

Avis consultatif
sur
La compatibilité des lois sur le vagabondage avec la Charte
africaine des droits de l’homme et des peuples et avec les autres
instruments des droits de l’homme applicables en Afrique

n°001/2018
4 décembre 2020

Opinion individuelle
du
Juge Blaise Tchikaya

Introduction

I. Les questions posées par l’Avis

- A. *L’État des questions posées*
(questions posées ; choix de la Cour)
- B. *La fluidité du concept de vagabondage*
(Imprécision ; aspects pénaux)

II. Les obligations positives de l’Avis

- A. *Les obligations positives*
(Abroger les lois obsolètes ; adopter de nouvelles règles)
- B. *Le régime des règles internes sur le vagabonda contraires au droit continental*

*C. Les aspects qui tempèrent les obligations opposables aux États
(L'héritage colonial ; la marge nationale d'appréciation)*

Conclusion

Introduction

1. La Cour africaine a rendu, le 4 décembre 2020, un Avis consultatif sur « *La compatibilité des lois sur le vagabondage avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et avec les autres instruments des droits de l'homme applicables en Afrique* »¹. Cet Avis consultatif² a, en définitive, recueilli l'unanimité des membres de la Cour. J'y attache néanmoins une opinion individuelle, car si je suis dans l'ensemble d'accord avec le fait que cette demande d'Avis suscite une réflexion utile et peut infléchir certaines politiques publiques, il est toutefois à considérer que la Cour aurait pu élargir son analyse du sujet. A la simple manière du Juge nigérian Charles Onyema dans l'Avis de 1971³ qui disait souscrire à la conclusion de la Cour lorsqu'elle déclarait que « la présence de l'Afrique du Sud en Namibie est illégale », mais il souhaitait que « certains des aspects » soient abordés de façon plus étendue⁴.

2. Cette demande d'Avis, arrivée au Greffe de la Cour le 10 mai 2018, fut examinée en plénière lors de la 59^{ème} session de la Cour en novembre 2020. Elle arrivait opportunément à son heure car la Cour ne fit plus examen de question sociale de cette importance depuis quelques temps, du moins en matière consultative. En application de l'article 4 (1.) du Protocole créant la Cour et de l'article 82 du nouveau Règlement intérieur⁵ de la Cour africaine, l'Union

¹ CAFDHP, *Avis consultatif n°01/2018*, 51 p.

² L'auteur de la demande d'Avis, la *Panafrican Union Lawyers Association*, est une organisation africaine dont le siège est à Arusha (Tanzanie). Cette organisation est reconnue par l'Union Africaine par le biais d'un Protocole d'accord signé en date du 8 mai 2006.

³ CIJ., *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Rec. 1971, p. 16.

⁴ v. *Affaire précitée*, Avis individuel du Juge Onyema.

⁵ La Règle 82 du nouveau Règlement, alinéa premier : « des demandes d'avis consultatifs peuvent être adressées à la Cour par un État membre, par l'Union africaine, par tout organe de l'Union africaine ou par une organisation africaine reconnue par l'Union africaine ».

panafricaine des Avocats (PALU) demandait Avis consultatif de la Cour sur la conformité de certaines lois relatives au vagabondage avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, avec la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant et avec le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes.

3. Dans la pratique des Avis rendus par les institutions ou juridictions internationales⁶, il est convenu que l'organe saisi d'une demande doit rechercher « quelles sont véritablement les questions juridiques que soulèvent les demandes formulées dans une requête »⁷. Cette exigence cardinale est même inscrite comme liée au bon sens judiciaire face à une question posée, ainsi la C.I.J. le rappelle dans cette affaire de 1980, OMS-Égypte. Ceci devrait retenir la grande partie du temps que la Cour consacre à la demande qui lui est soumise.

4. Il semble qu'il y ait un préalable à clarifier. Les personnes habilitées à présenter les demandes d'Avis sont libres du contenu de leur demande. Elles peuvent présenter les demandes sans grande limite. Il revient à l'autorité saisie de dire les règles applicables devant-elle en la matière. C'est pourquoi, le juge international dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour refuser de se prononcer sur une demande d'Avis⁸. La même position est défendue, non sans sarcasme, par le Juge Bennouna, dans l'*Affaire du Kosovo*. Il disait, avec regret, que :

⁶Il est à indiquer que la Convention américaine relative aux droits de l'homme (22 novembre 1969) donne des solides compétences à la Cour américaine. L'article 64 énonce en son premier alinéa que « Les Etats membres de l'Organisation pourront consulter la Cour à propos de l'interprétation de la présente Convention ou de tout autre traité concernant la protection des droits de l'homme dans les Etats américains. De même les organes énumérés au Chapitre X de la Charte de l'Organisation des Etats Américains, réformée par le Protocole de Buenos Aires, pourront consulter la Cour au sujet de questions relevant de leur compétence particulière... ». Rien de tel à la Cour européenne des droits de l'homme, malgré les évolutions apportées par le Protocole n° 16, en vigueur depuis le 1^{er} août 2018 qui a permis d'étendre la compétence de la Cour européenne de donner ainsi des avis consultatifs lorsqu'ils seront demandés par une haute juridiction d'un Etat partie à la Convention. v. la stimulante étude Burgorgue-Larsen (L.), *Les 3 cours régionales des droits de l'homme In context, La justice qui n'allait pas de soi*, Ed. A. Pédone, 2020, p. 247 et s.

⁷C.I.J., *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, Recueil 1980, p. 88. La Cour internationale soulignait que, pour rester fidèle aux exigences de son caractère judiciaire dans l'exercice de sa compétence consultative, elle doit rechercher quelles sont véritablement les questions. Dans *Certaines dépenses des Nations Unies*, rendu en 1962, la CIJ, soulignait également à ce propos qu'en réponse à des requêtes pour avis consultatif la Cour permanente de Justice internationale a elle aussi jugé parfois nécessaire de déterminer quels points de droit entaient véritablement mis en jeu par les questions dans la requête.

⁸La Cour internationale consacre ceci comme des préalables. Elle dit notamment que « Lorsque la Cour est saisie d'une demande d'avis consultatif, elle doit commencer par déterminer si elle a compétence pour donner l'avis demandé et, dans l'affirmative, examiner s'il existe une quelconque raison pour elle d'exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser de répondre à la demande », dans C.I.J., Avis consultatif, *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, Recueil 2019, p. 95 et s. Comme le rappelle la Juge M^{me} Donoghue dans l'*Avis sur les Effets juridiques de la séparation de*

« si elle avait refusé de répondre à cette demande, la Cour aurait pu donner un coup d'arrêt à toutes les demandes «frivoles» d'avis que des organes politiques pourraient être tentés, à l'avenir, de lui adresser et de protéger par là même l'intégrité de sa fonction judiciaire »⁹.

5. Dès lors qu'elle accepte de se prononcer, la Cour doit strictement s'assurer pour le moins : a) qu'elle le fera dans les conditions juridiques établies ; et, b) que la rigueur quant à la précision de l'Avis y figure pour l'espèce en présence. La demande contenait matériellement les éléments requis aux préoccupations desquelles la Cour africaine fut saisie ; restait à la Cour d'élaguer et d'approfondir les questions qui lui paraissaient répondre à sa fonction consultative.

6. On fera d'abord l'état des questions posées (I.) ensuite, on abordera la question liée aux obligations des États (II.).

I. L'objet de l'Avis

7. Cette partie présentera les questions posées à la Cour. Celles ayant constitué la demande d'Avis. Y sera examinée, l'important aspect relatif de la précision de la question posée (A), et les bases factuelles et légales de l'objet même de l'Avis (B).

A. État des questions posées

8. La demande d'Avis faite à la Cour présente quatre questions visant trois instruments de droits de l'homme majeurs du continent. La Cour en fait le résumé suivant :

l'archipel des Chagos de Maurice en 1965 (2020) : Le pouvoir discrétionnaire vise à protéger l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour et sa nature en tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies. v. aussi CIJ., *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 416, par. 29.

⁹ Opinion dissidente, Juge Bennouna, dans la même décision : CIJ., *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2010 p. 403

« La Cour relève que même si l'auteur a posé quatre questions, la demande porte en fait sur des violations alléguées de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁰, à la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant¹¹ et au Protocole à la Charte relatif aux droits de la femme¹². Compte tenu de ce qui précède et sans remettre en cause les quatre questions présentées par l'auteur, la Cour entend examiner, l'une après l'autre, les violations alléguées de la Charte, de la Charte des droits de l'enfant et du Protocole relatif aux droits de la femme. Elle examinera ensuite les obligations qui incombent aux États parties en vertu de la Charte, de la Charte des droits de l'enfant et du Protocole relatif aux droits de la femme, en ce qui concerne les lois sur le vagabondage, telles qu'elles sont formulées dans la quatrième question de l'auteur »¹³.

9. On comprend bien le sens des quatre questions en s'arrêtant sur la première qui se présente à l'identique des autres :

« a. Les lois et les règlements sur le vagabondage, y compris, sans toutefois s'y limiter, celles qui contiennent des dispositions qui criminalisent le statut d'une personne sans domicile fixe, sans emploi ou sans moyens de subsistance et qui n'exerce aucun métier, ni aucune profession et qui est dès lors considéré comme suspect ou voleur connu, qui est oisif et ne peut pas expliquer son statut violent-ils : i. le droit de ne pas subir de discrimination, protégé par l'article 2 de la Charte africaine ; ii) le droit à une totale égalité devant la loi et a une égale protection par la loi, protégé par l'article 3 de la Charte africaine; iii. le droit à la dignité et celui de ne pas faire l'objet de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradant , protégé par l'article 5 de la Charte africaine; iv) le droit à la liberté et a la sécurité de sa personne, protégé par l'article 6 de la Charte africaine ; v. le droit à un procès équitable,

¹⁰ 27 juin 1981, adoptée à Nairobi (Kenya).

¹¹ 1^{er} juillet 1990, adoptée à Addis-Abéba (Ethiopie).

¹² 11 juillet 2003, adopté à Maputo (Mozambique)

¹³ *Demande d'Avis sur la compatibilité des lois sur le vagabondage avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et avec les autres instruments des droits de l'homme applicables en Afrique*, pp. 4-6.

protégé par l'article 7 de la Charte africaine ; vi. le droit de circuler librement et de choisir sa résidence, protégé par l'article 12 de la Charte africaine ; iv) le droit des femmes, des enfants et des personnes souffrant d'un handicap a la protection, protégé par l'article 18 de la Charte africaine ».

10. De la nature des questions viennent les problèmes que pose cet Avis consultatif. L'idée de l'auteur de la demande est de mettre à l'étude trois composantes : les textes nationaux (lois et règlements) sur le vagabondage, les trois conventions de l'Union africaine précitées et l'usage que les Etats en font dont il dit que des dispositions criminalisent certaines situations.

11. La deuxième et la troisième question notamment induisent des faits juridiques d'une importance répressive, à savoir :

« Les lois sur le vagabondage et les règlements, y compris, mais sans s'y limiter, celles qui contiennent des dispositions permettant d'ordonner sommairement l'expulsion de toute personne déclarée en état d'errance, d'oisiveté ou de vagabondage vers une autre zone, violent – il (le droit à la non-discrimination ; le droit à l'égalité ;...) »¹⁴.

12. De même, on peut lire s'agissant de la troisième question que :

« Les lois sur le vagabondage et les règlements, y compris, mais sans s'y limiter, celles qui contiennent des dispositions permettant d'ordonner sommairement l'expulsion de toute personne déclarée en état d'errance, d'oisiveté ou de vagabondage vers une autre zone, violent – ils...(les principes précités) »¹⁵

13. La Cour devrait s'aviser davantage à cerner au plus près le débat conceptuel dans lequel le Demandeur l'appelait. Pour ce dernier :

« En Afrique, bon nombre d'infractions criminalisent en réalité la pauvreté. Ces infractions ont été introduites durant la période coloniale

¹⁴*Idem.*, p. 4

¹⁵*Idem.*, p. 5.

et il est pour le moins saugrenu que de telles infractions puissent être maintenues dans des démocraties constitutionnelles ».

14. La Cour devrait, d'une part, approfondir le contenu de ces concepts et d'autre part, s'assurer de leur pouvoir de clarification. Les conclusions à en tirer, importantes de l'échelle de la Cour, n'auront de pertinence qu'en fonction de l'analyse de ces concepts.

15. Le caractère pénaliste de certaines conclusions oblige encore à des précisions. On sait les influences historiques, non clarifiées, de l'exercice actuel du pouvoir pénal et le legs colonial¹⁶ que rappelle la demande d'Avis, mais les deux difficultés que la Cour ne prend pas le soin de contourner préalablement sont d'une évidence cathédrale dans la commande qui lui est faite : la fluidité du concept de vagabondage et le glissement contentieux de l'objet de la commande.

b) La fluidité du concept de vagabondage

16. Quel serait le devenir de l'acte consultatif si, au demeurant, sa base notionnelle est fluide, non définie, ni cadrée ? Au sens du travail consultatif de la Cour, celui-ci comme le dit la Règle 82 du nouveau Règlement de la Cour – précité - sur les procédures consultatives, se rapporte à des « questions de droit ». Il en appert une obligation de précision. Une double obligation pour la Cour. Premièrement, elle est tenue de couvrir avec exactitude une demande qui fait l'attente de l'auteur de la commande, et deuxièmement, l'obligation s'entend en rapport à l'exigence du droit, lequel par définition rejette l'approximation.

16. Le vagabondage est défini par le Dictionnaire Larousse (2020) comme « le fait d'errer sans but précis ». Ce fait a été socialement apprécié diversement. Aussi, a-t-il pu constituer un délit, dans certains pays, qui vise des personnes sans domicile fixe, ni moyens de subsistance.

¹⁶Le texte de la saisine cite notamment l'expérience du Tanganyika où « un magistrat a déclaré abusive une loi sur le vagabondage en 1941 et a estimé que le règlement administratif était « injuste et oppressif ». L'ordonnance de 1944 sur l'éloignement des personnes indésirables aurait survécu jusqu'à nos jours et de nombreux enfants et adultes ont été arrêtés et qualifiés de vagabonds en vertu de ces dispositions . v. *Idem.*, p. 20. v. "The travelling native : Vagrancy and Colonial Control in British East Africa" dans, AL Beier and Paul Ocobock, *Cast Out: Vagrancy and Homelessness in Global and Historical Perspective*, 2008, 408 p.

Comme l'évoque la commande faite à la Cour, sans doute à juste titre, il y a « incrimination » des personnes.

17. Sont cités dans le texte de la Demande d'Avis au moins 22 pays d'Afrique, où le fait d'être un vagabond correspond à un délit :

« Un vagabond est défini dans les codes pénaux de ces pays comme toute personne sans domicile fixe, ni de moyens de subsistance et qui n'exerce ni métier, ni profession. Ces pays sont, notamment, l'Algérie, l'Angola, le Burkina Faso, le Cameroun, le Tchad, les Comores, la République du Congo, la Côte d'Ivoire, l'Éthiopie, l'Érythrée, le Gabon, la Guinée, Madagascar, la Mauritanie, le Mali, le Maroc, le Niger, le Rwanda, la République arabe sahraouie démocratique, le Sénégal, le Soudan du Sud et le Togo »¹⁷.

18. Il sera retenu quelques codes pénaux qui donnent une vue de la perception africaine du vagabondage. Dans le *Code pénal du Sénégal*, on peut lire :

Au Paragraphe II sur le Vagabondage, « Article 241 : Le vagabondage est un délit. Article 242 : Les vagabonds ou gens sans aveu sont ceux qui n'ont ni domicile certain, ni moyens de subsistance, et qui n'exercent habituellement ni métier, ni profession. Article 243 : Les vagabonds ou gens sans aveu qui auront été légalement déclarés tels seront, pour ce seul fait, punis d'un mois à trois mois d'emprisonnement. Article 244 : Les individus déclarés vagabonds par jugement pourront, s'ils sont étrangers, être conduits, par les ordres du Gouvernement, hors du territoire de la République. S'ils sont réclamés par leur Gouvernement, cette mesure pourra intervenir même avant l'expiration de leur peine »¹⁸.

19. Le *Code pénal algérien* réprime également, le vagabondage qu'il associe à la mendicité :

¹⁷*Ibidem.*, p. 10.

¹⁸ Code pénal du Sénégal, 2020.

« Section IV, La mendicité et le vagabondage, Art. 196. - Est coupable de vagabondage et puni de l'emprisonnement d'un (1) à six (6) mois, quiconque, *n'ayant ni domicile certain, ni moyens de subsistance, n'exerce habituellement ni métier, ni profession bien qu'étant apte au travail et qui ne justifie pas avoir sollicité du travail ou qui a refusé le travail rémunéré qui lui était offert* »¹⁹.

20. Les règles du *Mali* sont proches des dispositions connues. On note :

« Art.181.- Les vagabonds ou gens sans aveux qui auront été légalement déclarés tels seront, pour ce seul fait, punis de quinze jours à six mois d'emprisonnement. Ils pourront, en outre, en cas de récidive, être interdits de séjour pendant deux ans au moins et cinq ans au plus. Art.182.- Les individus non originaires de la République du Mali déclarés vagabonds peuvent être conduits par les ordres du gouvernement hors de la République. Les vagabonds nés au Mali pourront, même après un jugement passé en force de chose jugée, être réclamés par délibération du conseil de la commune ou du village où ils sont nés ou cautionnés par un citoyen solvable...²⁰.

21. La Section 5 du Code pénal ivoirien²¹ qui traite du vagabondage et de la mendicité – les assimile pratiquement - , elle énonce en article 189 qu' :

« Est puni d'une peine de trois à six mois d'emprisonnement et peut être frappé pendant cinq ans, d'interdiction de séjour, ou d'interdiction du territoire de la République, ou d'interdiction de paraître en certains lieux, celui qui n'a ni domicile certain, ni moyens de subsistance avouables et qui n'exerce habituellement ni métier ni profession ».

22. A cette définition, s'ajoute ce qu'encourt le vagabond en cas de violences exercées sur autrui. Ceci est énoncé à l'article 193 :

¹⁹ Code pénal algérien, 2015.

²⁰ Code pénal Mali, 2001.

²¹Loi n° 95-522 du 6 juillet 1995

« Tout mendiant ou vagabond qui exerce des violences envers les personnes est puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans. Si les violences sont accompagnées d'une des circonstances mentionnées à l'article 192, les peines sont portées au double ».

23. La complexité de la question veut que soit considérée l'approche que les autres pays en ont. La France notamment, l'un des pays ayant utilisé le concept dans son modèle colonial, l'a banni, par l'imprécision du vocable, depuis 1992 de toute approche pénale. On lui connaît un autre qui est lui proche, celui de « mendicité »²².

24. On doit considérer que si le concept de vagabond énonce, sans le dire vraiment un état du sujet, il ne précise en rien un acte ou une commission. La sanction pénale devra attendre l'acte fautif. Tant qu'il est admis qu'être mendiant, pauvre ou en errance ne peuvent constituer, en eux-mêmes, des infractions.

25. L'Avis rendu par la Cour en convient lorsqu'il dit que l'une des caractéristiques constantes de la loi pénale est qu'elle doit toujours être claire et les incriminations éventuelles qu'elle porte doivent être précises. Or, poursuit-elle :

« Les lois sur le vagabondage utilisent souvent un langage vague, peu clair et imprécis. La terminologie courante utilisée pour définir les infractions de vagabondage comporte des expressions telles que « flânerie », « ne pas avoir de moyens de subsistance visibles » et « ne pas pouvoir justifier sa situation. » Ces termes ne donnent pas suffisamment d'indications aux citoyens sur ce que la loi interdit et elles confèrent en même temps une large marge de manœuvre aux forces de l'ordre quant à la manière d'appliquer les lois sur le vagabondage »²³.

26. Le régime auquel est soumis le vagabond appelle une analyse approfondie du lien de la situation économique des sujets et les règles de droit auxquelles ils sont soumis. Il faut se

²² v. Le Code pénal en sa Section 2 ter traite de de l'exploitation de la mendicité 225-12-5 Loi n°2003-239 du 18 mars 2003, Article 64, JORF 19 mars 2003.

²³ *Avis consultatif*, v. § 86.

rappeler que dans une de ses premières formations²⁴, la Cour rejetait une demande d'avis consultatif faite par la *Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP)*²⁵. La question posée dans la demande n'était pas totalement dénuée de sens, ni d'intérêt. La Cour devait en effet donner son avis sur « les conséquences juridiques et en matière de droits de l'homme découlant de la pauvreté systématique et généralisée au Nigéria », et si celle-ci « constitue une « violation de certaines dispositions de la Charte africaine (...) ». Le Greffe de la Cour ayant accusé réception de la demande, a invité le SERAP à lui faire connaître le fondement juridique de sa demande et par une suivante décision adressée au SERAP, qui indiquait que la demande ne satisfaisait pas aux exigences du Règlement intérieur de la Cour, en particulier l'article 68 (2).

27. On trouve également cette exigence dans toute l'évolution de la jurisprudence consultative internationale. La Cour permanente de justice internationale qui, en a établi les bases, fut par exemple saisie par la Société des Nations. Cette saisine consultative portait sur la question de savoir si « délégué ouvrier des Pays-Bas à la troisième session de la Conférence internationale du Travail a été désigné en conformité des dispositions du paragraphe 3 de l'article 389 du Traité de Versailles. La Cour se posait les principes méthodologiques suivantes :

« Le délégué ouvrier des Pays-Bas à la troisième session de la Conférence internationale du Travail ayant été admis par la Conférence, la Cour est d'avis que la question dont elle est saisie n'a d'autre but que d'obtenir une interprétation des dispositions du paragraphe 3 de l'article 389. Si la manière dont le Gouvernement des Pays-Bas a procédé lors de la désignation du délégué ouvrier forme l'objet de la question, d'après la formule adoptée par le Conseil de la Société des Nations, ce n'est que pour bien préciser la situation de fait à laquelle l'interprétation doit s'appliquer »²⁶.

28. L'un des anciens Juges à la Cour, Ouguergouz (F.), soulignait dans son Opinion que ne devrait être présentées en plénière que les demandes :

²⁴Elle comprenait la juge Akuffo et les juges Ouguergouz, Ngoepe, Niyungueko, Ramadhani, Tambala, Thompson, Oré, Guissé, Kioko et Aba, en 2013.

²⁵Demande déposée au Greffe, le 1^{er} Mars 2012 par *Socio-Economic Rights & Accountability Project (SERAP)*.

²⁶ CPJI., A.C., *Désignation du délégué ouvrier néerlandais à la troisième session de la Conférence internationale du Travail*, 31 juillet 1922.

« remplissant les conditions de validité formelle prévues par le Protocole et le Règlement de la Cour. Seules remplissent ces conditions les demandes qui contiennent toutes les informations nécessaires à la détermination de la compétence de la Cour pour en connaître. Aux termes des articles 4(1) du Protocole et 68 du Règlement, la compétence consultative de la Cour est subordonnée à quatre conditions : 1) la demande d'avis doit émaner d'une entité autorisée à le faire, 2) elle doit porter sur une question juridique, 3) cette question doit concerner la Charte africaine ou tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et 4) son objet ne doit pas se rapporter à une requête pendante devant la Commission africaine »²⁷.

29. Peut être soutenu en définitive que, c'est avec raison que la Cour a admis cette demande. Il restait à en approfondir les contours, notamment sa question principale sur les obligations positives des États concernés.

II. La question des obligations positives des États

30. Cette question sollicite de la Cour qu'elle indique si « les États parties à la Charte africaine ont l'obligation positive d'abroger ou d'amender leurs lois et leurs règlements sur le vagabondage afin de se conformer aux droits protégés... » par les instruments internationaux et, dans l'affirmative, de préciser ces obligations.

31. La question comporte deux aspects : i) le premier est celui de savoir si les États, dûment identifiés, ont obligations positives d'abroger, les règles obsolètes de leur droit interne, notamment celles incriminant les pratiques dites de vagabondage ; ii) Le deuxième aspect touche à la nature de cette obligation, car la commande prie la Cour de préciser ces obligations. Il serait sur ce point naturel d'envisager le corollaire de l'obligation internationale, c'est-à-dire la responsabilité de ces États.

²⁷ La demande d'avis de la Coalition pour la Cour pénale internationale, de Legal Defence & Assistance Project (LEDAP), the Civil Resource Development & Documentation Center (CIRDDOC) et the Women Advocates Documentation Center (WARDIC) ; elle fit l'objet d'une *Ordonnance sur la demande d'avis consultatif sur la question de savoir si les obligations découlant des décisions de l'UA ont préséance sur les obligations découlant du Statut de la Cour pénale internationale*, 29 novembre 2015.

32. Les débats qui eurent lieu à la Cour interrogèrent la possibilité d'un glissement du consultatif vers la fonction contentieuse du fait que la Cour formulerait des obligations, qui par nature relèvent du contentieux. Si la demande l'y oblige, la Cour ne peut se refuser de dire la signification obligatoire des engagements des États. Cette position a prévalu. La Cour africaine a donc retenu que :

« Les États parties à la Charte ont l'obligation positive, entre autres, d'abroger ou de modifier leurs lois sur le vagabondage ainsi que les lois connexes, afin de se conformer à la Charte africaine, à la Charte des droits de l'enfant et au Protocole relatif aux droits des femmes, dans un délai raisonnable ; que cette obligation leur impose de prendre toutes les mesures nécessaires, dans les plus brefs délais²⁸, pour procéder à une révision de toute leur législation... »²⁹

33. Cette formulation qui termine le dispositif de l'Avis pourrait paraître abrupte, mais elle correspond à l'évolution du droit international des droits de l'homme. On peut lire dans l'Avis de la Cour internationale de justice dans *l'Affaire du mur*³⁰ une conclusion similaire :

« Vu la nature et l'importance des droits et obligations en cause, la Cour est d'avis que tous les États sont dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est. Ils sont également dans

²⁸ L'idée d'inscrire cette obligation dans le temps pouvait être débattue plus avant. Mettre un « délai raisonnable » ou « un bref délai » à l'exécution de cette obligation peut être discuté. Mais, selon un principe général de droit, la maintenance d'une illégalité constitue une insécurité juridique à laquelle il faut remédier.

²⁹ Point (vi) du dispositif de l'Avis

³⁰ CIJ, AC, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, 9 juillet 2004, § 159. De façon surabondante, on ajoutera la § 80 de la l'Avis de la Cour sur les *Iles Chagos* : « 180. Le respect du droit à l'autodétermination étant une obligation *erga omnes*, tous les États ont un intérêt juridique à ce que ce droit soit protégé (...) Selon la Cour, alors qu'il appartient à l'Assemblée générale de se prononcer sur les modalités nécessaires au parachèvement de la décolonisation de Maurice, tous les États Membres doivent coopérer avec l'Organisation des Nations Unies pour la mise en œuvre de ces modalités. v. Avis consultatif, *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965*, C.I.J. Recueil 2019, p. 95. Dans ces deux avis, on trouve bien formulées des obligations à la charge des États.

l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction ».

34. De cela découle l'obligation que les États concernés ont d'abroger les dispositions non-conformes et obsolètes touchant au vagabondage.

A. Les obligations positives d'abroger les règles obsolètes incriminant les pratiques de vagabondage

35. La question ainsi posée est classique au droit des relations internationales, fut-elle reliée à la protection des droits de l'homme³¹. Elle suppose les rapports de l'État avec son contexte normatif international. Les États membres de l'Union africaine ont une obligation résultant du droit d'appliquer les règles découlant des trois textes en cause. Dans un certain sens, l'organisation continentale³², en l'occurrence l'Union africaine, peut contribuer à l'effectivité de cette obligation et son aboutissement. Cette obligation est générale, elle découle du droit des traités. C'est le bien connu *Pacta sunt servanda* qui engage les États, quelle qu'en fût la matière. L'article 26 de la Convention de Vienne (23 mai 1969) sur les traités précise à cet effet que :

« Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ».

³¹Ces décisions forment à suffisance cette obligation normative des États, CPJI., *Usine de Chorzow*, Allemagne c. Pologne, compétence, fixation d'indemnités et fond, 26 juillet 1927, 16 décembre 1927 et 13 septembre 1928.

³²Un des aspects qui a préoccupé la doctrine, v. notamment Zoller (E.), *La bonne foi en droit international public*, Pedone, 1977, XXVIII-395 p. ; v. aussi l'article de Voiron (S.A.), «The Law-Implementing Functions of International Economic Organizations », *GYBIL*, 1994, p. 230-258 ; Malenovsky (J.), «Suivi des engagements des États membres du Conseil de l'Europe par son Assemblée parlementaire », *AFDI*, 1997, p. 656 ; La travail à l'Académie de Crawford (J.), *Multilateral Rights and Obligations in International Law*, *RCADI*, 2006, vol. 319, p.325-482. V. aussi Colloque, *L'effectivité des organisations internationales : mécanismes de suivi et de contrôle*, Sakkoulas/Pedone, Athènes/Paris, 2000, 338 p. ; Alvarez (E.), *International Organizations as Law-Makers*, Oxford UP, 2005, XLVIII-660 p. ; Sarooshi (D.), *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford UP, 2005, XVII-143 p. ; Bastid-Burdeau (G.), Quelques remarques sur la notion de droit dérivé en droit international, *Mélanges Salmon*, 2007, p. 161-175.

36. Il faut rappeler à cet égard le deuxième alinéa l'article 46 de la même Convention qui vient, non sans anticipation, viser un point essentiel de l'application des conventions internationales :

« Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout Etat se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi ».

37. Cette dimension liée à la violation manifestement et objectivement évidente intéresse le domaine sociologiquement pratique du vagabondage. Car, l'État concerné doit répondre à une situation de proximité sociale.

38. Les États membres de l'Union africaine ayant souscrit à l'une quelconque de ces trois Conventions – Charte Africaine, CADBE et Protocole sur les droits des femmes y sont liés. Toutefois, une question d'espèce se présente. Étant admis qu'une grande partie de ces législations sur le vagabondage viennent du droit colonial, se présente-il un particularisme ?

39. En ce sens, la Cour fut informée des évolutions dans certains pays, des modifications et de la dépenalisation dans certains États, comme la Tunisie, le Burkina-Faso et le Kenya. Le Burkina Faso en particulier, en vertu de l'article 151 de sa Constitution du 2 juin 1991 d'où découle l'obligation constitutionnelle de se conformer à ses engagements internationaux a, le 31 mai 2018, dépenalisé le délit de vagabondage. Ainsi, si certains pays africains maintiennent encore des lois sur le vagabondage, d'autres comme l'Angola, le Cap-Vert, le Kenya, le Lesotho, le Mozambique, le Rwanda et le Zimbabwe les ont abrogées. Des tribunaux ont annulé des lois sur le vagabondage pour cause d'inconstitutionnalité. On cite notamment dans *l'Affaire Mayeso Gwanda c. l'État du Malawi*³³ Haute Cour du Malawi qui a estimé que l'infraction commise du fait de « fainéanter et être en état de vagabondage était contraire aux droits de l'homme et inconstitutionnelle »³⁴.

B. Le régime des règles internes sur le vagabondage contraires au droit continental

³³ *Mayeso Gwanda v State* MWHC 23 (2017) v. <https://pocketlaw.africanlii.org/judgment/high-court-general-division/2017/23.html>.

³⁴ *Idem.*, décision précitée.

40. Les règles internes contraires au droit continental ou à son évolution doivent être abrogées, sinon tomber en désuétude. Il est contraire à l'ordre juridique que des anciennes règles se pérennisent alors même que de nouvelles sont adoptées et ratifiées.

41. Nombreuses dispositions multilatérales africaines touchent au vagabondage ou à des phénomènes assimilés. Il en est ainsi par exemple du Plan d'action pour la mise en œuvre de la Déclaration de Kadoma sur le travail d'intérêt collectif ; des Résolutions de l'Ecosoc 1998/23 et 1999/27 ; de la Déclaration d'Arusha sur la bonne pratique en matière pénitentiaire ; de la Déclaration de Kampala sur la santé en prison en Afrique ; de la Déclaration de Ouagadougou pour accélérer la réforme pénale et pénitentiaire en Afrique ; du Plan d'action de Ouagadougou pour accélérer la réforme pénale et pénitentiaire en Afrique ; de la Déclaration de Lilongwe sur l'accès à l'assistance juridique dans le système pénal en Afrique ; des Lignes directrices et mesures d'interdiction et de prévention de torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en Afrique (lignes directrices de Robben Island) ; également, les Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique³⁵.

42. On peut aussi citer en exemple *Les Principes de 2017 de la Commission sur la dépénalisation des infractions mineures en Afrique*³⁶, dans lesquels il est souligné ce qui suit :

« Les lois pénales doivent être une mesure nécessaire et proportionnée pour atteindre cet objectif légitime dans une société démocratique, y compris par la prévention et la détection du crime d'une manière qui n'impose pas d'atteintes excessives ou arbitraires aux droits et libertés individuels. Il doit y avoir un lien rationnel entre la loi, son application et l'objectif visé ».

³⁵ Penal Reform International (PRI), *Recommandations africaines pour une réforme pénale*, 2008, pp. 9 et s.

³⁶ La 21^e session extraordinaire de la commission Africaine des droits de l'homme et des peuples, a confié au rapporteur spécial sur les prisons, conditions de détention et l'action policière en Afrique, la mission de développer les principes relatifs à la dépénalisation des infractions mineures en Afrique. La commission a officiellement lancé les principes durant la 63^e session ordinaire en Octobre 2018. v. Résolution sur la nécessité de définir les Principes de la Requalification et de la Dépénalisation des Infractions mineures en Afrique - CADHP/RES.366 (EXT.OS/XX1), 2017.

43. La Déclaration de Kampala sur les conditions de détention en Afrique³⁷ demande une refonte par les gouvernements de leurs politiques pénales et à reconsidérer l'utilisation des prisons. La Déclaration de Kampala sur les conditions de détention souligné dans sa conclusion, que l'incarcération de masse dessert les intérêts de la justice et n'est manifestement pas une bonne utilisation des ressources publiques.

44. Le maintien des règles internes contraires correspond à une inexécution des engagements internationaux. L'inexécution non justifiée de ces engagements entraîne la responsabilité internationale de l'État. La volonté des États membres est très importante, car il est établi que :

« Le refus de s'acquitter d'une obligation conventionnelle est de nature à engager la responsabilité internationale »³⁸.

45. Il en sera ainsi de l'application par les Etats deux Chartes de l'Union africaine sus-mentionnées et du Protocole sur les droits de la femme. Figurent en ce domaines des obligations conventionnelles à la charge des États. Sous réserve d'application, juridiquement les obligations des États se trouvent accomplies dès lors qu'ils adoptent des textes adaptés au plan international, ces derniers étant d'autorité supérieure.

46. Il est importe de relever, plus spécifiquement, en rapport avec la Charte, la Cour a souligné dans cet Avis que les lois sur le vagabondage ne sont pas compatibles avec l'article 7(1)³⁹ relatif au droit au procès équitable. Toutefois, elle aurait fait davantage, si elle n'avait pas passé sous silence l'incompatibilité avec l'article 7(2) de la Charte qui, en même temps qu'il est le siège du principe de légalité en matière pénale, souligne qu'une infraction ne peut être qu'une action ou une omission. En cela l'article 7(2) de la Charte recoupe à suffisance la définition, tant en droit pénal – interne ou international - de l'infraction qui est une action ou une omission prévue et punie par la loi pénale. Le vagabondage, faut – il le rappeler, ne consiste ni en une action, ni en une omission. Il ne s'agit que d'un « état, mais le législateur y a vu un

³⁷Séminaire international sur les conditions de détention dans les prisons en Afrique, Kampala, 21 septembre 1996.

³⁸CIJ, Avis consultatif, 18 juillet 1950, *Interprétation des Traités de paix (2e phase)*, Rec. 1950, p. 228 ; v. aussi CIJ, *Gabcikovo Nagymaros*, arrêt, 25 septembre 1997, Rec. p. 38, § 47.

³⁹ §§ 88 – 94 de l'Avis consultatif.

délit *sui generis*, un état se suffisant à lui – même »⁴⁰. En cela, le fait d'ériger le vagabondage en une infraction rencontre les termes de l'article 7(2).

C) Les aspects qui tempèrent les obligations opposables aux États

47. Différents aspects du droit international des droits de l'homme peuvent être considérés en ce sens. Si comme l'énonce la demande d'Avis, il existe un lien entre les textes en cause dans la demande d'Avis et les anciens textes coloniaux. La question de lien de ces États, ayant succédé au régime colonial pourrait se poser, ceci sans qu'il soit, pour l'heure, nécessaire d'établir les responsabilités. La Cour dans son Avis a en effet relevé que :

« Les lois sur le vagabondage utilisent couramment les termes « voyous », « vagabonds », « oisifs » et « errants » pour désigner les personnes considérées comme des vagabonds. De l'avis de la Cour, ces termes, reflètent une perception dépassée et largement coloniale des individus sans aucun droit et l'utilisation de ces termes déshumanise et rabaisse les individus qui sont perçus comme ayant un statut inférieur »⁴¹.

48. Un grand nombre de ces lois émanaient de l'ère coloniale. Ces lois permettaient des ségrégations et des séparations des communautés pour les opprimer et les réprimer. Ces textes sont souvent vagues et trop généraux...ils ont été utilisés pour des arrestations arbitraires et à l'usage excessif et abusif du pouvoir colonial. Dans certains pays, les infractions, comme le vagabondage, sont couramment utilisées pour arrêter les travailleurs du sexe, les sans-abris et les personnes présentant des handicaps psychosociaux...Or, comme le disent à juste titre les termes de la demande d'Avis :

« L'Union africaine a été créée dans le but clairement exprime d'éradiquer toutes les formes de colonialisme en Afrique et de coordonner et intensifier les efforts visant à améliorer la vie des populations africaines. Les lois sur le vagabondage sont un anathème a

⁴⁰ D. Roman, Le droit public face à la pauvreté, LDGJ, 221, pp 494, Le droit public face à la pauvreté, P148

⁴¹ § 79 de l'Avis

cet objectif et le fait qu'elles puissent persister à ce jour est simplement aberrant »⁴².

49. Se pose, avec acuité, la question de la façon dont la succession s'est effectuée entre l'État colonial et nos systèmes souverains actuels⁴³. C'est la problématique question de la succession d'État⁴⁴. On peut souligner à cet égard que le droit de la succession n'est pas indifférent aux circonstances de la survenance de la succession. En particulier, l'importance prise par la décolonisation entre 1945 et la fin des années 1960 a conduit les conventions de codification de 1978 et 1983 à individualiser la catégorie des « États nouvellement indépendants » d'Afrique définis comme des États successeurs⁴⁵. Il est clair que le passif juridique entre le droit pénal des nouveaux États et l'ordre pénal colonial n'a pas été totalement apuré dans tant de contrées en Afrique.

50. L'ordre juridique interne de l'État prédécesseur a disparu et il a été remplacé par celui de l'État africains successeurs. Ce « transfert » de législation, de réglementation administrative, de compétence des juridictions civiles, pénales et administratives est une conséquence directe du principe de souveraineté territoriale⁴⁶. Il en résulte que le traitement pénal que les États administrent actuellement aux dits vagabonds procèdent de leur autorité propre.

51. C'est en effet en matière pénale que cette succession est la plus complexe. Tous les systèmes pénaux nationaux post-coloniaux doivent apprécier souverainement l'opportunité des poursuites... l'exécution des décisions prises et rendues par les tribunaux, etc... En tout état de cause, l'établissement des politiques pénales sur ces questions du vagabondage, qui portent en

⁴² UPA, *Demande d'Avis précitée*, § 80, p. 37.

⁴³ La succession d'États s'entend de « la substitution d'un État à un autre dans la responsabilité des relations internationales d'un territoire » (art. 2, § 1, al. b, commun aux conventions de Vienne de 1978 et 1983). Cette définition très générale recouvre des réalités très diverses allant de simples ajustements frontaliers aux transferts des règles à la dissolution d'un État. Dans une espèce contentieuse *Cameroun septentrional (Cameroun c/ Royaume-Uni)* tranchée dans cette instance par la Cour internationale justice (2 déc. 1963), on retrouve question bien posée. La demande présentée dans cette instance au juge international était de retenir contre le Royaume-Uni le fait de n'avoir « pas conduit les peuples du Cameroun septentrional à la capacité à s'administrer eux-mêmes ». Il y a là un aspect au transfert des patrimoines juridiques. La Cour rejetait la question.

⁴⁴ Le Cameroun, on le sait, en avait demandé des explications à la Cour internationale de justice.

⁴⁵ Le principe était bien établi en droit coutumier (...) le transfert de ces biens à l'État successeur « s'opère de plein droit en vertu du traité [de cession] et sans besoin d'un pacte spécial d'acquisition de la part de l'État successeur », CPJI, *Affaire de l'Université Peter Pazmany c. État tchécoslovaque* (Arrêt, 1933, série B, n° 61, p. 237-238).

⁴⁶ Rapports de M. Mohammed Bedjaoui à la CDI à l'Assemblée générale des Nations-Unies depuis 1968.

grande partie sur des infractions dites mineures relève de la souveraineté pénale nationale. Il revient à l'État, en premier, de fixer le cadre et d'intervenir. Comme le dit Daniel Fransen⁴⁷, il existe toujours une compétence irréductible nationale en matière pénale. C'est aussi le principe de la territorialité des jugements répressifs qu'essaient d'atténuer les conventions internationales⁴⁸.

52. Les obligations positives des États, y compris leur responsabilité, ne peuvent s'établir qu'à la suite de la faillite de cet ordre pénal national dont la souveraineté étatique n'est pas contestable. Les dispositions de la Charte des droits de l'homme et des peuples (1981), notamment l'article premier, n'excluent pas cela, au contraire, elles tiennent compte de l'engagement pris par les Etats au sens où :

« Les Etats membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, parties à la présente Charte, reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer ».

53. Le standard dit de « marge nationale d'appréciation » (MNA) pourrait être considéré pour tempérer les obligations des Etats. En l'espèce, dès lors que la matière est attractive de souveraineté pénale, parce que portant sur des questions d'ordre public de base, la marge d'appréciation nationale doit être considérée. Pour le droit international des droits de l'homme, l'État dispose dans ce domaine pénal et sur ce type d'infractions, d'une marge nationale d'appréciation⁴⁹.

⁴⁷Fransen (D.), Face à l'internationalisation : existe-t-il des compétences irréductibles du juge interne ? v. Colloque S.F.D.I., *La souveraineté pénale de l'Etat au XXI^e siècle* (Colloque de Lille), 520 p.

⁴⁸Huet (A.) et Koering-Joulin (R.), *Droit pénal international*, Paris (PUF, coll. Thémis), 2^e éd., 2001, spéc. n°5.

⁴⁹La CEDH le rappelait : « la Cour a compétence pour statuer par un arrêt définitif sur le point de savoir si une "restriction" ou "sanction" se concilie avec la liberté d'expression telle que la protège l'article 10 (art. 10). La marge nationale d'appréciation va donc de pair avec un contrôle européen. Celui-ci concerne à la fois la finalité de la mesure litigieuse et sa "nécessité". Il porte tant sur la loi de base que sur la décision l'appliquant, même quand elle émane d'une juridiction indépendante. A cet égard, la Cour se réfère à l'article 50 (art. 50) de la Convention ("décision prise ou (...) mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité") ainsi qu'à sa propre jurisprudence (Arrêt Engel et autres du 8 juin 1976). CEDH, *Handside c. Royaume-Unie*, 7 décembre 2016, §§ 49 et 50.

54. Ce concept est reconnu depuis 1976 en droit international des droits de l'Homme. Les États peuvent, dans certains cas, restreindre des droits et libertés pour des raisons de respect de leur ordre public, de santé publique, de sécurité nationale... Il s'agit d'un concept modérateur, qui se concilie bien avec le respect des droits des personnes. Chez John Rawls⁵⁰, pour ne citer que lui, le principe de différence et l'interprétation de la justice par l'équité ne peut venir que de proximité des procédures judiciaires. Il revient au juge national, déjà armé des apports internationaux, de renforcer le système total des libertés partagé par tous.

55. La Commission africaine des droits de l'Homme et des Peuples rappelait au demeurant que :

« De même, la doctrine d'appréciation guide la Charte africaine, en ce sens qu'elle considère l'État défendeur comme mieux disposé à adopter des politiques, (...) vu que l'État connaît très bien sa société, ses besoins, ses ressources, (...) et le juste équilibre nécessaire entre les forces concurrentes et parfois en conflit qui forment sa société⁵¹ » .

56. Il n'est pas douteux de considérer que les obligations positives des États expriment les engagements continentaux des États à exercer leur souveraineté pénale sur les nationaux vagabonds. Même en considérant les dispositions établies des droits de l'homme, on ne peut priver un État de sa souveraineté d'ordonnancement juridique interne que du reste, le droit international des droits de l'homme reconnaît. La marge nationale d'appréciation le préserve, sous le contrôle du juge des droits de l'homme⁵².

* * *

⁵⁰Rawls (J.), *Théorie de la Justice*, Ed. du Seuil, 1971, § 46 (Trad. Catherine Audard). v. aussi J. Rawls *et la théorie de la justice*, PUF, 1995.

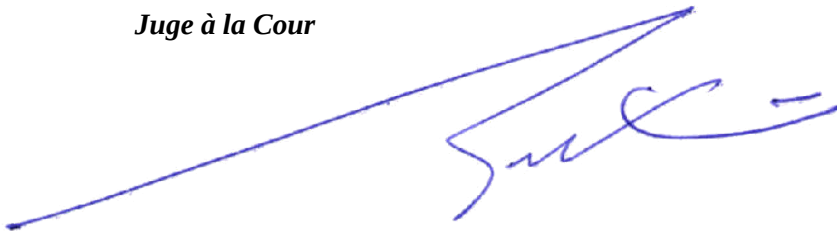
⁵¹Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, *Prince c. Afrique du Sud* (2004), AHRLR 105 (CADHP 2004), § 51.

⁵²Pellet (P.), *Droits-de-l'hommisme et droit international* », *Droits fondamentaux*, N. 01, 2001, p. 4820 ; *La mise en œuvre des normes relatives aux droits de l'homme*, CEDIN (H. Thierry et E. Decaux, dirs.), *Droit international et droits de l'homme - La pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, Montchrestien, Paris, 1990, p. 126.

51. Il serait hasardeux de conclure dans le cadre de cette opinion individuelle. L'UPA a apporté à la Cour africaine un vrai sujet, riche de questions. Sans doute qu'un certain imaginaire collectif identifie des vagabonds en y voyant contraventions, délits et crimes, cela constitue en effet une vraie question qui doit être traitée. Pour le redire, j'approuve, comme mes Honorables collègues, l'approche de la Cour et les conclusions, mais, aux fins de cette opinion individuelle, la question à l'étude en regorgeait tant d'autres bien cachées. Puisse la présente évocation contribuer à les identifier.

Blaise Tchikaya

Juge à la Cour



Arusha, le 1^{er} décembre 2020

