angleterre au XVIII^{ème} siècle où il a d'abord été dualiste²⁹, grâce aux efforts constants du peuple pour limiter les pouvoirs de la Couronne³⁰, le régime parlementaire sous sa

entier, les députés étant désignés proportionnellement au nombre d'habitants de chaque Etat fédéré, et la chambre haute représente les entités fédérées avec un nombre identiques de représentants pour tous les Etats. LE POURHIET Anne-Marie, *Droit constitutionnel*, Paris, Economica, 5^{ème} éd., 2013, p. 105. Dans les Etats unitaires où le bicaméralisme n'est pas indispensable, son institution résulte de la seule volonté du constituant et a pour principal objectif, une meilleure rationalisation de la procédure législative. CHAMPAGNE Gilles, *L'essentiel du droit constitutionnel. 1 Théorie générale du droit constitutionnel*, op. cit., p. 92.

²³ Le monocaméralisme selon ses partisans introduit une simplification de la procédure législative, grâce à l'accélération du travail parlementaire rendu possible par l'absence d'une seconde lecture par une autre chambre. CHAMPAGNE Gilles, *L'essentiel du droit constitutionnel. 1 Théorie générale du droit constitutionnel*, op. cit., p. 90.

²⁴ TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 628..

²⁵ LAMARCHE Aline Aka, « L'évolution du régime représentatif dans les Etats d'Afrique Subsaharienne », in *Juridictoria* n° 9, 2013, pp. 119-153.

²⁶ Le régime présidentiel est caractérisé par une collaboration minimale des pouvoirs se traduisant par une spécialisation fonctionnelle et une irrévocabilité mutuelle. Voir GICQUEL Jean et Jean-Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 139. L'équilibre des pouvoirs résulte en effet de l'indépendance réciproque de l'exécutif et du législatif et de leur certitude de demeurer en fonction jusqu'à l'expiration de leur mandat Voir PACTET Pierre et MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 141.

²⁷ Le régime parlementaire repose sur l'égalité du parlement et de l'exécutif qui collaborent étroitement à toute activité de l'Etat et sur l'action réciproquement limitative qu'ils exercent l'un sur l'autre. Voir DUGUIT Léon, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, E. de Bogard 4^{ème} éd, 1923 ; Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2007, p. 196. L'exécutif doit dans ce régime, pouvoir disposer continuellement de la confiance de la majorité parlementaire. Voir également PACTET Pierre et MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 141.

²⁸ Les Etats Unies sont le seul Etat où le régime présidentiel a connu un succès, les essais par les autres démocraties occidentales se sont soldés par des échecs. CHANTEBOUT Bernard, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 30^{ème} éd., 2013, pp. 97-130. Quelques Etats Africains ont adopté le régime présidentiel avec un succès relatif, comme le Bénin, la République de Côte d'Ivoire ou la Guinée.

²⁹ Le régime parlementaire dualiste est caractérisé par une double responsabilité du gouvernement à la fois devant le chef de l'Etat et devant le parlement. COHENDET Marie-Anne, *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 5^{ème} éd., 2011, p. 195. Il a presque disparu de nos jours.

³⁰ CHANTEBOUT Bernard, *Droit constitutionnel*, op. cit., 134ss. Certains auteurs font remonter les origines du régime parlementaire au début du XIV^{ème} siècle en Suède. Voir COHENDET Marie-Anne, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 394.

forme moniste³¹ s'est progressivement érigé comme le régime de droit commun des démocraties contemporaines³². De ces démocraties occidentales, les Etats africains, notamment ceux d'Afrique noire francophone ont tous importé le régime représentatif³³, après le renouveau démocratique à partir des années 1990 marqué par l'adoption de constitutions écrites garantissant la séparation des pouvoirs et le retour à la démocratie libérale³⁴. Dans cette dynamique, la majorité des Etats d'Afrique noire francophone ont mis en place des régimes à dominante parlementaire³⁵ en renforçant les pouvoirs du parlement afin qu'il puisse contenir « l'exécutif impérial » au sommet de l'Etat³⁶, avec des fortunes diverses³⁷. En réalité, les régimes politiques contemporains dans les Etats d'Afrique noire francophone sont inspirés du modèle français de la V^{ème} République, qui résulte d'une hybridation des régimes présidentiel et parlementaire, donnant naissance au régime dit semi-présidentiel³⁸. Dans ces Etats, on retrouve un chef de l'Etat légitimé par le suffrage universel et disposant d'importants pouvoirs, secondé par un gouvernement collégial solidaire et responsable devant une assemblée démocratiquement élue³⁹. L'adaptation de ce modèle parlementaire français au contexte africain a conduit dans la praxis politique à un déséquilibre des pouvoirs au profit d'un exécutif de plus en plus fort et personnalisé

³¹ Dans le régime parlementaire moniste, le Premier ministre et le gouvernement ne sont politiquement responsables que devant le parlement. Voir CHAMPAGNE Gilles, *L'essentiel du droit constitutionnel. 1 Théorie générale du droit constitutionnel*, op. cit., p. 120.

³² LOADA Augustin et IBRIGA Luc Marius, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ouagadougou, PADEG, 2007, p. 206.

³³ DU BOIS DE GAUDUSSON Jean, « Le mimétisme postcolonial, et après ? » in *La démocratie en Afrique*, Revue Pouvoirs n° 129, avril 2009, pp. 45- 55 ; voir également FALL Ismaila Madior, « La construction des régimes politiques en Afrique : insuccès et succès », in AÏVO Frédéric Joël (ss.dir), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanzo Glélé*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 127-179.

³⁴ AHADZI Koffi, « Constitution, démocratie et pouvoir en Afrique : Leçon inaugurale », in AÏVO Frédéric Joël (ss.dir), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanzo-Glélé*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 63-73. ; Voir également GUEYE Babacar, « La démocratie en Afrique, succès et résistances », in *Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 5-26.

³⁵ A l'exception du Bénin qui s'est illustré en optant pour un régime présidentiel avec cependant d'importants éléments de parlementarisme, tel que la nomination d'un Premier ministre.

³⁶ AHADZI Koffi, « Constitution, démocratie et pouvoir en Afrique : Leçon inaugurale », op. cit.

³⁷ Cependant, la mise en œuvre pratique de ce régime importé par les Etats africains s'est nettement éloignée de la théorie. On a dès lors assisté à une prépondérance de plus en plus accrue du chef de l'Etat, confortant l'opinion de ceux qui estiment que le régime parlementaire classique n'a presque plus droit de cité en Afrique Noire francophone. LAMARCHE Aline Aka, « L'évolution du régime représentatif dans les Etats d'Afrique Subsaharienne », op. cit.

³⁸ FALL Ismaila Madior, « La construction des régimes politiques en Afrique : insuccès et succès », op. cit.

³⁹ SALAMI Ibrahim David et GANDONOU Diane O. Melone, *Droit constitutionnel et institutions du Bénin*, Cotonou, CeDAT, 2014, p. 167.

par le chef d'Etat⁴⁰. Les mécanismes de contrôle inhérents au régime parlementaire et semi-présidentiel n'y sont néanmoins pas absents. En effet, la fonction délibérative du parlement qui ne s'épuise pas dans l'exercice du pouvoir législatif embrasse d'autres activités dont celle emblématique du contrôle⁴¹.

Le contrôle peut être défini comme la vérification de la conformité à une norme d'une décision, d'une situation ou d'un comportement⁴². Le contrôle parlementaire concerne par conséquent l'analyse, le contrôle et le suivi de l'action de l'exécutif aussi bien sur le plan normatif que sur la mise en œuvre des différentes politiques⁴³. Il vise à s'assurer que l'exécutif exerce effectivement les fonctions qui lui sont dévolues conformément à la volonté du peuple, dans le respect des droits constitutionnels et des principes qui encadrent l'exercice desdites fonctions. Ce contrôle de l'exécutif est l'une des fonctions traditionnelles et fondamentales d'un parlement dans un Etat de droit dont il constitue un des piliers⁴⁴. Il est devenu un défi majeur du fonctionnement des ordres constitutionnels africains contemporains. C'est ainsi que la réflexion sur l'encadrement juridique et la limitation du pouvoir politique en Afrique est toujours au cœur des doctrines constitutionnelles en ce début de 21^{ème} siècle⁴⁵. Si de nombreux obstacles obscurcissent encore le ciel de la transition démocratique que connaissent ces Etats, on assiste quelques fois à des éclaircies pendant lesquelles certains parlements africains parviennent à remplir convenablement leur mission fondamentale de contrôle⁴⁶.

La question de la réalité de ce contrôle en Afrique noire francophone se pose donc avec acuité, compte tenu notamment du fait que dans la majorité de ces Etats, l'exécutif peut presque toujours compter sur une majorité parlementaire qui lui est politiquement acquise.

Réfléchir sur l'authenticité du contrôle parlementaire revêt un intérêt aussi bien théorique que pratique. S'intéresser au contrôle parlementaire de l'exécutif permettra

⁴⁰ Cela fait parfois qualifier ces régimes africains en transition démocratique de présidentielistes. Voir LOADA Augustin et IBRIGA Luc Marius, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 211 ; voir également LATH Yadoh Sébastien, « La pérennisation du présidentielisme dans les Etats d'Afrique : Les repères d'un modèle africain de régime politique », in AÏVO Frédéric Joël (ss.dir), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanzo-Glélé*, op. cit. pp. 285-310.

⁴¹ DUHAMEL Olivier et MENY Yves, *Dictionnaire constitutionnel*, op. cit., p. 229 ; HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., p. 469.

⁴² CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011, p. 263.

⁴³ YAMAMOTO Hironori, *Les outils de contrôle parlementaire. Etude comparative portant sur 88 parlements nationaux*, IUP, 2007, p. 9.

⁴⁴ THIERS Eric, « Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques : un pouvoir presque sans entraves », in *Revue Pouvoirs* n° 134, *Le contrôle parlementaire*, 2010, pp. 71-81.

⁴⁵ AHADZI Koffi, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des Etats d'Afrique sub-saharienne », in *Afrique juridique et politique*, juil-déc 2002, pp. 35ss.

⁴⁶ C'est le cas dans certains Etats comme Madagascar, le Bénin ou le Niger entre 1992 et 1994.

sur le plan scientifique de mieux s'imprégner des outils d'évaluation parlementaire que les Etats d'Afrique noire francophone ont mis en place dans leurs systèmes politiques respectifs. Cette étude permettra en outre, sur le plan pratique, de faire une analyse critique de l'effectivité et de l'efficacité du contrôle parlementaire en Afrique, afin d'en relever les failles et de proposer des correctifs, dans la mesure où il n'est pas rare d'observer que la séparation des pouvoirs solennellement consacrée dans les constitutions demeure purement théorique comme une simple pétition de principe⁴⁷. Par ailleurs, la force de la législation communautaire⁴⁸ sur les questions démocratiques justifie également que l'on s'intéresse à l'enracinement de ces principes dans les Etats africains.

Ce sujet est d'une actualité permanente, le renforcement de la démocratie étant un combat continu que mènent les jeunes Etats africains depuis leur accession à l'indépendance.

Il semble dès lors légitime de questionner concrètement la réglementation de ce contrôle parlementaire en Afrique noire francophone. Les mécanismes de contrôle auxquels ont souscrit ces Etats permettent-ils réellement au parlement d'examiner et de sanctionner efficacement l'action de l'exécutif ? Cette réflexion se fixe comme objectif de démontrer que malgré la consécration théorique de ce contrôle, sa mise en œuvre demeure un défi permanent. Il est pour le moins perfectible. En effet, en Afrique noire francophone, le parlement est supposé exercer son contrôle sur un organe dont le chef est presque toujours également celui du parti majoritaire dont il est issu⁴⁹. Cette configuration politique suscite des craintes légitimes sur la possibilité et la portée réelle de ce contrôle. Dans cette systématique, on peut montrer la vacuité de ce contrôle parlementaire. Ce contrôle peut être analysé sous plusieurs angles, mais il paraît opportun de l'examiner suivant un critère *ratione personae*. Sous cet angle, l'analyse critique peut être menée sous deux angles qui se complètent nécessairement. Ce contrôle peut alors être exercé d'une part sur l'exécutif en tant qu'organe collégial et d'autre part sur les composantes individuelles du pouvoir exécutif. Plus précisément, sous ce critère, le contrôle parlementaire peut être soit individuel, soit collectif. Ces deux principales directions que peut prendre le contrôle parlementaire constitueront le fil conducteur de cette réflexion. C'est ainsi que nous devons

⁴⁷ GUEYE Babacar, « La démocratie en Afrique, succès et résistances », *op. cit.*

⁴⁸ Voir par exemple le traité CEDEAO révisé en 1993 et 2006 ; le traité UEMOA de 1994, le protocole A/SP1/12/01 de la CEDEAO sur la démocratie et la bonne gouvernance adopté en 2001, la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance adoptée en 2002.

⁴⁹ L'efficacité du contrôle parlementaire est effectivement lié au contexte politique. Il est loisible d'observer par exemple au Burkina Faso que le parlement qui a longtemps été dominé par le parti majoritaire de l'ex-président Blaise COMPAORÉ, n'a pas réellement brillé par l'efficacité du contrôle exercé sur l'exécutif. Par contre, depuis l'insurrection populaire de fin 2014 qui a mis fin à ce régime, on a assisté à une revalorisation du rôle du parlement à travers le Conseil national de la Transition (CNT) qui n'a cessé de poser sur la scène politique burkinabè des actes jusqu'alors inédits, voire « impensables » sous l'ancien régime (mise en accusation du gouvernement, convocation des ministres concernés pour des auditions...).

analyser d'abord les aléas du contrôle individuel (I). Par la suite, nous devrions examiner les aléas du contrôle collectif (II).

I) LES ALEAS DU CONTROLE INDIVIDUEL

Le contrôle individuel peut se comprendre comme le contrôle que le parlement peut exercer sur les autorités qui composent l'exécutif. Dans les ordres constitutionnels d'Afrique noire francophone, l'exécutif est majoritairement bicéphale et comprend le chef de l'Etat et le gouvernement. Il nous faut alors examiner successivement le contrôle parlementaire sur le chef de l'Etat (A), puis le contrôle parlementaire sur les membres du gouvernement (B).

A) LE CONTROLE PARLEMENTAIRE SUR LE CHEF DE L'ETAT

Dans le régime parlementaire classique, le chef de l'Etat est censé n'exercer qu'un rôle protocolaire ou au maximum une fonction d'arbitre⁵⁰. Cependant, toutes les constitutions d'Afrique noire francophone, qu'elles consacrent un régime parlementaire ou présidentiel, lui attribuent un rôle prépondérant⁵¹ qui semble le protéger de tout contrôle du parlement. En effet, le contrôle parlementaire, absent sur le mandat du chef de l'Etat (1), est faible sur les actes de ce dernier (2).

1) L'absence d'un contrôle sur le mandat

Dans le régime semi-présidentiel des Etats d'Afrique noire francophone, le parlement n'exerce aucun contrôle politique sur le mandat du chef de l'Etat, en ce sens qu'il n'a aucun pouvoir politique ni sur le début du mandat ni sur la fin de celui-ci.

En ce qui concerne le début du mandat, dans les régimes semi-présidentiels africains, le parlement ne participe pas à la désignation du chef de l'Etat, qui bénéficie tout comme lui d'une légitimité populaire. En effet, à quelques rares exceptions près⁵², le chef de l'Etat est désigné par les citoyens, quoique dans la pratique, la sincérité et la liberté de ces élections soient souvent discutées⁵³. Il est élu au suffrage universel direct pour un mandat de cinq⁵⁴ ou sept ans⁵⁵ renouvelable avec ou sans limitation⁵⁶. Il est de

⁵⁰ CHAMPAGNE Gilles, *L'essentiel du droit constitutionnel. 1 Théorie générale du droit constitutionnel*, op. cit., p. 120.

⁵¹ Voir les articles 36 et suivants de la constitution burkinabé, 58-75 de la constitution togolaise, 8-27 de la constitution gabonaise, 5-10 de la constitution camerounaise...

⁵² En Guinée Bissau par exemple, le chef de l'Etat est élu par l'Assemblée nationale populaire parmi les membres élus du Conseil d'Etat conformément à l'article 63 al 2 de la constitution guinéenne.

⁵³ KOKOROKO Dodzi, « Les élections disputées : Réussites et succès », in *La démocratie en Afrique*, Revue *Pouvoirs* n° 129, avril 2009, pp. 115- 125.

⁵⁴ Voir les articles 37 de la constitution du Burkina Faso, 9 de la constitution du Gabon, 42 de la constitution du Bénin.

⁵⁵ Voir l'article 6 de la constitution du Cameroun.

ce fait, le « seul élu de la Nation toute entière »⁵⁷. Après les élections, c'est devant le juge constitutionnel et non devant le parlement que le chef de l'Etat prête serment, même si ce serment n'a aucune vertu dissuasive de comportements contraires à cet engagement verbal⁵⁸. Le chef de l'Etat dispose d'énormes pouvoirs qu'il ne pourrait obtenir dans le cadre d'un régime parlementaire classique⁵⁹. C'est ainsi par exemple que dans les régimes politiques des Etats d'Afrique noire francophone, il nomme et révoque les membres du gouvernement lorsqu'il le juge opportun⁶⁰. Ce pouvoir de révocation n'est cependant pas consacré dans tous les régimes parlementaires ou semi-présidentiels qui consacrent également la prééminence du chef de l'Etat⁶¹. Disposant d'une investiture populaire et étant le chef de la majorité parlementaire, les chefs d'Etats d'Afrique noire francophone gouvernent en apesanteur du contrôle parlementaire⁶².

Pour ce qui est de la fin du mandat présidentiel, elle échappe également au contrôle parlementaire. En effet, dans les systèmes constitutionnels des Etats d'Afrique noire

⁵⁶ Voir l'article 59 de la constitution du Togo. Cependant de nombreuses révisions ou projet de révisions visent à faire sauter le verrou limitatif du mandat présidentiel en Afrique Subsaharienne. Augustin Loada, « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *Afrilex*, 2003, n° 3, pp. 139-174.

⁵⁷ GICQUEL Jean et Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 555.

⁵⁸ SAUVAGEOT Frédéric, « Le serment des hautes autorités étatiques : une institution à développer ? » in *BDP*, n° 1, janv.-fév. 2006, t.122, pp. 201-230. Pour certains auteurs, en Afrique, un serment fait sur un symbole traditionnel, par exemple une peau de léopard portant malédiction en cas de violation de la parole donnée aurait été plus dissuasive que la Constitution ou la bible auxquels le chef de l'Etat ne croit généralement pas. Voir MBATA MANGU André, « Constitutionnalisme, Constitutions et limitation des pouvoirs et des mandats présidentiels en Afrique », in AÏVO Frédéric Joël (ss.dir), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanzo-Glélé*, op. cit. pp. 735-757. Néanmoins dans bon nombre de cas, la violation du serment est constitutive de haute trahison ou d'attentat à la Constitution.

⁵⁹ LAMARCHE Aline Aka, « L'évolution du régime représentatif dans les Etats d'Afrique Subsaharienne », op. cit. Cette idée de dyarchie est contredite dans la pratique car le chef de l'Etat et le Premier ministre appartenant à la même tendance politique, le second devient un simple exécutant de la volonté présidentielle. LOADA Augustin et IBRIGA Luc Marius, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 367.

⁶⁰ Voir par exemple les articles 46 de la constitution burkinabé, 66 de la constitution togolaise, 15 de la constitution gabonaise, 54 de la constitution béninoise. Ce qui fait dire que le chef de l'Etat « détient le plus important pouvoir de nomination de la nation » Voir SALAMI Ibrahim David et GANDONOU Diane O. Melone, *Droit constitutionnel et institutions du Bénin*, op. cit., p. 227.

⁶¹ En France par exemple, le président de la République ne dispose pas constitutionnellement du pouvoir de révoquer les ministres. Voir FORMERY Simon-Louis, *La Constitution commentée Article par article*, Paris, Hachette, 16^{ème} éd., 2013, p. 29.

⁶² GICQUEL Jean, « Le présidentielisme négro-africain : L'exemple Camerounais », *Mélanges Georges Burdeau*, 1977, p. 701 et s ; Voir également LOADA Augustin et IBRIGA Luc Marius, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 211. Le présidentielisme est une déformation du régime présidentiel qui aboutit à une prépondérance du chef de l'Etat au détriment du parlement dont l'autonomie est étouffée. DUHAMEL Olivier et MENY Yves, *Dictionnaire constitutionnel*, op. cit., p. 813.

francophone, le parlement ne peut mettre fin aux fonctions du chef de l'Etat sauf dans certaines circonstances spéciales⁶³. Contrairement au gouvernement, le chef de l'Etat n'a pas besoin d'avoir la confiance parlementaire pour continuer à exercer ses fonctions, qui prennent fin normalement à l'expiration de son mandat⁶⁴. Il n'est pas responsable politiquement devant le parlement pour les actes accomplis en sa qualité de chef d'Etat, qu'il ait agi seul ou de concert avec le gouvernement⁶⁵. Au cours de son mandat, le chef de l'Etat est ainsi inviolable. Le parlement ne possède donc pas de pouvoir politique de révocation sur le chef de l'Etat⁶⁶.

Si le parlement n'a aucun contrôle sur le mandat du chef de l'Etat, il a en revanche un droit de regard sur certains de ses actes. D'expérience constitutionnelle, ce contrôle se révèle faible.

2) La faiblesse du contrôle sur les actes

L'irresponsabilité politique du chef de l'Etat devant le parlement n'empêche pas ce dernier d'exercer un contrôle sur certains des actes de celui-là. Ce contrôle peut se percevoir à travers la nécessité pour le chef de l'Etat de consulter le parlement pour l'adoption de certains de ses actes.

Pour les actes pris conformément à ses pouvoirs constitutionnels, l'avis du parlement est souvent requis, que ce soit dans l'exercice de ses fonctions ordinaires ou en temps de crise. En ce qui concerne l'exercice de ses fonctions ordinaires, le chef de l'Etat peut par exemple, voir le délai dont il dispose pour la promulgation des lois se réduire, lorsque le parlement déclare une urgence⁶⁷. Il doit également recueillir l'avis du président du parlement ou des présidents des deux chambres du parlement lorsqu'il souhaite soumettre un projet de loi au référendum⁶⁸, dissoudre l'Assemblée nationale, nommer dans certaines fonctions... En temps de crise, il a besoin de l'autorisation du parlement pour faire une déclaration de guerre ou pour déployer les forces armées à

⁶³ Ces circonstances spécifiques seront abordées plus loin.

⁶⁴ LOADA Augustin et IBRIGA Luc Marius, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 373.

⁶⁵ Lorsqu'il agit de concert avec les membres du gouvernement, c'est le Premier ministre et les ministres responsables qui endosseront cette responsabilité devant le parlement parce qu'ils auront contresigné tous les actes du chef de l'Etat. GICQUEL Jean et Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 571.

⁶⁶ En Autriche cependant, le parlement a un pouvoir de révocation puisqu'il peut convoquer les électeurs pour un référendum sur le maintien en fonction du président fédéral par une résolution des deux chambres réunies sur saisine du conseil fédéral à la majorité des deux tiers. FAVOREU Louis, GAÏA Patrick et autres, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 714.

⁶⁷ Voir par exemple les articles 48 de la constitution burkinabé, 26 de la constitution gabonaise.

⁶⁸ Voir l'article 49 de la constitution burkinabé. Il a même besoin de l'autorisation de la majorité absolue des membres de l'Assemblée nationale s'il désire proroger l'état d'urgence ou l'état de siège au-delà de 15 jours. Voir l'article 50 de la constitution gabonaise.

l'étranger⁶⁹. Lors de circonstances exceptionnelles, il doit consulter officiellement le parlement avant de prendre les mesures exigées⁷⁰. Sans épuiser les illustrations, on voit poindre un certain contrôle du parlement sur le Président. Ce contrôle n'est cependant pas efficace car, nonobstant les avis du parlement, le chef de l'Etat peut prendre une décision contraire dans la plupart des cas.

Sur les actes accomplis par le président de la république en violation de ses engagements constitutionnels, le parlement exerce un contrôle beaucoup plus contraignant. En effet, il peut s'ériger en une juridiction⁷¹, appelée Haute cour de justice, pour juger certains actes posés par le chef de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions⁷², et constitutifs notamment de Haute trahison⁷³. Il s'agit là d'une responsabilité pénale et non politique⁷⁴. C'est l'occasion pour l'organe collégial des élus qu'est le parlement, de juger si l'élu du peuple qu'est le chef de l'Etat, est toujours digne d'exercer sa fonction dans le respect de la constitution⁷⁵. Pour ce faire, le parlement vote la mise en accusation du président à la majorité des quatre

⁶⁹ Voir l'article 106 de la constitution burkinabé ; voir aussi l'article 49 de la constitution gabonaise qui soumet la déclaration de guerre à l'autorisation de la majorité des deux tiers des membres de l'Assemblée nationale. Bien que limité, le contrôle du parlement dans ce cas peut être un facteur de prévention des conflits internationaux. Voir AILINCAI Mihaela, « Le Contrôle parlementaire de l'intervention des forces armées à l'étranger. Le droit constitutionnel français à l'épreuve du droit comparé », *RDP*, t.120, n° 1, janvier-février 2011, pp. 129-154.

⁷⁰ Il perd ainsi son pouvoir de dissolution sur l'Assemblée nationale. Le parlement qui jouit alors d'une intangibilité parlementaire peut se réunir de plein droit pendant ces circonstances. Voir l'article 59 de la constitution burkinabé.

⁷¹ Cette juridiction est qualifiée de politique par certains auteurs parce qu'elle est composée en grande partie de membres du parlement et juge une personnalité politique pour des actes commis dans l'exercice de fonctions politiques. VERPEAUX Michel, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2010, p. 288.

⁷² Voir les articles 138 de la constitution burkinabé, 136 de la constitution béninoise, 127 de la constitution togolaise, 53 al 1 de la constitution camerounaise, 78 de la constitution gabonaise... Il faut souligner toutefois, pour ce qui du Burkina Faso, que cette juridiction exceptionnelle est appelée à disparaître. En effet, l'article 162 du projet de Constitution de la Vème république donne désormais compétence à la chambre criminelle de la cour d'Appel de Ouagadougou pour connaître des infractions commises par le chef de l'Etat et les membres du gouvernement.

⁷³ Voir les articles 148 de la constitution burkinabé, 127 al.2 de la constitution togolaise, 53 de la constitution camerounaise, 136 de la constitution béninoise... Certaines constitutions africaines adjoignent d'autres crimes tels que l'attentat à la constitution et les détournement de deniers publics prévus par l'article 138 de la constitution burkinabé, la violation du serment prévu par l'article 78 de la constitution gabonaise...

⁷⁴ Cette qualification ne fait cependant pas l'unanimité car certains auteurs la considèrent comme politique. Voir par exemple, HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, op. cit., pp. 214ss ; Voir également VERPEAUX Michel, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. 289.

⁷⁵ Les 2/3 des membres de la Haute cour de justice, soit six sur les neuf sont constitués de parlementaires. Voir l'article 2 de la loi organique n° 17-2015/CNT portant modification de la loi n° 20/95/ADP du 16 mai 1995 portant composition et fonctionnement de la Haute cour de justice et procédure applicable devant elle. Voir également VERPEAUX Michel, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. 289.

cinquième soit de l'Assemblée nationale uniquement⁷⁶ soit de chacune des deux chambres du parlement⁷⁷, ou encore à la majorité des deux tiers des membres du parlement pour prendre l'exemple burkinabè d'actualité⁷⁸. Cette responsabilité pénale du chef de l'Etat souffre, selon certains auteurs, non seulement de l'imprécision des textes⁷⁹, mais également de leurs difficultés d'application⁸⁰. Peu de chefs d'Etat africains ont été mis en accusation par les parlements d'Afrique Noire francophone⁸¹. Le chef de l'Etat, étant presque toujours chef de la majorité parlementaire, échappe aisément à cette procédure, les députés de l'opposition ne pouvant disposer du quorum nécessaire pour voter la mise en accusation⁸². Le contrôle exercé sur les membres du gouvernement paraît plus décisif.

⁷⁶ Voir l'article 139 de la constitution burkinabè. Dans ce sens, le Conseil national de la transition (CNT) a voté le 16 juillet 2015 une résolution mettant en accusation l'ancien président burkinabè Blaise COMPAORÉ pour Haute trahison et attentat à la constitution. Des controverses sont nées à propos du respect de la majorité requise pour l'adoption d'une telle mise en accusation, la résolution ayant été adoptée à 60 voix sur 63 votant sur les 90 députés que compte le CNT. La régularité de cette procédure d'adoption a d'ailleurs fait l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel qui s'est malheureusement déclaré incompétent pour connaître de cette résolution. Voir la décision n° 2015-34/CC du Conseil constitutionnel du 7 août 2015.

⁷⁷ Voir les articles 129 al.2 de la constitution togolaise.

⁷⁸ Voir l'article 78 de la constitution gabonaise. Une fois l'acte de mise en accusation voté, la Haute Cour de Justice se prononce sur le sort du chef de l'Etat en étant liée par la définition des crimes commis et leurs sanctions prévues par le code pénal en vigueur au moment de la commission des faits. Voir les articles 150 de la constitution burkinabè, 129 de la constitution togolaise, 139 de la constitution béninoise ... Cette référence au code pénal est critiquable car la Haute n'est pas adaptée à la poursuite et à la répression des crimes de droit commun. Voir BADINTER Robert, « La responsabilité pénale du Président de la République », *op. cit.* p. 106.

⁷⁹ Par exemple au Burkina Faso, la constitution est muette sur l'engagement de la responsabilité pénale du Président du Faso pour les actes qui sont détachables de l'exercice de ses fonctions. LOADA Augustin et Ibriga Luc Marius, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 375.

⁸⁰ Sur ce point voir PLUEN Olivier « L'inapplicabilité du nouveau régime de responsabilité du président de la République », RDP, n° 5, sept-ct 2009, t.125, pp. 1401-1429 ; Voir également AIVO Joël, « La responsabilité pénale des gouvernants », *Afrilex*, janvier 2010.

⁸¹ Les seuls cas en Afrique se sont produits à Madagascar et au Burkina Faso. Le 4 septembre 1996, le premier Président malgache Albert ZAFY qui ne disposait d'aucune majorité parlementaire, fut destitué par une décision de la Haute Cour constitutionnelle à la suite d'une résolution d'empêchement adoptée par l'Assemblée nationale. Cf. « *L'empêchement du Président Zafy.* » et « *la Décision n° 17-HCC/ D3 du 4 Septembre 1996 de la Haute Cour constitutionnelle relative à l'empêchement définitif du Président Zafy* », *Afrique contemporaine*, n° 181, janvier-mars 1997, pp. 58-67. Par contre la Haute juridiction constitutionnelle rejeta le 13 juin 2015 une résolution demandant la destitution du Président Henry Rajaonarimampianina adoptée par l'Assemblée nationale le 26 mai 2015. Quant au Burkina Faso, comme précisé plus haut, le CNT a voté une résolution mettant en accusation l'ex président burkinabè le 16 juillet 2015. La Haute Cour de justice burkinabè ne s'est pas encore prononcé sur le sort de ce dernier, en exil.

⁸² HEMA Hakim et autres, « La responsabilité pénale du chef de l'Etat », in *Annuaire des Réflexions Constitutionnelles (ARC)*, n° 01, *Le droit constitutionnel pénal*, 2015, pp. 41-59.

B) LE CONTROLE SUR LES MEMBRES DU GOUVERNEMENT

Le gouvernement est la deuxième composante de l'exécutif. Il peut être défini comme l'institution collégiale et solidaire de ministres placée sous la direction du Premier ministre⁸³. Au sens large, le gouvernement comprend les organes importants de l'administration qui ne seront pas abordés ici. Le parlement exerce un contrôle sur les membres du gouvernement à travers plusieurs mécanismes qui varient selon que le contrôle est exercé sur le Premier ministre (1) ou sur les autres ministres (2).

1) Le contrôle sur le Premier ministre

Le Premier ministre est le chef du gouvernement⁸⁴ dans la majorité des régimes politiques d'Afrique noire francophone⁸⁵. Même s'il « procède » du chef de l'Etat dont il dépend⁸⁶, le premier ministre est soumis à un certain contrôle du parlement non seulement sur sa prise de fonction, mais aussi sur l'exercice de ses fonctions.

En ce qui concerne la prise de fonction du Premier ministre, le parlement, dans certains régimes, peut en droit ou en fait y participer⁸⁷. Dans les régimes politiques d'Afrique noire francophone, les premières constitutions issues des indépendances et inspirées du régime parlementaire classique permettaient au parlement d'intervenir dans le choix du Premier ministre notamment par le biais de l'investiture. Aujourd'hui et à quelques exceptions près comme au Burkina Faso, le parlement n'a théoriquement aucun contrôle sur la prise de fonction du Premier ministre qui est toujours nommé par le chef de l'Etat⁸⁸. Ce dernier, qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire en la matière, n'est en principe pas limité dans son choix. Même si la logique voudrait qu'il

⁸³ DE VILLIERS Michel et LE DIVELLEC Armel, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, op. cit., p. 164.

⁸⁴ Voir les articles 63 al 1 de la constitution du Burkina Faso, 12 al 1 de la constitution du Cameroun, 31 al 2 de la constitution du Gabon, 53 al 1 de la constitution du Sénégal, 78 al 1 de la constitution du Togo... Bien que l'existence d'un Premier ministre ne soit pas prévu par la constitution béninoise qui institue un régime présidentiel, il existe de facto, la Cour constitutionnelle ayant décidé que la création d'un poste de Premier ministre dépourvu d'autonomie fonctionnelle, ne disposant que de la direction, de l'animation et de la coordination de l'action gouvernementale ne portait pas atteinte au régime présidentiel. Voir la décision de la Cour constitutionnelle du Bénin, DCC 96-020 du 26 avril 1996.

⁸⁵ Dans certaines constitutions africaines, c'est le chef de l'Etat qui est consacré chef du gouvernement. Voir par exemple les articles 54 de la constitution béninoise, 56 de la constitution du Congo du 20 janvier 2002... En France également, la constitution ne reconnaît pas expressément cette qualité au Premier ministre.

⁸⁶ PACTET Pierre et MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 444.

⁸⁷ LE DIVELLEC Armel « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : Fusion et mitigations », op. cit. En Allemagne par exemple, le chancelier fédéral est élu par le Bundestag sur proposition du président fédéral. Voir FAVOREU Louis, GAÏA Patrick et autres, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 713.

⁸⁸ FALL Ismaïla Madior, *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique*, Paris, l'Harmattan, 2008, p. 107.

choisisse comme Premier ministre le chef du parti majoritaire au parlement⁸⁹, ce n'est qu'exceptionnellement que la constitution l'y contraint⁹⁰. Cependant, si le Premier ministre doit obtenir la confiance du chef de l'Etat dont il conduit la politique⁹¹, il a également besoin d'obtenir celle du parlement pour la mettre en œuvre sans obstacles majeurs. C'est la raison pour laquelle, même dans les Etats où il n'y est pas constitutionnellement tenu, le chef de l'Etat est politiquement contraint de choisir un Premier ministre qui puisse bénéficier de la confiance de la majorité parlementaire⁹² dont il est lui-même presque toujours le chef en Afrique noire francophone⁹³. Ainsi, même dans les cas où le parlement n'intervient pas juridiquement dans la désignation du Premier ministre, il exerce en pratique une influence politique décisive sur son choix.

Relativement à l'exercice de ses fonctions, dans certains régimes, le Premier ministre, peu de temps après sa nomination et avant d'entrer en fonction, doit faire une déclaration de politique générale devant l'Assemblée nationale⁹⁴ ou présenter le programme d'action de son gouvernement⁹⁵. Il doit alors obtenir la confiance du parlement en recueillant la majorité absolue des voix des membres du parlement. L'adoption de cette déclaration vaut parfois investiture du Premier ministre par le parlement⁹⁶. Si le Premier ministre n'obtient pas la majorité absolue des votes des membres du parlement, le chef de l'Etat met fin à ses fonctions et procède à la nomination d'un nouveau Premier ministre. Le contrôle exercé par le parlement sur le

⁸⁹ Si la majorité parlementaire est hostile au Premier ministre, celui-ci ne bénéficiera pas de la liberté nécessaire pour conduire la politique du chef de l'Etat. *Ibidem*, p. 432.

⁹⁰ Au Burkina Faso en effet, le chef de l'Etat doit nommer le Premier ministre au sein de la majorité à l'Assemblée nationale. Voir l'article 46 al 1 de la constitution burkinabé. Voir également l'article 81 de la constitution nigérienne qui oblige le Président, en période de cohabitation, à nommer comme Premier ministre une personnalité proposée par la majorité parlementaire sur une liste de trois.

⁹¹ PACTET Pierre et MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 444.

⁹² FALL Ismaila Madior, *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique*, *op. cit.*, p. 111. A titre illustratif, après le renversement du gouvernement Souley Abdoulaye 12 jours après sa formation le 28 septembre 1994, le président Nigérien après avoir refusé de nommer le Premier ministre proposé par la majorité parlementaire et celui de la nouvelle majorité consécutive à la dissolution de l'Assemblée nationale, a dû s'y résoudre après la censure de Cissé Amadou qui n'avait même pas fini de former son gouvernement. Voir Abdourahmane (B.), *Crise institutionnelle et démocratisation au Niger*, CEAN, CNRS-IEP Bordeaux 1996, cité par FALL Ismaila Madior, « La construction des régimes politiques en Afrique : insuccès et succès », *op. cit.*

⁹³ MBATA MANGU André, « Constitutionnalisme, Constitutions et limitation des pouvoirs et des mandats présidentiels en Afrique », *op. cit.* Et cela et d'autant plus renforcé par le phénomène partisan car le fait majoritaire veut que le Premier ministre soit non seulement un militant du parti majoritaire, mais aussi un proche des premiers responsables du parti dont le chef de l'Etat. Bien que certaines constitutions à l'instar de celle du Niger (article 55 al 2) interdisent au chef de l'Etat durant son mandat d'être chef d'un parti politique, dans les faits, ce dernier exerce toujours une influence décisive sur son parti.

⁹⁴ Voir les articles 63 al 4 de la constitution du Burkina Faso.

⁹⁵ Voir les articles 78 al 2 de la constitution du Togo.

⁹⁶ Voir l'article 63 al 6 de la constitution du Burkina Faso.

Premier ministre, s'il n'est pas juridiquement contraignant dans certains Etats, l'est dans les faits. Ainsi le Premier ministre doit jouir de la confiance du parlement pour non seulement être nommé par le chef de l'Etat, mais également pour pouvoir exercer ses fonctions. Théoriquement ce contrôle semble efficace, mais dans les faits, surtout dans les régimes politiques d'Afrique noire francophone, la majorité parlementaire étant presque toujours acquise au chef de l'Etat, ces dispositions constitutionnelles et politiques ne donnent lieu qu'à de simples formalités, le choix du chef de l'Etat étant toujours confirmé par le parlement. Presqu'aucun Premier ministre n'a d'ailleurs jamais été remis en cause après sa nomination⁹⁷. Cependant le Premier ministre peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel du parlement pour les actes qui constituent des manquements aux règles encadrant l'exercice de ses fonctions politiques. Il s'agit de la responsabilité pénale qui peut être engagée aussi bien pour le Premier ministre que pour les autres ministres qui composent le gouvernement.

2) Le contrôle sur les autres ministres

Les ministres sont nommés par le chef de l'Etat sur proposition du Premier ministre⁹⁸. Le parlement peut exercer un contrôle sur les actes posés par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions, que ceux-ci soient conformes à leur portefeuille ministériel ou contraires à leurs compétences.

S'agissant des actes posés par les ministres individuellement, le parlement possède un pouvoir d'investigation qui lui permet de contrôler les actions entreprises par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions. En effet, le parlement peut faire des investigations sur chaque ministère afin de vérifier si le département ministériel en question exécute correctement la politique nationale déterminée par le gouvernement et approuvée par lui. La recherche des erreurs ou fautes des ministres est un aspect du contrôle parlementaire⁹⁹. Ainsi, cette investigation peut se faire par le biais de commissions parlementaires¹⁰⁰ permanentes ou ponctuelles sur des questions précises. Ce contrôle parlementaire reste néanmoins sans effet, du moins en ce qui concerne la responsabilité individuelle du ministre. Le parlement ne peut en effet mettre en cause la responsabilité politique individuelle d'un ministre¹⁰¹. Dans les régimes politiques contemporains, notamment ceux d'Afrique noire francophone, il n'existe pas encore

⁹⁷ Au Niger cependant, le Premier ministre Cissé Amadou nommé le 7 février 1995 a été censuré par le parlement le 20 février 1995 avant même d'avoir fini de former son gouvernement, contraignant le chef de l'Etat à nommer un autre Premier ministre. Information disponible sur <https://www.humanite.fr/node/98076>, consulté le 05/01/2017.

⁹⁸ Voir les articles 46 al 2 de la constitution du Burkina Faso, 66 al 2 de la constitution du Togo...

⁹⁹ Voir AVRIL Pierre, « Quel équilibre entre exécutif et législatif ? », RDP numéro spécial 2002, pp. 268-279 ; p. 275.

¹⁰⁰ Le parlement est organisé en commissions chargées de préparer, en formation restreintes le travail législatif. En dehors de ce rôle législatif les commissions peuvent exercer un contrôle sur l'activité du gouvernement.

¹⁰¹ Voir ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 471.

une procédure de contrôle parlementaire qui permette d'engager la responsabilité politique¹⁰² individuelle du ministre qui commet des fautes dans l'exercice de ses fonctions¹⁰³. Pourtant une telle individualisation de la responsabilité politique pourrait rendre le contrôle parlementaire plus efficace. Le contreseing qui permet au ministre d'endosser la responsabilité politique du chef de l'Etat est également un élément qui permettrait de mesurer les compétences d'exécution du ministre concerné¹⁰⁴. Les commissions parlementaires pourraient mener un contrôle individualisé qui comportera entre autres une audition du ministre concerné et de ses fonctionnaires afin de juger des réelles capacités de la personne à occuper le poste ministériel à lui confié. A défaut de sanction individuelle, ce contrôle pourrait déboucher sur une censure adressée par la commission parlementaire chargée de l'investigation au ministre concerné¹⁰⁵. En Afrique noire francophone, la seule faute qui entraîne une sanction individuelle du ministre est pour le moment celle qui met en jeu sa responsabilité pénale.

En plus du contrôle politique, les actes posés par les ministres en violation de leurs devoirs peuvent également faire l'objet d'un contrôle juridictionnel par le parlement. Les ministres, y compris le Premier ministre, sont en effet pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions¹⁰⁶ et qui sont qualifiés de crimes ou délits¹⁰⁷, de complots contre la sûreté de l'Etat¹⁰⁸. Dans un souci de protection de ces derniers contre la vindicte de particuliers dont les intérêts auraient été lésés par l'action ministérielle¹⁰⁹, un régime particulier impliquant l'intervention du parlement a été institué pour mettre en œuvre cette responsabilité

¹⁰² La responsabilité politique peut s'entendre de l'obligation d'assumer les conséquences des actes accomplis dans l'exercice de fonctions politiques et pour des raisons politiques. Voir COHENDET Marie-Anne, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 406.

¹⁰³ Cette responsabilité politique individuelle a pourtant existé au XVIIIème siècle en Grande Bretagne, où le parlement mécontent du comportement d'un ministre, d'une de ses décisions ou de son influence pouvait entreprendre à son encontre une procédure d'*impeachment*. Ce dernier pouvait échapper à la sanction en choisissant de démissionner avant le déclenchement de la procédure. Voir ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 190.

¹⁰⁴ Voir BLANQUER Jean-Michel, « Un enjeu central : la responsabilité des ministres. Ou comment éviter les pièges de l'illusoire VIème république » RDP, numéro spécial 2002, pp. 261-267., p. 266.

¹⁰⁵ C'est ainsi que dans certains parlements comme celui de Lituanie, autorisent des votes de défiance individuels pouvant aboutir au remplacement du ministre censuré. Voir YAMAMOTO Hironori, *Les outils de contrôle parlementaire. Etude comparative portant sur 88 parlements nationaux*, p. 73.

¹⁰⁶ Voir SAWADOGO Gilles et autres, « La responsabilité pénale des membres du gouvernement », in *Annuaire des Réflexions Constitutionnelles (ARC)*, op. cit., pp. 86-103.

¹⁰⁷ Voir les articles 138 de la constitution burkinabé, 78 al 3 de la constitution du Gabon.

¹⁰⁸ Voir les articles 123 al 3 de la constitution du Togo, 153 de la constitution du Cameroun, 136 al 2 constitution du Bénin qui ajoute outre les infractions, la haute trahison à l'instar du chef de l'Etat.

¹⁰⁹ Voir ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 403.

pénale¹¹⁰. A l'instar de la mise en jeu de la responsabilité pénale du chef de l'Etat, le parlement peut mettre en accusation les ministres individuellement ou collectivement¹¹¹. Ces derniers sont justiciables de la Haute cour de justice¹¹², seulement si les faits qui leur sont reprochés ont un lien avec l'exercice de la fonction ministérielle¹¹³. Compte tenu de l'imprécision des textes, la principale difficulté peut consister en l'identification d'actes pénalement répréhensibles dans la mise en œuvre de la politique gouvernementale et à leur imputation à un ministre en particulier¹¹⁴. Si à l'issue de la procédure, la culpabilité du ministre mis en examen est retenue, celui-ci est contraint de quitter sa fonction ministérielle en présentant sa démission¹¹⁵ et subir la sanction pénale selon les cas.

¹¹⁰ En France cependant, pour éviter un déni de justice du à ce privilège de juridiction et pallier les insuffisances de la Haute cour de justice, c'est une nouvelle juridiction pénale, la Cour de justice de la république qui est désormais compétente pour se prononcer sur la responsabilité pénale des ministres en mettant en place une procédure orientée vers le droit commun, la procédure pouvant être déclenchée par les contribuables et non lus seulement par les hommes politiques. Voir VERPEAUX Michel, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., pp. 290-291. Cependant, un projet de révision constitutionnelle introduit depuis 2013 vise la suppression de tout privilège de juridiction pour soumettre les ministres à une juridiction répressive de droit commun dotée d'un dispositif de filtrage pour éviter les abus ; elle ne pourra être saisie que par une commission des requêtes composée de magistrats et de parlementaires. Ce projet semble abandonné faute de la majorité requise pour son adoption. Voir HAMON Francis et TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2016-2017, 37^{ème} Ed., p. 615.

¹¹¹ Dans ce sens, au Burkina Faso, le Conseil national de la transition (CNT) a voté le 16 juillet 2015, une série de résolution mettant en accusation devant la Haute cour de justice, plusieurs membres du gouvernement de l'ex président Blaise COMPAORÉ pour des actes de détournement de deniers publics et d'enrichissement illicites , ainsi que tous les ministres présents au Conseil des ministre du 14 novembre 2014(au cours duquel le projet portant modification de l'article 37 de la Constitution a été voté) y compris l'ancien président, pour faits de coups et blessures volontaires, complicité de coups et blessures, assassinat et complicité d'assassinat.

¹¹² Au Burkina Faso toutefois, comme souligné précédemment, la Haute Cour de Justice est appelée à disparaître. A l'instar du chef de l'Etat, les ministres seront désormais justiciables de la chambre criminelle de la Cour d'Appel de Ouagadougou, après instruction par la chambre d'accusation saisie par tout plaignant conformément à l'article 162 du projet de Constitution de la Vème république. Lorsque la nouvelle constitution sera en vigueur, le parlement n'interviendra plus dans la mise en jeu de la responsabilité pénale des membres du gouvernement. Ce changement au Burkina Faso semble mieux respecter le principe de la séparation des pouvoirs.

¹¹³ Si les actes incriminés sont détachables de la fonction ministérielle, en vertu du dédoublement fonctionnel, ils seront renvoyés en tant que personnes privées devant les juridictions de droits commun. Voir les articles 138 de la constitution burkinabé,

¹¹⁴ Voir CONSTANTINESCO Vlad et PIERRE-CAPS Stéphane, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2013, p. 357.

¹¹⁵ Dans la pratique, notamment en France, il n'est nul besoin d'attendre l'issue de la procédure car il existe une coutume qui veuille qu'un ministre mis en examen démissionne. Voir VERPEAUX Michel, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. 291.

Certes, on peut noter que le contrôle exercé sur les personnes peut être décisif. Cependant, il permet rarement de mettre en cause la responsabilité politique des personnes contrôlées. Ce contrôle est donc perfectible. Certaines de ses lacunes sont parfois nuancées par le contrôle collectif exercé sur les activités de l'exécutif.

II) LES ALEAS DU CONTROLE COLLECTIF

A côté du contrôle individuel dominé par l'idée de rationalisation du parlementarisme, le parlement exerce également un contrôle collectif sur les organes de l'exécutif¹¹⁶. L'exécutif définit librement sa politique, mais il ne peut la mettre en œuvre et rester au pouvoir qu'avec la confiance du parlement¹¹⁷. Ce dernier exerce alors un contrôle sur l'action du gouvernement, qui peut être d'une part répressif (A), et d'autre part correctif (B).

A) LE CONTROLE REPRESSIF

Le contrôle politique exercé par le parlement sur le gouvernement est qualifié de répressif en ce qu'il est assorti d'une sanction résidant dans le retrait du pouvoir. Il se traduit par la mise en jeu de la responsabilité politique du gouvernement devant le parlement, clé de voute du régime parlementaire¹¹⁸. Forme supérieure du contrôle parlementaire¹¹⁹, cette procédure peut être déclenchée aussi bien à l'initiative du gouvernement (1), qu'à l'initiative du parlement (2).

1) Le contrôle à l'initiative du gouvernement

Le gouvernement, par l'intermédiaire du Premier ministre, peut prendre l'initiative de se soumettre volontairement au contrôle du parlement. Dans les parlements bicaméraux, ce contrôle est exercé uniquement par la chambre basse, l'Assemblée nationale¹²⁰. Il porte alors le nom de question de confiance. C'est une procédure propre au régime parlementaire par laquelle le premier ministre engage devant le

¹¹⁶ La notion d'organe doit être entendue ici au sens large, car incluant non seulement le collège que forme le gouvernement, mais également les organes importants de l'administration que dirige cet organe. Voir COHENDET Marie-Anne, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 218.

¹¹⁷ Voir ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 189.

¹¹⁸ Le chef de l'Etat étant irresponsable, comme souligné plus haut, c'est aux ministres d'endosser collectivement la responsabilité de ses actes par le contreseing dès lors qu'ils ont choisi de continuer l'exercice de leurs fonctions. Voir TURPIN Dominique, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 554.

¹¹⁹ Voir DUHAMEL Olivier et MENY Yves, *Dictionnaire constitutionnel*, op. cit., p. 229.

¹²⁰ Bien que le sénat ne joue aucun rôle dans la mise en jeu de la responsabilité du gouvernement, il peut être consulté dans certains régimes politiques comme en France où l'article 49 C donne la faculté au Premier ministre de demander l'approbation du Sénat pour sa déclaration de politique générale. Le vote des sénateurs est dépourvu de sanction politique.

parlement la responsabilité de son gouvernement¹²¹. Les raisons qui justifient une telle décision sont diverses et la procédure peut obéir à une double modalité, en fonction de l'objet sur lequel porte cette question de confiance.

Concernant les justificatifs, un gouvernement peut décider d'initier la question de confiance lorsqu'il constate qu'il ne bénéficie plus de la confiance du parlement ou que la majorité parlementaire qui le soutient semble se déliter. Il peut alors engager sa responsabilité politique dans l'objectif de ressouder cette majorité nécessaire pour lui permettre de conduire sa politique nationale ou pour la tester afin de savoir si la majorité décidera de lui accorder ou de lui refuser cette confiance. Dans tous les cas, il s'agira pour le gouvernement de clarifier la situation politique de la majorité parlementaire afin de savoir s'il peut toujours compter sur son soutien dans l'exécution de son programme politique¹²². Par son emprise politique, le parlement dispose dans cette procédure d'un « droit de vie ou de mort » sur le gouvernement¹²³, tant celui-ci doit nécessairement bénéficier de sa confiance pour continuer à exister.

Relativement aux modalités, la question de confiance peut porter sur la politique générale du gouvernement ou sur un texte. Dans le premier cas, le Premier ministre décide après délibération en conseil des ministres d'engager devant l'Assemblée nationale la responsabilité du gouvernement sur un programme ou sur une déclaration de politique générale¹²⁴. Bien que ce soit une procédure facultative pour le Premier ministre¹²⁵, il s'agit en réalité d'une décision collective, puisqu'elle engage le sort du gouvernement tout entier¹²⁶. C'est donc normal qu'elle soit d'abord débattue en conseil de ministre. Cela qui suppose une autorisation du gouvernement et du chef de l'Etat¹²⁷. Le parlement dispose d'un délai minimum obligatoire pour examiner le

¹²¹ Voir DE VILLIERS Michel et LE DIVELLEC Armel, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, op. cit. p. 298. Bien que prévue par leurs Constitutions, à l'exception notable du Niger, la question de confiance n'a jamais été posée par les gouvernements d'Afrique noire francophone à leur parlement.

¹²² C'est en effet pour vérifier qu'il dispose toujours du soutien de la majorité parlementaire et aussi pour prendre les devants sur une possible motion de censure du parlement que de façon inédite en Afrique noire francophone, le Premier ministre nigérien Brigi Rafini a posé la question de confiance au parlement en octobre 2013. Informations disponibles sur <http://fr.africatime.com/niger/articles/de-quelles-legeretes-juridiques-au-sommet-de-letat>.

¹²³ LE DIVELLEC Armel « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : Fusion et mitigations », op. cit. ; Le contrôle répressif peut en effet aboutir à la « mise à mort du gouvernement », Voir FALL Ismaïla Madior, *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique*, op.cit, p. 259.

¹²⁴ Voir les articles 116 Al 1 de la constitution burkinabé, 97 al 1 de la constitution du Togo, 63 de la constitution gabonaise, 34. 2) de la constitution camerounaise, 86 al 1 de la constitution sénégalaise...

¹²⁵ Voir HAMON Francis et TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 683.

¹²⁶ Voir PACTET Pierre et MELIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 507.

¹²⁷ Voir VERPEAUX Michel, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., pp. 262-263.

document qui lui est soumis¹²⁸. Si à l'issue du vote, le document présenté ne recueille pas la majorité requise, absolue¹²⁹ ou qualifiée¹³⁰ des voix des membres de l'Assemblée nationale, la confiance est refusée au gouvernement¹³¹. La responsabilité politique repose sur la règle que « La confiance se présume, la défiance se prouve »¹³². C'est en effet le défaut de confiance, d'unité, d'adéquation dans un régime démocratique entre un gouvernement et sa majorité qui entraîne la démission du Premier ministre, s'il en est¹³³.

Dans le second cas, le Premier ministre peut décider après délibération en conseil de ministre d'engager la responsabilité du gouvernement sur le vote d'un texte¹³⁴. Dans ce cas, le texte est considéré comme adopté s'il obtient la majorité absolue des voix¹³⁵, à moins que le parlement dépose une motion de censure dans les vingt quatre heures qui suivent le dépôt du texte¹³⁶. Si la motion de censure est votée à la majorité absolue des voix des membres de l'Assemblée nationale, le texte est considéré comme rejeté et le gouvernement est renversé. Dans le cas contraire, le texte sera considéré comme adopté sans avoir fait l'objet de discussions ni de vote par le parlement qui se voit priver de son droit d'amendement¹³⁷. Il s'agit d'une sorte de combinaison des

¹²⁸ Le texte ne peut être soumis au vote moins de quarante huit heures après le dépôt selon les art 116 de la constitution burkinabé, et 34. 2) de la constitution camerounaise, 86 al 1 de la constitution sénégalaise ; trois jours selon l'article 63 al 2 de la constitution gabonaise.

¹²⁹ Voir les articles, 116 de la constitution burkinabé, 34. 2 de la constitution camerounaise, 63 al 2 de la constitution gabonaise, 86 al 2 de la constitution sénégalaise...

¹³⁰ Voir l'article 97 al 2 de la constitution du Togo qui exige une majorité qualifiée des deux tiers des voix des membres de l'Assemblée nationale.

¹³¹ Le refus de la confiance entraîne la démission collective du gouvernement. Voir l'article 86 al 2 de la constitution sénégalaise.

¹³² Voir CONSTANTINESCO Vlad et PIERRE-CAPS Stéphane, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 367.

¹³³ Voir BLANQUER Jean-Michel, « Un enjeu central : la responsabilité des ministres. Ou comment éviter les pièges de l'illusoire VIème république », *RDP*, numéro spécial 2002, pp. 261-267 ; p. 265.

¹³⁴ Cette procédure n'est prévue que dans quelques constitutions africaines. Voir les articles 34 (4) de la constitution camerounaise, 63 al 1 de la constitution gabonaise, 107 al 3 de la constitution nigérienne. Elle n'existe pas par contre dans les constitutions burkinabé, sénégalaise, togolaise. En application de l'article 107 al 3, le gouvernement du Premier ministre nigérien Brigi Rafini a posé la question de confiance sur le vote d'un texte devant l'Assemblée nationale. Quelques controverses sont nées du fait de l'interprétation de cette disposition, le gouvernement ayant posé la question de confiance sur un programme de développement économique et social et non sur un texte de loi. Informations disponibles sur <http://fr.africatime.com/niger/articles/de-quelques-legeretes-juridiques-au-sommet-de-letat>, site consulté le 26 août 2017.

¹³⁵ Voir l'article 107 al 3 de la constitution nigérienne. En application de cette disposition, le texte déposé par le Premier ministre nigérien obtint la confiance du parlement par 70 voix sur les 113 que compte l'Assemblée nationale. Informations disponibles sur http://french.china.org.cn/foreign/txt/2014-01/06/content_31096950.htm, site consulté le 26 août 2017.

¹³⁶ Voir les articles 34 (4) de la constitution camerounaise, 108 de la constitution nigérienne.

¹³⁷ *Ibidem*.

procédures de la question de confiance et de la motion de censure. La censure ici est qualifiée de « provoquée » puisqu'échappant à l'initiative des parlementaires¹³⁸ et restreignant leur liberté. Cette motion de censure « provoquée » peut être une arme efficace utilisée par le gouvernement pour faire voter rapidement ses projets de lois importants ou controversés en évitant l'obstruction parlementaire¹³⁹, lorsque les moyens ordinaires dont il dispose ne lui permettent pas de surmonter une majorité rétive ou une opposition combative¹⁴⁰. Lorsque le gouvernement ne prend pas l'initiative de mettre en jeu sa responsabilité pour des raisons d'opportunités politiques, le parlement peut, dans l'hypothèse où la situation l'exige, engager cette procédure.

2) Le contrôle à l'initiative du parlement

La responsabilité du gouvernement peut être engagée à l'initiative du parlement. Il s'agit de la motion de censure qui peut être définie comme l'instrument de mise en jeu de la responsabilité gouvernementale par une assemblée dans un régime parlementaire¹⁴¹. Elle permet aux parlementaires de décider discrétionnairement de l'opportunité d'engager ou pas la responsabilité du gouvernement¹⁴². Tout comme la question de confiance, la motion de censure peut avoir des causes diverses et elle obéit à une procédure particulière.

Le texte de la motion doit être motivé, c'est-à-dire qu'il doit indiquer les raisons qui ont conduit le parlement à souhaiter le départ du gouvernement¹⁴³. Ces raisons sont diverses et peuvent se rapporter à une faute commise par le gouvernement qui ne respecte pas son programme¹⁴⁴, ou à une rupture de confiance entre le gouvernement et la majorité¹⁴⁵.

¹³⁸ Voir FAVOREU Louis, GAÏA Patrick et autres, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 756.

¹³⁹ HAMON Francis et TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, op.cit, p. 687.

¹⁴⁰ Voir LOADA Augustin, « Le contrôle de l'action gouvernementale », Communication donnée devant l'Assemblée nationale du Burkina Faso le 10 novembre 2002, disponible sur http://archive.idea.int/burkina/docs/Parlementaire_speech_10_sept.pdf, consulté le 23/08/2017. ; Voir également GICQUEL Jean et Eric, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 702.

¹⁴¹ Voir DE VILLIERS Michel et LE DIVELLEC Arnel, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, op. cit., pp. 239-240.

¹⁴² La motion de censure dans ce cas est qualifiée de « spontanée » ou « offensive » ; Voir également VERPEAUX Michel, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. 265. ; ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 469.

¹⁴³ Formellement, la motion de censure est un texte assez bref qui critique globalement ou de façon spécifique l'action politique du gouvernement. Voir VLAD Constantinesco et PIERRE-CAPS Stéphane, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 6^{ème} éd., 2013, p. 370.

¹⁴⁴ Par exemple au Niger, la motion de censure déposée par les députés de l'opposition en 2012 était motivée par le non respect des engagements pris par le gouvernement dans sa Déclaration de Politique générale, entre autres griefs « l'affairisme, le clientélisme, la mal gouvernance, les dérives totalitaires, l'état policier, la discrimination et l'injustice, la violation des droits humains,... ». Informations disponible sur <http://french.peopledaily.com.cn/n/2014/1128/c96852-8815298.html>, site consulté le 27

Sur le plan procédural, le mécanisme de la motion de censure est strictement encadré dans le but d'assurer une certaine stabilité gouvernementale¹⁴⁶. D'abord, pour être recevable, la motion de censure doit recueillir la signature d'un nombre déterminé de parlementaires¹⁴⁷. Elle doit donc être une décision collective et non individuelle. Ensuite, une fois la motion de censure déposée, un délai¹⁴⁸ doit être observé. Ce délai est utile pour permettre d'une part aux députés d'étudier la question afin d'avoir tous les éléments nécessaires pour décider en toute quiétude et non sous le coup de l'émotion. Ce délai permet d'autre part au gouvernement d'éviter un vote surprise et de pouvoir ainsi convaincre les parlementaires réticents de sa majorité et d'organiser sa défense¹⁴⁹. Enfin pour être adoptée, la motion de censure doit recueillir la majorité absolue des voix des membres composant l'Assemblée nationale¹⁵⁰. Pour renverser le gouvernement, il faut que plus de la moitié des membres de l'Assemblée parlementaire y soit favorable, et non pas seulement la moitié des membres qui ont exprimé leur voix¹⁵¹.

août 2017. Au Sénégal, la motion de censure déposée par certains députés de l'opposition le 26 décembre 2012, accusait le Premier ministre Abdoul Mbaye de « Blanchiment d'argent de l'ex-président tchadien Hisène Habré, lorsqu'il est arrivé en exil à Dakar en 1990 » ; Informations disponibles sur <http://www.jeuneafrique.com/depeches/42870/politique/senegal-rejet-dune-motion-de-censure-de-lopposition-contre-le-gouvernement/>, consulté le 27 août 2017.

- ¹⁴⁵ Voir BLANQUER Jean-Michel, « Un enjeu central : la responsabilité des ministres. Ou comment éviter les pièges de l'illusoire VIème république », *op. cit.*, p. 265. A titre illustratif, en République démocratique du Congo, la motion de censure déposée le 14 mai 2010 accusait le gouvernement du Premier ministre Adolphe Muzito « d'immobilisme patent » sur les questions de sécurité au niveau politique et social. Information disponibles sur <http://www.jeuneafrique.com/155790/politique/le-gouvernement-vis-par-une-motion-de-censure/>. Site consulté le 28 août 2017.
- ¹⁴⁶ Voir HAMON Francis et TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 687 ; Voir FALL Ismaïla Madior, *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique*, *op.cit*, p. 260.
- ¹⁴⁷ Généralement la motion de censure doit être signée par au moins un tiers des députés au Burkina Faso (art. 115), au Togo (art. 98 al 2), au Cameroun (art 34. 3)). Au Gabon (art. 64 al 1) et en République démocratique du Congo(art.146), un quart des membres de l'Assemblée nationale suffit pour déposer une motion de censure. C'est la raison pour laquelle, la motion de censure déposée contre le gouvernement du Premier ministre Augustin Matata Ponyo le 11 avril 2013, qui avait recueilli 137 signatures, n'a finalement pas abouti suite au désistement de quarante deux députés de la majorité parlementaire.
- ¹⁴⁸ Généralement quarante huit heures.
- ¹⁴⁹ Voir FAVOREU Louis, GAÏA Patrick et autres, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 754-755. ; Voir également VLAD Constantinesco et PIERRE-CAPS Stéphane, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 370.
- ¹⁵⁰ Au Sénégal, la motion de censure déposée par certains députés de l'opposition le 20 décembre 2012 a été rejetée car elle n'ayant recueilli que seulement quatorze (14) votes, ce qui était loin de la majorité requise de soixante seize (76). Informations disponibles sur <http://www.jeuneafrique.com/depeches/42870/politique/senegal-rejet-dune-motion-de-censure-de-lopposition-contre-le-gouvernement/>. Site consulté le 28 août 2017.
- ¹⁵¹ On considère que tous ceux qui n'ont pas exprimé un vote négatif sont favorables au gouvernement. Voir HAMON Francis et TROPER Michel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 685.

Cet outil de contrôle parlementaire qu'est la motion de censure a vu son efficacité s'atténuer en pratique, même dans les démocraties occidentales¹⁵² à cause du fait majoritaire. En effet, tant que le gouvernement disposera du soutien inconditionnel d'une grande majorité parmi les parlementaires, il sera difficile pour l'Assemblée nationale de réunir assez de voix parmi l'opposition pour voter la motion de censure. Ceci est d'autant plus vrai dans les régimes politiques d'Afrique noire où la majorité parlementaire est presque toujours acquise à l'exécutif¹⁵³. Cependant même si la motion de censure n'est pas adoptée, elle a néanmoins le mérite de marquer le désaccord d'une partie du parlement sur certains aspects de la politique du gouvernement et de susciter le débat¹⁵⁴ pour inciter le gouvernement à rectifier le cas échéant lesdits aspects¹⁵⁵.

La mise en jeu de la responsabilité politique du gouvernement est une arme à double tranchant qui peut avoir un effet dissuasif sur la volonté du parlement. En effet, lorsque la confiance est refusée au gouvernement ou lorsque la motion de censure est adoptée, le gouvernement est contraint de démissionner. Cette démission entraîne un vide gouvernemental qui peut parfois conduire à l'instabilité. C'est pour éviter cette instabilité gouvernementale que la motion de censure n'est autorisée dans certains Etats que lorsqu'elle est « constructive »¹⁵⁶. La démission du gouvernement peut par

¹⁵² En France par exemple, sur quarante motions de censure déposées depuis 1959, une seule a été adoptée le 5 octobre 1962. Voir FAVOREU Louis, GAÏA Patrick et autres, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 755.

¹⁵³ Cependant, même en Afrique noire francophone, il peut arriver qu'une motion de censure soit déposée par les députés du parti majoritaire dont est issu le Premier ministre. A titre illustratif, le Premier ministre tchadien Joseph Djimrangar Dadnadji, a du démissionner le 21 novembre 2013 pour contrecarrer une motion de censure initiée par 74 députés de son propre camp.

Informations disponibles sur <http://www.ijeunefrique.com/167175/politique/tchad-idriss-d-by-itno-nomme-un-nouveau-premier-ministre-kalzeubet-pahimi-deubet/>. Consulté le 28 août 2017.

¹⁵⁴ Voir BLACHER Philippe, *Droit constitutionnel*, Paris, Hachette, 2^{ème} éd., 2012, p. 146.

¹⁵⁵ Dans sa réponse à la motion de censure déposée le 26 décembre 2012 contre lui et son gouvernement, le Premier ministre sénégalais a relevé que cette motion qui coïncidait avec le lancement de la phase active des investigations visant à faire la lumière sur les actes de pillage des ressources publiques ne visait qu'à détourner l'attention sur cette entreprise d'assainissement, mais a dû s'expliquer en apportant des éclaircissements et des preuves, les accusations de blanchiment d'argent dont il faisait l'objet. Voir le texte de la réponse du Premier ministre,

disponible sur <http://www.gouv.sn/Motion-de-censure-du-26-decembre.html>.

¹⁵⁶ La motion de censure constructive est une motion de censure qui prévoit un gouvernement de remplacement à celui que le parlement projette de renverser. Ainsi avant de déposer cette motion, le parlement doit avoir au préalable identifié le chef du futur gouvernement, pour éviter que l'Etat ne soit confronté à une instabilité gouvernementale. Ce type de motion prévu dans aucune constitution d'Afrique noire francophone. Seules quelques rares constitutions dont notamment celle de l'Allemagne, de l'Espagne et de la Hongrie prévoit une telle motion. Voir VILLIERS Michel et LE DIVELLEC Armel, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, op. cit., p. 224.

ailleurs emporter comme dommage collatéral la dissolution du parlement par le chef de l'Etat et le renvoi des parlementaires à l'arbitrage des citoyens. De crainte de ne plus être réélu et de perdre de ce fait leurs sièges ainsi que les avantages qui y sont attachés, les parlementaires sont enclins à ne pas engager la responsabilité du gouvernement, même lorsque celui-ci commet des fautes dans l'exercice de ses fonctions. A cause du fait majoritaire et de cette peur de la dissolution, la motion de censure n'est pas la voie royale de contrôle des parlements d'Afrique noire francophone, où il est peu fréquent qu'un gouvernement soit renversé par un vote parlementaire¹⁵⁷.

En dehors du contrôle politiquement sanctionné, le parlement peut exercer d'autres types de contrôle sur le gouvernement qui ont un objectif plus correctif de l'action gouvernementale.

B) LE CONTROLE CORRECTIF

Outre la mise en jeu de la responsabilité politique du gouvernement, le parlement dispose d'autres mécanismes pour surveiller l'action gouvernementale. Il s'agit d'un examen à l'issue duquel, il n'existe pas de sanction contre le gouvernement. Cependant, il n'en est pas moins efficace, car le défaut de sanction effective n'a pas pour conséquence de le rendre inopérant¹⁵⁸. Le parlement exerce dans ce sens un contrôle non seulement sur l'activité normative du gouvernement (1) mais également sur son activité administrative (2).

1) Le contrôle de l'activité normative

Le pouvoir législatif n'appartient pas exclusivement au parlement, car l'exécutif possède également des compétences dans ce domaine, par son pouvoir réglementaire. En effet, puisque gouverner c'est légiférer, l'action politique se traduit toujours par l'édiction de normes¹⁵⁹. Les compétences législatives de l'exécutif sont nombreuses. Pour certains auteurs, il s'agit alors moins d'une séparation que d'une articulation des pouvoirs¹⁶⁰. Pour d'autres, ces compétences dénotent d'une absorption du pouvoir

¹⁵⁷ Certains gouvernements, quoique peu nombreux, ont pu être sanctionnés par le contrôle parlementaire. Il s'agit entre autres du gouvernement centrafricain dont le Premier ministre a démissionné le 12 avril 1992 suite au dépôt d'une motion de censure contre son gouvernement ; le gouvernement RAKOTOVAHINY de la République de Madagascar a également dû se retirer à la suite d'une motion de censure le 20 mai 1996. Voir FALL Ismâïla Madior, *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique*, op.cit, p. 263. Vérifier au Niger.

¹⁵⁸ Voir AVRIL Pierre, « Quel équilibre entre exécutif et législatif ? », *RDP* numéro spécial 2002, pp. 268-279.

¹⁵⁹ Voir AVRIL Pierre, « Le parlement rationalisé », *RDP*, 1998, p. 1509.

¹⁶⁰ LE DIVELLEC Armel « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : Fusion et mitigations », op. cit.

législatif, manifestation de la prédominance de l'exécutif¹⁶¹. En tout état de cause, le parlement ne doit pas se contenter d'être une « chambre d'enregistrement » des projets de lois gouvernementaux¹⁶². Il doit exercer un contrôle sur l'activité normative de l'exécutif, qu'il s'agisse des projets législatifs ou de la mise en œuvre des textes législatifs¹⁶³.

Au sujet des projets législatifs du gouvernement, le parlement détient un droit d'amendement, qui peut constituer un moyen de surveillance efficace sur les activités du gouvernement¹⁶⁴. En matière budgétaire, même s'il est vrai que c'est le parlement qui vote le budget, il ne fait que voter formellement la loi de finances sans en décider réellement du contenu¹⁶⁵. C'est en réalité au gouvernement qu'appartiennent exclusivement l'initiative et la préparation du budget¹⁶⁶. Le contrôle du parlement se traduit alors par le droit d'amendement¹⁶⁷, ou le rejet de ce budget¹⁶⁸. Par ailleurs, il peut également saisir le conseil constitutionnel pour vérifier la conformité à la constitution des lois de finances¹⁶⁹ ou des autres textes législatifs. La loi n'exprimera authentiquement la volonté générale que si elle ne contrevient pas à la norme fondamentale¹⁷⁰. En faisant participer le juge constitutionnel au contrôle exercé sur l'exécutif¹⁷¹, le parlement ne fait que mettre en œuvre la séparation des pouvoirs¹⁷². Le

¹⁶¹ Cette prédominance de l'exécutif s'explique par les crises économiques et la transformation du rôle de l'Etat dont l'interventionnisme s'est considérablement développé consacrant « l'Etat providence » Voir CHAGNOLLAUD Dominique, *Droit constitutionnel contemporain*, Paris, Dalloz, 7^{ème} éd., 2013, pp. 129-130.

¹⁶² Voir AVRIL Pierre, « Quel équilibre entre exécutif et législatif ? », *op. cit.*, p. 273.

¹⁶³ THIERS Eric, « Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques : un pouvoir presque sans entraves », *op.cit* ; Voir également YAMAMOTO Hironori, *Les outils de contrôle parlementaire. Etude comparative portant sur 88 parlements nationaux*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁶⁴ Voir ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 456.

¹⁶⁵ HERTZOG Robert, « Les pouvoirs financiers du parlement », *RDP*, numéro spécial 2002, pp. 298-312. ; p. 304.

¹⁶⁶ Il faut préciser néanmoins qu'un travail de fond est fait sur le projet de loi de finance par la commission des finances et du budget qui peut aboutir à des suppressions, augmentations ou rééquilibrage de dotations budgétaires ou de création de nouveaux volets.

¹⁶⁷ Le parlement ne peut en effet bloquer indéfiniment la loi de finance, même si elle ne lui convient pas. Si à l'expiration du délai accordé au parlement, le budget n'est pas voté, le gouvernement peut le mettre en œuvre par ordonnances. Voir AKINDES Francis et TOPANOU Victor, *Le contrôle parlementaire en République du Bénin, une lecture sociologique*, UNRISD, Démocratie, gouvernance et droits de l'homme, document du programme n° 8, octobre 2005, p. 13.

¹⁶⁸ Voir ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 460.

¹⁶⁹ Voir BAUDU Aurelien, « L'incertaine renaissance parlementaire en matière budgétaire et financière », *RDP*, n° 5, sept-oct 2010, t.126, pp. 1423-1450.

¹⁷⁰ Conseil constitutionnel français, décision du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, § 27.

¹⁷¹ Voir HOLO Théodore, « L'émergence de la justice constitutionnelle », *Revue Pouvoirs*, n° 129, avril 2009, pp. 101-113.

pouvoir de contrôle budgétaire du parlement se manifeste également par le contrôle avec l'aide de la cour des comptes, de l'exécution de la loi de finances par le gouvernement¹⁷³. Après l'exécution du budget, le parlement peut continuer à exercer le contrôle à travers le vote de la loi de règlement qui peut s'analyser comme une reddition des comptes de la part du gouvernement chargé de justifier d'une gestion transparente des finances publiques¹⁷⁴. En encourageant cette reddition de compte, cette implication du parlement dans le processus budgétaire participe à la promotion de la bonne gouvernance¹⁷⁵. En matière de relations internationales, l'exécutif joue un rôle prépondérant, mais le parlement a également un droit de regard. S'il est seulement informé des accords en forme simplifiée, il peut exercer un contrôle sur ceux qui nécessitent son intervention en décidant d'accorder ou de refuser son autorisation pour leur ratification¹⁷⁶. Si au cours de l'examen du texte conventionnel, une ou plusieurs clauses font l'objet de désaccords, le parlement peut surseoir à statuer¹⁷⁷.

Sur la mise en œuvre des textes législatifs par l'exécutif, le parlement exerce un contrôle afin de s'assurer que ce dernier prend effectivement les décrets et autres textes nécessaires pour l'application des lois qu'il a votées¹⁷⁸. Toutefois, l'efficacité de ce contrôle semble dérisoire puisqu'on dénombre aussi bien en Afrique noire

¹⁷² ROBLOT-TROIZIER Agnès, « Un concept moderne : Séparation des pouvoir et contrôle de la loi », *Revue Pouvoirs* n° 143, novembre 2012, pp. 89-103.

¹⁷³ Voir LOADA Augustin et Ibriga Luc Marius, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 392. Pour plus d'efficacité, ce contrôle devrait être assorti de sanctions ou de réformes de certaines politiques ou institution publiques HERTZOG Robert, « Les pouvoirs financiers du parlement », *RDP*, numéro spécial 2002, pp. 298-312. ; p. 310.

¹⁷⁴ En pratique, en Afrique Noire francophone, cette loi de règlement est rarement adoptée. Au Bénin par exemple cela est du au fait que le vote de la loi fait intervenir en plus du parlement, deux autres institutions. Il s'agit du gouvernement qui doit élaborer les rapports sur l'exécution de la loi de finances et de la Cour suprême chargée de vérifier la régularité de l'exécution de l'autorisation parlementaire et la fiabilité du compte rendu du gouvernement. Voir SALAMI Ibrahim David et GANDONOU Diane O. Melone, *Droit constitutionnel et institutions du Bénin*, op. cit. p. 339.

¹⁷⁵ Voir Commission nationale pour l'Afrique, *Rapport sur la gouvernance en Afrique II 2009*, p. 87.

¹⁷⁶ Voir CHAGNOLLAUD Dominique, *Droit constitutionnel contemporain*, op. cit., p. 132 ; Voir également DJEDJRO F Mélédeje, *Droit constitutionnel*, Abidjan, Ed. ABC, 2014, 10^{ème} éd., p. 331 ; Voir LOADA Augustin et Ibriga Luc Marius, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 391.

¹⁷⁷ Voir l'article 129 du règlement intérieur de l'Assemblée nationale du Burkina Faso. En France par exemple, le parlement a un certain contrôle sur les normes internationales, notamment communautaires auxquelles participe l'exécutif, en participant à leur élaboration et à leurs mécanismes d'évaluation. Sur ce point voir LE BRIS Catherine, « Le droit de regard du Parlement français sur la norme supranationale en formation », *RDP*, t.128, n° 4, juil-Aout 2012, pp. 947-986. Voir également LE POURHIET Marie-Anne, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 473.

¹⁷⁸ Au Burkina Faso par exemple, le parlement exerce ce contrôle a priori en demandant au gouvernement de joindre un projet d'arrêté d'application au moment du dépôt du projet de loi ; ou a posteriori en mettant en place une cellule de veille sur les décrets d'application quant à leur adoption et leur conformité à la loi.

francophone que dans les démocraties occidentales, de nombreuses lois inappliquées faute de décret y relatifs. Malheureusement le principe de la séparation des pouvoirs interdit au parlement d'enjoindre l'exécutif de prendre les mesures d'applications nécessaires¹⁷⁹. Ce contrôle parlementaire reste de ce fait tributaire de la bonne volonté du gouvernement. Le contrôle des autres activités gouvernementales est à cet égard important à examiner.

2) Le contrôle des autres activités gouvernementales

Il s'agit de moyens d'information et de contrôle dont dispose le parlement pour surveiller l'exécution de la politique nationale par le gouvernement et la bonne marche de l'administration. Le parlement ne peut en effet contrôler effectivement l'action du gouvernement que s'il est informé de ses actes et intentions¹⁸⁰. Il dispose pour ce faire de pouvoirs qui lui permettent de s'informer auprès du gouvernement et de procéder à des investigations¹⁸¹.

S'agissant de l'information, la responsabilité politique suppose comme condition d'exercice, l'obligation faite aux gouvernants de rendre compte de leurs actes en s'expliquant et en se justifiant dans un débat contradictoire sous les regards des électeurs¹⁸². L'information concerne d'abord, les déclarations et discours sur l'Etat de la Nation que le gouvernement peut demander à faire devant l'Assemblée nationale et qui ne donne lieu à aucun vote¹⁸³. Elle concerne ensuite les questions au gouvernement. Durant les sessions parlementaires, une séance est réservée chaque semaine pour permettre aux députés et sénateurs de poser des questions au gouvernement¹⁸⁴. Cette procédure des questions permet au parlement d'interroger le gouvernement ou les ministres sur des problèmes techniques ou particuliers ou sur des questions de politique générale¹⁸⁵ et de ne pas être dépendant de leur bonne volonté en

¹⁷⁹ C'est pourquoi certains auteurs proposent l'institution d'un recours juridictionnel au profit du parlement en vue de pallier à ces insuffisances du contrôle parlementaire, car lorsque le gouvernement refuse de prendre un décret d'application d'une loi, il porte atteinte non seulement aux droits des citoyens concernés par la mesure réglementaire, mais également au droit du Parlement. Sur les modalités de ce recours, Voir SAGALOVITSCH Eric, « Pour une juridictionnalisation du contrôle parlementaire des lois inappliquées », *RFDC*, n° 98, avril 2014, pp. 369-388.

¹⁸⁰ ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 463 ; Voir également YAMAMOTO Hironori, *Les outils de contrôle parlementaire. Etude comparative portant sur 88 parlements nationaux*, op. cit., p. 48.

¹⁸¹ NORTON Philippe, « La nature du contrôle parlementaire », op. cit.

¹⁸² Voir AVRIL Pierre, « Quel équilibre entre exécutif et législatif ? », op. cit. ; Voir également AKINDES Francis et TOPANOU Victor, *Le contrôle parlementaire en République du Bénin, une lecture sociologique*, op. cit., p. 13.

¹⁸³ Voir LOADA Augustin, « Le contrôle de l'action gouvernementale », op. cit.

¹⁸⁴ Voir les articles 111 de la constitution du Burkina Faso, 61 al 2 de la constitution gabonaise...

¹⁸⁵ Voir l'article 132 al 1 de la Résolution n° 003-2014/CNT portant règlement du Conseil national de la transition burkinabè.

matière d'information¹⁸⁶. Ces questions peuvent être d'actualité, écrites ou orales. Les questions d'actualité peuvent être posées au gouvernement qui est tenu d'y répondre en priorité¹⁸⁷. Les questions écrites dont les réponses sont publiées sont des demandes de renseignements adressées par écrit par un parlementaire à un ministre qui est tenu d'y répondre dans un délai d'un mois¹⁸⁸. Ces informations permettant aux parlementaires de disposer d'une source de renseignements juridiques et administratifs au profit des électeurs¹⁸⁹. Les questions orales, contrairement à leur nom, sont posées par écrit au gouvernement qui y répond oralement¹⁹⁰. Elles peuvent être ou non suivies de débats et font l'objet de publications¹⁹¹. Les questions orales sans débat permettent un dialogue entre le parlementaire et le ministre duquel il souhaite obtenir des informations relevant de son administration¹⁹². Les questions orales avec débats suscitent des discussions générales avec les représentants des différents groupes parlementaires après la réponse du ministre qui peut être immédiate ou différée à un autre jour de séance plénière. Elles ne donnent pas lieu à un vote.

¹⁸⁶ Voir ARDANT Philippe et MATHIEU Bertrand, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op. cit., p. 464.

¹⁸⁷ Voir l'article 138 al 4 de la Résolution n° 003-2014/CNT portant règlement du Conseil national de la transition burkinabè. Elles sont appelées questions au gouvernement en France. D'origine conventionnelle et non constitutionnelle, elles remportent plus de succès que les autres questions. Elles sont communiquées seulement une heure avant la séance, ce qui permet un débat interactif. Voir FAVOREU Louis, GAÏA Patrick et autres, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 747.

¹⁸⁸ Ce délai peut être prorogé si pour des raisons d'intérêt public ou des difficultés matérielles pour la réunion de la documentation technique nécessaire à la réponse, il est jugé insuffisant. Voir l'article 137 al 3 et 4 de la Résolution n° 003-2014/CNT portant règlement du Conseil national de la transition burkinabè.

¹⁸⁹ Voir N'GUESSAN Kouamé, *Les moyens parlementaires de contrôle de l'action gouvernementale dont les moyens d'interpellation dans l'espace francophone*, Rapport présenté le 8 juin 2015 à l'Assemblée parlementaire de la Francophonie, p. 19 ; disponible sur https://apf.francophonie.org/IMG/pdf/1a.cap-rapport_moyens_interpellation_gouvernementale.pdf, consulté le 23/08/2017 ; Voir également CHANTEBOUT Bernard, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 567.

¹⁹⁰ En réalité, il s'agit d'une pratique qui permet au gouvernement de préparer sa réponse en violation de la procédure qui veut que la question soit posée sur place au gouvernement ; en rattrapage, lors de la séance des questions orales, la question est posée oralement par le député auteur de la question et le ministre représentant le gouvernement y répond oralement ; à la fin, le format écrit de sa réponse est distribuée aux députés.

¹⁹¹ Voir l'article 132 al 2 et 4 de la Résolution n° 003-2014/CNT portant règlement du Conseil national de la transition burkinabè.

¹⁹² Voir SALAMI Ibrahim David et GANDONOU Diane O. Melone, *Droit constitutionnel et institutions du Bénin*, op.cit, p. 330. Le parlementaire dispose de cinq à dix minutes maximum pour poser la question et s'il le juge utile, il peut commenter la réponse du ministre qui peut répliquer à ce commentaire.

L'investigation, quant à elle, est une technique collective de contrôle. Le parlement y fait recours grâce aux commissions parlementaires¹⁹³. On peut distinguer entre les commissions permanentes et les commissions ponctuelles ou *ad hoc*¹⁹⁴. Les commissions permanentes sont créées au sein de chaque assemblée. En dehors de leur rôle dans la préparation des textes législatifs, elles participent au contrôle de l'activité du gouvernement en fournissant à l'assemblée les informations nécessaires sur les activités gouvernementales dont la gestion est sujette à caution. Les ministres peuvent demander à être entendus par une commission permanente et ils peuvent également l'être à la demande du président de la commission¹⁹⁵. En dehors des commissions permanentes, le parlement peut créer des commissions d'enquête parlementaires ponctuelles sur la base d'une résolution de l'Assemblée concernée, chargées de recueillir des éléments d'informations sur des faits déterminés ou sur la gestion¹⁹⁶ administrative, financière¹⁹⁷ ou technique de services ou d'entreprises publiques¹⁹⁸. Elles peuvent dans certains régimes auditionner publiquement des témoins¹⁹⁹.

L'efficacité du contrôle de ces commissions doit être relativisée, car non seulement la majorité parlementaire acquise à l'exécutif y est toujours dominante²⁰⁰, mais elles sont également limitées dans la conduite de leurs investigations. En effet pour préserver la

¹⁹³ Ce mécanisme de contrôle est malheureusement sous exploité par les parlementaires africains, notamment au Burkina Faso. Voir LOADA Augustin, « Le contrôle de l'action gouvernementale », *op. cit.*

¹⁹⁴ Voir LOADA Augustin et Ibriga Luc Marius, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 390.

¹⁹⁵ Voir l'article 81 de la constitution sénégalaise qui autorise le parlement et ses commissions à entendre à tout moment le Premier ministre et les autres membres du gouvernement.

¹⁹⁶ Voir N'GUESSAN Kouamé, *Les moyens parlementaires de contrôle de l'action gouvernementale dont les moyens d'interpellation dans l'espace francophone*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁹⁷ C'est pour combattre les pratiques de corruption et d'enrichissement illicite dans l'administration et assainir ainsi les finances publiques que le Conseil national de la transition au Burkina Faso a adopté le 30 mai 2015, une résolution créant la commission d'enquête parlementaire sur « la fraude fiscale, l'impunité fiscale, les restes à recouvrer des régies de recettes ainsi que les chèques revenus impayés du trésor ».

¹⁹⁸ Voir DJEDJRO F Melèdje, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 395.

¹⁹⁹ C'est ainsi qu' au Burkina Faso, la commission d'enquête parlementaire sur « la fraude fiscale, l'impunité fiscale, les restes à recouvrer des régies de recettes ainsi que les chèques revenus impayés du trésor » sur les années 2012, 2013 et 2014, investie de la mission d'investigation sur l'ampleur de la fraude et habilitée à requérir toute personne y compris les forces de l'ordre a auditionné de nombreuses personnalités publiques et privés y compris les ministres de l'économie et des finances, la ministre en charge du budget, la ministre de la justice...

²⁰⁰ Voir VERPEAUX Michel, *Manuel de droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 260. A titre illustratif, en 2008, au Burkina Faso, à la faveur des manifestations sur la hausse des prix des denrées de première nécessité, une commission d'enquête parlementaire avait été mise en place pour mener des enquêtes sur la qualité des produits de grande consommation. Malheureusement, le public n'a pas eu droit à l'information sur l'identité des marques incriminée, le parlement, dominée par le Congrès pour la démocratie et le progrès (CDP) parti majoritaire de l'ancien chef de l'Etat ayant préféré protéger les gros bonnets au détriment de la santé des consommateurs créant une perte de confiance du peuple à l'égard du parlement.

séparation des pouvoirs et l'indépendance des magistrats, les commissions d'enquêtes ne peuvent contrôler des faits déterminés qui sont en cours d'examen devant une juridiction²⁰¹. Il suffit alors au gouvernement embarrassé par une enquête parlementaire de déclencher les poursuites judiciaires pour y mettre fin²⁰². En outre, les commissions d'enquête parlementaires peuvent se voir refuser l'accès à certaines informations jugées sensibles par le gouvernement²⁰³. Elles ne disposent pas toujours du temps nécessaire pour remplir leurs fonctions, ayant une durée de vie limitée et sont dissoutes dès qu'elles remplissent leurs missions²⁰⁴. Elles ne disposent pas de moyens financiers suffisants. Enfin, leurs enquêtes dépourvues de sanctions ne débouchent que sur la rédaction d'un rapport à partir duquel les juridictions pourront déclencher des poursuites²⁰⁵. Les rapports publiés par ces commissions peuvent néanmoins inspirer des réformes législatives ou administratives²⁰⁶.

Bien que les rapports entre le parlement et l'exécutif doivent s'analyser en termes de complémentarité et non en termes de concurrence²⁰⁷, le contrôle parlementaire s'avère nécessaire pour encadrer l'action gouvernementale, notamment en Afrique noire francophone où ce contrôle est un moyen de modération du présidentielisme²⁰⁸. Le contrôle parlementaire, dont les mécanismes sont fortement grippés²⁰⁹ y a une portée juridique restreinte et connaît de nombreuses limitations politiques. Le contrôle sur les personnes est limité en ce qui concerne la responsabilité politique et la mise en œuvre de la responsabilité pénale est tributaire de considérations politiques presque toujours favorables à l'exécutif. Quant au contrôle politique sur les organes, le fait majoritaire rend la mise en jeu de la responsabilité politique hypothétique voire impossible²¹⁰. Le contrôle est également limité sur la forme, n'étant possible durant les sessions parlementaires²¹¹, et sur le fond, le parlement ne pouvant contrôler les actes qui ne relèvent pas du domaine législatif.

²⁰¹ Si une commission avait déjà été constituée, sa mission prend fin en cas d'ouverture d'une information judiciaires portant sur les faits faisant l'objet de son enquête. Voir l'article 140 al 2 et 3 de la Résolution n° 003-2014/CNT portant règlement du Conseil national de la transition burkinabè.

²⁰² Voir LE POURHIET Marie-Anne, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 468.

²⁰³ Voir N'GUESSAN Kouamé, *Les moyens parlementaires de contrôle de l'action gouvernementale dont les moyens d'interpellation dans l'espace francophone*, op. cit., p. 25.

²⁰⁴ THIERS Eric, « Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques : un pouvoir presque sans entraves », op. cit.

²⁰⁵ Voir BLACHER Philippe, *Droit constitutionnel*, op. cit., pp. 146-147.

²⁰⁶ Voir VERPEAUX Michel, *Manuel de droit constitutionnel*, op. cit., p. 260.

²⁰⁷ Voir LE BRIS Catherine, « Le droit de regard du Parlement français sur la norme supranationale en formation », in RDP, t.128, n° 4, juil-Aout 2012, pp. 947-986.

²⁰⁸ Voir DJEDJRO F Melèdje, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 394.

²⁰⁹ Voir LOADA Augustin, « Le contrôle de l'action gouvernementale », op. cit.

²¹⁰ Voir N'GUESSAN Kouamé, *Les moyens parlementaires de contrôle de l'action gouvernementale dont les moyens d'interpellation dans l'espace francophone*, op. cit., p. 26.

²¹¹ Sauf si la résolution qui les crée leur permet de siéger hors session.

Le pouvoir législatif a donc une capacité limitée de contrôle, de contrainte ou de censure sur l'exécutif²¹², ce qui peut amener à admettre avec certains auteurs que le pouvoir n'arrête effectivement pas le pouvoir en Afrique²¹³.

Valérie Edwige SOMA/KABORE
Assistante à l'Université Ouaga 2
BURKINA FASO

²¹² ROSANVALLON Pierre, « Mieux contrôler l'exécutif, voilà la liberté des modernes ! » in *Le Monde*, 17 juin 2011.

²¹³ Voir SOMA Abdoulaye, « Le peuple comme contrepouvoir en Afrique », in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 01 juillet 2014 n° 4, pp. 1019-1149 ; Voir également, Centre pour la Gouvernance démocratique, *Parlementarisme et consolidation démocratique au Burkina Faso : Bilan de la IVème législature*, novembre 2012, p. 24.

LE TERRORISME AU CAMEROUN : D'UNE LOI CONFUSE A L'EMERGENCE D'UN DROIT PENAL TERRORISTE.

INTRODUCTION

Nonobstant la discorde des Etats¹ dans l'adoption d'une définition universelle du terrorisme², il s'observe au plan national une floraison des lois pénales anti-terrorisme. Il suffit d'évoquer le Patriot Act³, la loi Anti Terrorism Crime and Security Act⁴, la loi française⁵ et de nombreux pays africains⁶. Le Cameroun s'est inscrit dans la continuité

¹ Nombre de tentatives de définitions ont été faites, dans le système des Nations Unies. Malheureusement aucune n'a abouti. En 2004, le Secrétaire général de l'ONU et le Groupe de personnalités de haut niveau proposent la définition suivant laquelle le terrorisme est « toute action [...] qui a pour intention de causer la mort ou de graves blessures corporelles à des civils ou des non-combattants, lorsque le but d'un tel acte est de forcer un gouvernement ou une organisation internationale à prendre une quelconque mesure ou à s'en abstenir » (V. l'appel à l'adoption d'une convention générale contre le terrorisme, du Secrétaire général Koffi Annan, dans un point presse, du 12 juillet 2006, disponible sur <http://www.un.org/apps/newsFr/> et surtout le Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, p. 51-52.). Mais il manque un consensus autour de cette définition. Une coalition formée des pays de l'Organisation de la Conférence islamique et du Mouvement des pays non alignés (Le terrorisme constitue pourtant un réel obstacle à la stratégie des pays non-alignés qui de fait, doivent coopérer avec les puissances occidentales, car ils ne sont pas toujours mieux équipés pour faire face à des menaces de cette amplitudes, v. T. M. IsmiNedjadi, *Les pays non-alignés face aux problèmes de paix et de sécurité internationales* ; Paris, dir. Sur (S.), 1989.) estiment que cette définition « ignore totalement le droit des mouvements de libération nationale à lutter contre la domination étrangère et l'occupation coloniale²⁴, ce qui va à l'encontre du droit à l'autodétermination énoncé dans la Charte de Nations Unies » (Sur des rapports entre le terrorisme et les mouvements de libération nationale, voir H. Köchler : *Terrorism and national liberation : proceedings of the International Conference on the Question of Terrorism ; Frankfurt, Am Main, New York, P. Lang, Studies in international relations R Columbia (S.C.) : University of South Carolina press, 1988.*). Cf. de K. C. Katouya, *Réflexions sur les instruments de droit pénal international et européen de lutte contre le terrorisme*, thèse, Université de Nancy 2, 2010, p. 7.

² Voy. Inter alia Bribosia, E. et Weyembergh, A. (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, « Droit et justice », 2002 ; S. Zeidan, « Desparately Seeking Definition : The International Community's Quest for identifying the Specter of Terrorism », *Cornell International Law Journal*, vol. 36, 2004, pp. 291 et sqq. ; B. Golder (B.), G. Williams, « What is Terrorism ? Problems of Definition », *University of New South Wales Law Journal*, vol. 27, 2004, pp. 270 et sqq.

³ C'est la loi antiterroriste des États-Unis.

⁴ C'est la loi antiterroriste de la Grande Bretagne, qui a été abrogé en 2005.

⁵ La loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme. Elle a été commentée par : Gozzi (M.H.), « Sécurité et lutte contre le terrorisme », *Recueil Dalloz*, 2013, pp. 194 et s. La loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 sur l'état d'urgence. Elle confère des pouvoirs exorbitants au ministre de l'intérieur et aux préfets. Leurs décisions ne sont pas soumises à l'autorisation du juge judiciaire. Elles peuvent certes être déferées au juge administratif, mais les décisions rendues par le Conseil d'État jusqu'à présent

de cette tendance. Une première loi camerounaise a visé le terrorisme de manière superficielle⁷. Après les attaques de la « secte islamiste » Boko Haram, le législateur camerounais a adopté le 23 décembre 2014 une loi portant répression des actes terroristes. Le besoin d'une loi antiterroriste avait déjà préoccupé les gouvernants au lendemain de l'Indépendance. Toutefois, il a été adopté une législation anti-subversive⁸. Ce texte visait des adversaires politiques⁹ et non les terroristes. En doctrine, la démarche analogique a permis d'envisager par anticipation l'idée d'une loi pénale anti-terrorisme¹⁰ au Cameroun. Finalement, ce qui était souhaité est devenu réalité¹¹.

montrent que celui-ci exerce un contrôle fort réduit. Cf. C. Haguenu-Mbizard, « La législation sur l'état d'urgence - une perspective comparative », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 665 et s.

- ⁶ Plusieurs pays africains ont adopté des lois antiterroristes, à l'instar du Burkina Faso, Libéria, Egypte, Algérie, Gambie, Ghana, Kenya, Angola, Nigeria, Niger, Afrique du Sud...
- ⁷ La loi n° 2001/19 du 18 décembre 2001 portant répression des infractions et actes dirigés contre la sécurité de l'aviation civile. Son article premier dispose : « *La présente loi fixe, dans le cadre de la législation sur la répression de la piraterie et des actes terroristes au Cameroun les dispositions particulières applicables aux actes d'intervention illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile* ».
- ⁸ Cette législation est établie par une ordonnance du 12 mars 1962 portant répression de la subversion. Constitue en effet un acte de subversion, le fait, par quelque moyen que ce soit : d'inciter à résister à l'application des lois, décrets, règlements ou ordres de l'autorité publique (2) ; de porter atteinte au respect dû aux autorités publiques ou d'inciter à la haine contre le gouvernement de la République, ou de participer à une entreprise de subversion dirigée contre les autorités et les lois de ladite République, ou d'encourager cette subversion (2). Mais surtout, ce texte punit quiconque aura émis soit propagé des bruits, nouvelles, rumeurs mensongères, soit assortit de commentaires tendancieux des nouvelles exactes, lorsque ces bruits, nouvelles, rumeurs ou commentaires sont susceptibles de nuire aux autorités publiques (3).
- ⁹ Les premières personnes poursuivies sur la base de l'ordonnance du 12 mars 1962 ont été des leaders des partis politiques de l'opposition. Le 11 juillet 1962, le tribunal correctionnel de Yaoundé condamnait en effet à trente mois d'emprisonnement et à 250 000 francs d'amende, MM. André Marie Mbida, ancien Premier Ministre et chef du Parti Démocratique Camerounais (P.D.C.), Charles René Guy Okala, ancien Ministre des affaires étrangères et chef du Parti Socialiste Camerounais ; Benjamin MayiMatip, alors président du groupe parlementaire de « l'U.P.C. légale ». Ces responsables politiques avaient commis la faute de cosigner et distribuer un tract dans lequel, tout en exprimant leur enthousiasme à l'idée de former le front d'unité nationale proposé par l'Union Camerounaise (U.C.) et le Kamerun National Democratic Party (K.N.D.P.), ils reprochaient aux leaders de l'U. C. (parti du Président de la République) de jouer sur une équivoque et de chercher l'absorption pure et simple des autres formations politiques. Cf. A. Minkoa She, *Essai sur l'évolution de la politique criminelle au Cameroun depuis l'indépendance*, these, Université de Strasbourg, 1989, p. 161.
- ¹⁰ Nous nous sommes inspirés des attentats terroristes du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis, pour se demander si le Cameroun était à jamais épargné ou pourrait être visé. La réponse affirmative a conduit à l'étude suivante : H. M. Moneboulou Minkada, *Le dispositif répressif du terrorisme au Cameroun*, mémoire de Master II Recherche, Université de Yaoundé II, 2005-2006.
- ¹¹ La réalité est que de nos interrogations en 2005, le Cameroun adopte en 2014 : la Loi N° 2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme.

La loi portant répression des actes terroristes au Cameroun est interpellative sur la technique de définition¹² du terrorisme. Au regard de l'importance et des méthodes de définition en droit, le législateur camerounais a opéré un choix. En effet, il existe de manière classique des techniques de définition en droit portant sur : l'aspect substantiel¹³ et formel¹⁴. Mais tel n'est pas le souci du législateur camerounais. Entre la définition en compréhension¹⁵ et la définition en extension¹⁶, le législateur camerounais a opté pour la seconde méthode. Elle consiste en une énumération des hypothèses considérées comme caractéristiques d'actes terroristes. C'est ce qui ressort de l'article 2 de la loi du 23 décembre 2014¹⁷. Mais à côté du choix camerounais, s'observent des définitions en compréhension du terrorisme proposées par la doctrine,

¹² Définir un concept consiste à donner le sens du mot qui le désigne d'après les éléments qui le constituent. Cf. J. L. Bergel, *Théorie générale du droit. Méthode du droit*, Paris, 5^e édition, Dalloz, 2012, p. 229.

¹³ La définition d'un concept juridique doit en décrire la substance et en révéler les critères distinctifs. Ainsi, elle doit identifier les éléments constitutifs du concept envisagé et caractériser les relations qui les unissent. J. L. Bergel, *Théorie générale du droit. Méthode du droit*, Paris, 2^e édition, Dalloz, 1989, p. 197.

¹⁴ L'aspect formel s'intéresse au procédé choisi pour définir. Le Doyen G. Cornu a montré qu'une distinction majeure s'impose « entre les définitions qui portent sur le grain des choses et celles qui portent sur la paille des mots (...), entre la définition directe des choses et celle des mots », entre « les définitions réelles » et « les définitions terminologiques ». G. Cornu, « Les définitions dans la loi », *Mélanges J. Vincent* (Ed, Dalloz 1981), pp. 77 et s.

¹⁵ La définition en compréhension consiste en une description abstraite et générale du concept.

¹⁶ La définition en extension renvoie à une énumération des hypothèses constitutives du concept.

¹⁷ « (1) Est puni de la peine de mort, celui qui, à titre personnel, en complicité ou en coaction, commet tout acte ou menace susceptible de causer la mort, de mettre en danger l'intégrité physique, d'occasionner des dommages corporels ou matériels, des dommages de ressources naturelles, à l'environnement ou au patrimoine culturel dans l'intention :

1. a) d'intimider la population, de provoquer une situation de terreur ou de contraindre la victime, le gouvernement et/ou une organisation nationale ou internationale, à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, à adopter ou à renoncer à une position particulière ou à agir selon certains principes ;

2. b) de perturber le fonctionnement normal des services publics, la prestation de services essentiels aux populations ou de créer une situation de crise au sein des populations ;

3. c) de créer une insurrection générale dans le pays.

(2) Est puni de la peine de mort, celui qui, pour atteindre les mêmes objectifs que ceux précisés à l'alinéa 1 ci-dessus :

1. a) fournit et/ou utilise des armes et matériels de guerre ;

2. b) fournit et/ou utilise des micro-organismes ou tous autres agents biologiques, notamment des virus, des bactéries, des champignons ou des toxines ;

3. c) fournit et/ou utilise des agents chimiques, psychologiques, radioactifs ou hypnotisants ;

4. d) procède à une prise d'otage.

(3) La peine est l'emprisonnement à vie lorsque les conséquences prévisibles des actes visés aux alinéas 1 et 2 ci-dessus sont la maladie d'animaux ou la destruction de plantes.

(4) Les infractions visées aux alinéas 1, 2 et 3 ci-dessus sont caractérisées même en cas de guerre officiellement déclarée ».

à l'instar de celles proposées par Éric David¹⁸, Gérard Cornu¹⁹, J. Salmon²⁰, Henri Donnedieu de Vabres²¹, Philip Wilcox²² et W. Laqueur²³. Outre la doctrine, les conventions internationales définissent le terrorisme²⁴. Ce qui n'est pas à confondre avec une définition universelle, qui n'existe pas²⁵. En droit interne, le législateur camerounais a encadré juridiquement le terrorisme. Si la définition des actes terroristes semble juridiquement posée, le support idéologique irriguant cette loi peut

¹⁸ L'acte de terrorisme est considéré, en général, comme un acte de violence grave commis par un individu ou un groupe d'individus contre des personnes innocentes dans la poursuite d'un objectif idéologique. E. DAVID., *Éléments de droit pénal international : La répression nationale et internationale des infractions internationales*, Bruxelles, 4^e éd., éd. Bruylant, 1994, p. 212.

¹⁹ « Le Terrorisme est l'ensemble d'actes de violence commis par une organisation politique pour renverser le gouvernement ». G. Cornu., *Vocabulaire juridique*, Paris, 7^e me éd., Association H. Capitant, 1995, p. 177.

²⁰ le terrorisme est défini comme : « un fait illicite de violence grave commis par un individu ou un groupe d'individus, agissant à titre individuel ou avec l'approbation, l'encouragement, la tolérance ou le soutien d'un Etat, contre des personnes ou des biens dans la poursuite d'un objectif idéologique, et susceptible de mettre en danger la paix et la sécurité internationale. », J. Salmon, *Dictionnaire du Droit International Public*, Bruxelles, éd. Bruyant, 2001, p. 1081.

²¹ « Le terrorisme est une organisation collective agissant par des moyens d'épouvante ». H. V. Donnedieu, « Répression du terrorisme », in *Revue internationale de droit comparé*, n° 4, éd. Bayard, Paris, 1973, p. 23.

²² Le terrorisme est défini comme « une violence à motivation politique dirigée contre des non-combattants ». P. WILCOX., « Le terrorisme reste une question mondiale », disponible sur <http://www.untreaty.org>, consulté le 10/03/2006.

²³ « Le terrorisme est le recours à la violence ou à la menace de la violence afin de semer la panique dans la société, d'affaiblir ou de renverser les autorités en place et de susciter des changements politiques ». W. LAQUEUR., « Le terrorisme de demain : les nouvelles règles d'un jeu ancien », disponible sur <http://www.untreaty.org>, consulté le 10/03/2006.

²⁴ La convention arabe pour la répression du terrorisme définit le terrorisme comme étant « tout acte ou menace de violence, peu importe ses motifs ou ses mobiles, qui survient dans le cadre d'un agenda criminel et cherchant à semer la panique parmi les gens, causant la peur en leur faisant du mal ou en mettant leur vie, leur liberté et leur sécurité en danger, ou cherchant à causer un dommage à l'environnement ou aux installations publiques ou privées ou tentant de mettre en danger une source nationale ». Al, « Commentaires sur la convention arabe pour la répression du terrorisme », disponible sur <http://web.amnesty.org>, consulté le 17/04/2006.

La convention des Nations Unies pour la répression du terrorisme signée à New York, le 9 décembre 1999, dans son article 2 définit le terrorisme comme : « tout acte destiné à tuer ou à blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque. ». ONU, *Instruments internationaux relatifs à la prévention et à la répression du terrorisme international*, New York, éd. des Nations Unies, 2005, p. 122-123.

²⁵ Bien que la communauté internationale ait condamné à maintes reprises le terrorisme international, il n'existe aucun consensus sur ce qu'est ce crime. Pendant de longues décennies, les Etats, les juristes et la communauté internationale en général ont essayé, sans succès, d'arrêter une définition du crime de terrorisme international juridiquement acceptable selon les techniques d'incrimination du droit pénal. Plus d'une centaine de définitions ont été élaborées. ICJ, « Terrorisme et droits de l'homme », disponible sur <http://www.icj.org/document/html>, Consulté le 25/05/2006.

être problématique. Et la doctrine est dans son rôle de critiquer ce droit positif en vue de l'améliorer²⁶. Le malaise que suscite la lecture de cette loi a généré la thématique suivante : « *La loi portant répression des actes terroristes au Cameroun* ». La liberté des propos tient pour préalable l'existence d'une diversité de thèses et la possibilité d'une thèse nouvelle. Une telle démarche impose de présenter le débat alimentant la thématique. L'enjeu majeur étant l'identification des caractères d'une loi anti-terroriste selon les divergences doctrinales.

Pour les uns, la loi portant répression du terrorisme est certes une norme sévère, mais de droit commun. C'est la thèse de l'indifférence de la loi anti-terrorisme et sa soumission à l'Etat de droit, ainsi qu'aux droits de l'homme²⁷. Il ressort que *la loi anti-terroriste est une loi ordinaire dans un Etat de droit*, bien que les exceptions subsistent²⁸. Carl Schmitt, quant à lui, laisse subsister des ennemis dans la politique puisque sa guerre est permanente. (...) L'Etat qu'il décrit, est proche de celui dans lequel nous vivons ; tant les ennemis sont érigés en infracteurs de droit commun. Justement, le droit commun est aujourd'hui empreint de normes qui sont extraordinaires et dérogoires opérant là encore une mutation. En effet, les juristes pénalistes assistent impuissants à un déballage de lois consacrant la notion même d' « ennemi » alors même que les droits de la défense n'ont jamais autant eu le vent en poupe²⁹. La loi portant répression du terrorisme est une norme dérogoire du droit

²⁶ Les deux missions principales de la doctrine sont : la critique de la jurisprudence et la critique de la loi. G. Cornu, *Droit civil : Introduction au droit*, Paris, 13^e édition, Montchrestien, 2007, p. 240.

²⁷ Le lien entre protection des droits fondamentaux et lutte contre le terrorisme a été souligné dans plusieurs résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies (AGNU) intitulées « Droits de l'homme et terrorisme ». Il s'agit des résolutions suivantes : la résolution A/52/133 du 12 décembre 1997, la résolution A/54/164 du 17 décembre 1999 et la résolution A/56/160 du 19 décembre 2001. L'Assemblée y qualifie « les actes, méthodes et pratiques du terrorisme » d'« activités qui visent l'anéantissement des droits de l'homme, des libertés fondamentales et de la démocratie », en réaffirmant que les États sont tenus de défendre et de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales et l'exercice effectif de ces droits et libertés. Dans cette optique, l'Assemblée invite « les États à prendre toutes les mesures efficaces voulues, conformément aux dispositions pertinentes du droit international, y compris les normes internationales relatives aux droits de l'homme, pour empêcher, combattre et éliminer le terrorisme sous toutes ses formes et manifestations, où qu'il se produise et quels qu'en soient les auteurs ». Ainsi, l'Assemblée pose comme principe cardinal, la primauté du droit dans la recherche de réponses aux actes de terrorisme. Ces informations ont été extraites de K. C. Katouya, op. cit., p. 109. Lire sur la question : E. Robert, *L'Etat de droit et la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne Mesures européennes de lutte contre le terrorisme suite aux attentats du 11 septembre 2001*, thèse, Université de Lille Nord de France, 2012, 363 pages.

²⁸ L'article de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit deux motifs de dérogation : « la guerre ou le « danger public menaçant la vie de la Nation ». Pour ces motifs, on peut dans un Etat de droit mettre entre parenthèse, le respect des droits de l'homme.

²⁹ La pensée de Carl Schmitt a été reprise par Stéphane Aubert, in « L'ennemi dans le Livre IV du Code pénal français : approches comparées », *Revue électronique de l'AIDP*, 2012, A-02:2.

commun ou extraordinaire. Mais elle coexiste avec le droit commun. Selon Schmitt, *la loi anti-terroriste est une loi extraordinaire coexistant avec le droit commun dans un Etat de droit*.

Une autre thèse est défendue par un contemporain. C'est le Professeur allemand : Gunther Jakobs. Pour lui, il est nécessaire que le droit pénal de l'ennemi soit efficace dans un Etat de droit, pour prendre le relai du droit commun en cas de défaillance, selon des considérations non raciales ou ethniques, mais bien au regard de considérations fonctionnelles pour défendre ce qu'il nomme « la sécurité cognitive »³⁰. Il observe à côté du droit pénal de l'ami³¹, un droit pénal de l'ennemi³² faisant office de relai. Il y a ainsi dans un Etat de droit, deux droits parallèles : un droit pénal du délinquant pour les situations ordinaires d'une part et un droit pénal de l'ennemi pour les situations extraordinaires d'autre part³³. On pourrait affirmer la thèse du relai au sein de l'Etat de droit. Selon Gunther Jakobs, *la loi anti-terroriste est une loi extraordinaire relayant le droit commun dans un Etat de droit*. Quant à la thèse de la substitution, elle est défendue par Clausewitz. Il va distinguer deux moments : celui du politique où il cesse d'y avoir des ennemis pour laisser place à des délinquants, maquillant un pouvoir de guerre en un pouvoir punitif ; et le moment belliciste qui ne connaît que des ennemis³⁴. De la sorte, la découverte d'un ennemi au sein de l'Etat fonde le passage de l'Etat de droit à un Etat absolu. La loi portant répression du terrorisme devient un outil hors contrôle, pourvu qu'elle permette l'élimination de l'ennemi. En un mot, tous les moyens sont bons, pourvu qu'ils participent à l'élimination de l'ennemi et l'Etat n'a pas de compte à rendre. D'après Clausewitz, *la loi anti-terroriste est une loi qui substitue le droit commun et fonde le passage à l'Etat absolu*.

La loi portant répression des actes terroristes au Cameroun le 23 décembre 2014 n'est pas étrangère à cette controverse. Il convient de rechercher et d'apprécier l'idéologie structurant cette loi au regard de la doctrine en la matière. Pour ce faire, la question suivante semble apodictique : *la loi pénale portant répression des actes terroristes au Cameroun constitue-t-elle une avancée ou une reculade dans la construction d'un droit pénal antiterroriste ?*

A l'observation des lois pénales contre le terrorisme, certains y verront une avancée. La raison serait dans la reconnaissance des droits de la défense et l'application des textes de droit commun au terroriste. Pour d'autres, c'est une reculade du fait de la

³⁰ La pensée de Gunther Jakobs a été reprise par Stéphane Aubert, in « L'ennemi dans le Livre IV du Code pénal français : approches comparées », *Revue électronique de l'AIDP*, 2012, A-02:2.

³¹ Le droit pénal de l'ami demande un pouvoir limité.

³² Le droit pénal de l'ennemi demande un pouvoir illimité.

³³ Gunther Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *R.S.C.* 2007, pp. 7 et ss.

³⁴ La pensée de Clausewitz a été reprise par Stéphane Aubert, in « L'ennemi dans le Livre IV du Code pénal français : approches comparées », *Revue électronique de l'AIDP*, 2012, A-02:2.

militarisation procédurale et de la forte propension à la peine de mort. Une autre opinion pourrait soutenir la spécificité camerounaise. Elle consiste à combiner les normes de droit commun et les normes d'exception pour répondre aux actes terroristes. N'en déplaisent à ceux qui partagent ces thèses, si l'analyse plaide pour une confusion de genre dans la réponse pénale camerounaise au terrorisme. La méthode pour démontrer une telle posture exige de mobiliser les éléments légaux et de les confronter avec un modèle jugé cohérent dans la théorisation du terrorisme. Le but est de trahir la conception d'un droit pénal anti-terroriste d'une part et de suggérer une alternative d'autre part. Si théoriquement l'Etat absolu est admis comme fondement du droit pénal terroriste, pratiquement l'analyse lui donne un contenu moins absolutiste, mais plus pragmatiste³⁵. Il en découle un réajustement de la politique criminelle³⁶ du Cameroun, limitée à la politique pénale pour la présente analyse. En guise d'illustration de l'hypothèse retenue, il semble que la confusion s'observe non seulement dans la catégorisation du terrorisme (I), mais aussi dans la répression (II) contre ce phénomène.

I - UNE LOI CONFUSE DANS LA CATEGORISATION DU TERRORISME

Une loi est confuse, lorsqu'elle opère un mélange de genre ayant pour conséquence un manque d'intelligibilité³⁷. La loi camerounaise du 23 décembre 2014 fonde cette impression au terme d'une lecture transversale. Pour vérifier l'intuition, l'analyse du terrorisme sous l'angle du Droit pénal³⁸, commande de s'appuyer sur certains aspects. Les développements se limiteront à l'identification de l'infacteur encore appelé terroriste (A) et l'infraction assimilée à l'acte terroriste (B).

A - LE TERRORISTE : DELINQUANT DE DROIT COMMUN OU ENNEMI DE L'ETAT ?

A l'observation du contenu de la loi camerounaise sur la répression des actes terroristes, il ressort une confusion sur la nature du terroriste (1). La levée de cette équivoque permet d'identifier le terroriste comme un ennemi de l'Etat (2).

³⁵ E. G. Zaffaroni, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquant », *R. S. C.*, 2009, p. 43 et s.

³⁶ M. Delmas Marty, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Paris, Economica, 1982. ; *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, Thémis Droit privé, 1992. ; C. Lazerges, *Introduction à la politique criminelle*, Paris, L'Harmattan, coll. « Traité des sciences criminelles », 2000.

³⁷ Lire sur la question : A. AkamAkam, « Libres propos sur l'adage : Nul n'est censé ignorer la loi », *R. A. S. J.*, n° 4, Vol 7, 2007, pp. 31-54.; T. Piazzon, *La sécurité juridique*, Paris, Defrenois, 2009, 627 pages.

³⁸ La majuscule du terme « Droit pénal » est ici entendu au sens le plus large, couvrant non seulement le droit de fond (droit pénal général des éléments constitutifs de l'infraction, de la responsabilité et des peines et droit pénal spécial naturel des personnes et des biens), mais aussi l'organisation pénale en matière de police et de juridictions, mais encore la procédure pénale, de la constatation des faits au jugement et aux voies de recours. Voir, J. Cédras, *Le droit pénal américain*, Paris, PUF, Collection « Que sais-je ? », 1997, p. 3.

1 - La confusion du législateur camerounais sur la nature du terroriste

Qu'est-ce qu'un terroriste ? S'agit-il d'un délinquant de droit commun ou d'un ennemi de l'Etat ? Une lecture des dispositions de la loi du 23 décembre 2014 portant répression des actes terroristes ne donne pas une réponse précise. En effet, un terroriste est une personne qui pose des actes de terrorisme. Le terme « personne³⁹ » est indiqué ; parce que le terroriste peut être une personne physique ou une personne morale⁴⁰. Une telle réponse est partiellement satisfaisante. La raison est qu'elle ne fixe pas sur la nature du terroriste. La détermination de la nature du terroriste permettra de connaître le régime juridique y afférent. A défaut d'une définition claire, facilitant la détermination de la nature du terroriste, il est possible de partir des éléments légaux pour effectuer une option.

A l'observation de la loi, le terroriste serait un délinquant de droit commun au regard des textes qui lui sont applicables. Il en est ainsi du code pénal⁴¹ et du Code procédure pénale⁴². En se basant sur le code pénal, il ressort que la légalité criminelle sur la détermination de l'incrimination et de la sanction du terroriste est ordinaire. Les peines à terme et la peine de mort sont prévues par le code pénal⁴³ pour le délinquant de droit commun comme pour le terroriste. Il bénéficie même des circonstances atténuantes⁴⁴. Au plan procédural, la loi de 2014 aménage un délai dit raisonnable pour garder les terroristes à vue⁴⁵. Et le silence sur la détention provisoire permet de se

³⁹ Lire sur la question : J. Carbonnier, *Droit civil : les personnes*, Paris, PUF, Collection Thémis, 2000, 425 pages. ; B. Teyssié, *Droit civil : les personnes*, Paris, 11^e édition, Litec, 2010, 441 pages.

⁴⁰ Article 6 : Responsabilité pénale des personnes morales « (1) Pour l'application de la présente loi, une personne morale peut être déclarée pénalement responsable. (2) Lorsqu'une personne morale est déclarée pénalement responsable des actes de terrorisme, la peine est une amende dont le minimum est de cinquante millions (50. 000. 000) francs CFA. ».

⁴¹ Lois n° s 65/LF/24 du 12 Nov. 1965 et 67/LF/1 du 12 Juin 1967 et toutes leurs modifications subséquentes notamment les lois n° s 90/061 du 19 Déc. 1990, 91/007 du 30 Juillet 1991, 93/013 du 22 Déc 1993 et 97/009 du 10 Janvier 1997. Décret n° 66/DF/157 du 12 Avril 1966 fixant la date d'entrée en vigueur de la loi n° 65/LF/24 du 12 Nov. 1965 portant institution d'un Code pénal.

⁴² Loi n° 2005/007 du 27 juillet 2005 portant institution d'un Code de procédure pénale.

⁴³ Article 18 du code pénal : « Les peines principales sont : la peine de mort, l'emprisonnement (...) ».

⁴⁴ L'article 90 du code pénal évoque « Les circonstances atténuantes ». De même, l'Article 13 de la loi du 23 décembre 2014 prévoit « Circonstances atténuantes ». Il dispose : « Pour l'application de la présente loi, et en cas d'admission des circonstances atténuantes : (1) la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure à dix (10) ans ; (2) la peine d'amende ne peut être inférieure à vingt millions (20. 000. 000) de francs CFA ; (3) dans tous les cas, le sursis ne peut être accordé. ».

⁴⁵ Articles 11 : Garde à vue « Pour l'application de la présente loi, le délai de la garde à vue est de quinze (15 jours), renouvelable sur autorisation du Commissaire du Gouvernement ».

référer au code de procédure pénale⁴⁶. Le terroriste bénéficierait même des droits de la défense⁴⁷ prévus par le code de procédure pénale. Toute chose que rapproche le terroriste du délinquant de droit commun.

En même temps, il convient de constater un corpus de règles fondateur d'un Droit pénal d'exception dans la loi du 23 décembre 2014. Ce sont des dispositions dérogoatoires du droit commun en matière pénale. Dans le volet procédural, il convient d'évoquer la saisine du tribunal militaire par un ordre de mise en jugement direct du Commissaire du Gouvernement⁴⁸. Le sursis n'est pas accordé⁴⁹. Et l'action publique et les peines sont imprescriptibles⁵⁰. Ces dispositions sont totalement distinctes de celles du code de procédure pénale sur les mêmes questions. En fait, dans le code de procédure pénale, le délinquant est jugé par un tribunal de droit commun⁵¹ et l'action publique est conduite par le Ministère public⁵². Le délinquant bénéficie éventuellement des sursis⁵³, ainsi que de la prescription de l'action publique⁵⁴ et des peines. L'éviction de ces mesures, en présence d'un terroriste, amène à ne plus y voir un délinquant de droit commun ; mais un ennemi de l'Etat. Cette militarisation⁵⁵ de la procédure pénale permet de donner une autre consonance à la peine de mort appliquée

⁴⁶ Article 1^{er} : Objet et champ d'application « (1) La présente loi porte répression des actes de terrorisme. (2) Le Code pénal, le Code de procédure pénale et le Code de justice militaire demeure applicable dans leurs dispositions non contraires à la présente loi ».

⁴⁷ Lire sur la question : F. Mélin-Soucramanien, « Le principe de la garantie des droits de la défense : le point de vue du constitutionnaliste », in F. Hourquebie et V. Peltier, (dir.), *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, Paris, Edition Cujas, Actes du colloque, Novembre 2012, pp, 69-77., Y. Capdepon, « Le principe de la garantie des droits de la défense : le point de vue du pénaliste », in F. Hourquebie et V. Peltier, op. cit., p. 79-88.

⁴⁸ Article 12 : Saisine de la juridiction compétente « Pour l'application de la présente loi, le Tribunal militaire est saisi par ordre de mise en jugement direct du Commissaire du Gouvernement ».

⁴⁹ Article 13 : Circonstances atténuantes « (...) (3) dans tous les cas, le sursis ne peut être accordé ».

⁵⁰ Article 15 : Imprescriptibilité de l'action publique et des peines : « Pour l'application de la présente loi, l'action publique et les peines prononcées par les juridictions compétentes sont imprescriptibles ».

⁵¹ Article 288 du code de procédure pénale : « (2) dans le présent code, constituent des juridictions de jugement de droit commun : a) le Tribunal de Première Instance ; b) le Tribunal de Grande Instance ; c) la Cour d'Appel ; d) la Cour suprême. »

⁵² Article 60 du code de procédure pénale : « L'action publique est mise en mouvement et exercée par le Ministère public ». Et le ministère public devant les juridictions de droit commun au Cameroun se compose : du Procureur de la République devant les Tribunaux de première et Grande instance ; et le Procureur général devant les Cours d'Appel et Suprême.

⁵³ Le code pénal en son 54 prévoit le sursis simple et article 55 le sursis avec probation.

⁵⁴ La prescription est l'extinction de l'action publique résultant du non-exercice de celle-ci avant l'expiration du délai prévu pour agir (article 65 (1) du code de procédure pénale). La prescription de l'action publique est d'ordre public (article 69 (1) du code de procédure pénale).

⁵⁵ Article 12 : Saisine de la juridiction compétente « Pour l'application de la présente loi, le Tribunal militaire est saisi (...) ».

au terroriste. Elle n'est plus une sanction de droit commun, mais un moyen d'éliminer un ennemi de l'Etat.

A l'analyse de la loi du 23 décembre 2014, le terroriste n'est ni un délinquant, ni un ennemi de l'Etat. Ce qui, à la vérité, crée une confusion dans sa qualification. La présente analyse ne s'inscrit pas dans cette confusion et prend position. Elle postule le terroriste comme un ennemi de l'Etat.

2 - Le terroriste comme un ennemi de l'Etat

Lever l'équivoque sur la nature du terroriste, entre délinquant et ennemi, commande de préciser la distinction ontologique et terminologique de ces concepts. Il s'agit en général de la question sur le visage du criminel. Ce dernier peut être soit un délinquant, soit un ennemi. Si le délinquant est la figure la plus en vue, l'ennemi aussi a toujours existé. Le délinquant⁵⁶ désigne le criminel, qui viole la loi dans l'Etat de droit⁵⁷. L'application de la sanction pénale à son encontre est fondée sur le mauvais usage de la liberté ou l'inconscience. Si possible, la resocialisation peut être une finalité de sa sanction. Le juge lui appliquera en conséquence une peine ou une mesure de sûreté pour le récupérer. La doctrine dans cette optique a trouvé une métaphore suffisamment expressive : « le droit pénal de l'ami » pour exprimer l'opposé du « droit pénal de l'ennemi ». En clair, le délinquant porte atteinte à certaines valeurs que l'Etat protège, sans remettre en cause l'Etat lui-même. En image, le délinquant détruit les biens d'une personne, sans détruire la personne elle-même. A l'inverse, l'ennemi renvoie au criminel, qui viole la loi dans l'Etat absolu⁵⁸. C'est un criminel lucide, qui fait certes un mauvais usage de la liberté, mais y ajoute la volonté détruire l'Etat. L'ennemi s'attaque à l'idéologie de l'Etat, à son identité et donc à la vision sociétale de l'Etat. Et c'est à juste titre que l'Etat se sentant menacé, riposte par la

⁵⁶ E. R. Zaffaroni, « Dans un Etat de droit, il n'y a que des délinquants », RSC, 2009, p. 43 et s.

⁵⁷ En France comme en Allemagne, l'Etat de droit est conçu comme un type particulier d'Etat, soumis à un « régime de droit » : dans un tel Etat, le pouvoir ne peut user que de moyens autorisés par l'ordre juridique en vigueur, tandis que les individus disposent de voies de recours juridictionnelles contre les abus qu'il est susceptible de commettre. Au cœur de la théorie de l'Etat de droit, il y a donc le principe selon lequel les divers organes de l'Etat ne peuvent agir qu'en vertu d'une habilitation juridique : tout usage de la force matérielle doit être fondé sur une norme juridique. (...) les organes de l'Etat sont ainsi tenus au respect de normes juridiques supérieures. La théorie de l'Etat de droit postule la soumission de l'administration au droit. Et cette soumission doit être garantie par l'existence d'un contrôle juridictionnel exercé, soit par le juge ordinaire, soit par des tribunaux spéciaux. L'intervention du juge constitutionnel apparaît indispensable pour faire respecter cette primauté. L'Etat de droit contraste avec la Rule of law britannique fondée sur le souci de protection des droits et libertés individuelles ; et la *due process of law* aux Etats-Unis qui suppose imposer aux autorités une manière d'agir (*procedural due process*) et un certain contenu au droit applicable (substantive due process). Cf. J. Chevallier, *La théorie de l'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, 5^e édition, 2010, pp. 14-15.

⁵⁸ Lire sur la question : J. Gunther, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », RSC, 2009, p. 7 et s.

logique de guerre. L'Etat veut survivre face à un ennemi qui veut saper ses fondements. Il mettra en place un droit pénal dit de « l'ennemi ».

Au regard de ce qui précède, il apparaît que le terroriste soit proche du visage de l'ennemi que de celui du délinquant. Le fait pour le législateur d'entretenir un flou entre les deux visages peut être vu par certains comme une originalité camerounaise. Toutefois, le législateur camerounais n'a pas la paternité de la réponse terroriste. Criminel idéologique, avec l'ambition d'attenter aux fondements idéologiques de l'Etat, *le terroriste se pose en réalité comme un ennemi de l'Etat*. Aussi, l'ennemi est défini comme celui qui n'offre aucune garantie quant à sa conduite future ; il veut détruire l'ordre juridique et il vit dans un état de guerre permanent⁵⁹. C'est une définition compréhensible dans la mesure où pour une certaine doctrine le droit et l'Etat font un. C'est la doctrine de l'assimilation entre l'ordre juridique et l'Etat. Elle est défendue par Kelsen. Pour ce dernier, il y a identité entre l'État et l'ordre juridique. Il n'y a pas l'État d'un côté et son ordre juridique de l'autre, comme le concevaient la plupart des auteurs de son temps. L'État *est* ordre juridique⁶⁰. L'important dans la présente analyse n'est pas ce débat sur l'ordre juridique⁶¹ ; mais la vision permettant d'établir une analogie entre l'Etat et le droit. La présence d'un ennemi au sein de l'Etat justifie la mise en place d'un régime juridique dérogatoire du droit commun. Il est question du droit pénal de l'ennemi⁶². En clair, il est question d'écarter toutes dispositions de nature à mettre en difficulté l'Etat dans la recherche de l'ennemi

⁵⁹ C. Lazerges, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle », RSC, 2016, p. 649.

⁶⁰ V. Carré de Malberg qui recherchant le fondement et l'étendue de la puissance de l'État suppose l'existence de l'État d'abord, à qui advient, ensuite, une certaine puissance, v. *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, reprise CNRS, 1962, t. 1, p. 194-195. Pour d'autres exemples, v. J. Chevallier, « L'ordre juridique », *op. cit.*, p. 40-41.

⁶¹ C. Leben, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », Cairn info, p. 19-40.

⁶² Théorisé par G. Jakobs (G. Jakobs, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *Rev. sc. crim.* 1/2009, dossier « Droit pénal de l'ennemi - Droit pénal de l'inhumain », pp. 7-18.), le droit pénal de l'ennemi, qui s'inscrit dans la tradition initiée par Von Liszt et intègre des conceptions du droit de punir que ne renierait pas Carl Schmitt (J. Walther, « Figures et normalisation de l'exception en droit pénal français », Actes des Journées de droit pénal comparé franco-allemand, *L'exception*, Lyon, 2015, à paraître à la SLC.), consistait à l'origine, à relever l'existence d'incriminations qui anticipent la répression sur l'*iter criminis* en considération de la dangerosité sociale présumée d'un auteur, qui se comportant en citoyen déloyal et se plaçant ainsi au ban de la communauté politique, serait privé de certains droits que seule l'allégeance citoyenne permet de réclamer. Plus précisément, l'auteur postule qu'il « est possible de proposer un critère de distinction : l'aspect personne fait un pas en arrière et l'aspect ennemi vient sur le devant de la scène, quand les droits de la personne sont réduits, parce qu'on ne peut plus attendre de la personne un comportement conforme à la loi dans l'avenir, et que ce comportement non conforme est quelque chose de durable. (...) La dangerosité de l'individu détenu prime sur tout, il est l'ennemi de la société, il n'est plus un citoyen libre, il n'est plus un citoyen qui a la pleine jouissance de tous ses droits » (G. Jakobs, *op. cit.*, pp. 12-13.).

terroriste. Sont visés les limites constituées par la garde à vue⁶³ et la détention provisoire⁶⁴, ainsi que des droits de la défense⁶⁵. L'Etat va même jusqu'à supprimer le caractère politique à l'infraction terroriste. C'est dans ce sens que Reynald Ottenhof y avait insisté : « *La politique criminelle en matière de lutte contre le terrorisme se trouve soumise aux aléas de la conjoncture politique, rendant par là même difficilement crédible, la volonté de soustraire la définition de l'infraction de terrorisme, comme son régime, aux analyses dégagées pour l'infraction politique*⁶⁶ ».

Le législateur camerounais devrait cesser d'entretenir une confusion sur la nature terroriste. Il n'est pas un délinquant, mais un ennemi de l'Etat. La confusion dans la loi camerounaise de 2014 est aussi observable par rapport à la nature de l'acte terroriste.

B - L'ACTE TERRORISTE : UNE INFRACTION NATIONALE OU INTERNATIONALE ?

Après scrutin de la loi camerounaise sur le terrorisme, il émerge une confusion sur la nature de l'acte terroriste (1). Celle-ci peut être canalisée dans l'idée de dualité de l'infraction terroriste (2).

⁶³ La loi du 23 décembre 2014 prévoit un délai de 15 jours renouvelables. Il demeure une imprécision sur le nombre de fois qu'on peut renouveler. Si l'on peut renouveler autant de fois que le Commissaire du Gouvernement en a besoin ; il ressort en fait que la garde à vue est à durée illimitée. Ce qui peut être justifié par la nature sui generis de l'infraction terroriste. Toutefois, si le renouvellement est limité, on peut y voir une incohérence par rapport à une procédure pénale assise sur un Etat absolu ou sans limite. Dans sa décision la plus récente sur le sujet, La Cour européenne des droits de l'homme a eu à statuer sur la dérogation appliquée par le Royaume-Uni à l'occasion de l'adoption de la loi antiterroriste de 2001. dérogeant au droit à la liberté et à la sûreté garanti par l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, cette loi autorisait le ministre de l'intérieur à placer en détention sans limitation de durée, ni comparution devant la justice les suspects de terrorisme de nationalité étrangère (C. Haguenau-Mbizard, « La législation sur l'état d'urgence - une perspective comparative », op. cit.).

⁶⁴ La détention provisoire est encadrée par les délais (article 221 du code de procédure pénale). Une telle mesure s'explique pour un délinquant ; car dans une procédure pénale ordinaire, la liberté est la règle et la détention l'exception. Cependant, on ne saurait en présence d'un ennemi, faire de la liberté la règle et la détention l'exception. Conformément au droit pénal de l'ennemi, la détention est la règle et la liberté l'exception. Sur cette base, on ne saurait aménager la détention provisoire pour un ennemi dans un Etat absolu.

⁶⁵ Dans l'ensemble des droits de la défense, on peut s'attarder sur la présomption d'innocence. Le prévenu-terroriste est-il présumé innocent ou présumé coupable ? Il semble que la présomption d'innocence qui structure l'Etat de droit et une procédure pénale ordinaire, ne saurait être évoquée en présence d'une procédure pénale contre l'ennemi de l'Etat. Le prévenu-terroriste doit être traité comme un présumé coupable.

⁶⁶ R. Ottenhof, « Le droit pénal français à l'épreuve du terrorisme », RSC 1987, n° 3, pp. 607-619.

1 - La confusion du législateur camerounais sur la nature de l'acte terroriste

L'acte terroriste constitue-t-il une infraction nationale ou internationale ? À l'observation de la loi du 23 décembre 2014 la réponse est confuse. L'idée peut être affirmée au regard des éléments qui témoignent non seulement du caractère national, mais du caractère international de l'infraction.

Par définition, une infraction est toute une action ou omission que la société interdit sous la menace d'une sanction pénale⁶⁷. Et une infraction nationale est celle qui est prévue et réprimée par un législateur étatique. La lecture de la loi camerounaise sur la répression du terrorisme persuade du caractère national de cette infraction. Sur le plan organique, l'auteur de la définition de l'acte terroriste est bien le législateur étatique. Il s'agit du Parlement qui a délibéré et adopté d'une part ; et du Président de la République qui a promulgué d'autre part. Toute la procédure d'adoption d'une loi nationale a été respectée⁶⁸. Ce qui conforte au plan formel, le caractère national de l'acte terroriste. Ce caractère ressort aussi au regard des règles de droit applicables. Ce sont exclusivement des textes camerounais. La loi énonce à cet effet : le code pénal, le code de procédure pénale et la présente loi. Dans la même dynamique, la juridiction compétente est territorialement nationale. Est visé, le tribunal militaire⁶⁹. En guise d'illustration, le tribunal militaire de Maroua au Cameroun a eu à se prononcer sur trois affaires relatives aux de terrorisme. La première affaire a pour référence : Tribunal militaire de Maroua, année 2016/jugement N° 136/16 du 18 octobre 2016/Affaire Ministère public C/Fati⁷⁰. La deuxième affaire a pour référence :

⁶⁷ J. Pradel, *Droit pénal général*, Paris, 18^e édition, Editions Cujas, 2010, p. 219.

⁶⁸ Loi N° 2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes de terrorisme
Le Parlement a délibéré et adopté, le Président de la République promulgue la Loi dont teneur suit :

⁶⁹ Article 12 : Saisine de la juridiction compétente « Pour l'application de la présente loi, le Tribunal militaire est saisi (...) ».

⁷⁰ En l'espèce le nommé Fati a été traduit devant le Tribunal de céans pour avoir, à Kolofata et dans ses environs, intimidé la population, provoqué une situation de terreur ou contraint le Gouvernement ou une organisation, à accomplir ou s'abstenir un acte quelconque, à adopter ou à renoncer à une position particulière ou à agir selon certains principes. Ces faits sont prévus et réprimés par les articles 74 du Code pénal et 2 alinéa 1-b de la loi N° 2014/018 du 23 Décembre 2014. Le représentant du Ministère public a exposé que l'accusé a été interpellé pour déclarations faites concernant les explosions des kamikazes dans la localité de Kolofata. L'accusé a annoncé l'explosion dans la ville ; qui s'est produite le jour indiqué. Elle avait fui le village le jour-j avant de réapparaître. Toutes les révélations, faites avant l'attentat, se sont avérées exactes ; toutes choses qui ont laissé croire qu'elle était en contact avec les membres de la secte Boko Haram. Pour sa défense, Fati a déclaré qu'elle est vendeuse de beignet à Kolofata ; et n'est pas adepte de Boko Haram. Son mari est nigérian et conducteur de camion. Et il aurait péri dans les explosions. Le tribunal a décidé qu'au regard de ce qui précède, il existe contre elle des preuves d'avoir perpétré les faits qualifiés d'actes de terrorisme conformément aux articles sus évoqués. Il déclare, par ces motifs, Fati coupable des faits d'actes de terrorisme ; la condamne à la peine de mort par fusillade sur la place publique.

Tribunal militaire de Maroua, année 2016/jugement N° 137/16 du 18 octobre 2016/Affaire Ministère public C/Mode Oumarou et Tidjani Yérïma⁷¹. Et la dernière affaire a pour référence : Tribunal militaire de Maroua, année 2017/jugement N° 016/17 du 13 février 2017/Affaire Ministère public C/ Abubakar Mussa Alias Dankaou⁷². Il ressort de ces trois décisions un souci de légalité et d'impartialité. Le

⁷¹ Dans le cas d'espèce, Mode Oumarou et Tidjani Yérïma sont poursuivis pour avoir intimidé la population, provoqué une situation de terreur ou contraint le Gouvernement ou une organisation, à accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, à adopter ou à renoncer à une position particulière. Pour Tidjani Yérïma seul, il lui est reproché d'être au Cameroun sans titre de séjour, ni passeport. Le représentant du Ministère public a exposé que le 05 juin 2015 à Afade, les éléments de l'infanterie motorisée ont procédé à l'arrestation des susnommés pour leur activisme. Tidjani Yérïma se faisait passer pour un fou et mendiant, achetait des vivres le soir pour la commande de la secte, qui l'attendait à la frontière à bord de leurs engins. Mode Oumarou, quant à lui hébergeait Tidjani et avait été dénoncé comme informateur. Les faits reprochés ont été consignés dans un procès-verbal d'enquête n° 14/2015 du 05 juin 2015 dressé par la Légion du Logone et Chari. Ce PV a été accepté par le tribunal comme pièce à conviction. Bien plus, les accusés ont été dénoncés par la population comme étant des informateurs de Boko Haram. Mode Oumarou se cache derrière la démeance pour rassembler les informations afin de les transmettre à Boko Haram, ainsi que les vivres. Pour leur défense, Mode Oumarou affirme être camerounais et possède sa carte nationale d'identité et son acte de naissance. Il a hébergé Tidjani Yérïma et sa mère pendant 15 jours et ne savait pas que ce dernier était adepte de Boko Haram. Quant à Tidjani Yérïma, il a déclaré qu'il n'est pas Boko Haram. Il mendiait avant de commencer à vendre les remèdes, qui lui servait juste à trouver de quoi se nourrir. Et il ne dispose d'aucune pièce de séjour sur le sol camerounais. Le conseil des accusés a plaidé de déclarer ses clients non coupables, faute de preuve pour établir leur culpabilité. Au regard de ce qui précède, le tribunal militaire de Maroua déclare qu'il existe contre eux des preuves d'avoir perpétré les faits qualifiés d'actes de terrorisme (article 74 du code pénal, et article 2 (1) b de la loi N° 2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes terroristes). Et Tidjani Yérïma, tout seul, est condamné pour avoir violé la loi de 97/12 du 10 janvier 1997 fixant les conditions d'entrée, de séjour et de sortie des étrangers au Cameroun. La sanction est la peine de mort par fusillade sur la place publique.

⁷² Dans les faits, Abubakar Musa alias Dan Kaou est traduit devant le tribunal militaire pour avoir intimidé la population, provoqué une situation de terreur ou contraint le Gouvernement ou une organisation, à accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte quelconque, à adopter ou à renoncer à une position particulière ou à agir selon certains principes ; d'avoir séjourné au Cameroun sans titre de séjour, ni passeport. Ce qui constitue une violation des article 74 du code pénal, et article 2 (1) b de la loi N° 2014/028 du 23 décembre 2014 portant répression des actes terroristes d'une part et l'article 40 de la loi N° 97/12 du 10 janvier 1997 fixant les conditions d'entrée, de séjour et de sortie des étrangers au Cameroun. Le représentant du Ministère public a exposé que le comité de vigilance a été informé de ce que Abubakar Musa alias Dan Kaou, sujet nigérian de Sokoto Haoussa, qui a été aperçu lors de la bataille de Bagaram, se balade au marché de bétail. Le Ministère public déclare qu'il aurait combattu aux côtés de la nébuleuse Boko Haram. Il s'est fait établir frauduleusement un laissez passer dont il se prévaut d'être en situation régulière. Pour sa défense, l'accusé a plaidé non coupable. Il reconnaît être nigérian, et s'est fait établir des papiers de séjour au Cameroun par son père. Il affirme qu'il n'est pas adepte de la secte islamique Boko Haram. Bien plus, les membres du comité vigilance n'ont pas dit de quelle manière il a commis les actes de terreur. En un mot, : « l'élément matériel fait défaut ». Concernant l'immigration irrégulière, l'accusé nigérian est au Cameroun parce qu'il fuit les actes de la secte Boko

tribunal militaire ne constitue pas une instance de culpabilisation absolue. En l'absence de preuves, il peut aussi élargir l'accusé en matière de terrorisme. De ce qui précède, il est logique de soutenir le caractère national de l'acte terroriste. Toutefois, la loi de 2014 revêt aussi des éléments témoignant de son caractère international.

Par définition, une infraction peut être internationale par l'appréciation de deux critères : formel et substantiel. Selon le critère formel, une infraction est internationale parce qu'elle est définie par le droit international coutumier ou par une convention internationale⁷³. Est aussi internationale, une infraction qui a un caractère d'extranéité. Elle met en connexion les systèmes juridiques de plusieurs Etats et rend nécessaire la coopération internationale⁷⁴. Selon le critère substantiel, une infraction est internationale parce que par nature, elle porte atteinte aux fondements de la société internationale⁷⁵. C'est le cas des crimes contre l'humanité⁷⁶. Sans prétendre à l'exhaustivité, la loi portant répression des actes terroristes au Cameroun présente un caractère international soit au regard de sa lettre ou de son esprit. A s'en tenir à la lettre de la loi, l'élément d'extranéité est indiqué concernant le financement du terrorisme⁷⁷, le recrutement et la formation⁷⁸. C'est reconnaître que l'acte terroriste de la loi de 2014 présente des liens avec d'autres systèmes juridiques. En outre, l'esprit de l'acte terroriste en fait une infraction internationale par sa nature. La raison est que

Haram. Il est de ce fait protégé par la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut du réfugié. Selon le tribunal, il ressort des débats que l'accusé a été interpellé au marché de Madaï. Il est sujet nigérian possédant une carte nationale d'identité, ainsi qu'une autorisation de circuler au Cameroun établi par les responsables de la FMO de la localité de Sangme. Les membres du comité de vigilance n'ont pas fait état de la manière dont il a commis les actes de terreur. Il echet de l'en déclarer non coupable. S'agissant de l'immigration clandestine, l'accusé n'a produit aucun titre de séjour sur le territoire camerounais. Le tribunal l'en a déclaré coupable. En répression, le tribunal le condamne à 500 000 francs d'amende.

⁷³ D. Rébut, *Droit pénal international*, Paris, 1^{ère} édition, Dalloz, 2012, p. 3.

⁷⁴ H. Donnedieu de Vabres, *Introduction à l'étude du droit pénal international*, Paris, Sirey, 1922, p. 6.

⁷⁵ D. Rébut, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁶ Le crime contre l'humanité porte atteinte à une valeur partagée par toute la communauté humaine. L'acte en cause suscite une réprobation qui va au-delà de l'Etat où il a été commis. On dit que l'acte a un caractère de gravité internationale. C'est ce qui traduit la solidarité des justices de tout pays contre ces infractions commises au préjudice de l'humanité. Lire sur la question : G. Ntono Tsimi, *Le paradigme du crime contre l'humanité et la renaissance du pluralisme juridique dans les droits pénaux africains : contribution à une théorie sur l'internormativité des systèmes pénaux en transition*, Thèse, Université de Yaoundé II, 2011-2012, 711 pages.

⁷⁷ Article 3 « 3) Le financement du terrorisme est constitué même si les biens sont collectés et les services offerts sur le territoire d'un autre Etat. »

⁷⁸ Article 5 : Recrutement et formation « (1) Est puni de la peine de mort, celui qui procède au recrutement et/ou à la formation des personnes en vue de leur participation aux actes de terrorisme quel que soit le lieu de commission. » et (3) « Est puni d'un emprisonnement de dix (10) à vingt (20) ans celui qui, volontairement, s'enrôle ou se forme dans un groupe terroriste à l'étranger, dans l'intention de commettre des actes de terrorisme sur le territoire national. »

la valeur attaquée est souvent considérée comme sacrée et protégée par l'humanité, à l'exclusion des terroristes. La plupart du temps, c'est la vie qui est attentée. La conséquence du caractère international de l'acte terroriste est qu'il est idoine d'y légiférer universellement à l'instar des crimes contre l'humanité. Mais l'écueil de la divergence internationale dans la définition et la codification du terrorisme⁷⁹. Toute chose, qui n'empêche pas les Etats de développer des mécanismes parallèles pour faciliter la coopération judiciaire ; d'où la maxime « *autdedere, autjudicare* ». Elle signifie qu'à défaut d'extrader, il faut juger.

Dans l'ensemble, l'acte terroriste de la loi de 2014 se caractérise par une confusion. Elle s'illustre par un mélange des tendances à l'internalisation et à l'internationalisation. Il semble préférable d'inscrire l'infraction terroriste dans une dualité.

2 - La dualité de l'infraction terroriste

La dualité de l'infraction terroriste renvoie à son aptitude à exister sous un double prisme : national et international. L'acte terroriste comme une infraction nationale correspond à une action ou une omission prévue et réprimée par la loi pénale d'un Etat. C'est une atteinte à l'ordre public interne d'un Etat. Ce dernier doit prendre les mesures nécessaires pour y mettre. A l'exclusion de la définition stricto sensu⁸⁰, la politique criminelle lato sensu⁸¹ amène le corps social à adopter les réponses au

⁷⁹ J. M. V. Nyirurugo, *La Cour pénale internationale et le terrorisme international : Le problème de compétence ratione materiae*, mémoire, Université Libre de Kigali, 2007, 46 pages.

⁸⁰ Au sens strict, la politique criminelle renvoie aux procédés répressifs de lutte contre le phénomène criminel. Selon Feuerbach, la politique criminelle désigne l'ensemble des procédés répressifs par lesquels l'Etat réagit contre le crime. Von Listz et Henri Donnedieu de Vabres abondent dans le même sens. Pour Listz, la politique criminelle s'occupe du criminel et exige une peine dont le mal empêche le criminel de commettre d'autres crimes. Donnedieu de Vabres voit dans la politique criminelle, le fait de réagir punitivement, répressivement, contre le crime.

⁸¹ Au sens large, la politique criminelle renvoie aux procédés mobilisés par le corps social pour réagir contre le phénomène criminel. Selon Christine Lazerges, « *la politique criminelle est, d'une part, une stratégie juridique et sociale, fondée sur des choix politiques pour répondre avec (ou non) pragmatisme aux problèmes posés par la prévention et la répression du phénomène criminel entendu largement, d'autre part, elle est une réflexion épistémologique sur le phénomène criminel, un décryptage du phénomène criminel et des moyens mis en œuvre pour lutter contre les comportements de déviance et ou de délinquance* » (C. Lazerges, *Introduction à la politique criminelle*, Paris, L'Harmattan, coll. « *Traité des sciences criminelles* », 2000., p. 9.). C'est une définition qui intègre les préoccupations de Marc Ancel. Ce dernier a souligné la nécessité d'inclure dans la politique criminelle « *à la fois les problèmes de prévention et le système de répression* ». Lazerges a le mérite d'insister sur la politique comme une stratégie juridique et sociale d'une part, et un choix dans la réponse au phénomène criminel d'autre part. Toutefois, son approche pose un problème de confusion avec la criminologie, car elle envisage le décryptage du phénomène criminel. Et Mireille Delmas Marty retiendra de la politique criminelle « *l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses*

phénomène criminel. Ces réponses peuvent consister en des stratégies juridiques et sociales pour lutter contre le phénomène criminel. Les stratégies juridiques consistent en l'utilisation de la loi pénale pour répondre au phénomène criminel. Il peut s'agir de la loi pénale ou la loi administrative. La combinaison des deux permet l'émergence des infractions administrativo-pénales. Julie Alix écrivait : « *la multiplication des dispositifs administratifs de lutte contre le terrorisme laisse présager le développement de présomptions tirées d'une préqualification terroriste émanant d'autorités extra-judiciaires*⁸² ».

En parallèle, les stratégies sociales correspondent aux moyens mobilisés par la société civile pour faire face au phénomène criminel. Il est question en l'occurrence : des groupes d'autodéfense et des comités de vigilance. Appliquée au Cameroun, la lecture du terrorisme comme une infraction nationale ne relève pas d'une vue de l'esprit. Le législateur vient d'adopter expressément une loi portant répression des actes terroristes. Le juge s'y appuie pour sanctionner les coupables d'actes qualifiés d'actes terroristes⁸³. Et la société civile n'est pas en reste. Les résultats des comités de vigilance dans la réaction contre la secte terroriste Boko Haram sont illustratifs⁸⁴.

au phénomène criminel » (M. Delmas Marty, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Paris, Economica, 1982, p. 12.).

⁸² J. Allix., *Terrorisme et droit pénal. Etude critique des incriminations terroristes*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2010, p. 194.

⁸³ En 2015, 89 membres présumés de Boko Haram ont été condamnés à mort par un tribunal militaire sur le fondement de cette loi. V. 74 Amnesty International, *Condamnations à mort et exécutions en 2015*, ACT 50/001/2016, p. 16, 6 avril 2016 (consulté le 6 juin 2016). Le correspondant de RFI au Cameroun, Ahmed Abba, a été condamné le 24 avril à dix ans de prison ferme pour « **NON-DENONCIATION D'ACTES DE TERRORISME ET BLANCHIMENT D'ACTES DE TERRORISME** », ainsi qu'à 85 000 euros d'amende par le tribunal militaire de Yaoundé.

⁸⁴ Dans la région Extrême Nord du Cameroun, frontalière du Nigeria et victime des attaques du groupe Boko Haram, les autorités locales et les habitants ont instaurés des comités œcuméniques de vigilance mêlant chrétiens et musulmans. Ceux-ci patrouillent dans les localités et les villages à la recherche des intrus et sifflent l'alerte en cas de risque global avéré. Leur tactique la plus innovante consiste à faire appel à leurs membres chrétiens pour protéger la mosquée lors de la prière du vendredi, et aux membres musulmans pour protéger les églises pendant la prière dominicale. Les comités de vigilance sont de plus en plus efficaces. En illustration, cinq kamikazes se sont explosés entre le 10 et le 13 mars 2016. Un double attentat a été perpétré dans la matinée du 13 mars 2016 dans la localité de Tolkomari, région du Mayo Sava. Selon les sources locales, les kamikazes – une femme et une jeune fille- se sont introduites à Tolkomari aux environs de 6h du matin. Mais elles ont été vite repérées par un membre d'un comité de vigilance local, MassabakAdji, qui a aussitôt sonné l'alerte au village. Aussitôt, c'était la débâcle, les populations cherchant à se mettre à l'abri pendant que d'autres membres du comité de vigilance, accourus sur les lieux, ont commencé à harceler les kamikazes. Au final, épuisées les kamikazes se sont dirigés vers deux maisons appartenant à MadiGali et Metchébe. Elles se sont faites exploser. Elles sont décédées sans faire de victimes. Le 10 mars 2016 un kamikaze refoulé vers le Nigeria par les membres du comité de vigilance, s'est fait exploser dans la rivière qui sépare les deux pays. On n'a déploré aucune perte en vie humaine en dehors du kamikaze (<http://www.camer.be/50470/11:1/cameroun-la-redoutable-efficacite-des-comites-de->

La justification des actes terroristes comme une infraction nationale n'interdit pas la reconnaissance de son envergure internationale. L'internationalité des actes terroristes est binaire. Elle repose sur la distinction entre une internationalité formelle et une internationalité substantielle. Par l'internationalité formelle, il faut entendre les aspects procéduraux qui amènent une infraction à franchir les frontières nationales. L'acte terroriste franchit les frontières nationales, lorsque par son *modus operandi* les protagonistes se situent au-delà des frontières d'un Etat. Il s'infère une connexion entre les systèmes de différents Etats. En guise d'illustration, les financements de la secte Boko Haram peuvent provenir d'un pays étranger pour financer le mouvement au Nigéria. Ce dernier va poser des actes au Cameroun. L'infraction est internationale par ce qu'elle met en rapport les systèmes juridiques du pays étranger, du Nigeria et du Cameroun. Et par l'internationalité substantielle, il convient d'admettre les aspects axiologiques, qui amènent une infraction à franchir les frontières nationales. Pourquoi un acte terroriste commis au Cameroun doit-il émouvoir et entraîner la mobilisation de la communauté internationale ? La réponse est dans la valeur détruite par l'acte terroriste. Si le terroriste veut détruire l'Etat pour y substituer son Etat ou sa vision de l'Etat, il doit instrumentaliser la vie des hommes. Cela suppose la destruction de l'humanité pour effectuer une revendication. Peu importe le nombre, car un attentat peut causer aujourd'hui la mort d'une personne et demain, la mort de cent ou plus. Et c'est à juste titre, qu'une doctrine plaide pour l'érection des actes terroristes comme des crimes contre l'humanité⁸⁵. Certes subjectivement, l'écueil d'une définition universelle du terrorisme demeure, mais objectivement rien ne s'oppose à qualifier les actes terroristes comme des crimes contre l'humanité.

En bref, le législateur camerounais entretient une confusion sur la nature nationale ou internationale de l'infraction terroriste. Il la nationalise par une loi à vocation interne, tout en associant une dimension internationale dans son *modus operandi*. Cette confusion n'interdit pas l'approche duale des actes terroristes.

En synthèse, la loi camerounaise portant répression des actes terroristes est source de confusion au regard de la nature du terroriste et des actes terroristes. L'idée de confusion observée dans la catégorisation est présente dans la répression du terrorisme.

II - UNE LOI CONFUSE DANS LA REPRESSION DU TERRORISME

La détermination des catégories pénales permet d'envisager le régime juridique applicable. Or la confusion, que la loi camerounaise sur le terrorisme entretient dans la catégorisation du terrorisme, a pour corollaire une répression confuse. Le flou dans le

[vigilance-anti-terroriste-cameroon.html](#)). La caractéristique des comités de vigilance est la collaboration avec les pouvoirs publics.

⁸⁵ J. M. Njirurugo, La Cour pénale et le terrorisme international : le problème de la compétence *rationae materiae*, mémoire, Université Libre de Kigali, Rwanda, 2006.

statut de la personne pénalement responsable (A) et l'ambiguïté des fonctions de la sanction pénale (B) en sont des illustrations.

A - LE FLOU DANS L'IDENTIFICATION DE LA PERSONNE PENALEMENT RESPONSABLE

La notion de « flou » est déjà utilisée par la doctrine (note). Toutefois, dans le cadre de cette analyse, le flou renvoie à la difficulté d'identifier une entité connue. Il peut se traduire par l'incohérence ou l'absence. Il s'en déduit l'incohérence sur le statut du complice (1) d'une part et l'absence du statut des exécutants (2) d'autre part.

1 - L'incohérence sur le statut du complice

Existe-t-il un nouveau statut du complice par rapport à l'auteur de l'infraction ? Telle est la question qui peut retenir l'attention du lecteur de la loi du 23 décembre 2014. La question a un ancrage dans le texte. Elle appartient à une phase importante dans l'étude du droit pénal : c'est la responsabilité pénale en général et la personne pénalement responsable en particulier.

Concernant le statut du complice par rapport à l'auteur de l'infraction, un flou apparaît au regard de l'approche et la proposition de la loi de 2014. En prolégomènes, l'auteur de l'infraction est la personne qui commet les faits incriminés⁸⁶. Mais une distinction existe entre : l'auteur matériel⁸⁷, l'auteur intellectuel⁸⁸, l'auteur indirect⁸⁹ et l'auteur médiat⁹⁰. Quant au complice, c'est la personne qui n'a pas commis l'infraction, mais qui a participé à la commission de celle-ci. Il existe plusieurs formes de complicité : la complicité par aide ou assistance, par abstention, par instigation et par fourniture d'instructions⁹¹. Outre ces définitions, ce qui importe au pénaliste concernant le statut de l'auteur et du complice ; c'est le traitement à eux réservé. En fait, l'auteur et le complice ont en commun la connaissance du projet criminel d'une part et la volonté de le réaliser d'autre part. L'élément intentionnel est ainsi partagé par les deux protagonistes. C'est sur cette base que se fonde l'emprunt de criminalité et le principe d'assimilation du complice à l'auteur⁹². Le droit pénal commun aménage parfois

⁸⁶ F. Desportes et F. Le Guehec, *Droit pénal général*, Paris, 10^e édition, Economica, 2003, p. 477.

⁸⁷ L'auteur matériel est celui qui commet lui-même l'acte incriminé.

⁸⁸ L'auteur intellectuel ou l'auteur moral désigne celui qui fait accomplir l'acte incriminé par un tiers.

⁸⁹ L'auteur indirect est la personne qui intervient en amont dans la chaîne de causalité ayant abouti au dommage. Ex : l'automobiliste qui gare sur le trottoir, obligeant un piéton à descendre sur la chaussée où il est renversé par un cyclomoteur ou le conducteur déséquilibrant un cyclomotoriste qui se fait écraser par le véhicule roulant à sa suite.

⁹⁰ L'auteur médiat, c'est la personne qui laisse commettre l'infraction, en raison d'une omission fautive, par une personne placée sous son autorité (qui serait l'auteur direct). Ex : celui qui confie sa voiture à un tiers n'ayant pas de permis de conduire et provoquant un accident.

⁹¹ Lire l'article 97 du code pénal et son commentaire.

⁹² F. Desportes et F. Le Guehec, *op. cit.*, p. 515.

l'atténuation de la responsabilité entre l'auteur et le complice⁹³. Il est difficile d'admettre que ce régime, applicable au délinquant de droit commun, soit plus souple à l'endroit de l'ennemi de l'Etat qu'est le terroriste. Si les hypothèses d'exemption de peines⁹⁴ peuvent être validées, il est illogique de reconnaître dans une entreprise terroriste, les autres privilèges attribuables à un complice. A l'instar du délinquant de droit commun, le complice-terroriste bénéficie d'une réduction de peines en cas d'interruption de l'infraction et ses effets⁹⁵. C'est accorder un effet à son repentir actif. Certes le repentir du complice-terroriste permet de préserver certaines valeurs ; toutefois l'interruption suppose que le passage à l'acte est déjà enclenché. Il convient d'admettre une option pragmatiste dans la récompense du complice-terroriste. Mais faut-il lui appliquer les règles relatives au délinquant de droit commun exposé seulement à l'emprisonnement ? Cette question illustre le flou de la loi de 2014. L'auteur est terroriste. Et le complice peut être traité mieux que le délinquant de droit commun, s'il y a eu interruption de l'infraction et ses effets. Son repentir est-il suffisant pour garantir qu'il ne récidivera pas ? Il émerge une incohérence sur le statut du complice. Il est plausible de traiter le complice comme l'auteur pour les besoins de dissuasion.

La seule hypothèse à retenir serait la dénonciation aux fins d'exemption. De la sorte, une personne informée de l'existence d'une entreprise criminelle ourdie par les terroristes aura un double sort. Le premier est le cas où elle ne collabore pas avec les forces de l'ordre. Elle peut rester silencieuse ou jouer le rôle à lui attribué dans

⁹³ Il arrive que l'auteur de l'infraction ne soit pas sanctionné comme le complice, à raison des circonstances personnelles (elles sont liées à la seule personne de l'auteur des faits, et qui ne sont pas applicables au complice. Dans ce sens, l'article 98 (2) Code Pénal dispose : « les circonstances personnelles d'où résultent exonération de responsabilité, exemption, atténuation ou aggravation de peine n'ont d'effet qu'à l'égard de l'auteur ou du complice en la personne de qui elles se rencontrent ». En guise d'illustration, la récidive légale ou l'excuse de minorité qui bénéficie à l'auteur de l'infraction ne s'étendent pas au complice) ou des circonstances réelles (Elles sont relatives à l'infraction elle-même, et s'appliquent seulement à l'auteur de l'infraction à l'exclusion du complice. Ce dernier est exonérer de la portion de la répression parce qu'il ne pouvait pas le prévoir. En plus, l'auteur de l'infraction avait un objectif personnel à réaliser, que le complice ne pouvait connaître. Il est logique qu'il ne réponde pas de cet acte, étranger au projet criminel. Ex : un complice procure le somnifère pour endormir le chauffeur d'une voiture. L'auteur du vol de la voiture décide de tuer le chauffeur avant de prendre la voiture, parce qu'il est son rival. Le complice sera puni pour vol de voiture et l'auteur pour meurtre).

⁹⁴ Articles 16 : Exemption « Est exempté de poursuite toute personne physique ou morale qui, s'étant concertée avec autrui pour commettre un acte de terrorisme et avant tout commencement d'exécution : (1) en donne connaissance à l'autorité administrative, judiciaire ou militaire ; (2) permet d'éviter par tous les moyens la réalisation de l'infraction ; (3) permet d'identifier ses coauteurs ou complices ».

⁹⁵ Article 7 : interruption de l'infraction ou de ses effets « (1) Est puni d'un emprisonnement de dix (10) à vingt (20) ans, celui qui, étant auteur ou complice d'un acte de terrorisme, permet d'interrompre la réalisation de l'infraction. (2) Est puni de la peine prévue à l'alinéa 1er ci-dessus, celui qui, étant auteur ou complice d'un acte de terrorisme, permet d'éviter que l'infraction n'entraîne la mort, des blessures ou des dommages matériels. ».

l'entreprise criminelle. Dans ce cas, elle est complice soit par action, soit par abstention. En conséquence, elle doit être sanctionnée au même titre que l'auteur de l'infraction. Le second cas est celui d'une personne informée d'une entreprise terroriste, et qui dénonce. Par l'acte de dénonciation, il apparaît une désolidarisation par rapport au projet criminelle d'une part et le choix de protéger l'Etat d'autre part. Un atout de dénoncer est la valorisation de l'anticipation dans le droit pénal terroriste. Avant que le projet terroriste ne soit déployé, les criminels vont être appréhendés et punis. C'est la protection de la société et de l'Etat par excellence. L'analyse suggère ainsi au législateur camerounais d'accorder l'exemption seulement au dénonciateur avant le passage à l'acte. Outre l'incohérence sur le statut du complice, la loi de 2014 portant répression des actes terroristes ne prévoit pas un statut de l'exécutant dans une entreprise terroriste.

2 - L'absence d'un statut de l'exécutant dans une entreprise terroriste

Toute personne jouant un rôle dans une entreprise terroriste est-elle responsable ? La loi camerounaise est claire pour l'auteur de l'acte terroriste. Pour ce qui est du rôle joué dans une entreprise terroriste et l'établissement de la responsabilité pénale, la loi du 23 décembre 2014 ne se prononce pas. Il apparaît un vide législatif. Il concerne les exécutants. Or le questionnement demeure : toute personne qui a joué un rôle dans une entreprise terroriste est-elle terroriste ? Les personnes mineures, les adultes contraints ou drogués qui accomplissent les actes terroristes sont-ils des terroristes ? Il semble que le vide laissé par le législateur entretient un flou dans le traitement de ces questions. Pourtant, il est classique que pour être pénalement responsable, il faut avoir voulu l'acte et ses conséquences. C'est la notion d'imputabilité⁹⁶. Cette exigence concerne l'auteur et les complices. Mais l'infraction terroriste fait apparaître une autre classe de protagoniste. Il s'agit des exécutants. C'est une notion qui n'est pas nouvelle en droit pénal. Dans le domaine du droit pénal international, la typologie des exécutants est bien connue. Ce sont les personnes, qui mettent en œuvre le plan concerté par les dirigeants. Et les illustrations abondent dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux⁹⁷. La loi camerounaise a passé sous silence ces intervenants dans l'entreprise terroriste. Pourtant leur sort commande une attention particulière selon la place qu'occupe leur adhésion ou non. Pour les exécutants qui adhèrent lucidement à l'entreprise terroriste, ils sont traités comme des auteurs ou les complices. La sanction pénale est en principe identique. A l'inverse, ils arrivent que certains exécutants soient victimes d'un contexte, les obligeant à agir. C'est le cas des mineurs et des adultes conditionnés, qui n'ont pas voulu l'acte terroriste qu'ils exécutent. Par conséquent, ils ne sauraient être responsables. Mais l'opérationnalisation d'une telle démarche suppose que le juge dispose de tous les

⁹⁶ Lire sur la question : P. Jourdain, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, thèse, dactyl., Paris II, 1982. ; G. Levasseur, « L'imputabilité en droit pénal », R.S.C., 1983, p. 1 et s.

⁹⁷ Lire sur la question : H. Ascencio, E. Decaux et A. Pellet, (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pédone, 2^e édition, 2012 ; D. Rebut, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2^e édition, 2012.

éléments d'appréciation. A défaut, la délicatesse de l'acte terroriste commande de renverser l'ordre des priorités. En effet, d'une présomption d'innocence⁹⁸ structurant la procédure pénale⁹⁹ d'un Etat de droit, *la réaction au terrorisme justifie une présomption de culpabilité organisant la procédure pénale dans un Etat absolu*. C'est dire que le doute ne profite plus à l'accusé. En tout état de cause, le législateur camerounais gagnerait à sortir du flou le régime des exécutants dans l'entreprise terroriste. Il pourrait admettre une distinction entre les exécutants-consentants et les exécutants-victimes. Les premiers doivent être sanctionnés, alors que les seconds doivent être élargis parce qu'irresponsables.

En résumé, le flou dans l'identification de la personne pénalement responsable prend à travers l'incohérence sur le statut du complice d'une part et l'absence du statut des exécutants d'autre part. Le législateur camerounais gagnerait à revoir la copie de son œuvre en intégrant ces propositions additives. Dans la même dynamique, la loi de 2014 entretient une ambiguïté dans les fonctions de la sanction pénale.

B - L'AMBIGUÏTE DANS LES FONCTIONS DE LA SANCTION PENALE

L'ambiguïté dans les fonctions de la sanction pénale correspond au constat de confusion observé dans les finalités structurant celles-ci. Sur cette base, la sanction pénale du terroriste dans la loi de 2014 au Cameroun développe une confusion entre l'élimination ou la resocialisation du terroriste (1). L'analyse suggère une autre démarche dans la sanction d'un terroriste (2).

⁹⁸ Lire sur la question : Essaid, *La présomption d'innocence*, these, Paris, 1969. Cl. Lombois, « La présomption d'innocence », *Pouvoirs*, n° 55, 1990, pp. 81-94. W. Jean Didier, « La présomption d'innocence ou le poids des mots », *R.S.C.*, 1991, p. 52 et sq. A. De Raulin, « La présomption d'innocence en droit interne et international : sur quelques évolutions récentes », in *La présomption d'innocence*, Revue de l'institut de criminologie de Paris, volume 4, 2003-2004, p. 109. S. Ngono, « La présomption d'innocence », *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, vol 2, N° 2, 2001, p. 152. C. Lazerges, « La présomption d'innocence en Europe », *Archives de politique criminelle*, Editions A. Pedone, 2004/1 n° 26, p. 129-130. ; L. C. Ambassa, « La présomption d'innocence en matière pénale », *Juridis Périodique*, n° 58, Avril-Mai-Juin, 2004, p. 43 et s ; H. M. Moneboulou Minkada, « La crise de la présomption d'innocence : regard croisé sur la procédure pénale camerounaise et de la Cour pénale internationale », *Juridical Tribune*, Volume 4, Issue 2, December 2014, pp. 68 – 102. ; M. S. J. MgbaNjié, « La présomption d'innocence à l'épreuve de la consécration de l'infraction d'enrichissement illicite (cas spécifique du Cameroun) », *MisionJuridica*, juin-décembre, 2015, pp. 29-47.

⁹⁹ La procédure pénale est la discipline orientée vers les enquêtes et la poursuite des infractions, le jugement et les voies de recours. Lire sur la question : J.PRADEL., *Procédure pénale*, Paris, 16^e éditions, Editions Cujas, 2011, p. 933 pages.

1 - L'élimination ou la resocialisation du terroriste ?

L'élimination est une finalité de la sanction pénale permettant d'obtenir la neutralisation du criminel. Il est possible d'éliminer soit à l'instant, soit pendant un temps. Éliminer à l'instant est possible par la mise à mort. C'est l'objectif poursuivi par la peine de mort¹⁰⁰. Éliminer pendant un temps est possible au moyen de la condamnation à perpétuité ou la condamnation à vie. Quant à la resocialisation, plusieurs termes sont mobilisés pour la désigner. Raymond Gassin cite parmi ceux-ci : «réadaptation sociale, reclassement social, réintégration dans la société, amendement, rééducation, insertion sociale, récupération (...), relèvement (...), redressement¹⁰¹». Étymologiquement, des nuances peuvent exister entre ces termes, à l'instar de «la réinsertion» et de «l'amendement». La réinsertion «a pour fin la resocialisation» du

¹⁰⁰ La peine de mort consiste dans la simple privation de la vie. Pendant des millénaires, le châtimement suprême a été la peine de mort. Elle est définie comme une sentence appliquée par le pouvoir judiciaire, consistant à retirer légalement la vie à une personne ayant été reconnue coupable d'un crime sous une qualification pénale passible de cette peine. Elle consiste à l'exclusion définitive de la société, d'individus reconnus incorrigibles et dangereux. Cette peine ne connaît pas une évolution identique. Elle se trouve abandonnée par les uns et maintenue par les autres. Pour le courant favorable à la peine de mort, Selon Platon celui que le législateur trouvera incurable s'expose à la peine de mort. Elle sanctionne donc, cette « méchanceté » suprême qu'est le refus de l'éducation, et l'amélioration qu'elle apporte. Pour Aristote, dans l'éthique à Nicolas, la punition est fonction de la personnalité. L'homme vertueux peut être remis sur le droit chemin, s'il s'en écarte ; les rebelles doivent être punis et châtiés ; et ceux qui sont « absolument incorrigibles », il faut les traiter comme les bêtes de somme. A Rome, Cicéron a énuméré les huit sortes des peines qui sont à la disposition des magistrats en charge de l'ordre public parmi lesquelles, la peine de mort. Enfin, nous avons le moyen âge et l'époque moderne : Gratien et Saint Thomas d'Aquin. La défense de la peine de mort se poursuit avec la doctrine des Lumières. Les auteurs comme Hobbes, Locke, Montesquieu et Rousseau fondent la peine de mort sur une certaine interprétation du contrat social. Pour le courant opposé, Il en est dans l'Antiquité avec la Bible, la pensée grecque et des Pères de l'Eglise. La Bible dans le Nouveau testament s'oppose à la peine de mort. Le message de Jésus Christ est une espèce de révolution. C'est ainsi que lorsque les scribes et les pharisiens amenèrent à Jésus une femme surprise en adultère, il leur dit : « Que celui d'entre vous qui n'a jamais péché lui jette la première pierre ». Ils se sont tous retirés. En outre dans la pensée grecque, Protagoras répudiait comme absurde le principe même de la vengeance car, expliquait-il, une fois que le crime a été commis, « on ne peut pas faire que ce qui a eu lieu n'ait pas eu lieu ». Platon s'opposa à la peine de mort, chaque fois qu'il était possible de guérir le délinquant en rééduquant sa volonté. Pour lui « nul n'est méchant volontairement ». Ce qui signifie que l'acte mauvais ne peut jamais résulter d'une volonté libre, mais seulement d'une sorte de maladie de l'âme. Quant aux Pères de l'Eglise, ils conservent une vision très négative de la justice humaine. Ils s'appuient sur certains versets bibliques. Le principe est donc clair : l'Eglise « ne veut pas la mort du pécheur », mais sa conversion ; et le « tu ne tueras point » du Décalogue s'adresse aussi aux juges. Même les tribunaux de l'Eglise n'avaient pas le droit de prononcer les peines de sang. On l'exprimait par l'adage : « *Ecclesia abhorret a sanguine* », « l'Eglise a horreur du sang ». Cf. H.M. Moneboulou Minkada, Le système pénitentiaire et la criminalité au Cameroun, thèse, Université de Yaoundé II, 2011, pp, 65-68.

¹⁰¹ GASSIN (R.), « Les fondements juridiques de la réinsertion des délinquants en droit positif français », in RSC, janvier-mars 1996, n° 1, p. 157.

condamné, “la transformation de ses réactions dangereuses pour l’ordre social en un comportement conforme aux exigences de la vie en communauté¹⁰².” La réinsertion est plus que l’amendement. Amender, “c’est retrancher, supprimer, atténuer. En l’occurrence, il s’agit simplement de dépénaliser le sujet, de faire du sujet délinquant d’hier, un non délinquant de demain, un être inoffensif qui ne violera plus les lois pénales et aura perdu sa dangerosité¹⁰³”. Resocialiser un délinquant, c’est “le réadapter positivement à la vie dans la société actuelle¹⁰⁴ et le faire adhérer à l’ordre établi¹⁰⁵”. Toutefois, dans la présente analyse, on va les considérer comme synonymes. Ainsi, par la resocialisation, les délinquants doivent être amenés “à respecter des données communes à tous les systèmes politico-sociaux¹⁰⁶”. Le terroriste doit-il être éliminer ou resocialiser ?

C’est une question qu’on peut se poser au regard des orientations de la sanction pénale dans la loi du 23 décembre 2014. La question est au cœur des fonctions de la sanction pénale. Qu’est-ce qu’on recherche, lorsqu’on administre une mesure au terroriste, au titre de la sanction pénale ? La loi de 2014 permet d’aboutir à une réponse ambiguë. En effet, un type de sanction conduit à l’élimination. C’est un mécanisme par lequel le délinquant est retranché de la société. Les modalités de ce mécanisme sont de deux ordres : la peine de mort¹⁰⁷ d’une part et la condamnation à perpétuité ou à vie d’autre part. Un autre type de sanction débouche à l’exigence de resocialisation. Il faut y voir un mécanisme permettant au délinquant de revenir dans la société après un séjour dans une maison d’arrêt ou un établissement pénitentiaire¹⁰⁸. Est visée, la privation de liberté à terme. En effet, toute politique pénitentiaire rationnelle et cohérente ne saurait éluder le problème du lendemain de la peine¹⁰⁹, autrement dit, la réinsertion sociale du délinquant¹¹⁰. Et la loi de 2014 active les deux mesures. Certaines dispositions font état de l’élimination et d’autres ouvrent la brèche de la resocialisation. L’élimination

¹⁰² VIENNE (R.), « Problèmes de reclassement », in *Esprit*, 1955, vol.23, n° 225, p. 612.

¹⁰³ MERLE (R.), *La pénitence et la peine*, Paris, Cerf-Cujas, 1985, p. 98.

¹⁰⁴ Thierry Lévy répond à cela qu’une partie au moins des délinquants sont les bons élèves de cette société actuelle : “Les qualités” qui (...) ont mis (le condamné) dans la situation d’enfreindre la loi sont, dans tous les cas d’atteinte à la propriété, précisément celles que la société contemporaine apprécie le plus : convoiter, consommer, s’enrichir pour dépenser, voilà le mot d’ordre. Il n’y a rien d’anormal, par conséquent, dans le comportement de celui qui a les désirs qu’on lui a enseignés et qui n’y met pas d’obstacle.” In *Le désir de punir, essai sur le privilège pénal*, Paris, Fayard, 1979, p. 178.

¹⁰⁵ MERLE (R.) et VITU (A.), op. cit., p. 93.

¹⁰⁶ CANNAT (P.), « Le sens actuel de la rééducation en milieu pénitentiaire », in *RPDP*, 1977, n° 2, p. 166.

¹⁰⁷ Lire sur cette question : C. Beccaria, *Traité des délits et des peines* (1764) d’après une traduction de l’italien par M. Chaillou de Lisy, bibliothécaire, et publiée à Paris en 1773, 137 pages ; J. Pradel, *Histoire des doctrines pénales*, Paris, PUF, 1^{ère} édition, 1989, 126 pages. ; J. M. Carbasse, *La peine de mort*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2002, 128 pages.

¹⁰⁸ H. M. Moneboulou Minkada, *Système pénitentiaire et criminalité au Cameroun*, thèse, Université de Yaoundé II, 2011, 579 pages.

¹⁰⁹ R. Schmelck et G. Picca, *Pénologie et droit pénitentiaire*, Paris, Cujas, 1967, p. 276.

¹¹⁰ A. Minkoa She, *Droits de l’homme et droit pénal au Cameroun*, Paris, Economica, Collection La vie du droit en Afrique, p. 202.

est une option conforme à l'approche du terroriste comme ennemi de l'Etat. Et la loi de 2014 reçoit cette option avec ses deux variantes. Sont visés : la condamnation à vie¹¹¹ et la peine de mort¹¹². En même temps, la resocialisation se pose comme alternative par la condamnation à terme¹¹³. Ce qui permet de soutenir le visage du terroriste comme délinquant de droit commun. Les deux options dans un même texte consolident l'idée de confusion par l'ambiguïté. Le constat de cette ambiguïté relance la question de la sanction idoine pour un terroriste.

2 - La sanction idoine pour un terroriste

L'ambiguïté est la partie visible de l'iceberg. En profondeur se pose le problème de la sanction idoine en présence d'un terroriste. Peut-on miser sur la peine de mort ? Faut-il le condamner à perpétuité ? Devrait-on donner une autre approche à la resocialisation ? Telles sont les options qu'il convient de décrypter. La première question procède d'un paradoxe.

Peut-on miser sur la peine de mort ? Comment miser sur la peine de mort contre les terroristes ; alors que les terroristes sont des individus dont la formation prédispose à la banalisation de la mort. Sur le plan de la politique criminelle utilitariste¹¹⁴, il peut

¹¹¹ L'article 2(3) « La peine est l'emprisonnement à vie lorsque les conséquences prévisibles des actes visés aux alinéas 1 et 2 ci-dessus sont la maladie d'animaux ou la destruction de plantes ».

¹¹² Les articles suivants de la loi de 2014 énoncent la peine de mort : articles 2, 3, 4 et 5.

¹¹³ Lorsqu'une personne est condamnée pour une durée limitée, au terme de celle-ci, il se pose la question de son retour dans la société. C'est à ce stade que se pose l'impératif de resocialisation. Les articles suivants de la loi de 2014 aménagent les condamnations à terme : articles 5 (3), 7 (1), 8 et 9.

¹¹⁴ On doit à Jeremy Bentham une politique criminelle utilitariste. Elle peut être abordée comme l'art de légiférer à partir de la peine. Ainsi, se basant sur le principe d'utilité, la peine doit être suffisante pour produire des effets de prévention spéciale (éviter la récidive de celui qui a été condamné) et surtout des effets de prévention générale (dissuader l'ensemble des citoyens de passer à l'acte). L'être humain ne connaît que plaisir et souffrance ; et c'est par là qu'on peut le gouverner. Pour y arriver, la peine est une force de direction opposée à celle qui pousse à passer à l'acte. Se fondant sur le principe d'économie, la meilleure peine est celle dont la valeur apparente est la plus importante et la valeur réelle la plus petite. La valeur réelle renvoie à la souffrance que le condamné endure réellement. Et la valeur apparente désigne la souffrance que les membres de la société s'imaginent que la personne condamnée endure. La politique criminelle utilitariste de Bentham se fonde sur l'« homo penalis ». C'est un individu capable de répondre de ses actes, capable de calculer jouissance et plaisir d'une part et souffrance d'autre part. Bentham se résume en observant que chacun d'entre nous est responsable et si nous commettons des infractions, nous sommes tous susceptibles d'être pénalisés. En faisant le calcul des gains et des revers du crime, le criminel en puissance pourra ou ne pourra pas passer à l'acte. Bentham parle de l'arithmétique pénale. Il revient au législateur d'adopter des lois dont les sanctions dissuaderaient le délinquant en puissance de passer à l'acte. Toutefois, on reproche à la politique criminelle utilitariste d'assimiler toute la société à des homo penalis. Or il existe des individus qui ne sont pas capables répondre de leurs actes. Il en est ainsi parce qu'ils ne sont pas libre, mais déterminés. Lombroso découvre le criminel-né ou homo criminalis. Et Prins

être inutile de recourir à la peine de mort contre des individus qui l'ont planifié comme risque de leur profession. C'est dire si la peine de mort peut être inefficace dans l'optique de dissuader les terroristes en puissance de passer à l'acte. Mais cela ne veut pas dire qu'elle n'est pas utile au titre d'une alternative faite de mieux.

Faut-il condamner les terroristes à perpétuité ? Certains répondraient par l'affirmative. Mais sous le prisme de l'analyse économique de la sanction pénale, la condamnation à vie des terroristes peut être ruineuse au regard des moyens et du résultat escompté. Concernant les moyens, l'Etat à l'obligation de payer le personnel qui garde le terroriste, il doit le nourrir, le soigner, le vêtir et le divertir en attendant le jour où il perdra la vie. En termes financiers, c'est de l'argent qu'il faut mobiliser. En contrepartie de cet investissement, le résultat est nul. Il consiste en l'élimination du terroriste à long terme. En fait, le terroriste en tant que criminel idéologique, a une conviction dont il n'est pas certain que la peur de la perpétuité fera changer.

Faut-il envisager une autre approche à la resocialisation ? Cette question pose le problème de la resocialisation du terroriste. En effet, le terroriste est un criminel idéologique. Il a en conséquence des convictions du fait de son endoctrinement. Pour le resocialiser, il faut parvenir à formater ces convictions ou le retourner contre son formateur. Cette proposition comporte aussi ses écueils. Il peut s'agir du nouvel environnement social du terroriste formaté. Va-t-il retrouver sa famille avec qui il aura perdu tout souvenir ? Sera-t-il un serviteur de l'Etat sans ancrage familial ? La difficulté à répondre aux présentes questions montre la nécessité d'approfondir la réflexion sur cette option. Retourner le terroriste contre son formateur est une meilleure option. Par l'intervention des psychologues, il peut être convaincu de l'intérêt à ne plus soutenir la cause du groupe terroriste. Il pourra conserver son lien familial, parce qu'il n'a pas été formaté psychologiquement. Servant l'Etat en permettant de venir à bout du groupe terroriste, il ne sera plus justifié de le sanctionner. Pour parvenir à ce dessein, il faudrait envisager non pas une peine, mais une mesure de sûreté à caractère thérapeutique. Devant le caractère hypothétique de la réussite de cette ambition, il semble indiquer d'aménager un processus. *La première démarche consiste à tenter de resocialiser le terroriste par une cure psychologique, faisant de lui un ami de l'Etat. En cas d'échec, le second moyen est l'élimination du terroriste, pris comme ennemi de l'Etat.*

CONCLUSION

En dernière analyse, l'étude a pour ambition de scruter librement la loi 23 décembre 2014 portant répression des actes terroristes au Cameroun. Se faisant, une exploration du visant que prend le droit pénal en matière de terrorisme s'est greffée. Il en est résulté la thématique suivante : « Le terrorisme au Cameroun : d'une loi confuse à

observe que ces homo criminalis ne sont pas manipulables par la loi pénale. Lire sur la question : G. Tusseau, Bosso-Rey, Malik (dir.), *Bentham juriste. L'utilitarisme juridique en question*, Paris, Economica, coll. Etudes juridiques, 2011, 353 pages.

l'émergence d'un droit pénal terroriste ». L'ambition s'est cristallisée autour de l'interrogation relative à l'appréciation de la loi entre avancée ou reculade en matière de répression des actes terroristes. La réponse que suggère l'étude est que la loi de 2014 ne constitue ni une avancée, ni une reculade, au regard de la doctrine systématisant la réaction contre le terrorisme. Il se dégage plutôt une confusion. Elle est perceptible dans la catégorisation d'une part et dans la répression d'autre part du terrorisme. La confusion dans la catégorisation du terrorisme se cristallise à l'observation du flou entretenu entre l'auteur et l'acte. S'agissant de l'auteur, une confusion est établie entre le délinquant et l'ennemi. L'analyse valide le terroriste comme un ennemi. Concernant l'acte, un flou demeure entre le caractère national ou international de l'infraction terroriste. Il s'avère que la réponse est dans la dualité de l'infraction terroriste. De même, une confusion est entretenue par le législateur dans la répression des actes terroristes. Elle prend corps au regard du flou dans le statut de la personne pénalement responsable et l'ambiguïté des fonctions de la sanction pénale. Pour ce qui est du statut de la personne pénalement responsable, une ambiguïté subsiste sur le traitement du complice plus sévère ou moins sévère par rapport au complice de droit commun. L'option est dans la sévérité. Un vide existe sur le statut de l'exécutant. L'étude en propose un. Quant à la sanction pénale, une impasse s'observe entre éliminer et resocialiser. Il semble qu'un effort de resocialisation est préalable et l'élimination intervient par défaut. Dans l'ensemble, la confusion qu'entretient le législateur pourrait constituer une originalité camerounaise pour certains. Mais il ne faudrait pas omettre aussi une naïveté législative. Le terroriste est un criminel particulier, érigé en ennemi de l'Etat. Et le droit pénal à lui appliqué doit être aussi particulier. L'analyse propose *in fine* la systématisation camerounaise d'un Droit pénal de l'ennemi. Il doit être logique, cohérent et traduire la contribution camerounaise dans la réponse au terrorisme, et non une confusion législative sous l'effet de la précipitation.

Pr. Hervé Magloire MONEBOULOU MINKADA

Agrégé des Facultés de Droit

Université de Douala (CAMEROUN)

Tél : 679783741

BP : 4982, moneboulou@yahoo.fr

LE NOUVEAU CADRE JURIDIQUE DU TRAITEMENT PENAL DE LA DELINQUANCE DES MINEURS AU BURKINA FASO.¹

INTRODUCTION

La délinquance des mineurs constitue l'une des meilleures illustrations des difficultés qu'éprouve le législateur contemporain à adapter le droit pénal aux personnes dont le discernement est inexistant ou incomplet. Si le droit civil a trouvé une solution à travers la représentation, le droit pénal peine à prendre en charge la responsabilité du mineur délinquant. Cela dérive d'un principe fondamental en droit pénal qui veut que nul n'est responsable pénalement que de son propre fait. Ainsi, si les parents ou les représentants légaux d'un mineur sont responsables civilement des actes posés par celui-ci, en matière pénale, ils ne sont pas responsables des infractions commises par le mineur dont ils ont la charge.

La deuxième difficulté se trouve au niveau du discernement, le droit pénal exige pour que la responsabilité soit retenue que l'auteur soit doté de discernement suffisant. Le mineur a-t-il le discernement nécessairement pour se voir appliquer une procédure pénale ? Cette question a préoccupé tous les législateurs qui essaient de trouver des réponses afin d'adapter le droit pénal à la spécificité du mineur.

Au Burkina Faso, le traitement de la délinquance des mineurs a connu trois étapes fondamentales. Avant la colonisation les conflits concernant les enfants étaient traités selon la tradition de chaque zone. L'enfant qui commettait une infraction aux us et coutumes était puni à travers ses représentants que sont son père ou ses oncles paternels. Etait enfant tout être humain non initié, l'âge n'avait aucune valeur. Le seuil de la responsabilité civile comme pénale était fixé à l'initiation. Dans les zones où il n'existait pas de rite initiatique, la responsabilité était fixée au mariage. C'est lorsqu'une personne était mariée qu'elle était considérée comme un adulte capable et responsable de ses actes.

A la colonisation, le sort du mineur a connu un double traitement. Un régime mixte de justice avait été instauré : une justice des indigènes et une justice moderne réservée aux colonisateurs et aux assimilés. Cette dernière était fondée sur les principes de justice pénale des mineurs issus de l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante².

¹ Le présent article est un remaniement profond d'un article déjà publié sous le titre : « La réforme du droit pénal des mineurs au Burkina Faso par la loi du 13 mai 2014 », *Revue CAMES/SJP*, n° 001/2016, p. 51-75.

² Il s'agit de l'**ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante (République française)**.

Au lendemain de son indépendance, le Burkina Faso, à l'instar des autres pays indépendants, a mis en place un arsenal juridique pour servir les institutions laissées par le colonisateur français. Ainsi, avant même l'adoption du code de procédure pénale applicable aux majeurs, intervenu en 1968, la loi n° 19-61-AN du 9 mai 1961 relative à l'enfance délinquante ou en danger³ a été adoptée.

Alors que l'ordonnance de 1945 sur laquelle le Burkina Faso a bâti son droit pénal des mineurs va être modifiée en France à plusieurs reprises⁴, ce n'est qu'en 2014 que le Burkina Faso procédera à la première réforme de son droit pénal des mineurs en vigueur depuis 1961. La loi n° 015-2014/AN portant protection de l'enfant en conflit avec la loi ou en danger est donc la première réforme majeure du droit pénal des mineurs au Burkina Faso.

Cette réforme intervient dans un contexte de changement de politique pénale envers la délinquance du mineur. Le Burkina Faso s'est engagé dans une voie de prise en compte de l'intérêt de l'enfant avec le projet d'un code de l'enfance, cette réforme est donc une ouverture vers l'adoption d'un tel code. La réforme de 2014 est également le résultat d'une mise en œuvre du Plan d'Action Sectoriel Triennal (PAST) 2012-2014 de la Politique Nationale de la Justice (PNJ) adoptée en 2010.

La loi de 1961 n'était plus très adaptée à la situation de l'enfant. Elle n'établissait pas de cadre juridique précis. En outre elle était désorganisée, de telle sorte que le non juriste s'y perdait. Les dispositions n'étaient pas rangées de façon logique et cohérente⁵, il y avait donc un besoin d'organiser le cadre pénal pour tenir compte de la fragilité du mineur. Enfin l'engagement international du Burkina Faso, notamment à travers la Convention des Nations Unies relative aux Droits de l'Enfant⁶, obligeait le pays à adopter un cadre juridique protecteur des intérêts de l'enfant.

Si cette réforme de 2014 tente de se rapprocher de la procédure pénale applicable au majeur, elle reste tout de même centrée sur la dimension éducative de la sanction pénale applicable aux mineurs. En effet, elle apporte un double effet au système pénal burkinabè. D'une part et compte tenu de la situation de l'enfant, elle l'exclut du champ du droit pénal général. D'autre part, elle vient rappeler que le système répressif n'est pas adapté à l'enfant ; celui-ci a besoin de mesures éducatives, quel que soit son âge.

³ Cette loi a été promulguée par le décret n° 194 PRES/LAN du 23 mai 1961.

⁴ Aujourd'hui cette ordonnance a été modifiée à 34 reprises en France.

⁵ La loi de 1961 était très brève avec seulement 31 articles. Si on la compare à la loi de 2014, qui comporte 130 articles, on peut conclure qu'elle était obsolète et ne cernait pas l'ensemble des questions relatives à l'enfance délinquante.

⁶ On peut citer quelques textes importants : les Règles de Beijing sur l'administration de la justice des mineurs (1985) ; la Charte africaine relative aux droits et à la protection de l'enfant en(1990) ; les Principes de Riyad sur la prévention de la délinquance juvénile (1990), les Règles de la Havane sur les mineurs privés de liberté (1990), la Convention de la Haye sur l'adoption internationale (1993).

Ainsi le mineur de moins de 13 ans bien que pénalement irresponsable peut faire l'objet de mesures, il en est de même pour les mineurs dépourvus de discernement⁷.

Dès l'entame le législateur burkinabè a affiché son intention de protéger l'enfant. Les terminologies utilisées annoncent la couleur. Par exemple le titre I qui était consacré en 1961 à « l'enfance délinquante » a été remplacé par « l'enfant en conflit avec la loi ». Il est clair que le terme délinquant est marquant et risque de maintenir certains enfants dans une considération négative. Ce texte peut être considéré comme le fondateur de la justice pénale applicable au mineur au Burkina Faso. Il apporte des innovations fondamentales, mais reste toutefois raisonnable pour ne pas compromettre les principes de base du droit pénal. De par cette loi, le Burkina Faso a réaffirmé sa politique criminelle en faveur d'un système mixte.

En effet, l'analyse des modèles judiciaires de traitement de la délinquance des mineurs, fait ressortir schématiquement trois modèles. Le premier modèle est de type pénal. Les législations de ces pays affirment clairement le principe de la responsabilité pénale des mineurs, avec l'application de peines, souvent identiques à celles encourues par les majeurs. C'est le système retenu par certains Etats aux Etats-Unis⁸. Le deuxième modèle est un modèle non pénal dit modèle de protection⁹. Dans ce système il est seulement fait application aux mineurs de mesures de protection et d'éducation, avec souvent des modalités d'évitement du procès pénal. On retrouve de tels modèles au Canada¹⁰, au Portugal¹¹ ou encore en Belgique¹². Le troisième modèle, est un modèle mixte, elle concilie système pénal et système de protection. C'est un système ambitieux qui embrasse des finalités diverses¹³. Il tente donc de faire cohabiter, répression, réparation¹⁴, éducation et protections des droits de l'enfant.

⁷ On peut affirmer que le droit pénal des mineurs est un droit de rééducation, de protection et de réinsertion sociale.

⁸ J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz 2008, 3^{ème} éd., n° 562, p. 589 ; cf. également P. Marcus, « The juvenile justice system in the United States », *RIDP* 2004 1/2, p. 535 et s.

⁹ Au Portugal par exemple, la vision protectionniste est clairement exprimée à travers les termes utilisés. Au lieu de « liberté surveillée », le législateur réformiste a institué « la liberté assistée ».

¹⁰ J. Pradel, *op. cit.*, p. 592. Pour le Canada une réforme de 2003 a opéré un léger glissement vers un modèle pénal, mais l'ossature générale du droit pénal des mineurs reste un régime de protection.

¹¹ A. Miranda Rodrigues, « La responsabilité des mineurs délinquants dans l'ordre juridique portugais », *RIDP* 2004 1/2, p. 461 et s.

¹² Th. Moreau, « La responsabilité pénale du mineur en droit belge », *RIDP* 2004 1/2, p. 151 et s. Comme au Canada, la Belgique tend vers une pénalisation du droit des mineurs délinquants, mais la philosophie générale reste attachée au système de protection.

¹³ C. Maes, « La justice juvénile dans le monde, ses systèmes, ses objectifs : les modèles », extrait d'une communication faite lors du séminaire de formation des magistrats en justice des mineurs, Ouagadougou 2004.

¹⁴ Avec la médiation pénale par exemple, sans passer par la phase du jugement, il peut être proposé à l'enfant qui a reconnu les faits, de réparer le dommage causé à la victime. Voir article 43 de la loi du 13 mai 2014.

C'est le système opté par le Burkina Faso et de nombreux pays africains¹⁵. En Europe ce système a cours en Espagne¹⁶, en Italie¹⁷, en Allemagne¹⁸ et en France¹⁹. Mais ces systèmes mixtes se « fissurent de toute part » et l'aspect protectionniste a tendance à s'effriter au profit de la répression²⁰.

Avant d'entamer le fond de cette étude, il convient de définir certains termes. La loi de 2014 n'a pas défini la délinquance. La délinquance dérive du latin *delinquentia*, qui signifie faute, délit, crime, péché. Partant de là, la délinquance est l'ensemble des crimes et délits considérés sur le plan social ; c'est l'ensemble **des comportements contraires aux intérêts de la société et interdits par la loi. Si on fait une comparaison entre la loi de 1961 et celle de 2014, on peut dire que la délinquance c'est le fait d'être en conflit avec la loi, le fait d'enfreindre la loi**²¹.

Le traitement désigne quant à lui, la prise en charge pénale du mineur. En matière pénale le terme renvoie aux règles et principes ainsi que les institutions destinées au traitement judiciaire de la délinquance du mineur. C'est l'ensemble des règles juridiques par lesquelles le législateur réagit vis-à-vis des infractions et des délinquants mineurs.

Quant au terme mineur, il est souvent désigné sous l'expression enfant ou jeune. Selon l'article 554 du code des personnes et de la famille burkinabè, c'est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a pas encore l'âge de vingt ans accomplis. Si on s'en tient à cette définition, la loi de 2014 s'appliquerait à toute personne de moins de 21 ans. Mais dans la présente étude le terme mineur va également désigner l'enfant. Nous nous alignons ainsi avec le champ d'application donné par l'article 1 de la loi. Selon cet article les dispositions de la loi s'appliquent à tout enfant, sans distinction aucune. L'article 2 définit l'enfant comme tout être humain âgé de moins de dix huit ans. Pour les besoins de cette étude les termes enfant et mineur seront utilisés de manière indifférente. Le mineur en matière pénale est donc la personne de moins de 18 ans.

¹⁵ Voir pour le système algérien, R. Zerguine, « Algérie / La responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international », *Revue internationale de droit pénal* 2004/1 (Vol. 75), pp. 103-119.

¹⁶ J.-L. de la Costa, « Le nouveau statut pénal du mineur en Espagne », *RPDP* 2003, p. 791 et s.

¹⁷ E. Zappala, « Les projets de réforme du procès pénal des mineurs en Italie », *RPDP* 2006, p. 57.

¹⁸ F. Dünkel, « Le droit pénal des mineurs en Allemagne : entre un système de protection et de justice », *Dév. et soc.* 2002, p. 297 et s.

¹⁹ Ph. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Précis Dalloz, 2008, n° 1233 et s., p. 679 et s.

²⁰ Ch. Lazerges, « La mutation du modèle protectionniste de justice des mineurs », *RSC*, 2008, p. 200 et s.

²¹ En 2014 le législateur a remplacé le terme délinquance des mineurs par mineurs en conflit avec la loi. On en déduit que les deux termes sont synonymes.

Au Burkina Faso plus de 40% de la population a moins de quinze ans et plus de 50% moins de dix-huit ans²². Dans un pays où la moitié de la population est mineure, il y a un intérêt évident à analyser le statut pénal de l'enfant délinquant à travers le nouveau cadre juridique adopté par le législateur.

La fragilité de l'enfant oblige les législateurs à tenir compte de son intérêt supérieur dans la réponse pénale apportée à son comportement déviant. S'il est incontestable que la réforme du droit pénal applicable au mineur au Burkina Faso était nécessaire, la question de l'apport de cette réforme et ses conséquences sur le traitement de la délinquance des mineurs se pose à nous. Il s'agit pour nous de savoir comment la nouvelle loi a amélioré le cadre juridique applicable à l'enfant en conflit avec la loi et quel impact a-t-elle eu sur la réponse pénale à son égard ?

En adoptant ce nouveau cadre juridique, le Burkina Faso vient de franchir le pas vers l'autonomisation du droit pénal applicable aux mineurs. Cependant, il faut souligner que cette autonomie recherchée ne signifie pas une indépendance du droit pénal des mineurs²³, dont certains aspects restent soumis au code de procédure pénale.

La loi du 13 mai 2014 apporte une évolution significative du statut pénal de l'enfant (I) et laisse présager un meilleur traitement de la délinquance du mineur (II).

I. UNE EVOLUTION SIGNIFICATIVE DU STATUT PENAL DU MINEUR

La politique de protection de l'enfant s'est lentement bâtie au Burkina Faso. Du système de justice traditionnelle où l'enfant était sous la responsabilité de son père, au droit moderne, l'enfant a bénéficié au fur et à mesure de droits spécifiques. Sous l'influence des organisations de protection de l'enfant, le Burkina Faso a procédé à l'adoption de règles juridiques pour prendre en compte la spécificité de l'enfant dans son droit interne. Néanmoins la situation de l'enfant restait précaire. Il a fallu attendre 2004 pour voir le pays se doter de juridictions pour enfants, où le principe de la spécialisation du juge a été affirmé. Mais c'est la réforme législative de 2014, qui, même si elle n'est pas l'achèvement voulu par les conventions internationales en matière de droit et de protection de l'enfant, a renforcé les droits fondamentaux de l'enfant en matière pénale (A) consacrant ainsi un statut pénal autonome à ce dernier (B).

²² Selon le recensement général de la population et de l'Habitat (RGPH) de 2006, 46,6% de la population a moins de 15 ans et 53% moins de 18 ans.

Selon les projections démographiques issues du RGPH, l'on a une proportion d'enfants de moins de 18 ans évaluée en 2013 à 9 465 702, soit 54,6%.

²³ B. de Lamy, « Droit pénal des mineurs : une singularité limitée », RSC 2008, p. 133.

A. LE RENFORCEMENT DES DROITS FONDAMENTAUX DU MINEUR EN CONFLIT AVEC LA LOI

Le premier droit fondamental à notre avis est le droit d'être jugé selon son intérêt supérieur. Ce droit a été consacré par la réforme de 2014. En 1961, le législateur n'évoquait pas l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi donc l'intérêt supérieur de l'enfant est au cœur de chaque décision du juge²⁴. Si l'enfant doit participer aux décisions le concernant, s'il a le droit de s'exprimer, c'est la considération de son intérêt qui va guider la décision finale.

L'intérêt de l'enfant est une notion vague, non définie par le législateur. Le législateur de 2014 s'est uniquement borné à donner des éléments pour cerner l'intérêt supérieur de l'enfant. Cet intérêt est déterminé en tenant compte des besoins « *au plan affectif, moral et physique de l'enfant, son âge, son état de santé, son milieu familial et tous autres aspects de sa situation* »²⁵. La convention internationale des droits de l'enfant (article 3-1) quant à elle indique uniquement que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être primordial. Cet intérêt est donc apprécié par les adultes (parents ou juges).

Comme on le voit l'intérêt supérieur de l'enfant est décidé par les adultes ; c'est le juge qui au final, même après avoir écouté les souhaits de l'enfant, qui dira ce qui est bien pour lui. L'intérêt supérieur de l'enfant est ce que les adultes nourrissent pour lui. C'est ce qui ressort dans une ordonnance du juge faisant fonction de juge aux affaires familiales au TGI de Ouagadougou. En effet, dans une décision de garde d'enfant et face à deux rapports contradictoires le juge a interrogé les enfants, qui ont exprimé leur ardent désir de rejoindre leur mère. Mais le juge a estimé qu'il était de leur intérêt de rester avec leur père au motif que le père était plus à même de réaliser l'intérêt des enfants parce qu'il disposait d'un cadre de vie plus convivial²⁶.

Pour que le juge puisse découvrir l'intérêt de l'enfant, il faut que celui-ci soit admis à s'exprimer librement et surtout qu'on en tienne compte. La loi de 2014 a consacré à l'enfant un droit à la parole devant la justice.

Tout comme le majeur, devant les juridictions pénales, l'enfant a droit à la parole. Cette affirmation n'avait pas été expressément faite dans la loi de 1961. Il a donc fallu attendre la réforme de 2014 pour voir l'article 4 de la loi poser le principe du droit à la

²⁴ « Attendu que l'article 3 de la convention de New York sur les droits de l'enfant prévoit 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 ; Qu'il sied donc au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant et pour une meilleure réinsertion sociale, d'ordonner son placement dans le centre de Orodara et ce, jusqu'à sa majorité » Jugement n° 68/2014 du 27/11/2014, Ministère public c/ T.A, inédit.

²⁵ Article 6 de la loi du 13 mai 2014.

²⁶ Ordonnance du 13 avril 2013 du juge aux affaires familiales près TGI Ouagadougou portant garde d'enfants et pension alimentaire, inédit.

parole du mineur devant les juridictions pénales, se conformant ainsi aux dispositions de l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant²⁷. L'infans, qui signifie en latin « *le sans voix* », retrouve la voix, il quitte son statut de « *muette juridique* » et d'« *aphone* » procédurale pour acquérir une place importante dans la chaîne pénale. La loi lui garantit la possibilité de participer aux décisions le concernant. Ainsi l'enfant peut exprimer ses opinions et être écouté dans toutes les procédures judiciaires et administratives relatives à sa situation, il n'est plus un objet de la décision du juge, mais également un sujet de droit²⁸. Il peut, en principe, exiger du juge qu'il accepte de l'entendre dans toute procédure où il est impliqué. Dans ce cas, le juge doit prendre en compte ses opinions.

Toutefois la prise en compte de la parole de l'enfant doit être en fonction de son degré de discernement²⁹, l'âge est le repère d'une telle situation³⁰. Mais l'âge ne doit pas être le seul contenu du discernement de l'enfant. En effet, en matière de droit pénal des mineurs, il ne suffit pas de savoir si l'enfant peut distinguer le bien du mal ou encore s'il est capable de percevoir que l'acte qu'il pose est illégal selon le droit positif³¹ et surtout de savoir qu'il s'expose à une peine en le commettant³². Il faut y ajouter les circonstances et surtout la situation personnelle de l'enfant auteur de l'acte³³. Ce qui doit conduire le juge à faire une appréciation *in concreto*, au cas par cas³⁴. Le juge a ici un travail important et la réforme de 2014 lui a conféré une puissance non seulement dans la protection de l'enfant, mais également dans le traitement judiciaire de sa

²⁷ « Les États garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement ses opinions sur toute question l'intéressant, ces opinions étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ; et qu'à 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 ».

²⁸ M. Benassy, « La Convention internationale des droits de l'enfant et la parole de l'enfant », *Le Journal des psychologues* 2009/5, n° 268, p. 24.

²⁹ La loi ne pose pas ici les conditions pour apprécier le discernement. Il n'existe également pas de définition juridique de ce terme. Il revient donc au juge d'apprécier. Cette possibilité laissée au juge peut conduire à des interprétations subjectives. Le juge pour s'aider, utilise l'âge de l'enfant, ce qui n'est pas rassurant.

³⁰ Selon un arrêt de la Cour de cassation française datant de 1905, un enfant est responsable de ses actes « s'il a l'intelligence assez développée pour comprendre la faute qu'il a commise ».

³¹ Ce que la Cour de cassation Belge a appelé « la pleine intelligence de la criminalité de l'acte » (Cass., 10 mars 1913, *Pas.*, 1913, I, 140.)

³² A. Prins, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1899, p. 206.

³³ Pour nous éclairer nous pouvons citer un arrêt de la Cour de cassation française du 8 février 1962 qui indiquait que « les capacités de réflexion et de jugement d'un enfant de 11 ans ne sont pas suffisamment développées pour qu'il puisse avoir pleine conscience de tous les dangers qu'il y a à jouer avec un arc ».

³⁴ Selon un arrêt de la Cour de cassation française « conformément aux principes généraux du droit, le mineur (doit avoir) compris et voulu (son) acte ; toute infraction, même non intentionnelle, suppose en effet que son auteur ait agi avec intelligence et volonté ». (Crim. 13 déc. 1956, D 1957.349, note Patin).

délinquance. Mais il faut prendre garde que cette puissance ne conduise à un usage abusif du discernement et surtout à son instrumentalisation dans la pratique judiciaire³⁵. Si l'enfant a droit à la parole, il a aussi droit au silence. Ainsi il peut décider de se taire. Sa vie privée doit être protégée contre toute immixtion arbitraire³⁶. S'il faut saluer la reconnaissance du droit de l'enfant à la parole, il faut admettre que c'est un droit délicat dont la mise en œuvre demande une expertise efficace et une procédure spéciale. En effet, il ne faut pas occulter que la parole de l'enfant, compte tenu de sa fragilité, peut être influencée et l'enfant tomber dans une histoire qu'il a inventé de toute pièce, ou encore traumatisé par la somme des questions de la défense, il finit par reconnaître des faits inexistantes ou par apporter des réponses incohérentes. La célèbre affaire d'Outreau³⁷ en France en est un exemple.

En matière pénale, la parole de l'enfant est recherchée pour établir la réalité d'une infraction, que l'enfant soit victime ou auteur³⁸. Si l'on s'en tient à l'adage populaire qui dit que la vérité sort de la bouche des enfants, on acceptera comme vraie toute parole de l'enfant. Mais s'il est vrai que l'enfant n'est pas prédestiné au mensonge, sa parole n'est pas toujours l'expression de la vérité. Or c'est la vérité que recherche le juge dans le procès pénal³⁹. C'est dans ce sens que nous pensons que le législateur se devait de poser les critères de validation de la parole de l'enfant ou encore les conditions du recueil de cette parole. L'enfant peut être troublé par son psychisme et inverser les faits. Victime d'une infraction, il peut selon sa réalité psychique, réfuter les faits et blanchir ainsi le présumé coupable, ou encore il peut n'avoir pas vécu une agression, et accuser une personne avec un récit clair⁴⁰. La parole de l'enfant ne peut être appréciée sans tenir compte de son degré de maturité, l'enfant transmet les faits avec sa compréhension, surtout en matière d'agression sexuelle. Le récit de l'enfant peut paraître imprécis ou improbable ou encore contraire aux pièces et aux témoignages versés aux débats, ce n'est pas pour autant que l'enfant ment ou invente l'histoire. L'enfant peut également reproduire une parole qui n'est autre que la reprise

³⁵ T. Moreau, *op. cit.*, p. 153.

³⁶ Article 5 de la loi du 13 mai 2014 : « Sans préjudice des règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale, l'enfant a droit à la protection de la loi contre les immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance et contre toutes atteintes illégales à son honneur et à sa réputation ».

³⁷ L'affaire d'Outreau est une affaire pénale d'abus sexuel sur mineurs. 17 personnes ont été accusées d'abus sexuel sur mineurs. Sur la base de la parole des enfants « victimes », attestée sincère par des experts psychologues, la Cour d'assise de Saint-Omer a condamné 10 personnes en 2004. Il en a eu un appel à Paris en 2005. La parole des enfants ayant été remise en cause par les enfants eux-mêmes, plusieurs personnes ont été acquittées. L'affaire a connu son épilogue en 2015 devant la Cour d'assise de Rennes où la majorité des inculpés a été acquittée. Cette affaire a remis en cause la valeur de la parole de l'enfant devant la justice, mais également la sincérité des expertises psychologiques.

³⁸ M. Douchy-Oudot, « La parole de l'enfant en justice : ce que dit le droit », *Informations sociales* 2010/4, n° 160, p. 76.

³⁹ L. Daligand, « La parole de l'enfant, la vérité et la loi », *Le Journal des psychologues* 2009/5, n° 268, p. 33.

⁴⁰ O. Beauvallet, S. Y. Lazare (dir.), *Justice des mineurs*, Paris, Berger Levrault, 2012, p. 131.

d'un récit induit consciemment par l'adulte, qui cherche à régler un compte à un adversaire⁴¹. Il faut recourir à des experts pour comprendre comment la parole de l'enfant peut servir à établir la vérité judiciaire⁴², parce que souvent la liberté de parole de l'enfant dépend du positionnement de l'adulte qui l'écoute⁴³.

Le principe de la non discrimination a également retenu l'attention du législateur, qui a expressément affirmé dès l'article premier de la loi que les dispositions « *s'appliquent à tout enfant, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de nationalité, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autres de l'enfant, de ses parents ou de ses représentants légaux* ». Il s'agit d'un principe essentiel d'un bon procès qui permet le respect de la dignité de l'enfant à tous les stades du procès pénal. Ce principe permet également de protéger l'enfant contre « *toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille* »⁴⁴.

La loi de 2014 a aussi renforcé le droit pour l'enfant d'être déclaré sur les registres de l'état civil. La réforme a tenu à faire de l'identité de l'enfant un principe fondamental du droit pénal des mineurs. Cela est logique, l'âge est l'élément déterminant du champ d'application de la loi de 2014. Cette loi organise l'identification de l'enfant en complément avec le code des personnes et de la famille. Elle spécifie la question de l'enfant et rend responsable pénalement l'officier de l'état civil qui ne s'exécute pas dans les délais lorsqu'il a été requis pour délivrer des extraits d'actes de l'état civil concernant un enfant⁴⁵.

La réforme innove en élargissant les droits de l'enfant en justice et les prérogatives de son avocat en matière pénale⁴⁶. En effet, depuis 2014, l'enfant en conflit avec la loi a droit à l'assistance d'un avocat dès la phase de l'enquête. L'avocat burkinabè va

⁴¹ C'est souvent le cas où un conjoint fait accuser son ex-partenaire de viol ou de sévices corporels.

⁴² O. Beauvallet, S. Y. Lazare (dir.), *op. cit.*, p. 131.

⁴³ *Ibidem.*, p. 124.

⁴⁴ Article 7 de la loi du 13 mai 2014.

⁴⁵ Article 3 de la loi du 13 mai 2014 : « L'enfant a droit à une identité constituée d'un nom de famille, d'un ou de plusieurs prénoms et de la date de naissance. Il doit être déclaré dès sa naissance sous cette identité. L'enfant a également droit à une nationalité. Les officiers de l'état civil requis de délivrer des extraits d'actes de l'état civil concernant un enfant sont tenus de s'exécuter dans le mois de la réquisition. Faute par eux de s'exécuter dans le délai prescrit, ils encourent une amende de cinq mille (5 000) francs CFA que la juridiction requérante peut prononcer par décision susceptible d'appel dans les quinze jours ».

⁴⁶ La loi de 2014 indique à son article 36 que l'avocat doit, outre la vérification de la notification des droits, s'assurer en cas de garde de vue que l'enfant n'a pas fait l'objet de violence. L'avocat doit servir de garantie pour le respect des droits de l'enfant en conflit avec la loi.

devoir se former sur la question de l'enfance, son rôle apparaît primordial à côté du juge des enfants pour la défense de la cause de l'enfant en conflit avec la loi⁴⁷.

En contrepartie des droits fondamentaux reconnus à l'enfant, la loi du 13 mai 2014, lui impose des obligations vis-à-vis de ses parents et de la société. C'est ainsi que l'article 8 lui fait obligation d'honorer ses pères et mères. La loi prend des allures de code de bonne conduite en posant toute une série de devoirs à l'enfant⁴⁸.

Le renforcement des droits fondamentaux de l'enfant, permet de le sortir du champ de la procédure pénale générale et de lui consacrer un statut pénal autonome qui tient compte de sa spécificité.

B. LA CONSECRATION D'UN STATUT PENAL AUTONOME DU MINEUR

La reconnaissance d'un droit pénal spécifique aux enfants n'est pas récente. En effet toutes les conventions internationales ont toujours œuvré à ce que la cause de l'enfant soit appréciée en matière pénale en fonction de son âge⁴⁹. Sortir le droit pénal des mineurs de la sphère juridique et judiciaire réservée aux adultes, c'est offrir, comme le recommandent les instruments internationaux consacrés aux enfants en prise avec la justice, une chance aux mineurs d'acquiescer des comportements pouvant les aider à s'insérer dans la société⁵⁰. Le droit pénal des mineurs ne doit plus être vu comme un droit dérogatoire du droit pénal des majeurs, mais comme un droit spécial⁵¹.

⁴⁷ Pour une meilleure compréhension du rôle de l'avocat du mineur dans le procès pénal voir P. Benec'h-Le Roux, « Les rôles de l'avocat au tribunal pour enfants », *Déviance et Société* 2006/2 (Vol. 30), p. 155-177.

⁴⁸ Article 8 de la loi du 13 mai 2014 : « Tout enfant a des responsabilités envers sa famille, la société, l'Etat et toute autre communauté reconnue légalement ainsi qu'envers la communauté internationale. L'enfant, selon son âge et ses capacités, a le devoir : d'honorer et de respecter ses père et mère et autres ascendants ainsi que ses oncles, tantes, frères et sœurs ; de respecter ses père et mère et autres ascendants ainsi que ses oncles, tantes et frères et sœurs majeurs ou émancipés ; de servir la communauté nationale en plaçant ses capacités physiques et intellectuelles à sa disposition ; de préserver et de renforcer la solidarité de la société et de la nation ; de préserver et de renforcer les valeurs culturelles nationales dans ses rapports avec les autres membres de la société, dans un esprit de tolérance, de dialogue et de consultation ; de contribuer au bien-être moral de la société ».

⁴⁹ En droit comparé, le Conseil constitutionnel français dans une décision de 2002, réaffirmée en 2007, a souligné la spécificité du droit pénal des mineurs tout en dégagant des principes essentiels reconnus par les lois de la République. (Cons. Const. décision n° 2007-553, du 3 mars 2007 ; n° 2007-554 DC du 9 août 2007).

⁵⁰ Voir Convention relative aux droits de l'enfant, Assemblée générale des Nations unies, 20 novembre 1989 et les Règles de Beijing adoptées par l'Assemblée générale des Nations unies, résolution 40-33, 29 novembre 1985.

⁵¹ J.-F. Renucci, « Le droit pénal des mineurs entre son passé et son avenir », *RSC* 2000, p 79.

Le Burkina Faso, dès les premières années de son indépendance, en 1961, a œuvré dans ce sens. Mais la loi de 1961, si elle a constitué une première en matière du traitement judiciaire de la responsabilité pénale de l'enfant, renvoyait au droit commun le traitement judiciaire de l'enfant en conflit avec la loi. Une grande confusion existait quant à la procédure applicable. L'enfance étant une période charnière où « *le mineur s'affirme en s'opposant à un ordre établi* »⁵², le législateur burkinabè a effectué en 2014, un correctif à la loi de 1961, permettant ainsi d'apporter une réponse pénale compréhensive à la délinquance du mineur, avec une place prépondérante de l'éducation.

La spécificité du droit pénal des mineurs réside dans sa nature. Alors que la finalité du droit pénal est d'abord de punir, de protéger la société, en infligeant collectivement à dessein une souffrance au transgresseur des normes et valeurs que la société considère comme fondamentale⁵³ ; la finalité du droit pénal des mineurs est mixte. Il recherche aussi bien la répression, que l'éducation, l'assistance et la surveillance de l'enfant qui commet une infraction. C'est un droit qui appréhende l'enfant sur un double prisme. L'enfant auteur d'une infraction est avant tout un enfant en danger⁵⁴ à protéger. L'objet de la loi 015-2014/AN du 13 mai 2014 est d'ailleurs clair : il s'agit de la protection de l'enfant en conflit avec la loi ou en danger. Le juge a la possibilité même s'il déclare non coupable un enfant, de prendre des mesures s'il estime que celui-ci est en danger⁵⁵. Le terme délinquance qui avait cours en 1961 a été remplacé. En 1961, la loi avait traité à « l'enfance délinquante ou en danger ». La réforme de 2014 a donc eu le mérite tout en restant une loi pénale, de réserver une bonne partie de ses dispositions à la protection juridique et judiciaire de l'enfant.

⁵² *Rapport au ministre de la Justice, Garde des Sceaux, Adapter la justice pénale des mineurs, entre modifications raisonnables et innovations fondamentales : 70 propositions*, Paris, La Documentation Française, 2009, p. 29.

⁵³ H. Dumont, *Pénologie (le droit canadien relatif aux peines et aux sentences)*, Montréal, Themis, 1993, p. 2.

⁵⁴ Selon l'article 97 de la loi du 13 mai 2014, « l'enfant est considéré comme étant en danger lorsque sa condition de vie ne lui permet pas un bon développement physique ou psychologique ».

⁵⁵ Voir dans ce sens Jugement n° 006/2015 du 12/02/2014 Ministère public c/ T. I, Inédit : « Attendu que dans le cas d'espèce, même si T.I a été relaxé des faits de vol au bénéfice du doute, l'enquête sociale réalisée par le service social a révélé qu'il est en danger car il est déscolarisé, éloigné de ses parents, fréquentant des milieux publics sans contrôle ; Que de tout ce qui précède, il y a lieu d'ordonner son placement au centre de Orodara pour sa réinsertion sociale jusqu'à sa majorité ». Voir également Jugement n° 13/2015 du 26/02/2015, Ministère public c/ O.F, Inédit « Attendu qu'il est de principe en droit que le doute profite au prévenu ; qu'il y a lieu de relaxer O.F des fins de la poursuite pour vol au bénéfice du doute. Mais, attendu qu'en l'espèce, O.F cohabite avec NIKIEMA Joachim ; que celui-ci n'est pas un membre de sa famille ; qu'elle est donc privé du milieu familial et risque d'être exposée à des travaux forcés et à des abus sexuels ; que de tout ce qui précède, il y a lieu d'ordonner son placement à AMPO par l'intermédiaire de Terre des Hommes jusqu'à sa majorité ».

Ensuite, la clarification de la situation de l'enfant a été matérialisée par la définition même de l'enfant. En rappel, la loi de 1961 ne définissait pas l'enfant, il fallait pour cela recourir au droit commun. Pour le législateur de 2014, l'enfant est toute personne âgée de moins de 18 ans. Cet âge doit être déterminé par « *la production des actes de naissance, jugements déclaratifs ou tous autres documents corroborés par une expertise médicale* »⁵⁶. Lorsqu'il existe une contrariété, la loi donne compétence au juge saisi de déterminer souverainement. Cette précision mérite d'être soulignée, parce qu'en ce qui concerne l'état des personnes le législateur réserve la compétence exclusivement au TGI⁵⁷. Cela veut dire que pour les majeurs, s'il existe une contrariété en matière d'état civil, le tribunal doit sursoir à statuer pour que le TGI se prononce sur l'affaire, alors que pour les mineurs le juge des enfants a compétence pour statuer. Il est fréquent en Afrique que les documents de naissance ne précisent pas de dates exactes de naissance, mais se contentent de préciser seulement l'année de naissance, dans ce cas, la réforme indique que l'enfant est considéré comme étant né le trente et un décembre de ladite année. Si le mois est précisé, la naissance sera considérée comme étant intervenue le dernier jour dudit mois.

En matière de droit pénal des mineurs la peine a un caractère subsidiaire. Le juge recherche prioritairement la réinsertion de l'enfant dans son milieu naturel⁵⁸. Ce caractère subsidiaire de la peine a conduit à poser le principe d'une atténuation de la responsabilité pénale en fonction de l'âge de l'enfant. Ainsi un enfant sera exceptionnellement privé de sa liberté. La procédure qui lui est applicable doit conduire à ne pas déduire sa personnalité, elle doit conduire à faire de sorte que l'enfant puisse atteindre l'âge adulte en toute sérénité. C'est pourquoi la procédure pénale qui lui est applicable a également connu une réforme afin que la réponse apportée au problème de l'enfant en conflit avec la loi soit cohérente du parcours même de l'enfant. Alors que l'adulte subi personnellement son procès pénal, l'enfant est assisté tout au long de la procédure pénale par ses parents qui sont systématiquement informés et convoqués à toutes les étapes⁵⁹.

⁵⁶ Article 2 de la loi du 13 mai 2014.

⁵⁷ Article 21 de la loi 028-2004/AN du 08 septembre 2004 portant organisation judiciaire au Burkina Faso.

⁵⁸ C'est ce qui ressort dans une décision du juge des enfants. Après avoir reconnu l'enfant coupable de vol de fil électrique, le juge a jugé « qu'il ressort du rapport dressé par le service social du palais de justice de Ouagadougou que le mineur est laissé à lui-même et qu'il connaît des conditions de vie difficile ; qu'il a perdu son père et qu'il vit aujourd'hui loin de ses proches ; qu'il a donc manifesté son désir de rejoindre ses oncles maternels au village ; qu'également à l'audience, il a soutenu avoir volé parce qu'il n'a pas été payé par son employeur et qu'il avait besoin d'argent pour se nourrir ; qu'une peine d'emprisonnement serait de nature à compromettre sa rééducation et sa réinsertion sociale ; qu'au regard des circonstances de la commission de l'infraction, il convient d'ordonner sa remise à ses oncles maternels en vue d'assurer son suivi ». Jugement n° 67/2014 du 27/11/2014 n° du parquet 066/2014, Inédit.

⁵⁹ Cette implication importante des parents est logique, puisque ceux-ci participent à l'éducation de l'enfant et la justice pénale des mineurs à une visée éducative. Voir Ph. Bonfils,

En s'inspirant des règles de Beijing, fixant le seuil minimal de la justice pénale des mineurs, le législateur de 2014, contrairement à celui de 1961, a mieux défini les seuils de responsabilité pénale de l'enfant. Les seuils de responsabilité ne doivent pas être fixés trop bas ; il faut tenir compte du fait que l'enfant est immature sur le plan affectif, psychologique et intellectuel⁶⁰. En effet depuis la loi de 1961, à travers la compétence des juridictions, le législateur tentait de catégoriser les mineurs suivant leur âge⁶¹. La réforme de 2014 tout en maintenant l'âge de la majorité pénale à 18 ans, a posé clairement le seuil de la responsabilité pénale⁶² à 13 ans⁶³. L'âge de l'enfant sera déterminé au jour de la commission des faits alors que la loi de 1961 laissait cette appréciation à la juridiction saisie⁶⁴. Lorsque cet âge ne peut être défini avec certitude, le doute devant profiter au mineur, l'âge sera fixé en tenant compte de l'intérêt de l'enfant, et l'âge qui lui est le plus favorable va être retenu.

Selon les conventions internationales dont le Burkina Faso est partie, l'enfant en conflit avec la loi doit bénéficier de procédures particulières au cours de sa garde à vue, de son déferrement au parquet, de sa détention et même pendant son jugement et l'exécution de la peine qui pourra être prononcée⁶⁵. L'application de ces procédures particulières nécessite une spécialisation de tous les acteurs intervenant dans la chaîne pénale sur les questions de l'enfance. Cette nécessité de spécialisation doit conduire les différents pays à créer des juridictions dédiées à la question de l'enfant avec des magistrats spécialisés pour mieux appréhender l'enfant dans toutes ses dimensions. Si le Burkina Faso a opté, en 1961, pour une législation consacrée à la situation propre de l'enfance délinquante, le traitement judiciaire de la responsabilité pénale de l'enfant était toujours de la compétence des juridictions de droit commun. En 2004⁶⁶, un dispositif spécifique a été créé avec au centre un nouveau magistrat spécialisé de la

« La réforme du droit pénal des mineurs par la loi du 10 août 2011 », *Recueil Dalloz* 2011, p. 2286.

⁶⁰ Article 4-1 des Règles de Beijing.

⁶¹ Le législateur indiquait que « les tribunaux correctionnels connaîtront des délits reprochés aux mineurs, et des crimes reprochés aux mineurs de moins de seize ans. Cependant le mineur de plus de treize ans et moins de seize ans impliqué dans la même cause qu'un ou plusieurs accusés plus âgés est renvoyé devant la Cour d'assises selon le droit commun ». On pouvait déduire que le mineur de moins de treize n'était pas responsable, mais la loi pénale étant d'application stricte, il fallait recourir au Code pénal et au Code de procédure pénale pour trouver la réponse à la question de la responsabilité pénale.

⁶² En droit comparé, en Espagne et en Allemagne, l'âge de la responsabilité pénale est fixé à 14 ans.

⁶³ Article 9 de la loi du 13 mai 2014. Il faut noter que l'âge retenu est conforme aux recommandations internationales et permet de placer le Burkina Faso dans les systèmes les moins répressifs vis-à-vis des enfants.

⁶⁴ Article 1^{er} loi de 1961.

⁶⁵ Article 40.1 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant et article 17.1 de la Convention africaine du droit et bien être de l'enfant.

⁶⁶ C'est la loi 028-2004/AN du 08 septembre 2004, modifiant la loi n° 010/93/ADP portant organisation judiciaire qui a créé pour la première fois au Burkina Faso une juridiction spécialisée pour les enfants.

question de l'enfant : le juge des enfants et un nouveau tribunal : le tribunal pour enfant.

En ce qui concerne le juge des enfants, il a été créé pour être un spécialiste de l'enfant. En instituant un juge des enfants spécialement dédié à la question de l'enfance, le législateur burkinabè a non seulement suivi un courant mondial qui tend à se généraliser, mais a voulu orienter l'attitude du juge des enfants dans ses décisions et dans son comportement envers les mineurs⁶⁷. Le juge des enfants doit donc être un spécialiste de la question de l'enfance. La justice pénale des mineurs est une justice spécifique. Le juge commis à la tâche doit savoir apprécier les problématiques liées à la jeunesse et avoir une connaissance approfondie des dispositifs de prise en charge éducative. L'objectif est de donner les moyens au juge des enfants pour calibrer la réponse pénale en fonction de la situation personnelle de chaque mineur inculpé⁶⁸.

L'intervention législative de 2014 a consisté à renforcer et à préciser les compétences des juridictions des enfants. Le législateur a indiqué que le juge des enfants devait être nommé en fonction de sa spécialisation ou de son aptitude à appréhender les questions de l'enfance⁶⁹. Mais au Burkina Faso, la réalité est tout autre, il n'existe pas de magistrats spécialisés à la question de l'enfance, il y a des magistrats faisant fonction de juge des enfants. La formation des magistrats n'offre pas de spécialisation.

La loi de 2004 sur l'organisation judiciaire a institué la juridiction du juge des enfants dans le même ressort territorial que le tribunal de grande instance au siège duquel elle est créée. Le juge des enfants relève administrativement du tribunal pour enfants. On peut regretter que la loi renvoie l'intérim du juge des enfants en cas d'empêchement de celui-ci à la compétence des juridictions de droit commun ou d'un juge non dédié à la cause de l'enfant.

Si en 2004 les compétences du juge pour enfants se limitaient aux contraventions et aux délits, avec une compétence de juge d'instruction en matière criminelle, la réforme de 2014 lui a ajouté une compétence de juge d'instruction en matière de délit complexe. Cependant, il faut noter que le législateur est resté muet sur la notion de délit complexe.

L'élargissement du champ de compétence du juge des enfants concerne également l'action civile. En effet, l'article 13 de la loi du 13 mai 2014 attribue une double compétence aux juridictions pour enfants. Ainsi, les juridictions pour enfants ayant statué sur l'action pénale sont compétentes pour connaître de l'action civile résultant de la commission d'une infraction. Sauf si des majeurs sont impliqués dans l'affaire,

⁶⁷ J.-F. Renucci, *La justice pénale des mineurs*, Justices 1998, p. 114.

⁶⁸ L. Caraceni, « La justice pénale des mineurs dans le système italien », *Déviance et Société* 2002/3, p. 333.

⁶⁹ Article 15 de la loi du 13 mai 2014.

l'action civile sera portée devant les juridictions de droit commun⁷⁰. Il y a donc là une double compétence du juge des enfants, ce qui est très intéressant pour la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant en ce sens que le juge aura une connaissance complète de l'enfant dont il a en charge le traitement judiciaire.

Enfin, la réforme de 2014, donne une priorité au juge des enfants en cas de double saisine en matière civile touchant l'autorité parentale à l'égard de l'enfant. Dans ce cas le juge de droit commun doit sursoir à statuer en attendant la décision du juge des enfants⁷¹. Les décisions du juge des enfants sont susceptibles d'appel devant le tribunal pour enfant.

Avant la loi de 2004 créant les tribunaux pour enfants et la réforme de 2014, la loi de 1961, réservait la compétence des délits reprochés aux mineurs de moins de 13 ans aux tribunaux correctionnels de droit commun. Lorsque le mineur était âgé de plus de treize ans et moins de 16 ans et était impliqué dans la même cause qu'un ou plusieurs accusés plus âgés il était renvoyé à la Cour d'assises selon le droit commun. Pour les mineurs de seize à dix huit ans auxquels étaient imputés des crimes ils étaient renvoyés devant la Cour d'assise selon le droit commun. Pour ce qui est du mineur de moins de 16 ans lorsqu'il y avait des charges contre lui en matière criminelle, il était renvoyé devant le tribunal correctionnel.

Mais depuis 2004, il a été créé des juridictions spécifiques, clarifiant ainsi la compétence matérielle des juridictions en matière de droit pénal des mineurs. Le tribunal pour enfants⁷² a été institué au siège de chaque Cour d'appel, il a ainsi le même ressort territorial que la Cour d'appel au siège duquel il est créé. La principale nouveauté apportée à la loi de 2004 créant les juridictions pour mineurs se trouve dans l'organisation du tribunal pour enfant. En rappel, en 2004, le législateur s'était limité à une compétence globale du tribunal pour enfant. Il lui réservait une compétence en matière criminelle en premier et dernier ressort et une compétence en appel des décisions rendues par le juge des enfants⁷³. En 2014, la réforme a réorganisé le tribunal pour enfants, en créant trois chambres spécialisées⁷⁴, ce qui contribue à soustraire totalement le mineur du champ de la justice pénale des majeurs.

⁷⁰ Avant cette réforme, l'action civile s'exerçait selon le droit commun (article 4 de la loi du 9 mai 1961).

⁷¹ Article 14 de la loi du 13 mai 2014.

⁷² Pour un intérêt historique c'est aux Etats-Unis que sont nés les premiers tribunaux pour enfants en 1899.

⁷³ Article 71 de la loi 028-2004/AN du 08 septembre 2004.

⁷⁴ Il s'agit de la chambre civile et correctionnelle compétente pour connaître en appel des décisions rendues par le juge des enfants en matière d'enfance en danger, de délits et de contraventions ; de la chambre d'accusation, compétente pour connaître en appel, des ordonnances rendues par le juge d'instruction pour enfants et de la chambre criminelle compétente en premier et dernier ressort en matière de crime.

Au Burkina Faso, l'une des difficultés de la justice réside dans le manque de magistrats en général, de telle sorte que les magistrats cumulent les fonctions. Désormais, avec la réforme de 2014, le juge des enfants doit se consacrer exclusivement à la question de l'enfant en conflit avec la loi ou en danger. Il est donc interdit, au Burkina Faso, pour un magistrat, de cumuler les fonctions de juge des enfants, de président du tribunal pour enfants et de juge au tribunal pour enfants avec d'autres fonctions judiciaires⁷⁵.

La rédaction de la loi du 13 mai 2014 a le mérite d'apporter une plus grande lisibilité dans les dispositions concernant la justice pénale des mineurs. Le législateur a d'abord posé les garanties juridiques nécessaires à la protection de l'enfant, puis s'est intéressé aux garanties judiciaires, pour que la sanction qui sortira au bout de la chaîne pénale soit adaptée à l'enfant et surtout pour que le processus judiciaire puisse respecter la dignité de celui-ci, auteur comme victime de l'infraction pénale.

II. L'IMPACT DE LA REFORME SUR LE TRAITEMENT PENAL DE LA DELINQUANCE DES MINEURS

Face aux comportements déviants de l'enfant, la société a tenté de trouver les moyens pour répondre efficacement à ce comportement. Cela a conduit à repenser la réponse pénale pour que l'enfant ne soit pas traité comme le majeur et surtout pour lui donner une chance de réorienter sa vie vers ce que la société considère comme la normalité. Il s'agit de lui permettre de se réinsérer dans la société. Si dans certaines sociétés, comme en droit romain, d'où nous tenons notre droit, l'irresponsabilité pénale des « *infans* »⁷⁶ était admise, aujourd'hui dans presque toutes les sociétés on reconnaît la responsabilité pénale du mineur mais on lui aménage un cadre spécifique.

C'est ainsi que le législateur burkinabè dans sa réforme du 13 mai 2014 a apporté un correctif à la loi de 1961, en orientant la réponse pénale prioritairement vers l'intérêt de l'enfant (A). La loi a également organisé un cadre de sanctions tenant compte du besoin premier de réinsertion de l'enfant (B).

A. UNE REPOSE PENALE TOURNEE VERS L'INTERET DE L'ENFANT

La réforme du droit pénal des mineurs au Burkina Faso, intervenue en 2014, a apporté de nouvelles garanties quant à la procédure applicable à ce droit. A toutes les étapes de la procédure pénale des mineurs, le législateur a prévu un paquet de droits afin de garantir au mineur en conflit avec la loi un traitement spécifique. L'objectif fondamental de la justice des mineurs est de « *dépasser la réponse carcérale comme*

⁷⁵ Article 128 de la loi du 13 mai 2014 : « dès l'adoption de la présente loi, les fonctions de juge des enfants, de président du tribunal pour enfants et de juge au tribunal pour enfants ne pourront s'exercer cumulativement avec d'autres fonctions judiciaires ».

⁷⁶ Ph. Robert, *Traité de droit des mineurs*, Paris, Cujas, 1969, p. 59 et s.

unique instrument de resocialisation, en prévoyant des articulations avec d'autres modes d'intervention pénale qui permettent des types de traitement en liberté mieux adaptés aux caractéristiques particulières »⁷⁷ de l'enfant. Pour coller à cet objectif, l'architecture de la réforme s'est centralisée sur le triptyque « protection- éducation-contrainte », avec des garanties de protection tout au long de la chaîne pénale. Ces garanties concernent aussi bien la phase avant le jugement avec une prédominance de mesures recherchant un évitement du procès pénal, mais également la phase du jugement devant aboutir à la décision du juge.

Pour apporter une réponse appropriée à l'infraction du mineur, le droit pénal qui lui est consacré, a aménagé des règles permettant une préparation sereine du procès dans l'intérêt de l'enfant. Cette préparation doit avoir pour objectif de mieux comprendre la situation de l'enfant afin d'apporter la décision adéquate, qui peut être l'évitement du procès. Et pour cela le législateur a réservé une place prépondérante aux parents de l'enfant tout au long de la procédure. Cette présence offre, tout d'abord, une certaine garantie pour le respect des droits fondamentaux de l'enfant et permet de prendre en considération l'intérêt de ce dernier. Elle offre également un support et un confort à l'enfant. Les parents apportent leur concours autant que possible pour éclairer le juge et pour rassurer l'enfant⁷⁸. Le juge est obligé dans ce cas de tenir compte de son devoir de dire le droit et celui de protéger le mineur qui est déféré devant lui. Mais avant que l'enfant ne soit porté devant le juge, la loi a également prévu des mesures protectrices en phase d'enquête⁷⁹.

En phase d'enquête, l'enfant en conflit avec la loi a désormais droit à une assistance, qui d'ailleurs est obligatoire en cas de crime. Cette assistance peut être assurée en matière de délit soit par un avocat soit par une personne morale reconnue, intervenant dans le domaine de l'enfance et agréée par le tribunal pour enfants, soit par ses parents ou ses représentants légaux. L'avocat a un privilège de représentation qu'en matière criminelle. Cette réforme est une avancée significative, quand on sait que le code de procédure pénale ne retient pas la présence d'un avocat pendant la garde à vue. Il faut signaler que l'UEMOA a apporté un correctif à la garde à vue, en autorisant la présence de l'avocat⁸⁰, mais cela n'a pas changé la pratique des commissariats de police et des gendarmeries qui refusent toujours la présence de l'avocat en garde à vue

⁷⁷ L. Caraceni, *op. cit.*, p. 330.

⁷⁸ Mais, il faut noter que la présence des parents ne doit pas être systématique, il peut arriver des situations où le mineur lui-même ne souhaite pas la présence de ses parents parce que soit leurs relations se sont dégradées soit qu'il existe une certaine défiance vis-à-vis de ses parents et leur présence pourrait compromettre le cours du procès.

⁷⁹ C'est l'idée véhiculée par les Règles des Nations Unies pour la protection des mineurs privés de liberté du 14 décembre 1990, dites Règles de Havane. Selon l'article 1^{er} « la justice pour mineurs devrait protéger les droits et la sécurité et promouvoir le bien-être physique et moral des mineurs ».

⁸⁰ Il s'agit du Règlement n° 05 /CM/UEMOA du 25 septembre 2014, relatif à l'harmonisation des règles régissant la profession d'avocat dans l'espace UEMOA. Selon son article 5 « les avocats assistent leurs clients, dès leur interpellation, durant l'enquête préliminaire dans les locaux de la police, de la gendarmerie et devant le Parquet ».

en ce qui concerne les majeurs⁸¹. La présence d'un avocat pendant la garde à vue de l'enfant, est donc une évolution importante du droit pénal des mineurs au Burkina Faso et ce droit doit lui être notifié dès la garde à vue⁸².

La réforme a assoupli les conditions de la garde à vue du mineur. D'abord des conditions tenant aux lieux de rétention : ceux-ci doivent être aménagés spécialement pour servir uniquement aux enfants. La loi pose également des conditions d'âge, le mineur de moins de dix ans ne peut être gardé à vue. Alors que le mineur de moins de treize ans est pénalement irresponsable, la loi de 2014 indique qu'un enfant de dix à treize ans peut être retenu en garde à vue dès lors qu'il existe des indices graves et concordants laissant présumer qu'il a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'au moins un an d'emprisonnement. Mais cette rétention ne doit servir que pour les nécessités de l'enquête et ne peut être prolongée⁸³.

Quant à l'enfant de seize à dix huit ans, il peut, pour les nécessités de l'enquête, être gardé à vue pour une durée initiale de quarante-huit heures maximum. Contrairement à l'enfant de moins de treize ans, ceux âgés de seize à dix huit ans peuvent voir leur garde à vue prolongée après leur présentation préalable au procureur du Faso ou au juge des enfants.

L'avocat prend une place prépondérante dans la garde à vue du mineur. La réforme fait de lui un acteur majeur de la garantie des droits de l'enfant en matière de garde à vue. Il assiste aux auditions de l'enfant, mais on peut regretter qu'il n'ait pas accès à ce stade au dossier pénal. On peut également regretter, les limites posées par le législateur à l'intervention immédiate de l'avocat en garde à vue. En effet, le législateur retarde son intervention pour certaines affaires. Ainsi en cas de proxénétisme, d'extorsion de fonds aggravée, d'association de malfaiteurs, de vol en bande organisée, l'intervention de l'avocat est retardée de douze heures et de vingt-quatre heures en cas de grand banditisme, de terrorisme, de trafic illicite de drogues et de crime organisé.

⁸¹ http://www.leral.net/Presence-d-un-avocat-des-les-premieres-heures-de-la-garde-a-vue-d-un-prevenu-Le-Senegal-abdiqye_a139484.html.

⁸² Pour offrir toutes les garanties à l'enfant d'être assisté, la réforme donne la possibilité aux représentants légaux de l'enfant de solliciter un avocat lorsque le mineur n'a fait aucune demande d'assistance. S'ils ne sont pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contacté, ils peuvent demander à l'officier de police judiciaire qu'il lui en soit commis un d'office par le bâtonnier.

⁸³ La loi tente d'offrir des garanties au mineur de moins de 13 ans retenu en garde à vue. En effet, le législateur a placé la rétention sous autorisation préalable et sous le contrôle d'un magistrat du ministère public. C'est ce magistrat qui également fixe la durée de la rétention. Mais il est limité par la loi qui fixe un maximum de quarante-huit heures. L'enfant est gardé uniquement pour être auditionné et il doit bénéficier d'une consultation médicale.

Le législateur fait de la méconnaissance d'une garantie applicable à la garde à vue une cause de nullité de la procédure⁸⁴ car cela porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée⁸⁵.

A la suite de la garde à vue, le mineur peut être déféré devant le procureur du Faso, qui a l'opportunité de la poursuite. La loi de 2014 a posé des principes qui doivent guider les actes du procureur. D'abord, pour distinguer l'enfant des majeurs, l'article 47 fait obligation au ministère public de constituer un dossier concernant l'enfant lorsque celui-ci est impliqué dans la même cause qu'un ou plusieurs majeurs. Il doit de ce fait saisir le juge des enfants et si une information était ouverte, le juge d'instruction devra se dessaisir dans le délai de trente jours à l'égard de l'enfant au profit du juge des enfants. Si les poursuites impliquent des majeurs et que l'enfant n'est pas impliqué, il peut être entendu par le juge de droit commun en qualité de simple témoin.

Le législateur, dans la réforme de 2014, a exclu l'enfant du champ d'application de la citation directe. Dans le traitement de la problématique de l'enfant en conflit avec la loi la connaissance de la personnalité de l'enfant est indispensable⁸⁶, l'instruction est donc un principe en matière de justice pénale des mineurs. C'est pourquoi, l'intervention législative de 2014 oblige le juge des enfants en cas de crime ou de délit reproché à l'enfant, à faire ou à faire faire par un travailleur social ou toute personne qualifiée une enquête sociale. L'enquête sociale est déterminante⁸⁷, elle fournit au juge des enfants la substance de ses décisions et permet de garantir « *effectivement la primauté de l'éducation sur la répression* »⁸⁸.

⁸⁴ Si le juge burkinabè n'a pas encore tranché de questions sur la nullité de la procédure pour défaut d'assistance par avocat en garde à vue, on peut pour illustrer cette étude citer une jurisprudence de la Cour de cassation française. Selon les hauts magistrats français, « l'absence d'avocat durant la garde à vue n'entraîne pas la nullité de la procédure » Cass. crim., 17 mai 2000.

⁸⁵ En l'absence de jurisprudence en la matière au Burkina Faso, la jurisprudence de la cour européenne de justice peut servir d'exemple. La Cour a condamné la Belgique dans l'affaire l'opposant à N. Bouamar, elle reproche à l'Etat belge de n'avoir pas prévu de garanties procédurales lors de la phase préparatoire de la procédure. Depuis lors la Belgique a modifié son droit pénal des mineurs. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 29 février 1988, *Revue de jurisprudence de Liège, Monset Bruxelles*, 1988, 13, p. 457.

⁸⁶ Ph. Bonfils, « La réforme du droit pénal des mineurs par la loi du 10 août 2011 », *op. cit.*, p. 2286.

⁸⁷ L'enquête sur la personnalité de l'enfant porte notamment sur l'identité de l'enfant, sa situation matérielle, sociale et morale et celle de sa famille. Elle porte également sur le caractère, les antécédents de l'enfant et son cursus scolaire. Elle conclut sur l'avis du travailleur social sur les possibilités de socialisation du mineur.

⁸⁸ P. Bonfils, « La primauté de l'éducation sur la répression », in *Mélanges J.-H. Robert*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 55.

Pour soustraire au maximum l'enfant d'une lourde condamnation, la réforme de 2014 offre au juge des enfants, une possibilité de renvoyer l'enfant qui a commis un crime, non pas devant la Cour d'assise, mais en correctionnel, si le crime commis n'a pas entraîné mort d'homme⁸⁹.

Lorsque le juge des enfants menant l'instruction estime que l'enfant doit être détenu provisoirement, la réforme lui offre des outils pour sa décision. Cette détention est possible, mais ne peut excéder trois mois en cas de délit et six mois en cas de crime⁹⁰. Si l'intérêt de l'enfant a conduit à rendre exceptionnel la détention provisoire, nous convenons avec M. Renucci que « *sa disparition n'est pas pour autant souhaitable* »⁹¹, elle doit uniquement être réduite à des proportions acceptables, c'est ce que recommande d'ailleurs la Convention internationale des droits de l'enfant⁹². La réforme de 2014, est donc conforme à ce souhait⁹³. Cependant nous pensons qu'un risque existe du fait que le juge des enfants soit également le juge qui instruit le dossier⁹⁴. Ce cumul peut porter atteinte au procès équitable et plus précisément au principe d'impartialité du juge⁹⁵.

La réforme de 2014 a tenté d'apporter un grand nombre de garanties à l'enfant en conflit avec la loi. C'est ainsi qu'elle a fait des parents de l'enfant, une partie importante du procès pénal. Ceux-ci sont tenus informés de tout acte pouvant modifier les droits de l'enfant. Ainsi le juge des enfants doit les informer de sa décision de détenir provisoire l'enfant.

⁸⁹ Article 10 de la loi du 13 mai 2014.

⁹⁰ La loi indique que, passé ce délai, si la détention paraît nécessaire, le juge des enfants peut la prolonger par ordonnance spécialement motivée, rendue sur les réquisitions également motivées du procureur du Faso. Chaque prolongation ne peut être prescrite pour une durée de plus de trois mois. Dans tous les cas, elle ne doit être ordonnée qu'exceptionnellement.

⁹¹ J.-F. Renucci, « La détention provisoire des mineurs et la convention européenne des droits de l'homme », *Recueil Dalloz* 1990, p. 456.

⁹² Article 37 de la convention internationale sur les droits de l'enfant.

⁹³ Il faut noter que le juge doit veiller à ce que le mineur placé en détention provisoire puisse jouir d'une protection plus grande que celui jugé et privé de liberté, car si le dernier est reconnu coupable, le premier est toujours présumé innocent à ce stade. L'enfant s'il est scolarisé devait pouvoir continuer sa formation. Il ne faut pas compromettre à ce stade son bien-être en entravant sa formation et son développement.

⁹⁴ En effet suivant l'article 63 de la loi du 13 mai 2014, une fois l'instruction achevée, le juge des enfants peut soit constater la non constitution de l'infraction, soit se saisir lui-même de l'affaire en qualité de juge de fond. Ainsi le juge d'instruction devient juge de l'affaire qu'il a instruite. Le risque de partialité est grand.

⁹⁵ Le problème n'a pas encore été traité par le juge burkinabè. Mais on peut évoquer ici en guise d'exemple, un arrêt du 02 mars 2010 de la Cour européenne des droits de l'homme. Le juge européen a estimé que le fait de cumuler les fonctions de juge d'instruction et de juge des enfants dans une même affaire porte atteinte au droit à un procès équitable et plus précisément au principe d'impartialité posé par l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. CEDH, Arrêt du 2 mars 2010, affaire Adamkiewicz c/ Pologne, requête n° 54729/00.

L'intérêt de cette réforme réside dans sa clarté, ainsi lorsqu'une des garanties prescrites par la loi n'a pas été respectée, cela porte nécessaire préjudice à l'enfant. Son conseil, ses représentants légaux ou lui-même peuvent demander la nullité de la procédure.

Pour éviter que l'enfant ne soit confronté à des auditions répétitives, la loi autorise que soit enregistré son interrogatoire pour les besoins uniquement de la procédure.

Le juge des enfants, à la fin de l'instruction, communique le dossier au parquet. Le procureur du Faso doit, dans les quinze jours suivant la communication du dossier, prendre ses réquisitions et renvoyer le dossier au juge des enfants. A défaut de réquisition du ministère public dans les délais prévus, le juge des enfants rend son ordonnance de clôture⁹⁶.

L'objectif du droit pénal des mineurs n'est pas l'enfermement de l'enfant, mais l'évitement d'un procès pénal, et dans ce sens le législateur de 2014 a introduit la médiation pénale en droit pénal des mineurs. Cette procédure qui est nouvelle en droit burkinabè est pratiquée dans certains pays protectionniste de l'enfant⁹⁷ ; c'est une des recommandations des règles de Beijing⁹⁸.

La médiation pénale est « *une mesure extrajudiciaire permettant de parvenir à la conciliation entre l'enfant, auteur d'un délit ou d'une contravention, ses parents, ses représentants légaux ou encore son conseil et la victime* »⁹⁹. Il s'agit d'un entretien entre auteur et victime d'une infraction, tendant à apaiser le climat issu de la commission d'une infraction et à trouver une solution commune, acceptable et juste au problème causé par l'infraction¹⁰⁰. Elle est une occasion d'éduquer le mineur avec un

⁹⁶ Article 63 de la loi du 13 mai 2014 : « Une fois l'instruction achevée, le juge des enfants peut : constater la non constitution de l'infraction ou le bénéfice d'un fait justificatif ou d'une cause de non imputabilité et ordonner un non lieu ; se saisir lui-même de l'affaire en qualité de juge de fond s'il estime que les faits constituent un délit ou une contravention et la renvoyer à l'audience de jugement ; ordonner le renvoi devant la chambre d'accusation pour enfants. Le juge des enfants peut, en tenant compte de l'intérêt de l'enfant, prendre les mesures provisoires suivantes : confier l'enfant à ses parents ou à ses représentants légaux ; le remettre à une institution ou à un centre de rééducation, de formation professionnelle ou de soins ; le confier à une institution publique ou privée d'accueil ».

⁹⁷ C'est l'exemple du Québec, où les premiers actes de délinquance commis par un mineur sont prioritairement traités sans recours à l'institution judiciaire. En Angleterre, avec la loi sur la justice criminelle de 1999, les mineurs délinquants primaires qui reconnaissent les faits sont renvoyés automatiquement devant la commission appelée « Youth Offender Team ». Aux pays bas, dès la phase de l'enquête, la police peut proposer au mineur délinquant primaire ou peu connu de 12 à 17 ans ayant commis des actes de faible gravité de respecter un accord par le biais d'un bureau Halt.

⁹⁸ Il faut noter qu'il s'agit également d'une recommandation des Règles de Beijing, dont l'article 11 recommande de privilégier le recours à des moyens extrajudiciaires pour régler les conflits impliquant des mineurs quel que soit le type d'infraction.

⁹⁹ Article 40 de la loi du 13 mai 2014.

¹⁰⁰ C. Maes, op. cit.

espoir qu'il ne récidivera pas¹⁰¹. L'objectif recherché est de parvenir à dédramatiser l'infraction et permettre à la victime d'apporter son pardon et d'accepter une juste réparation de son préjudice. On peut convenir avec M. Perrier que la médiation pénale a « *un objectif pacificateur* »¹⁰² et permet à l'auteur de l'infraction et à la victime de régler de façon amiable et volontaire¹⁰³ leur litige et ainsi de pouvoir se réconcilier. Plutôt que de laisser la décision à l'ultime conviction du juge, la médiation pénale cherche à « *promouvoir la participation de la victime, du délinquant et de la communauté à la résolution du conflit* »¹⁰⁴. Elle a été instituée comme une étape importante à la justice pénale des mineurs¹⁰⁵, mais son objectif est paradoxal, elle cherche à évincer la justice qu'elle est venue aider¹⁰⁶.

Pour éviter un usage abusif de la médiation pénale, le législateur a réservé l'initiative de la procédure au procureur du Faso et au juge des enfants. Ils peuvent agir soit d'office, soit à la suite d'une plainte ou encore à la demande de l'une des parties au procès. On peut affirmer avec C. Lazerges que la médiation pénale dans ce sens est judiciaire dans un premier temps, puis extrajudiciaire par la suite¹⁰⁷.

La réforme a également posé des garanties afin de protéger les droits de la victime et de l'enfant auteur de l'infraction. Ainsi, sur la forme, il ne peut avoir de médiation pénale que si l'enfant auteur reconnaît sa responsabilité. C'est-à-dire qu'il reconnaît les faits sans réserve. Il faut également noter que l'enfant, auteur, ses parents ou représentant légaux ou son conseil doivent consentir à la mesure proposée. Enfin la victime joue un rôle très important, elle doit marquer son accord. Toutes ces conditions sont cumulatives. Il s'agit d'une procédure tripartite qui met en phase l'autorité judiciaire, l'auteur et la victime.

¹⁰¹ La médiation pénale fait prendre conscience à l'enfant de l'existence de la loi pénale, celui-ci est sensibilisé sur le contenu de la loi, les conséquences de sa violation. On lui explique ce qu'il risque en cas de récidive.

¹⁰² J.-B. Perrier, « Médiation pénale », *Répertoire de droit pénal*, Dalloz, janvier 2013, p. 3.

¹⁰³ S. Poillot-Peruzzetto, « La Médiation pénale », *Répertoire communautaire*, Dalloz, juin 2013, p. 2.

¹⁰⁴ B. Galaway, J. Hudson, *Restorative Justice : International Perspectives*, Amsterdam, Kluger Publications, 1996, p. 2.

¹⁰⁵ Il faut noter que cette procédure existait déjà dans la justice coutumière, où la victime, ses parents et les parents de l'auteur se retrouvaient devant le chef coutumier pour trouver une solution consensuelle et équitable sur le sort du délinquant. Cela se terminait par une indemnisation de la famille de la victime et par des sacrifices expiatoires imposés à la famille de l'auteur.

¹⁰⁶ J.-B. Perrier, *op. cit.*, p. 2.

¹⁰⁷ C. Lazerges, « Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle », *RSC* 1997, p. 186.

En ce qui concerne les conditions de fonds, il faut que la médiation pénale puisse assurer la réparation du dommage causé à la victime, un auteur la qualifie de réparation pénale¹⁰⁸. Il faut également qu'elle puisse mettre fin au trouble résultant de l'infraction et surtout contribuer à la prise de conscience et à la réinsertion de l'enfant.

Lorsque toutes les parties ont consenti aux mesures proposées par l'autorité judiciaire, la médiation pénale permet à l'enfant d'éviter un procès. L'enfant est tenu d'exécuter tous les engagements qu'il a pris lors de cette médiation. Le procès-verbal issu de cette médiation vaut titre exécutoire et suspend la prescription de l'action publique. En cas d'inexécution totale ou partielle de l'accord, le magistrat décide de la suite à donner à la procédure.

Lorsque l'ensemble des mesures mises en place pour éviter le procès et réinsérer l'enfant n'a pas abouti, la loi de 2014 a prévu des sanctions alliant répression et éducation.

B. UN CADRE DE SANCTIONS ENTRE REPRESSION ET EDUCATION DU MINEUR EN CONFLIT AVEC LA LOI

La loi de 2014 est une réforme faite pour l'enfant. En effet de par son intitulé on comprend bien l'objectif visé par le législateur. Là où la loi de 1961 parlait de délinquance des mineurs, le législateur de 2014 parle de loi portant protection de l'enfant en conflit avec la loi. Si l'enfant est comme l'écrit D. Youf, « *un être inachevé, un adulte en devenir* »¹⁰⁹, il doit donc bénéficier de l'accompagnement des adultes. Cet accompagnement a été consacré, au Burkina Faso, par l'article 12 de la réforme de 2014. Tout enfant en conflit avec la loi a donc droit à une assistance, cette assistance se fait tout au long de la procédure. Le défaut d'assistance devrait être sanctionné par la nullité de la procédure. Cependant, l'ensemble des décisions du juge des enfants que nous avons consultées et dont certaines sont citées dans la présente étude ne mentionnent pas la présence d'un avocat ou d'un représentant de l'enfant lors de l'audience du jugement. En droit comparé, la Cour de cassation juge nulles les procédures dans lesquelles l'enfant n'est pas assistée lors de son jugement¹¹⁰.

¹⁰⁸ P. Milburn, « La réparation pénale à l'égard des mineurs : éléments d'analyse sociologique d'une mesure de justice restaurative », *Archives de politique criminelle* 2002/1 (n° 24), p. 147-160.

¹⁰⁹ D. Youf, « L'enfant doit-il être tenu pour responsable de ses actes ? », *Cités* 2001/2 (n° 6), p. 226.

¹¹⁰ Cass. (crim.) - 28 juin 2000 « Vu l'article 4-1 de l'ordonnance du 2 février 1945 ; Attendu que, aux termes de ce texte, le mineur poursuivi doit être assisté d'un avocat ; Attendu que, pour justifier le défaut d'assistance du mineur J. C. par un avocat, l'arrêt attaqué énonce que, selon leurs déclarations, ni le prévenu, ni son père, n'ont pris contact avec l'avocat commis d'office ; Mais attendu qu'en cet état, la Cour d'appel, alors qu'il lui appartenait de commettre d'office un avocat pour assister le mineur à l'audience, a méconnu le sens et la portée du texte susvisé ; D'où il suit que la cassation est encourue ; Par ces motifs, Casse et annule en toutes ses dispositions, l'arrêt susvisé ».

Avec cette réforme, le législateur a octroyé à l'enfant en conflit avec la loi, un statut protecteur où l'impératif éducatif s'est imposé. Cet impératif se retrouve à toutes les phases du traitement judiciaire de l'enfant en conflit avec la loi.

L'intérêt de l'enfant est un principe essentiel du procès pénal le concernant. Sa prise en compte permet de porter une dérogation au droit pénal général. Si en règle générale, le procès pénal a pour objectif d'établir la culpabilité ou de disculper une personne sur qui pèsent des soupçons graves de commission d'une infraction, le procès pénal du mineur à un autre objectif. En effet, selon l'article 17 de la Charte africaine des droits et bien-être de l'enfant, « *le but essentiel du traitement de l'enfant durant le procès et aussi s'il est déclaré coupable d'avoir enfreint la loi pénale est son amendement, sa réintégration au sein de sa famille et sa réhabilitation* ». Le besoin d'éducation et de réinsertion de l'enfant va conduire à un léger bouleversement de l'image traditionnel du procès pénal et du rôle de ses acteurs.

En ce qui concerne le rôle des acteurs, en premier lieu, le procureur du Faso dont les missions régaliennes sont tournées vers une rigueur répressive, doit infléchir ses positions. Dans ses réquisitions, il doit non pas seulement tenir compte des droits de la victime, mais d'abord de l'intérêt de l'enfant prévenu. Quand bien même celui-ci sera reconnu coupable le procureur doit requérir des peines adaptées à sa situation particulière et surtout qui ont une visée de réinsertion et de réhabilitation du mineur. En droit comparé¹¹¹, en Allemagne, la tendance est la même, par exemple en matière de petite délinquance la sanction principale est le classement sans suite¹¹².

Le deuxième bouleversement apporté par la loi de 2014 concerne le principe de la publicité des débats et de la protection de l'image de l'enfant poursuivi. En rappel, la loi de 1961 ne posait pas clairement la non-publicité des débats. Elle se contentait d'indiquer que « *la juridiction saisie pourra ordonner le huit-clos des débats* »¹¹³. Cette liberté laissée au juge, a été écartée avec la réforme de 2014. Depuis cette date, pour protéger l'enfant contre une réaction négative du public, la loi a posé la non-publicité des débats, l'audience se déroulant en chambre de conseil. Toutefois, une possibilité est aménagée pour permettre à certains acteurs d'assister aux débats¹¹⁴. La réforme est allée encore plus loin que la loi de 1961. Elle a aménagé une possibilité pour le juge de dispenser l'enfant à comparaître personnellement à l'audience de

¹¹¹ Au Québec par exemple, « le substitut du Procureur général, face à des preuves suffisantes pour justifier des poursuites, n'est jamais obligé d'autoriser celles-ci. Même pour des infractions graves, limitativement énumérées, telles que le trafic de stupéfiants, les violences, le meurtre ou encore les vols aggravés, il peut saisir le directeur de la protection de la jeunesse afin d'évaluer l'opportunité d'utiliser des mesures de rechange ». Voir K. Lévêque, « Délinquance des mineurs : un modèle québécois ? », *Revue Projet* 2002/4 (n° 272), p. 26.

¹¹² F. Dünkel, *op. cit.*, p. 297-313.

¹¹³ Article 11 de la loi de 1961.

¹¹⁴ La loi cite de façon exhaustive, les témoins, les proches parents de l'enfant, les parties civiles, les représentants légaux, les avocats, les personnes dignes de confiance, les experts, les représentants des services sociaux ou d'institutions s'intéressant au cas de l'enfant.

jugement, lorsque celui-ci a déjà été entendu durant la phase d'enquête. Dans ce cas, l'enfant est alors représenté par son avocat ou la personne qui l'assiste. Il en est de même lorsque les débats peuvent compromettre son intérêt, il peut être autorisé à se retirer de l'audience.

L'une des spécificités du droit pénal des mineurs réside dans les priorités dégagées par le législateur de 2014. En se conformant aux dispositions de la convention de 1989, qui veut que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants (...) l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale.* »¹¹⁵, le législateur, en a fait une priorité devant les droits de la victime ou de la société. Le procès pénal du mineur ne vise donc pas prioritairement à réparer le dommage causé à la victime et à la société. Cette entorse faite à la philosophie du droit pénal général est nécessaire en raison de la « *vulnérabilité et de l'inachèvement* »¹¹⁶ de l'enfant.

La réforme a renforcé la protection de l'image du mineur, en encadrant le traitement par la presse des informations issues du procès. Alors que la presse peut faire étalage des faits et des débats lors d'un procès pour adulte, la loi de 2014 interdit toute reproduction par la presse des débats des juridictions pour enfants. Les médias produisent une grande influence sur l'opinion publique qui prend très souvent la défense de la victime contre l'auteur de l'infraction, mettant plus souvent le juge sous pression¹¹⁷. Cette interdiction est donc à saluer. Aucune mention des nom et prénoms de l'enfant en cause ne doit être faite dans les comptes rendus des décisions rendues par les juridictions pour enfants¹¹⁸. Le législateur a également relevé la peine d'amende infligée aux contrevenants de cette disposition¹¹⁹.

La prise en compte de la fragilité du mineur doit également guider le juge lors de sa décision. La réforme lui offre une échelle de sanctions permettant d'allier éducation et répression lorsque cela est nécessaire.

¹¹⁵ Article 3 de la Convention sur les droits de l'enfant de 1989.

¹¹⁶ D. Youf, *op. cit.*, p. 215.

¹¹⁷ Parlant de la victime, des médias et de l'opinion publique, des auteurs les ont qualifiés de triangle infernal. Y. Cartuyvelset *al.*, « La justice des mineurs en Belgique au prisme des sanctions », *Déviance et Société* 2009/3 (Vol. 33), p. 288.

¹¹⁸ Sont également interdites : toute information pouvant permettre d'identifier ou de connaître la personnalité de l'enfant concerné ; toutes autres formes de publication du compte rendu de ces débats comme les diffusions faites par voie de radio, de télévision ou de livres sous forme de film cinématographique ainsi que la reproduction de tout portrait de l'enfant poursuivi et toute illustration le concernant ou concernant les actes qui lui sont imputés.

¹¹⁹ En 1961, l'infraction de publication de compte rendu des débats concernant des mineurs était punie d'une amende de 10.000 FCFA à 100.000 FCFA. Avec la réforme elle est passée de 100.000 FCFA à 500.000 FCFA.

La délinquance des mineurs est une affaire de tous¹²⁰, car l'enfant en conflit avec la loi est également un enfant en danger¹²¹. La loi de 2014 porte cette double facette. Lorsque le procès pénal n'a pu être évité et que l'enfant est jugé et reconnu coupable, le législateur burkinabè offre encore des garanties pour que la sanction du mineur ne porte pas préjudice à son évolution. Le juge qui prononce la peine est également un juge éducatif, il doit incarner une justice moins formelle et plus humaine, car il s'agit pour la société moins de punir l'enfant que de le préserver¹²². L'enfant est considéré comme un être en devenir, en construction, il doit donc être assisté, éduqué et surveillé pour lui permettre de continuer sa croissance aussi bien physique, physiologique, qu'affectif et intellectuel. Toutes ces considérations conduisent à affirmer la primauté de l'éducation et la subsidiarité de la peine. Le juge doit d'abord réfléchir à une sanction éducative¹²³ et c'est lorsque cette sanction n'est pas possible, qu'une peine coercitive peut être prononcée. Pour cela le juge a besoin d'être épaulé par plusieurs spécialistes de la question de l'enfant.

Lorsqu'une peine atténuée est prononcée à l'encontre de l'enfant, cela ne signifie pas que le fait ne constitue pas une infraction, mais c'est en raison de sa personnalité insuffisamment développée, donc de facteurs purement subjectifs, que la sanction est atténuée¹²⁴. La source de l'atténuation de la sanction applicable à l'enfant se trouve donc dans l'« *immaturité physique et intellectuelle* »¹²⁵ propre à l'enfant. En optant de privilégier l'éducation de l'enfant en conflit avec la loi, le législateur de 2014 lui donne une occasion d'effacer sa mauvaise action, de se réhabiliter et surtout de se revaloriser et ainsi se réinsérer dans la société qu'il a offensé¹²⁶. En droit comparé, en France, cette primauté de l'éducation sur la répression a même acquis une valeur

¹²⁰ La loi de 2014 oblige dans ce sens toute personne majeure à aider chaque enfant qui se présente à elle en vue d'informer le juge des enfants, sous peine de poursuite pour non assistance à personne en danger ou de mauvais traitements à enfant et de complicité. (Article 100 de la loi du 13 mai 2014).

¹²¹ Selon R. Ottenhof, le mineur « dangereux » peut se révéler être un mineur en danger. R. Ottenhof, « La responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international », *Revue internationale de droit pénal* 2004/1 (Vol. 75), p. 29.

¹²² Y. Cartuyvels, « Les horizons de la justice des mineurs en Belgique : vers un retour « soft » du pénal ? », *Déviance et Société* 2002/3 (Vol. 26), p. 284.

¹²³ Le juge des enfants après avoir jugé que « tous les éléments constitutifs de l'infraction de tentative de vol sont constitués à l'égard d'un mineur » ; l'a déclaré coupable de tentative de vol. Mais lui a appliqué une peine atténuée de travaux d'intérêt général de 150 heures. Jugement n° 10/2015 du 09/04/2015, Inédit.

Dans une autre décision, alors que l'enfant a été reconnu coupable de vol, il a été remis à son frère aîné après que l'enquête sociale eut révélé la possibilité de réinsertion. Jugement n° 66/2014 du 27/11/2014, n° du parquet 78/2014, Inédit.

¹²⁴ R. Declercq, « L'interprétation des articles 13 à 16 de la loi du 15 mai 1912 relatifs à la compétence du juge des enfants », *Ann. Dr. Louv.*, 1951, p. 151.

¹²⁵ D. Youf, *op. cit.*, p. 216.

¹²⁶ L. Slachmuylder, « Les réparations symboliques. Une expérience de probation au tribunal des enfants », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1964, n° 4, p. 287.

constitutionnelle¹²⁷. Le Conseil constitutionnel français a estimé que ce principe essentiel pouvait participer d'un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République¹²⁸.

Au Burkina Faso, le principe de l'atténuation des peines applicables aux mineurs ne date pas de la réforme de 2014. Déjà en 1961, le législateur avait prévu une atténuation des peines en fonction de l'âge du mineur et de son discernement.

La nouvelle réforme opère trois modifications majeures au sein de cette loi de 1961 :

- d'abord elle a rendu irresponsable le mineur de moins de 13 ans, aucune sanction ne pouvant être prononcée à son égard. En effet la loi de 1961 retenait la responsabilité du mineur de moins de 13 ans¹²⁹, mais le rendait inapte¹³⁰ à certaines peines ;
- ensuite elle a supprimé la catégorisation des sanctions en fonction de l'âge. La sanction appliquée est prononcée en fonction de la gravité des faits et de l'intérêt de l'enfant¹³¹ ;
- enfin elle a supprimé le principe posé en 1961 qui voulait que le mineur de plus de seize ans et moins de dix-huit reconnu coupable d'un crime ou d'un délit se voit appliquer les mêmes peines que les majeurs¹³².

La réforme de 2014 montre clairement son caractère mixte, le législateur a laissé la possibilité pour le juge des enfants de prononcer la liberté de l'enfant, quand bien même celui-ci serait reconnu coupable d'un crime : c'est la prise en compte de l'intérêt de l'enfant en équilibre avec l'intérêt de la société. Le juge peut également

¹²⁷ C. Lazerges, « Les limites de la constitutionnalisation du droit pénal des mineurs », *Archives de politique criminelle* 2008/1 (n° 30), p. 5-23.

¹²⁸ Décis. n° 2002-461 DC, loi d'orientation et de programmation pour la justice, considérants n° 26 à 28.

¹²⁹ La loi de 1961 retenait la responsabilité du mineur de moins de 13 ans. Article 14 : « Si la prévention de crime ou de délit est établi à l'encontre d'un mineur de moins de treize ans, le tribunal prononcera une des mesures suivante : remise du mineur à sa famille ; placement soit chez une personne digne de confiance, soit dans une institution charitable, pendant une période qui ne pourra excéder l'époque ou le mineur atteindra ses vingt ans ».

¹³⁰ J.- F. Seuvic, « Responsabilité pénale des mineurs », *RSC* 2002, p. 852.

¹³¹ La loi de 1961 retenait la sanction en fonction de l'âge ; ainsi si le mineur de moins de 13 ans et celui de moins de 16 ans qui a agit sans discernement, se voyaient prononcer des sanctions de placement ou remise à ses parents, celui de plus de 13 ans et moins de 16 ans pouvait se voir appliquer une sanction allant de dix à vingt ans de prison, s'il encourait la peine de mort suivant le code pénal ; de cinq à dix ans si il encourait la réclusion à perpétuité.

¹³² Article 21 de la loi de 1961.

faire jouer l'excuse de minorité¹³³, une sorte de modulateur de la peine qui peut être prononcée à l'encontre du mineur¹³⁴.

Si en 1961, les sanctions n'étaient pas hiérarchisées, la réforme de 2014 a apporté une bouffée d'oxygène au juge des enfants, qui dispose d'une graduation des sanctions applicables aux mineurs reconnus coupables. Le premier échelon des sanctions est l'admonestation, qui est une sorte d'avertissement judiciaire fait à l'enfant. Cette mesure n'existait pas dans les dispositions de 1961. L'enfant est recadré par le juge. L'admonestation a pour objectif d'éviter la récidive, de responsabiliser l'enfant¹³⁵. Le juge qui reçoit l'enfant en audience dans son cabinet lui fait un avertissement oral pour lui faire prendre conscience de la gravité de ses faits.

Le juge peut également faire des réprimandes à l'enfant, il s'agit d'un blâme adressé par le juge à l'enfant. A la suite de la réprimande, viennent des mesures qui ne sont pas nouvelles telles que le travail d'intérêt général ; la remise de l'enfant à ses parents¹³⁶, à sa famille élargie¹³⁷, à ses représentants légaux, à une personne digne de confiance¹³⁸ et enfin l'emprisonnement à temps.

L'emprisonnement est le stade ultime des sanctions pouvant être prononcées à l'encontre d'un enfant. Il est prononcé de façon exceptionnelle lorsque le juge estime qu'aucune des mesures n'est adaptée à la gravité des faits et à la situation de l'enfant.

¹³³ Article 75 de la loi du 13 mai 2014 : « Lorsque la culpabilité de l'enfant est établie, le tribunal pour enfants siégeant en matière criminelle doit : statuer spécialement sur l'application ou la non application à l'accusé d'une peine d'emprisonnement ; faire bénéficier l'enfant de l'excuse de minorité ».

¹³⁴ A. Ponselle, « De l'évolution de l'atténuation légale de la peine applicable aux mineurs », *Archives de politique criminelle* 2008/1 (n° 30), p. 45.

¹³⁵ T. Papatheodorou, « Droit pénal des mineurs en Grèce : entre évolution et réforme », *Déviance et Société* 2005/4 (Vol. 29), p. 490.

¹³⁶ « Attendu qu'au sens de l'article 77 de la loi n° 015-2014/AN du 13 mai 2014 portant protection de l'enfant en conflit avec la loi ou en danger, l'enfant convaincu de la commission d'un délit peut être remis à ses parents ; Attendu que dans le cas d'espèce, L.Y. S a été reconnu coupable des faits de détention illicite de cannabis qui lui sont reprochés ; que l'enquête sociale réalisée par le service social a révélé que son inadaptation semble provenir d'un manque d'encadrement ferme et adéquat, de la mauvaise fréquentation des lieux et de l'appât du gain facile ; Que de tout ce qui précède, il y a lieu de le remettre à ses parents pour un meilleur encadrement » Jugement n° 008/2015 du 12/02/2015 Ministère public c/ L.Y.S.

¹³⁷ C'est l'esprit prôné par les principes directeurs de Riyad. Selon l'article 12 la famille, dans le sens le plus large et sous toutes ses formes, doit être et rester le premier lieu de socialisation. L'article 14, lui, indique que l'enfant doit évoluer dans une « ambiance familiale stable et sereine ».

¹³⁸ C'est ainsi dans une de ses décisions le juge des enfants, reconnaissant un enfant coupable de vol, n'a pas prononcé une peine d'emprisonnement. Il l'a placé dans une institution spécialisée dans la réinsertion sociale des enfants en conflit avec la loi. L'enquête sociale avait révélé que l'enfant n'avait plus de famille et était devenu un enfant de la rue. Jugement n° 65/2014 du 27/11/2014, Inédit.

Et si cette peine exceptionnelle est prononcée, la loi indique qu'elle ne peut excéder la moitié de la peine correspondante prévue pour les majeurs. En tout état de cause, elle ne peut dépasser dix ans. C'est dire que l'emprisonnement à vie ou encore la peine de mort ne peut être prononcée à l'encontre de l'enfant. Ces peines sont considérées comme « *cruelles et inhumaines* »¹³⁹ pour un enfant et prohibées par toutes les conventions internationales concernant l'enfant.

Le Burkina Faso a donc aligné sa position sur celle des conventions internationales qui rappellent aux Etats de prendre des mesures pour qu'aucun enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire et cette mesure doit être une mesure de dernier recours et d'une durée aussi brève que possible¹⁴⁰. Cependant il faut dire que la pratique est tout autre, le juge des enfants et le procureur du Faso n'ont pas encore totalement adapté leur pratique à la nouvelle loi. Lorsque les faits sont d'une gravité particulière, le juge des enfants a tendance à utiliser le droit pénal général comme fondement de sa décision¹⁴¹.

Si la peine est atténuée, il faut noter également que l'exécution des peines privatives de liberté prononcées contre un enfant connaît également une particularité. La loi exige qu'elles soient exécutées dans un quartier spécial à cet effet avec un suivi médical régulier en préventif comme en curatif. Elle doit également se faire dans des conditions propices à la réinsertion sociale de l'enfant.

La réforme de 2014 a également modifié l'effet de la cassation sur les droits de l'enfant. Alors qu'en droit pénal général le recours en cassation ne suspend pas l'exécution de la peine, en droit pénal des mineurs le pourvoi en cassation suspend la peine d'emprisonnement. Cela peut être une stratégie de la défense de l'enfant de faire appel ou de se pourvoir en cassation permettant ainsi à l'enfant d'éviter un emprisonnement immédiat.

Lorsque le juge des enfants prononce une peine à l'encontre d'un enfant, il n'est pas pour autant libéré de sa mission. La loi l'oblige à suivre et à contrôler l'exécution des mesures et peines qu'il a prononcées. Pour marquer la primauté de la protection de l'enfant sur la répression, la loi de 2014 a étendu les pouvoirs du juge des enfants pour lui permettre en tout moment de revoir le dossier de l'enfant. Ainsi le juge peut réviser

¹³⁹ O. D'Amour, « Les articles 37 et 40 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 », extrait d'une communication faite lors du séminaire de formation en justice des mineurs Ouagadougou 2004.

¹⁴⁰ Article 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

¹⁴¹ Il l'a fait dans le jugement n° 007/2015 du 05/02/2015. En effet dans un cas de vol de cyclomoteur, le juge a uniquement visé les articles du code pénal, sans faire une référence à la loi portant protection de l'enfant en conflit avec la loi. « Attendu qu'au sens de l'article 450 du code pénal, est puni d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 300.000 FCFA à 1.500.000 FCFA quiconque se rend coupable de vol ; Attendu que S. A s'est rendu coupable de vol ; que conformément à l'article 450 suscitée, il convient de le condamner à une peine d'emprisonnement ferme de douze (12) mois ».

la peine si le mineur respecte certaines conditions¹⁴². Cette possibilité laissée au juge de réviser la peine peut également lui permettre, selon l'article 91 de la loi de 2014, de changer la mesure éducative prononcée, lorsque celle-ci apparaît inopérante, en raison de la mauvaise conduite de l'enfant. Dans ce cas une condamnation pénale peut être prononcée.

En ce qui concerne l'application des peines, le juge d'application des peines a été remplacé par une commission pour enfant¹⁴³.

La réforme a donné une grande importance au juge des enfants, aux travailleurs sociaux et aux parents dans l'application des peines prononcées à l'encontre d'un mineur. Le rôle des parents s'étend à toute la procédure et ceux-ci encourent une peine pénale en cas de manquement à leurs obligations, c'est par exemple le cas où un incident à la liberté surveillée révèle un défaut de surveillance caractérisé de la part des parents ou du tuteur ou du gardien ou des entraves systématiques à l'exercice de la mission de surveillance¹⁴⁴.

CONCLUSION

Le législateur burkinabè a marqué un grand coup avec la loi du 13 mai 2014. Cette réforme a le mérite d'être clair dans son objet. Toute réaction du juge burkinabè à l'infraction causée par un mineur doit poursuivre une finalité de réinsertion du mineur dans la société dictée par les besoins particuliers de l'enfant¹⁴⁵. La réponse à la délinquance de l'enfant ne doit plus être nécessairement pénale. Elle doit être cohérente, claire, progressive et permettant à l'enfant de se réaliser, d'aller vers un avenir prometteur¹⁴⁶. Il reste encore au législateur d'obliger l'administration judiciaire à veiller à ce que les décisions interviennent dans des délais raisonnables. Car l'enfant

¹⁴² Il s'agit essentiellement de conditions liées au comportement du mineur. Le juge peut le faire soit d'office, soit à la requête du procureur du Faso, de l'enfant, de ses parents, de son tuteur, de la personne qui en a la garde, de la personne qui l'a assisté ou du directeur de l'établissement où il est placé.

¹⁴³ Article 94 : « La commission pour enfants chargée de l'application des peines est composée : du juge des enfants ; d'un représentant du ministère public ; d'un travailleur social de l'établissement au sein duquel la peine est exécutée ; du directeur ou du responsable de l'établissement d'exécution ; du responsable de santé dudit établissement. La commission est présidée par le juge des enfants.

¹⁴⁴ Dans ce cas la loi indique que le juge des enfants, après avis à comparaître du procureur du Faso, peut, lors d'une audience en chambre de conseil, condamner les parents ou les représentants légaux à une peine d'emprisonnement de deux mois au plus et à une amende de quinze mille (15 000) francs CFA à cinquante mille (50 000) francs CFA ou à l'une de ces deux peines seulement.

¹⁴⁵ J. Trépanier, *Le développement historique de la justice des mineurs, 100 ans de Justice Juvénile, bilan et perspectives*, 5^{ème} séminaire de l'IDE, Institut Universitaire Kurt, Bösch 2000, p. 41.

¹⁴⁶ A. Varinard, « La nécessité d'une refonte de la justice pénale des mineurs », *Revue française de criminologie et de droit pénal*, n° 1, octobre 2013, pp. 19-32.

en attente d'une décision le concernant peut s'enfoncer dans une destruction interne de son être, surtout s'il est détenu en attente de son jugement.

Il faut impérativement mieux protéger ces trésors de l'humanité, en leur offrant de nouvelles raisons de croire et d'espérer en l'avenir¹⁴⁷. Et le juge des enfants se trouve au cœur de ce dispositif. Ce juge comme l'écrit L. Israël a un point commun avec le médecin, il « *doit définir la pathologie particulière dont souffre l'enfant afin de délimiter le registre d'action qui sera efficace pour la traiter* »¹⁴⁸, car n'oublions pas que l'enfant en situation de délinquance est également un enfant en danger.

Avec la loi de 2014, le droit pénal applicable aux mineurs semble se détacher du droit pénal général, mais le Burkina Faso a encore du chemin à faire pour rendre ce droit pénal plus lisible et accessible à tous. En effet, à côté de cette philosophie protectionniste du législateur burkinabé, il faut signaler d'autres facteurs, qui malheureusement limitent la nature protectrice du statut pénal du mineur. La réponse pénale quant à son efficacité demeure mitigée. Le juge des enfants au Burkina Faso, n'est pas toujours protecteur de l'enfant, il lui arrive d'écarter l'intérêt de l'enfant pour se baser uniquement sur la gravité des faits¹⁴⁹, remettant ainsi en cause le modèle protectionniste voulu par le législateur.

Si on peut saluer, l'adoption de cette loi, on doit néanmoins affirmer qu'elle est inachevée. Cet inachèvement juridique du dispositif juridique est entériné par celui du cadre institutionnel. A cela s'ajoute les autres contraintes fonctionnelles, facteurs de paralysie du dynamisme de l'institution judiciaire. Cet état de fait n'est pas sans affecter sur l'efficacité de la réponse judiciaire et partant, le statut pénal du mineur en conflit avec la loi. En témoigne le durcissement du régime sanctionnel manifesté par le fort taux des mesures privatives de liberté. Malgré ses imperfections, l'arsenal

¹⁴⁷ Extrait d'une communication de Bernard Comby, lors du séminaire sur la justice des mineurs tenue à Ouagadougou en 2004.

¹⁴⁸ L. Israël, « Les mise en scène d'une justice quotidienne », *Droit et Société*, n° 42/43, 1999, p. 417.

¹⁴⁹ « Attendu qu'en l'espèce, D.A s'est rendu coupable de vol ; que l'enquête sociale conclut à sa remise à son oncle domicilié à Sapouy par l'intermédiaire du service social de la Maison d'Arrêt et de Correction de Ouagadougou (MACO) qui effectuera aussi son suivi ; que cependant, les fait qui lui sont reprochés sont d'une certaine gravité ; qu'il y a lieu de ce fait de le condamner à la peine d'emprisonnement ferme de douze (12) mois ». Jugement n° 008/2015 du 05/03/2015, Ministère public c/ D.A, Inédit. Ou encore « Attendu qu'en l'espèce, K.A s'est rendu coupable de vols et de recel ; que l'enquête sociale préconise sa remise à ses parents par l'intermédiaire du service social de la Maison d'Arrêt et de Correction de Ouagadougou qui assurera aussi son suivi ; que cependant, les faits qui lui sont reprochés sont d'une certaine gravité ; qu'en outre, les mensonges par lui employés pour échapper aux conséquences juridiques de son acte témoignent suffisamment du fait qu'il ne se prête pas à un amendement ; qu'au regard de tout cela, il y a lieu de le condamner à la peine d'emprisonnement ferme de vingt quatre (24) mois ». Jugement n° 069/2014 du 04/12/2014 Ministère public c/ K.A.

juridique de la justice pénale des mineurs apporte un traitement mettant en avant la protection du mineur.

Il faut aussi signaler que la compréhension de l'opinion publique est inadaptée à la philosophie du nouveau cadre juridique applicable à l'enfant en conflit avec la loi. Lorsque le mineur bénéficie d'une liberté le juge est accusé de corruption ou encore lorsqu'appréhendé avec des majeurs, sa garde à vue est levée, l'incompréhension de la population peut engendrer des émeutes. On a vu le cas récemment avec un mineur appréhendé en flagrant délit de vol, déféré, le procureur a appliqué la nouvelle loi et a libéré le mineur. L'officier de police judiciaire qui avait déféré le mineur a fait une conférence de presse pour fustiger le magistrat qui avait accordé cette liberté¹⁵⁰. C'est dire que même si le nouveau cadre juridique est protecteur de l'enfant, les acteurs de la chaîne pénale et l'opinion public burkinabé peine toujours à faire siens ce nouveau dispositif. Si la bataille de la loi est gagnée il reste la bataille de la sensibilisation à l'assimilation de ce nouveau cadre juridique pour permettre une éclosion heureuse de la nouvelle politique pénale applicable à l'enfant au Burkina Faso. Tout porte à croire que « *enfance ne rime plus avec innocence* »¹⁵¹. La justice pénale des mineurs va-t-elle résister à son autonomisation ?

Dr. Baimanai Angelain PODA

Assistant en droit privé

Université Ouaga II

podange@yahoo.fr

BURKINA FASO

¹⁵⁰ Le 14 avril 2015, un officier de police judiciaire avait convoqué la presse pour leur exposer que des prévenus déposés au Parquet ont été libérés sans avoir été entendus. Il a soulevé la complaisance du Parquet, puis a insinué une pratique de corruption. Le procureur du Faso a été obligé de faire également une conférence de presse pour souligner que parmi les personnes présentées au parquet, il y avait un mineur de 16 ans et le juge a décidé de sa libération étant donné qu'il ne reconnaissait pas les faits et qu'une loi spécifique est appliqué aux mineurs.

¹⁵¹ Ch. Lapoyade- Deschamps, Les petits responsables, D. 1988, chron, p. 299.

Abonnement

Burkina : 5 000 F CFA
Afrique : 15 000 F CFA
Reste du monde : 39 Euros

Non compris les frais de port

Numéro : 2 500 F CFA

Bulletin d'abonnement
(Deux numéros par an)

M.....
Organisme (nom et adresse)
Désire souscrire à un abonnement annuel à la Revue Burkinabè de Droit

Mode de règlement : Espèce, Chèque, Virement bancaire
Référence

Nombre d'exemplaires par numéro

Signature

Renseignement – Abonnements

Revue Burkinabè de Droit
09 BP 1293 Ouagadougou 09
E-mail : rbd@univ-ouaga2.bf
Tél. : (+226) 62616501