Retour sur une décision controversée : l'arrêt de la Cour de justice de la CEDEAO du 13 juillet 2015, *CDP et autres c/ État du Burkina*

A review of a controversial decision: judgment of the ECOWAS Court of Justice of 13 July 2015, CDP and others v. the State of Burkina Faso

Yakouba Ouedraogo

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/add/342>

DOI : 10.4000/add.342

ISSN : 2606-1988

Éditeur

Presses universitaires de Rouen et du Havre

Édition imprimée

Date de publication : 1 juin 2016

Pagination : 197-232

ISBN : 979-10-240-0599-7

ISSN : 1955-0855

Référence électronique

Yakouba Ouedraogo, « Retour sur une décision controversée : l'arrêt de la Cour de justice de la CEDEAO du 13 juillet 2015, *CDP et autres c/ État du Burkina* », *Les Annales de droit* [En ligne], 10 | 2016, mis en ligne le 08 janvier 2018, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/add/342> ; DOI : 10.4000/add.342

Retour sur une décision controversée : l'arrêt de la Cour de justice de la CEDEAO du 13 juillet 2015, *CDP et autres c/ État du Burkina*

Yakouba OUEDRAOGO

L'arrêt du 13 juillet 2015 rendu par la Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (ci-après « CJ-CEDEAO » ou « Cour de justice ») dans l'affaire CDP et autres c/ État du Burkina¹ est l'un des épisodes juridiques marquants de l'année 2015 dans ce pays. En effet, il porte directement sur l'(in)éligibilité des candidats aux scrutins législatif et présidentiel, lesquels doivent mettre fin à la transition en cours depuis novembre 2014. Les enjeux juridiques et politiques de cette affaire pour les acteurs nationaux sont donc évidents². Mais ces enjeux sont aussi continentaux et même internationaux³.

Le contexte et les faits à l'origine du litige méritent d'être brièvement rappelés. À la suite du projet du président Blaise Compaoré de modifier la Constitution du 2 juin 1991 pour s'affranchir de la limitation du nombre de mandats présidentiels, des manifestations survenues les 30 et 31 octobre 2014⁴ l'ont contraint à démissionner, créant une vacance de

1. Aff. n° ECW/CCJ/APP/19/15 ; jugement n° ECW/CCJ/JUG/16/15.

2. La contestation de la loi électorale modifiée et la non-prise en compte de l'arrêt de la Cour de justice de la CEDEAO fut l'une des raisons avancées par le Conseil national pour la démocratie (CND) pour justifier son coup d'État du 17 septembre 2015, qui a pris fin avec le retour des autorités de la transition le 23 septembre 2015.

3. Au-delà du Burkina Faso, c'est bien l'ensemble des États africains qui se retrouvent concernés (Jean-François Akandji-Kombé, « Le juge de la CEDEAO et la révolution burkinabé. Brèves remarques préoccupées sur une décision inquiétante » et Bachirou Amadou Adamou, « Verdict de la Cour de Justice de la CEDEAO : inéligibilité, oui ; mais pas n'importe comment ! », articles disponibles en ligne à l'adresse suivante : <http://www.lefaso.net> (consulté le 28 novembre 2015).

4. Ces événements ont été diversement qualifiés : révolution, insurrection, soulèvement, mouvement populaire. Pour une analyse d'ensemble de ces événements, voir Matthieu Fau-Nougaret, « Une leçon burkinabé : éléments de réflexion juridique sur l'insurrection des 30 et 31 octobre 2014 », *Constitutions*, n° 2, avril-juin 2015, p. 221-228 (1^{re} partie) et n° 3, juillet-septembre 2015, p. 361-370 (2^e partie).

la présidence. Après une courte période d'incertitude et deux semaines d'occupation des fonctions de chef de l'État par l'armée, un forum national regroupant les forces vives de la nation a adopté une Charte de la transition le 13 novembre 2014, complétant la Constitution⁵.

En vue de la préparation des échéances électorales, le Conseil national de transition (CNT), organe législatif de la transition, a modifié le code électoral par une loi du 7 avril 2015⁶. Le nouvel article 135 du code électoral qui en est issu prévoit que sont inéligibles comme président du Faso, « toutes les personnes ayant soutenu un changement anticonstitutionnel qui porte atteinte au principe de l'alternance démocratique, notamment au principe de la limitation du nombre de mandats présidentiels ayant conduit à une insurrection ou toute autre forme de soulèvement⁷ ». Ces dispositions sont une reprise de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance (CADEG) du 30 janvier 2007⁸.

Contestant la modification de la loi électorale, des formations politiques et des personnalités de l'ex-majorité présidentielle et parlementaire ont exercé le 21 mai 2015 un recours contre l'État burkinabé devant la Cour de justice de la CEDEAO⁹. Elles demandent que soit constatée la violation de leurs droits de se présenter librement aux élections, lesquels sont garantis par les instruments internationaux, africains et régionaux de protection des droits de l'homme¹⁰ et, en conséquence, sollicitent

5. La Charte de la transition a été validée et signée par les organisations de la société civile (OSC), les autorités coutumières et religieuses, les partis politiques affiliés au chef de file de l'opposition politique (CFOP) et l'armée. Elle a institué trois organes *transitoires* chargés de conduire les affaires publiques jusqu'à l'organisation de l'élection présidentielle du 11 octobre 2015 : 1/ le président de la transition qui occupe les fonctions de président du Faso et de chef de l'État, 2/ le Conseil national de transition (CNT), organe législatif de la transition, et 3/ le gouvernement de la transition dirigé par un Premier ministre (voir Séni M. Ouedraogo et Djibrihina Ouedraogo, « Libres propos sur la transition politique au Burkina Faso : du contexte au texte de la Charte de la transition », *Afrilex*, février 2015, 28 p.)

6. L. n° 005-2015/CNT, 7 avr. 2015 portant modification de la L. n° 014-2001/AN, 3 juill. 2001 portant code électoral.

7. Ces dispositions relatives à l'élection du président du Faso ont été reprises pour l'élection des députés (art. 166) et des conseillers municipaux (art. 242).

8. Art. 23, al. 5. Pour plus de détails, voir *infra* 2.3.

9. Il s'agit de sept partis politiques de la mouvance de l'ancienne majorité, au premier rang desquels figure le Congrès pour la démocratie et le progrès (CDP) – parti dont est issu le président Compaoré – et treize citoyens, personnalités ayant occupé des fonctions et des postes de responsabilités sous son régime.

10. Voir les nombreux instruments invoqués au § 8 de l'arrêt.

l'abrogation des dispositions litigieuses du code électoral. Les requérants ont, par ailleurs, demandé l'application de la procédure accélérée, conformément à l'article 59 du règlement de la Cour.

La Cour de justice devait ainsi répondre à la question de savoir si les dispositions du code électoral instituant le nouveau critère d'inéligibilité méconnaissent ou non le droit des partis et des citoyens de participer librement aux élections. Tout en admettant le droit pour les autorités burkinabé de restreindre l'accès au suffrage, elle déclare que la modification du code électoral constitue « une violation du droit de libre participation aux élections¹¹ ».

Cet arrêt présente un intérêt manifeste, à plusieurs titres. Le mécanisme juridique qui a permis d'y aboutir présente des spécificités qui méritent d'être brièvement évoquées. La CEDEAO est une organisation d'intégration économique regroupant quinze États d'Afrique de l'Ouest¹². Elle a été créée par le traité de Lagos du 28 mai 1975¹³. Elle constitue l'une des communautés économiques régionales (CER), piliers de l'intégration économique en Afrique. Si la protection des droits de l'homme par les organisations d'intégration n'est pas une originalité en soi, comme le montre le cas de l'Union européenne¹⁴, elle ne constitue pas leur domaine naturel d'intervention, qui recouvre les libertés économiques. Le système de protection des droits en vigueur au sein de la CEDEAO présente une originalité. Depuis 2005, il est institué au profit des particuliers un recours spécifique assurant la protection des droits de l'homme¹⁵. La recevabilité

-
11. En conséquence, elle ordonne à l'État burkinabé de lever les obstacles à l'accès au suffrage afin que tous les citoyens et formations politiques soient rétablis dans leur droit. Elle le condamne en outre aux dépens.
 12. Pour plus d'informations, voir le site Internet de l'organisation : <http://www.ecowas.int/?lang=fr> (consulté le 28 novembre 2015).
 13. Sur les missions et objectifs de la CEDEAO, voir art. 3 du traité de Lagos du 28 mai 1975.
 14. La protection des droits fondamentaux y a longtemps reposé sur la technique des principes généraux du droit (PGD), avant que n'intervienne la Charte des droits fondamentaux proclamée en 2000 et intégrée au droit primaire depuis décembre 2009, suite à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.
 15. Ce recours a été institué suite à la révision du protocole sur le statut de la Cour de justice (art. 10 d), nouveau du protocole additionnel A/SP.1/01/05 du 19 janvier 2005 ; Guy-Fleury Ntwari, « La Cour de justice de la CEDEAO, l'émergence progressive d'une Cour régionale des droits de l'homme en Afrique de l'ouest », *Le journal du CDI*, n° 11, décembre 2013, p. 9-11). L'art. 27 du traité constitutif de la Communauté est-africaine prévoit également un recours en matière de droits de la personne humaine, mais le protocole qui doit permettre sa mise en œuvre effective n'a pas encore été adopté.

du recours individuel est affranchie de la condition de l'épuisement préalable des voies de recours internes¹⁶.

Mais l'intérêt de l'arrêt se situe surtout dans la question juridique qu'il a tranchée ainsi que dans l'argumentation et le raisonnement de la Cour. La présentation des événements de fin octobre 2014 paraît déjà très sommaire et quelque peu lacunaire¹⁷. Mais, ce sont surtout la démarche et l'art de juger de la Cour de justice qui interrogent. Si les décisions de justice dépendent des contingences de l'application des règles de droit, le raisonnement ne manque pas ici de soulever des questions sur l'exercice de l'office du juge de la CEDEAO. Qualifiée de « décision inquiétante », d'« impérialisme judiciaire¹⁸ » ; « d'affaire atypique » et même « inédit[e]¹⁹ », ni la complexité de l'affaire ni l'urgence ne justifient la pauvreté et les contradictions dans l'argumentation de la Cour.

Malgré les commentaires que la décision de la Cour a suscités, rares sont les observations qui l'ont appréciée de façon exhaustive sous l'angle juridique²⁰. Or, cet arrêt recèle de nombreuses questions, autant de forme que de fond, qui méritent une réflexion approfondie d'ensemble. Il souffre particulièrement d'un défaut de motivation. Si le sens des décisions réside dans le dispositif, les motifs « en sont le soutien

16. CJ-CEDEAO, 27 octobre 2008, *Dame Hadijatou Mani Koraou c/ République du Niger* (arrêt n° ECW/CCJ/JUD/06/08, § 45 ; 29 octobre 2007, *Professeur Etim Moses Essein c/ La République de Gambie et l'Université de Gambie*). Cette condition de recevabilité est posée par le système de protection de l'Union africaine (art. 50 et 56.5 de la Charte ADHP, art. 40.5. du règlement intérieur intérimaire de la Cour du 20 juin 2008), le système européen (art. 35.1 de la Convention européenne des droits de l'homme), le système interaméricain (art. 44 et 46 a) de la Convention américaine relative aux droits de l'homme) et le système de protection institué par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 41 (1) c).

17. Ces événements ont été qualifiés « de violentes manifestations [...] qui se sont soldées par quelques morts et la destruction de biens publics et privés », ce qui a suscité l'indignation de nombreux lecteurs de l'arrêt.

18. Jean-François Akandji-Kombé, « Le juge de la CEDEAO et la révolution burkinabé... », art. cité.

19. Bachirou Amadou Adamou, « Verdict de la Cour de Justice de la CEDEAO... », art. cité.

20. Seuls quelques commentateurs se sont véritablement intéressés par les aspects juridiques soulevés par l'arrêt. Voir notamment Jean-François Akandji-Kombé, « Le juge de la CEDEAO et la révolution burkinabé... », art. cité ; Mamadou Hebie, « Article 135 de la loi électorale du 7 avril 2015 modifiant le Code électoral : et si la Cour de justice de la CEDEAO avait tout ou presque tout faux ? », articles disponibles en ligne à l'adresse suivante : www.lefaso.net (dernière consultation le 28 novembre 2015) ; Bachirou Amadou Adamou, « Verdict de la Cour de Justice de la CEDEAO... », art. cité.

nécessaire et en constituent le fondement même²¹ ». L'obligation de (bonne) motivation reste un aspect important du droit du juge et une garantie contre l'arbitraire judiciaire, qui vaut pour tout justiciable, y compris la puissance publique.

L'on voudrait ainsi, à travers l'analyse des nombreuses incohérences et imprécisions de l'arrêt, mettre en évidence que le juge de la CEDEAO a manqué l'occasion de fixer les lignes directrices claires sur le droit d'éligibilité, une des libertés politiques les plus sensibles pour les États membres, engagés dans des processus démocratique et de construction de l'État de droit, et sur laquelle elle sera de plus en plus appelée à faire jurisprudence. L'objectif est aussi de révéler la portée des libertés politiques, notamment du droit d'éligibilité, dans l'espace CEDEAO.

Après avoir manqué son entrée en scène sur les questions procédurales (1), la cour élude quelque peu la question de fond. Elle n'est pas parvenue à dégager un régime juridique et une portée claires du droit d'éligibilité (2).

1. Les carences argumentatives sur les aspects procéduraux du litige

Sauf pour les « processualistes », la procédure et la forme sont généralement considérées comme des questions purement techniques ou secondaires, contrairement au fond. Elles occupent toutefois une place importante devant les instances internationales de protection des droits de l'homme²². L'intérêt des aspects procéduraux soulevés dans cette affaire ne se situe ni dans la question du respect des délais de production du mémoire de défense de l'État burkinabé ni dans celle de la recevabilité de la demande en intervention²³. Il en va, en revanche, autrement de la délimitation de la compétence de la Cour de justice par rapport aux juges nationaux. Elle est synonyme d'une volonté de dialogue des juges (1.1).

21. Selon l'expression du Conseil constitutionnel français (déc. n° 62-18 L, 16 janv. 1962 ; déc. n° 89-258 DC, 8 juill. 1989).

22. Elles délimitent leur compétence et conditionnent la recevabilité des recours, appréciées de manière plus stricte surtout lorsqu'ils émanent des particuliers, qui ne sont pas des sujets classiques du droit international.

23. Les demandeurs ont soulevé une exception d'irrecevabilité du mémoire en réponse de l'État burkinabé pour dépôt tardif, exception rejetée par la Cour (§ 13 de l'arrêt). La demande en intervention a été formulée par le cabinet nigérian *Falana and Falana's Chambers*, établi à Lagos et à Abuja et spécialisé dans les affaires de droit privé et public. La demande en intervention étant réservée aux seuls États (art. 21 du protocole sur le statut de la Cour de justice), la Cour l'a déclarée irrecevable.

Elle révèle le rôle que la Cour entend jouer dans l'architecture juridictionnelle des États membres. La reconnaissance de la qualité de victime aux requérants, emportant la recevabilité du recours, laisse davantage perplexe (1.2).

1.1. La volonté de dialogue avec le juge national

L'intervention du juge international ou régional dans l'exercice du droit de participer aux élections pose un problème de légitimité. Les élections constituant un mode de désignation des gouvernants²⁴, elles intéressent l'organisation constitutionnelle des États, un des domaines de leur souveraineté. Les constitutions et les lois électorales attribuent le contentieux électoral aux juridictions constitutionnelles pour les élections nationales (présidentielle, législatives et référendaire²⁵) et aux juridictions administratives pour les élections locales²⁶. C'est ce qui explique sans doute l'appel de la Cour de justice à un dialogue des juges (1.1.1). Cet appel fut décliné ou ignoré par le juge constitutionnel burkinabé (1.1.2).

1.1.1. Les manifestations de l'appel au dialogue des juges

La volonté de dialogue de la Cour de justice s'exprime par la définition stricte de sa mission par rapport aux juges nationaux. Le statut qu'il réserve au droit national devant son prétoire contredit toutefois l'esprit d'un dialogue des juges.

1.1.1.1. La délimitation stricte de l'office du juge de la CEDEAO

Pour ne pas susciter la défiance des juridictions nationales, la Cour de justice a pris soin de délimiter le champ et la nature de son office. Elle précise, à titre préliminaire, dans l'appréciation de sa compétence, qu'il est « hors de question qu'elle assure la police des élections que les États membres organisent » (§ 19). L'affirmation contraire aurait étonné, car elle l'eût érigée en Cour suprême ou fédérale à l'égard des États membres, statut dont elle ne dispose pas au stade actuel de

24. Laurent Touvet et Yves-Marie Doublet, *Droit des élections*, Paris, Economica, 2^e éd., 2014, 658 p.

25. Art. 152 de la Constitution burkinabé du 2 juin 1991 ; art. 117 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 ; art. 86 de la Constitution malienne du 25 février 1992 ; art. 120 de la Constitution nigérienne du 25 novembre 2011.

26. Cette dualité de compétence s'explique par la différence de nature des autorités que les élections tendent à désigner : elles sont nationales dans le premier cas et administratives dans le second.

l'intégration politique dans la zone CEDEAO²⁷. Elle se comporte au contraire comme une juridiction internationale, du moins lorsqu'elle statue en matière de droits de l'homme, statut international qu'elle affirme et assume. Le refus d'assurer la « police des élections » nationales n'exclut cependant pas qu'elle puisse être « valablement saisie lorsqu'il apparaît que le processus électoral est entaché de violations de droits de l'homme, violations dont la sanction relève de sa compétence ». La Cour confirme ici que sa compétence vaut et s'exerce en toutes circonstances. Le domaine électoral, tout comme les autres matières éminemment politiques et sensibles de l'État, ne saurait constituer un sanctuaire soustrait au contrôle du respect des droits de l'homme.

Dans la délimitation de sa mission, la Cour affirme encore son « refus de s'instituer en juge de la légalité interne des États ; [elle n'est pas] une instance chargée de trancher des procès dont l'enjeu est l'interprétation de la loi ou de la Constitution des États de la CEDEAO » (§ 24). Elle déduit de cette position, qu'elle considère comme un de ses principes de fonctionnement revêtant une portée particulière, deux conséquences, sur lesquels nous reviendrons²⁸.

La principale justification de la position de la Cour réside surtout dans sa volonté de ne pas « concurrencer les juridictions nationales sur leur propre terrain, qui est celui de l'interprétation des textes nationaux précisément²⁹ ». Là se manifeste la volonté de dialogue des juges à laquelle se livre la Cour de justice. L'instauration des juridictions externes a parfois engendré des résistances des juridictions

27. Dans le second arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire de la démission des députés togolais (arrêt n° ECW/CCJ/JUG/06/12, 13 mars 2012, *Madame Isabelle Ameganvi et autres c/ l'État togolais*), la Cour de justice refuse de s'ériger en juge d'appel ou de cassation, constitutionnel ou supraconstitutionnel, à l'égard des décisions des juridictions nationales. En l'espèce, elle s'est interdite d'ordonner au juge constitutionnel togolais de se déjuger et de réintégrer les requérants à l'Assemblée nationale, alors que ce dernier les avait considérés comme démissionnaires (déc. n° E-018, 22 nov. 2010). La requête ayant conduit à l'arrêt de 2012 s'apparentait à un recours dirigé contre la décision du juge constitutionnel togolais.

28. La première est l'exclusion de toute référence au droit national, invoqué par les requérants en plus des textes internationaux : la Constitution du 2 juin 1991 (art. 1^{er}), la Charte de la transition qui la complète pendant la période transitoire et les normes infra-constitutionnelles quelles qu'elles soient. La seconde est son refus de rechercher et de donner un sens quelconque au droit national incriminé. Elle opère ainsi une lecture stricte de sa mission, qui ne consiste pas à découvrir l'intention du législateur national, ce rôle étant réservé aux juridictions internes.

29. § 27 de l'arrêt.

nationales³⁰. Or, l'application effective du droit international et du droit communautaire repose sur la collaboration des juridictions nationales. Le dialogue des juges permet de construire une confiance réciproque, gage de l'effectivité et de l'efficacité des sources externes du droit dans les ordres juridiques nationaux. La préservation du monopole d'interprétation du droit national par les juridictions nationales permet de prévenir et de briser leurs potentielles velléités de résistance à l'égard du droit de la CEDEAO.

Si la délimitation stricte de la mission de la Cour de justice est compréhensible, le statut qu'elle accorde au droit national contraste avec sa volonté de dialogue.

1.1.1.2. Les contradictions sur le statut du droit interne

Qu'une juridiction externe affirme que sa vocation est d'interpréter et d'appliquer les textes de l'ordre juridique qui l'instituent et de sanctionner au besoin les violations constatées relève d'une stricte lecture de sa mission, compréhensible et juridiquement justifiée au demeurant. Le traitement du droit national par la Cour de justice dans la présente affaire suscite toutefois des réserves et des critiques. En plus des instruments internationaux et régionaux, les requérants avaient invoqué les articles 1^{er} de la Constitution burkinabé du 2 juin 1991 et de la Charte de la transition du 13 novembre 2014³¹. Mais la Cour déduit de son refus de s'instituer en juge de la légalité interne des États une première conséquence selon laquelle « toute référence au droit national, qu'il s'agisse de la Constitution du Burkina Faso, ou de normes infra-constitutionnelles quelles qu'elles soient [doit être considérée] comme inappropriée devant son prétoire » et, dès lors, écartée du débat judiciaire (§ 25). Cette position est discutable pour trois raisons principales.

D'abord, les législations nationales sont considérées en droit international comme de simples faits, qui ne permettent pas aux États de se dégager de leurs obligations découlant des engagements qui les lient, ni de se libérer de leur responsabilité pour fait internationalement illicite³².

30. Ce fut le cas en Europe, où l'apparition de la Cour de justice de l'Union européenne (anciennement Cour de justice des communautés européennes) et de la Cour EDH a suscité la défiance et des résistances de certaines juridictions suprêmes nationales, notamment françaises, allemandes et italiennes.

31. Tous deux affirment le principe d'égalité entre citoyens et interdisent les discriminations fondées, entre autres motifs, sur les opinions politiques.

32. Art. 27 de la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Le droit national dispose ainsi d'un statut devant les juridictions internationales (CPJI, 25 août 1925, *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*,

Ensuite, compte tenu du contexte de l'affaire, écarter toute référence au droit national paraît illogique, voire même impossible. Comment aboutir en effet à la conclusion d'une violation du droit d'éligibilité des requérants sans une référence au droit national, sachant que les dispositions incriminées n'ont pas encore fait l'objet d'une application effective, contrairement d'ailleurs aux nombreuses affirmations contradictoires de la Cour³³ ? Apprécier le fait de savoir si l'adoption de l'article 135 du code électoral burkinabé constitue ou non une violation des engagements internationaux ne signifie pas que la Cour s'érige en juge de la légalité interne des États. Le contrôle s'exerce entre le droit interne et les normes internationales de référence, et non pas entre les différentes catégories de normes de droit interne³⁴. La Cour a trahi elle-même sa position de principe en vertu de laquelle elle s'interdit d'apprécier la légalité et d'interpréter le droit interne des États³⁵.

Enfin, d'un point de vue purement pratique, le refus de prendre en compte le droit national et les circonstances de l'affaire paraît invraisemblable. Toute législation, en matière électorale, comme dans tout autre domaine, ne peut être comprise qu'à la lumière de l'évolution politique du pays dans lequel elle s'applique³⁶. Le refus de se référer au droit national entraîne des conséquences sur l'exactitude du raisonnement de la Cour. Pour écarter l'argument du gouvernement burkinabé, qui justifiait la restriction du droit d'éligibilité par le caractère général et consensuel

série A, n° 6 ; Mamadou Hebie, « Article 135 de la loi électorale du 7 avril 2015 modifiant le Code électoral... », art. cité.

33. Voir notamment le § 22 de l'arrêt.

34. Il ne lui est pas demandé de se prononcer sur la conformité de la disposition législative contestée avec les normes constitutionnelles burkinabé. Cette mission relève d'ailleurs du juge constitutionnel (art. 152 de la Constitution burkinabé). Le refus de se référer au contexte et au droit national aurait été logique si la cour se prononçait par exception préjudicielle, sur renvoi d'une juridiction nationale saisie du fond du litige, ou sur une demande d'avis juridique sur des questions qui requièrent l'interprétation des dispositions du traité ou des actes des institutions (art. 10 du protocole relatif au statut de la Cour de Justice de la CEDEAO).

35. La présentation des faits de l'affaire, la formulation de la question de droit et la motivation sont ponctuées de nombreuses références et interprétations de la modification de la loi électorale burkinabé. Voir, entres autres, les § 28, 29, 30, 32 et 33 de l'arrêt.

36. Selon l'affirmation de la CEDH dans l'arrêt *Zdanoka c/ Lettonie* du 16 mars 2006 (§ 115). L'exclusion des personnes ayant soutenu le changement anticonstitutionnel de gouvernement de la participation aux élections ressemble à la formalisation juridique du « plus jamais ça », slogan visant à éviter que les comportements antidémocratiques, notamment les tentatives de modifications de la Constitution, se reproduisent.

des mesures adoptées, la Cour affirme que les enjeux et les raisons de cette restriction ne seraient pas les mêmes pour les acteurs de la transition et les proches du régime déchu³⁷. Or, la Charte du 13 novembre 2014 exclut d'office les autorités de la transition de toute participation aux futures élections présidentielles et législatives³⁸. Il s'agit là d'une erreur d'appréciation des faits, qui a influencé le raisonnement de la Cour.

En s'écartant trop du contexte de l'affaire, tout en s'y référant malgré tout, il apparaît que la Cour de justice a mal négocié le statut du droit interne devant son prétoire. Son appel au dialogue n'a toutefois pas été entendu par les juridictions nationales burkinabé, notamment le Conseil constitutionnel qui a statué sur les recours en inéligibilité.

1.1.2. Le rejet de l'appel au dialogue par les juridictions nationales

L'appel de la Cour de justice au dialogue des juges ne semble pas avoir été entendu par les juridictions nationales, notamment le juge constitutionnel burkinabé qui a refusé de tirer ses conséquences en droit interne. La décision de la cour a finalement eu peu d'impact sur la situation des parties, notamment des requérants.

1.1.2.1. Le refus du juge constitutionnel burkinabé de tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour

Dans une série de décisions rendues en août 2015 sur des recours en inéligibilité contre les candidatures de personnes proches de l'ancien régime³⁹, le Conseil constitutionnel n'a pas tenu compte du verdict de l'arrêt de la Cour de justice, qui obligeait pourtant l'État burkinabé à lever tous les obstacles à la libre participation aux élections. L'argument avancé est l'absence de modification de la disposition incriminée. En conséquence, il se fonde uniquement sur le droit interne : « considérant que l'État du Burkina Faso n'a pas mis en œuvre la décision du

37. Selon la Cour, pour les premiers, l'objectif est d'éviter qu'ils méconnaissent le principe d'égalité des candidats en usant de leur présence et de leur position dans l'État pour prendre l'avantage sur leurs concurrents; tandis que pour les seconds, la restriction vise à sanctionner leurs prises de position passées, ce qui aurait à leur égard un caractère quelque peu « stigmatisant, infamant » (§ 33).

38. Il en est ainsi pour le président de la transition (art. 4), le président du CNT (art. 13) et les membres du gouvernement de transition (art. 16).

39. Cons. const., déc. n^{os} 2015-021/CC/EL, 2015-025/CC/EL, 2015-026/CC/EL, 2015-027/CC/EL et 2015-029/CC/EL, 24 août 2015, expédiées les 25 et 26 août 2015.

13 juillet 2015 de la Cour de Justice de la CEDEAO ; que par conséquent l'article 166 du Code électoral est une disposition qui reste en vigueur⁴⁰ ».

En refusant de tirer lui-même les conséquences de la jurisprudence de la Cour de justice, le Conseil constitutionnel renvoie cette responsabilité aux autorités de la transition. Dans la logique du Conseil, il appartenait aux organes politiques de modifier la disposition incriminée du code électoral pour la rendre compatible avec les engagements internationaux et communautaires du Burkina Faso. Faut-il voir dans cette prudence des Sages burkinabé une volonté de ne pas se substituer aux autorités politiques dans l'expression de la volonté générale, une résistance à l'égard du juge de la CEDEAO ou une méthode d'interprétation permettant de valider de manière déguisée les dispositions législatives contestées ? Dans la première hypothèse, il s'agirait d'une forme d'autolimitation du Conseil, qui renverrait ainsi la « compétence » et, donc, le « défaut » de mise en compatibilité des dispositions du code électoral avec la jurisprudence de la Cour de justice, aux autorités pourvues du pouvoir de décision⁴¹. Les deux dernières hypothèses sont difficiles à apprécier, compte tenu du défaut d'argumentation qui ne permet pas de déceler l'intention réelle du juge constitutionnel.

En tout état de cause, l'attitude du conseil paraît juridiquement contestable, d'autant plus que les arrêts de la Cour de justice ont force obligatoire à l'égard des États membres⁴². En vertu des principes de primauté du droit communautaire⁴³ et d'unité de l'État, ils s'imposent

40. Voir notamment les décisions n^{os} 2015-021/CC/EL, 2015-025/CC/EL et 2015-026/CC/EL. Pour les candidats tombant sous le champ d'application du nouveau critère du code électoral, le juge constitutionnel a étendu l'inéligibilité déjà déclarée aux élections législatives au scrutin présidentiel, selon une motivation réduite à sa plus simple expression : « Que cette inéligibilité s'applique à l'élection présidentielle de la même date ; que par conséquent sa déclaration de candidature doit être rejetée » (voir notamment les décisions n^{os} 2015-006/CC/EPF et 2015-008/CC/EPF, 28 août 2015).

41. On peut faire établir un lien avec la position du Conseil constitutionnel français qui considère que l'art. 61 de la Constitution ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement (Cons. const., déc. n^{os} 74-54 DC, 15 janv. 1975 sur la loi relative à l'IVG ; 98-401 DC, 10 juin 1998, loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail).

42. Art. 15, 4 du traité révisé de la CEDEAO.

43. Il faut toutefois souligner que le principe de primauté n'est pas affirmé de manière absolue dans l'ordre juridique de la CEDEAO (CJ-CEDEAO, 7 octobre 2005, *Hon. Dr Jerry Ugokwe c/ La République fédérale du Nigéria et Hon. Dr Christian c/ Okeke et autres*, aff. n^o ECW/CCJ/APP/02/05). Voir Dramane Sanou, *La juridictionnalisation des organisations régionales d'intégration économique en Afrique*, thèse de droit public, université Paris I, 2012, p. 292 et suiv.

à toutes les autorités nationales, qu'elles soient exécutives, législatives ou judiciaires. Ils doivent ainsi neutraliser toute norme contraire de droit interne. Le protocole de la CEDEAO sur la démocratie et la bonne gouvernance interdisant toute réforme substantielle de la loi électorale – qui ne repose pas sur un large consentement des acteurs politiques – dans les six mois précédant les élections, le Parlement se trouve en quelque sorte exclu. Il appartenait au juge constitutionnel de tirer les conséquences juridiques de l'arrêt de la Cour, en la faisant prévaloir sur la loi nationale, sans attendre l'intervention des organes de décision⁴⁴. La position qu'il a retenue institue implicitement un dualisme entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique communautaire, alors que c'est la solution moniste qui se dégage de la Constitution burkinabé⁴⁵.

La position du Conseil constitutionnel expose l'État burkinabé à un risque de sanction pour violation de ses engagements internationaux. Le refus de se conformer à l'arrêt de la Cour de justice peut être constitutif d'un fait internationalement illicite⁴⁶. Or, l'arrêt du juge de la CEDEAO impose une obligation de comportement, à savoir celle de lever tous les obstacles à la libre participation des citoyens aux élections.

Cette interprétation du juge constitutionnel réduit l'impact de la jurisprudence de la Cour sur les parties au litige.

1.1.2.2. L'effet limité de l'arrêt sur les parties au litige

L'une des questions non tranchées par la Cour de justice, qui emportait pourtant des conséquences sur la situation des requérants, est la délimitation du champ d'application personnel de la CADEG, c'est-à-dire des personnes susceptibles de tomber sous le coup de la sanction du changement anticonstitutionnel de gouvernement. La détermination des personnes concernées a une incidence sur le raisonnement des juridictions nationales, notamment en matière d'individualisation de la restriction du droit d'éligibilité. La CADEG parle seulement d'« auteurs » de changement anticonstitutionnel de gouvernement, susceptibles d'être traduits devant les juridictions, ce qui suppose qu'il s'agit de « personnes physiques ». L'indétermination de la notion d'« auteurs » laisse toutefois

44. Claudia Sciotti-Lam, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 52 et suiv.

45. En dehors des références faites à l'intégration économique et politique dans le préambule, la Constitution ne contient pas de dispositions spécifiques à l'intégration régionale (voir art. 151 précité). L'art. 151 prévoit que les traités et accords internationaux ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve de réciprocité.

46. CPJI, 25 mai 1926, *Intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, série A, n° 7, p. 19.

un champ ouvert à l'interprétation. Ainsi, que faut-il entendre par auteurs de changement anticonstitutionnel de gouvernement ? Cette notion s'applique-t-elle à toutes les catégories de citoyens, particulièrement aux citoyens dits « ordinaires » ?

Selon la Cour de justice, la sanction du changement anticonstitutionnel de gouvernement s'applique à « des régimes, des États, éventuellement leurs dirigeants⁴⁷ ». La référence à la notion de « dirigeants » révèle la nécessité de définir les auteurs du changement anticonstitutionnel de gouvernement, susceptibles de tomber sous le coup du nouveau critère de restriction du code électoral. L'emploi de la notion vague de dirigeants laisse une marge aux instances nationales dans la détermination des personnes concernées, expression d'une forme de dialogue des juges. En raison de leur rôle « passif » dans le fonctionnement des institutions, il paraît logique que l'infraction de changement anticonstitutionnel de gouvernement ne saurait toucher les « citoyens ordinaires » au même titre que les personnes exerçant des fonctions et responsabilités politiques.

Dans les décisions précitées sur les recours tendant à déclarer l'inéligibilité de certains candidats aux élections législatives et présidentielle, le Conseil constitutionnel burkinabé limite la qualité d'auteurs de changement anticonstitutionnel aux personnalités exerçant le pouvoir d'État, notamment les membres de l'Exécutif et les parlementaires. Le soutien au changement anticonstitutionnel peut consister dans la participation à l'adoption de projet de loi tendant à une révision constitutionnelle prohibée par la CADEG, dans la signature d'un appel parlementaire en vue de la convocation d'un référendum tendant à une telle révision ou dans l'appui à une telle initiative⁴⁸.

Comme précédemment souligné, le défaut de mise en œuvre de l'arrêt de la Cour par les autorités de la transition a conduit le conseil à apprécier la recevabilité des recours par rapport aux dispositions du code électoral, telles que modifiées par la loi du 7 avril 2015.

Malgré l'ouverture du juge de la CEDEAO au dialogue, l'appréciation de la qualité de victime des requérants n'emporte pas l'adhésion.

47. Voir le § 30. La notion d'auteurs renvoyant à des personnes physiques, il semble impossible d'appliquer la sanction du changement anticonstitutionnel de gouvernement à des régimes et à des États.

48. Cons. const., déc. n^{os} 2015-021/CC/EL et autres, 24 août 2015.

1.2. L'appréciation contestable de la qualité de victime

L'autre question procédurale importante traitée par la Cour est la reconnaissance aux requérants de la qualité de victimes de violation du droit d'éligibilité. L'appréciation de la qualité de victime comporte des enjeux pour la protection des droits de l'homme. L'interprétation étroite ou extensive de cette notion traduit une politique jurisprudentielle de restriction ou, au contraire, d'ouverture du prétoire du juge aux requérants individuels. Si la reconnaissance de la qualité de victime réelle semble être exclue dans le cas d'espèce (1.2.1), celle de victime potentielle paraît également délicate (1.2.2). C'est ce qui explique sans doute que la Cour ait fondé la recevabilité du recours sur l'imminence de la violation, engendrant une confusion avec la juridiction d'urgence (1.2.3).

1.2.1. L'exclusion de la qualité de victime réelle

Dans les systèmes de protection des droits de l'homme, le principe est que le requérant doit avoir subi personnellement les effets de la mesure litigieuse pour avoir la qualité de victime⁴⁹. Le défaut de la qualité de victime étant un motif de rejet du recours, sans un examen au fond, on comprend que les États contre lesquels une violation est alléguée invoquent généralement l'absence de la qualité de victime réelle et effective du requérant⁵⁰.

Le raisonnement paraît juridiquement lacunaire. Le nouveau cas d'inéligibilité du code électoral n'ayant pas encore fait l'objet d'application effective, il est clair qu'il n'existe pas encore de « préjudice réel », comme l'a relevé la Cour. Les requérants ne devraient donc pas en principe pouvoir agir, aucune candidature n'ayant encore été rejetée pour inadmissibilité en vertu de l'article 135. Mais, s'agissant de dispositions législatives, admettre la compétence pour examiner le recours reviendrait à conférer aux particuliers la possibilité de combattre *in abstracto* les législations des États membres, ce qui les aurait érigés en garants objectifs de la

49. Art. 10 d) du protocole sur le statut de la Cour. La Cour l'a d'ailleurs rappelé : « la Cour a toujours considéré qu'elle ne devait, en principe, sanctionner que des violations des droits de l'homme effectives, réelles, avérées, et non des violations possibles, éventuelles ou potentielles » (§ 15).

50. En l'espèce, l'État burkinabé a soutenu dans son mémoire de défense l'incompétence de la Cour pour connaître de l'affaire, au motif qu'elle n'est pas saisie d'une violation concrète des droits de l'homme, mais tout au plus d'une violation éventuelle ou hypothétique, hypothèse dans laquelle elle se déclare incompétente.

protection des droits fondamentaux⁵¹. Or, cette qualité est réservée, dans les systèmes qui la prévoient, aux États membres en tant que gardiens du respect de leurs obligations par les autres États⁵². Pour les particuliers, le contrôle de la violation de leurs droits implique l'individualisation des mesures incriminées à leur égard et s'opère en principe *a posteriori*.

L'hypothèse d'un contrôle *a priori* concerne la victime potentielle, dont l'examen des conditions de reconnaissance présentait un intérêt dans la présente affaire, même si l'appréciation qui en a été faite par la Cour paraît contestable.

1.2.2. L'examen discutable de la qualité de victime potentielle

Dans le souci d'une meilleure garantie des droits, les instances de contrôle interprètent de façon souple la notion de victime, étendant ainsi le champ d'application personnel des instruments de protection. Cette conception large permet d'ouvrir l'accès à leurs prétoires aux victimes dites « indirectes⁵³ » et « potentielles ». La notion de victime potentielle, si elle n'a pas été explicitement ainsi nommée par la Cour de justice, est celle qui a été appliquée dans la présente affaire. La victime potentielle est la personne qui n'a pas encore subi de violation effective de ses droits, mais qui court le risque de la subir si une législation manifestement incompatible avec les droits garantis venait à s'appliquer⁵⁴. Cette notion

51. En vue de la protection des droits fondamentaux, certains systèmes juridiques nationaux instituent au profit des particuliers la possibilité de déclencher un contrôle de constitutionnalité *in abstracto*, exercé *a posteriori* par voie d'action directe devant la juridiction constitutionnelle (art. 3 et 122 de la Constitution béninoise et le recours en protection d'un droit constitutionnellement garanti (*amparo*) qui existe en Espagne et en Allemagne).

52. Un tel recours objectif figure à l'art. 33 de la convention européenne des droits de l'homme. Il peut être exercé sans avoir à démontrer d'un intérêt subjectif propre à défendre (voir commission européenne des droits de l'homme, 11 janv. 1961, *Autriche c/ Italie*, req. n° 788/60 ; 18 janv. 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, req. n° 5310/71 ; Gr. Ch., 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, req. n° 15318/89 (exceptions préliminaires), série A, n° 310).

53. La victime indirecte est la personne qui a un intérêt légitime à introduire une requête en tant que proche d'une victime directe en cas de décès de cette dernière, qui a subi elle-même un préjudice du fait de la violation des droits d'un tiers ou qui a un intérêt à ce qu'il soit mis fin à une telle violation. Voir CEDH, *Guide pratique sur la recevabilité*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2014, p. 14-16.

54. Pour des cas d'application dans la jurisprudence de la CEDH, voir Commission européenne des droits de l'homme, 29 oct. 1992, *Open Door et Dublin Well women c/ Irlande*, série A, n° 246 A, § 44 ; 20 oct. 1981, *Dudgón c/ Royaume-Uni* ; 22 oct. 1988, *Norris c/ Irlande* ; 7 juill. 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*. La CEDH tend toutefois à restreindre la notion de victime potentielle (voir CEDH, 2005, *Dayras*

avait déjà été évoquée par la Cour de justice dans ses arrêts Hissène Habré c/ l'État du Sénégal du 18 novembre 2010 et Hadidjatou Mani Koraou c/ État du Niger du 27 octobre 2008⁵⁵.

À défaut de préjudice réel, l'appréciation de la qualité de victime potentielle devait constituer l'un des temps forts du raisonnement de la Cour de justice. L'appartenance des requérants à la mouvance de l'ancienne majorité présidentielle et parlementaire justifie *prima facie* que cet examen soit effectué. Ils rentrent dans « une catégorie » à laquelle le nouveau critère d'inéligibilité, sous l'apparence de sa formulation générale et impersonnelle, est susceptible d'être appliqué.

L'appréciation de la notion de victime potentielle suscite toutefois des difficultés, à la fois d'ordre théorique et pratique. La première difficulté théorique est le risque de confusion avec l'*actio popularis*, c'est-à-dire la faculté de combattre de façon objective et dans l'abstrait les mesures nationales en dehors de tout acte d'application concrète au requérant. Reposant sur une violation non encore réalisée, la notion de victime potentielle conduit à exercer un contrôle *a priori* des mesures litigieuses. Des précautions sont généralement posées par les organes de contrôle pour la distinguer de l'*actio popularis*. L'application de la notion de victime potentielle ne devrait même intervenir qu'« à titre très exceptionnel⁵⁶ ». Il doit exister des « indices raisonnables et convaincants de probabilité de réalisation d'une violation⁵⁷ ». Sans être déjà une victime réelle et effective, le requérant doit courir le risque probable d'une violation « imminente », « en sursis de réalisation⁵⁸ ». Même en l'absence de déclaration de candidature ou de manifestation d'intention dans le cas d'espèce, on peut se demander si l'implication des requérants dans la vie politique ne suffit pas à leur conférer la qualité de

et autres c/ France et SOS sexisme c/ France; CEDH, 28 juin 2011, *La Ligue des musulmans de Suisse et autres c/ Suisse*).

55. Décisions auxquelles la Cour fait explicitement référence (§ 17 de l'arrêt). Mais la victime potentielle n'a pas fait l'objet d'application dans ces deux affaires, car il y avait bien violation, la Cour étant intervenue *a posteriori*, à la différence de la présente affaire.

56. CEDH, 28 juin 2011, *Ouardiri c/ Suisse*, req. n° 65840/09.

57. Commission européenne des droits de l'homme, 6 sept. 1978, *Klass et a. c/ Allemagne*, § 34; CEDH (Gr. Ch.), 1^{er} juill. 2014, *S. A. S. c/ France*, req. n° 43835/11.

58. L'on perçoit ainsi l'artificialité de la construction jurisprudentielle de victime potentielle et la fragilité de l'équilibre sur lequel reposent les nuances sémantiques, délicates à opérer, entre le potentiel, d'une part, et l'hypothétique, la suspicion de violation et la conjecture, d'autre part.

victimes potentielles, eu égard à leur participation probable aux futures élections⁵⁹.

La seconde difficulté théorique est le risque de disparition de l'exigence de violation réelle et effective, conduisant à une objectivisation du contentieux de la protection des droits de l'homme, pour les recours introduits à l'initiative des particuliers. Or, si les droits de l'homme ont un caractère objectif, car universellement attachés à la seule qualité d'être humain et échappant au principe interétatique de réciprocité, ils conservent une dimension subjective en raison du statut individuel de leurs titulaires⁶⁰ et de leur mode d'exercice⁶¹. Ces caractéristiques subjectives trouvent leur traduction dans l'exigence de la qualité de « victime de violation » pour les requérants individuels.

En dehors des critiques théoriques, la Cour de justice a fait une application contestable de la notion de « victime potentielle ». Après avoir décrit les caractéristiques de la violation future dont elle pourrait exceptionnellement connaître, elle déduit de façon rapide et expéditive « une telle hypothèse [...], comme étant celle de l'espèce ». Elle n'a pas non plus procédé à l'examen exhaustif et rigoureux des conditions qu'elle a elle-même posées. La qualité de victime potentielle a été reconnue aux requérants comme si elle allait de soi, contrairement à ce qu'impose une démarche judiciaire rigoureuse. Cette reconnaissance n'est justifiée que par une volonté de protection des droits des citoyens, au prix toutefois du sacrifice d'une bonne argumentation juridique. La Cour semble reconnaître elle-même la fragilité de sa base de compétence retenue⁶².

La Cour a aussi confondu la juridiction d'urgence avec l'examen de la notion de victime, déterminant le champ d'application de sa compétence en matière de droits de l'homme.

59. C'est ce qu'indique la jurisprudence européenne. Voir CEDH (Gr. Ch.), 22 déc. 2009, *Sejdic et Finci c/ Bosnie Herzégovine*, req. n^{os} 27996/06 et 34836/06 (§ 29).

60. Leurs titulaires sont les particuliers, personnes physiques ou morales, qui ne sont pas des sujets classiques du droit international.

61. Certains droits sont cependant collectifs. Il en est ainsi des droits de l'action politique (voir CEDH, 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c/ Belgique*; Frédéric Sudre (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, Paris, PUF, 7^e éd., 2015, p. 750 et suiv.; *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 12^e éd., 2015, p. 807).

62. Voir § 15 de l'arrêt. Certains commentateurs ont ainsi vu dans la reconnaissance de la qualité de victime, la formulation d'une « exceptionnelle base de compétence » *ratione personae*, ne reposant sur aucun fondement du protocole sur le statut de la cour (Mamadou Hebie, « Article 135 de la loi électorale du 7 avril 2015 modifiant le Code électoral... », art. cité).

1.2.3. La confusion de l'examen de la qualité de victime avec la « juridiction d'urgence »

Au lieu d'un examen méthodique des critères de la victime (potentielle), la Cour s'est réfugiée derrière le motif de l'urgence pour admettre la recevabilité de la requête⁶³. Elle justifie sa compétence par l'urgence et la nécessité de se prononcer avant la « date fatidique » du 1^{er} août 2015, prévue pour l'ouverture du calendrier électoral⁶⁴. L'intérêt d'un règlement rapide du litige était évident dans le cas d'espèce⁶⁵.

La Cour opère toutefois une confusion entre le motif d'urgence et la déclaration de compétence. Son argumentation laisse entrevoir que toute requête pour laquelle la procédure d'urgence est admise devrait conduire à la reconnaissance de la qualité de victime (potentielle) au requérant. Or, les deux éléments procéduraux ne répondent pas aux mêmes finalités. La procédure d'urgence a pour objectif de soumettre le traitement du litige à une procédure accélérée, au regard, certes, de l'imminence d'une violation, mais elle ne doit pas conduire à une déclaration de la compétence de la Cour. Elle vise, eu égard au risque de péril des intérêts en présence, à prendre en compte le facteur temps dans le traitement des affaires, afin d'éviter que leur dénouement ne soit retardé. Elle ne constitue ni un motif d'extension de la compétence ni un fondement de la recevabilité d'un recours.

Critiquant le recours au motif de l'urgence comme fondement de compétence, certains commentateurs estiment que la préservation des intérêts des parties aurait pu être assurée par des mesures ou instructions conservatoires⁶⁶. Ces dernières constituent un complément de la

63. Voir § 16 de l'arrêt.

64. Elle déclare ainsi, que « dans la configuration présente, si elle devait attendre que des dossiers de candidature soient éventuellement rejetés pour agir, si elle devait attendre l'épuisement des effets d'une transgression pour dire le droit, sa juridiction dans un contexte d'urgence n'aurait aucun sens, les victimes présumées de telles violations se retrouvant alors inexorablement lésées dans la compétition électorale ».

65. Pour les autorités, il s'agit de ne pas retarder le calendrier électoral dont la date s'avance inexorablement, la présidentielle et les législatives étant fixées au 11 octobre 2015. Le coup d'État du 17 septembre 2015 a conduit au report de la date des élections au 29 novembre 2015. Pour les requérants, il faut être vite fixé sur l'éligibilité, au regard de l'irréversibilité et du risque d'une exclusion du processus électoral. C'est cette contrainte du calendrier électoral qui a d'ailleurs justifié la demande des requérants de soumettre l'affaire à une procédure accélérée, conformément à l'article 59 du règlement de la Cour.

66. Mamadou Hebie, « Article 135 de la loi électorale du 7 avril 2015 modifiant le Code électoral... », art. cité. Les mesures conservatoires peuvent être ordonnées par la

procédure d'urgence, mais ne se substituent pas à elle⁶⁷. Au lieu de fonder la recevabilité du recours sur le motif de l'urgence, la Cour de justice aurait pu utiliser la technique des réserves d'interprétation, à laquelle les juridictions constitutionnelles ont généralement recours pour éviter l'invalidation d'une disposition législative qui encourait pourtant une déclaration d'inconstitutionnalité⁶⁸. L'usage de cette technique aurait consisté à admettre le droit pour le pays défendeur de restreindre la libre participation au suffrage, tout en indiquant aux autorités nationales burkinabé, politiques et juridictionnelles⁶⁹, l'interprétation et l'application qui rendraient l'article contesté du code électoral conforme aux exigences du droit de la CEDEAO. Cela aurait ainsi permis à la fois de sauver les dispositions contestées et de préciser l'interprétation et l'application qui les « videraient du venin » d'inconventionnalité.

Sur les questions de procédure et de recevabilité, la position de la cour paraît souffrir d'un manque d'argumentation. Le traitement de la question de fond laisse apparaître une faiblesse identique.

2. Les ambiguïtés sur la portée du droit d'éligibilité

La restriction du droit d'éligibilité est une question politiquement sensible, surtout en période de transition démocratique – comme celle qui s'est déroulée au Burkina Faso – en raison du risque (d'accusation)

Cour en vertu de l'article 20 du protocole relatif à son statut et des articles 79 et suivants de son règlement de procédure.

67. Elles interviennent lorsque les parties encourent un risque de préjudice grave, immédiat et irréversible dans leurs intérêts. Au regard des conséquences éventuelles que peuvent entraîner les mesures provisoires dans la présente affaire – la suspension ou le report de l'organisation des élections – le renvoi préjudiciel par la Commission électorale nationale indépendante ou le Conseil constitutionnel, chargés d'apprécier la validité des candidatures, ou la demande d'avis du gouvernement semblait mieux indiquée pour assurer la protection provisoire des intérêts des parties.

68. Alexandre Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999, 336 p.; Xavier Samuel, « Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel », exposé présenté à l'occasion de l'accueil des nouveaux membres de la Cour de cassation au Conseil constitutionnel, 26 janvier 2007, disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/reserves.pdf (dernière consultation le 28 novembre 2015).

69. Comme l'a rappelé le Conseil d'État français dans un arrêt du 15 mai 2013, *Commune de Gurmençon* (AJDA 2013, p. 1639), « les réserves d'interprétation dont le Conseil constitutionnel assortit la déclaration de conformité à la Constitution d'une disposition législative sont assorties de l'autorité absolue de la chose jugée et lient le juge administratif pour l'application et l'interprétation de cette disposition ».

de règlement de compte à l'égard de certains acteurs politiques. Ainsi, un État peut-il restreindre, pour des motifs tenant à la protection de l'ordre constitutionnel, le droit pour tout citoyen de participer librement aux élections, sans enfreindre les multiples engagements internationaux qui garantissent les droits politiques ? Telle est la question de fond soulevée par l'affaire *CDP et autres c/ l'État du Burkina*. Si la condamnation du Burkina Faso laisse croire que la Cour y a répondu clairement, sa décision est moins précise qu'il n'y paraît. La principale certitude qui se dégage est que le droit de se porter candidat aux élections peut faire l'objet d'une restriction conditionnée (2.1). Les incertitudes subsistent néanmoins quant aux contours et aux modalités de ces restrictions (2.2). L'arrêt de la cour participe néanmoins du renforcement du constitutionnalisme régional dans l'espace CEDEAO (2.3).

2.1. La possible restriction conditionnée du droit d'éligibilité

L'arrêt admet le droit pour le Burkina Faso de restreindre la libre participation aux élections (2.1.1). La restriction reste néanmoins conditionnée et encadrée, notamment par l'obligation d'individualisation des mesures portant atteinte au droit de se porter candidat (2.1.2).

2.1.1. L'autorisation de la restriction dans son principe

La décision du juge de la CEDEAO a fait l'objet d'interprétations divergentes, notamment par les différentes parties au litige. Le verdict de condamnation a été considéré par les requérants et leurs avocats, accueillis triomphalement à Ouagadougou par leurs partisans au lendemain de la décision, comme une « victoire » contre l'État burkinabé⁷⁰. Les conseils et défenseurs de l'État ont plutôt retenu, comme principal point de l'arrêt en leur faveur, que la Cour n'interdit pas par principe la restriction du droit d'éligibilité, mais que c'est le procédé par lequel les

70. Lors d'une conférence de presse animée le 15 juillet 2015, M^e Anna Sorry-Ouattara, un des avocats ayant défendu le CDP et ses alliés à Abuja, a déclaré que « l'État burkinabé ne saurait procéder à une restriction quelconque, dans la mesure où cette restriction tomberait à nouveau sous le coup des violations des traités que nous avons signés ». Cette interprétation a été également affirmée par la commission juridique du Groupe de l'appel du 9 avril 2015, regroupant le CDP et ses alliés. Voir l'avis de la commission, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://burkina24.com/2015/07/20/le-verdict-de-la-cour-de-justice-de-la-cedeao-selon-lex-majorite/> (consulté le 28 novembre 2015).

autorités burkinabé ont limité l'accès au suffrage qui a été sanctionné⁷¹. Le gouvernement de la transition de son côté, tout en se félicitant de la voie légale empruntée par les parties pour régler le litige, a déclaré « prendre acte » de l'arrêt et s'est engagé à examiner « avec la plus grande attention la décision de la Cour⁷² ».

L'on voit que l'arrêt de la Cour de justice ouvre une « boîte de Pandore » en matière d'interprétation par les différentes parties. Mais au-delà de ces lectures divergentes, quelle est la véritable signification de cette décision ? Les commentateurs partagent l'avis selon lequel l'arrêt de la cour n'interdit pas les restrictions au droit à la libre participation aux élections⁷³. La cour reconnaît dans son raisonnement « qu'il peut arriver que dans des conjonctures particulières, la législation d'un pays institue des possibilités d'accéder à des fonctions électives à l'encontre de certains citoyens ou de certaines organisations ». Elle ajoute même qu'en l'espèce, « il ne s'agit donc pas de nier que les autorités actuelles du Burkina Faso aient, en principe, le droit de restreindre l'accès au suffrage [...] ». Elle admet ainsi, au moins dans le principe, l'argument du gouvernement burkinabé, selon lequel le droit de participer à des élections n'est pas un droit de caractère absolu et qu'un État peut y apporter des restrictions.

Malgré la certitude concernant la possibilité de restreindre le droit d'accès au suffrage, des divergences entourent le caractère et les modalités de cette restriction. C'est sur ce terrain que l'interprétation de la Cour a conduit à la condamnation de l'État burkinabé, qui n'a pas respecté les modalités exigées, notamment l'obligation d'individualisation.

71. Voir l'écrit du professeur Séni Ouedraogo, un des conseils du gouvernement burkinabé, devant la Cour de justice d'Abuja : « La Cour de justice de la CEDEAO nous a rendu le meilleur service », disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.lefaso.net/spip.php?article65863> (dernière consultation le 28 novembre 2015).

72. Communiqué des services d'information du gouvernement du mardi 14 juillet 2015. Dans son adresse à la nation du 16 juillet 2015, le président de la transition, Michel Kafando, assurait encore, à propos de l'arrêt de la Cour de justice du 13 juillet 2015, que le Burkina Faso, « en tant que nation civilisée et respectueuse de l'autorité de la chose jugée et de ses engagements internationaux, et dans un souci d'apaisement social, se conformera au verdict de la Cour ». Aucune modification de la disposition litigieuse n'a été effectuée jusqu'à la publication des listes de candidature aux législatives par la CENI le 12 août 2015 et de la liste provisoire à la présidentielle par le Conseil constitutionnel le 28 août 2015.

73. Voir le titre évocateur de l'article de Bachirou Amadou Adamou : « Verdict de la Cour de Justice de la CEDEAO... », art. cité.

2.1.2. L'encadrement de la restriction par l'obligation d'« individualisation »

Tout en admettant le droit de restreindre l'accès au suffrage, la Cour condamne le Burkina Faso au regard du « caractère ambigu des critères de l'exclusion, et l'application expéditive et massive qui en est faite ». Le caractère ambigu ici prohibé réside dans la vocation d'application générale des dispositions litigieuses du code électoral. Cette portée générale est condamnée du point de vue de l'exigence de garantie des droits des acteurs politiques, d'une part, et du point de vue des citoyens ordinaires, d'autre part⁷⁴.

Le premier enseignement que l'on peut tirer est que la Cour confère à la révision du code électoral une portée générale, lui permettant de considérer qu'elle porte atteinte aux deux dimensions, passive et active, des droits électoraux⁷⁵. Si sanction du changement anticonstitutionnel de gouvernement il devrait y avoir, elle ne peut être utilisée comme justification d'une restriction de l'accès au suffrage que si elle vise uniquement « des régimes, des États, éventuellement leurs dirigeants », mais pas les citoyens ordinaires⁷⁶.

Le second enseignement est que, ce qui est condamné par la Cour, c'est l'absence d'individualisation des mesures de restriction du droit d'éligibilité. Elle impose ainsi l'obligation d'individualiser toute mesure de restriction à l'éligibilité⁷⁷. L'individualisation permet de concrétiser

74. Par rapport aux premiers, la Cour considère que les dispositions contestées instituent une sorte de « délit d'opinion » et constituent un moyen de « discrimination des minorités politiques ». Par rapport aux seconds, elle pense que les mesures litigieuses limitent « de façon importante le choix offert au corps électoral », altérant de ce fait « le caractère compétitif de l'élection », alors que de telles mesures ne devraient pas concerner les citoyens ordinaires. Il s'agit ainsi, à travers cette dernière prohibition, d'élargir l'offre de programmes politiques en vue de permettre la « libre expression de l'opinion du peuple » sur le choix des dirigeants (art. 3 du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit à des élections libres).

75. La dimension *passive*, consistant dans le droit de se porter candidat, intéresse les requérants, engagés dans la vie politique, et la dimension *active*, consistant dans le droit de vote, intéresse les citoyens ordinaires.

76. L'extension de la portée des dispositions contestées aux citoyens ordinaires paraît cependant critiquable. Le droit de vote n'étant pas directement en cause dans les dispositions litigieuses, une atteinte aux droits des citoyens ordinaires ne pourrait s'opérer que par ricochet, selon d'ailleurs une interprétation (trop) généreuse que les autorités de la transition n'ont certainement pas entendu donner aux mesures législatives qu'elles ont adoptées.

77. Rattachée à la catégorie générique du « droit d'accès à des charges publiques » (art. 25 du PIDCP et 23 de la convention IADH), la Cour considère que toute

et d'appliquer la mesure générale à un individu, à titre personnel ou comme appartenant à une catégorie implicitement visée par la restriction. Hormis les personnes pourvues de conseil judiciaire, les mesures d'individualisation résident généralement dans la privation du droit d'éligibilité prononcée à titre de sanction (complémentaire) par une juridiction en cas d'infraction⁷⁸. Dans le cas d'espèce, l'individualisation de la restriction posée par le nouveau critère aux requérants consisterait dans l'invalidation de leurs actes de candidature par le Conseil constitutionnel, la Commission électorale nationale indépendante (CENI) ou ses démembrements territoriaux, ou dans la déclaration d'inéligibilité prononcée par le Conseil constitutionnel (pour les élections nationales) ou par les juridictions administratives (pour les élections locales : régionales et municipales) en cas de recours⁷⁹.

Même dans l'hypothèse où une déclaration d'inéligibilité serait prononcée à l'égard d'un candidat, la condition exigée par la Cour ne semble pas être satisfaite, car ce qui est fondamentalement en cause, ce n'est pas tant l'absence de mesure personnalisant l'application des nouvelles dispositions de l'article 135 aux requérants que le fait même d'avoir érigé les actions de soutien au changement anticonstitutionnel de gouvernement en cause d'inéligibilité. Il aurait fallu que les auteurs de telles actions aient commis une infraction grave sanctionnée par l'inéligibilité en vertu des lois (pénales !) en vigueur⁸⁰.

Il faut aussi relever la contradiction de la Cour de justice, qui opère un double traitement de l'exigence d'individualisation, traitement différencié selon qu'il s'agit de l'appréciation de sa compétence ou de la question de fond. Autant l'absence d'individualisation des mesures

restriction de l'éligibilité doit être « justifiée, notamment, par la commission d'infractions particulièrement graves ». Dans la jurisprudence de la CEDH, l'obligation d'individualisation est appréciée de manière plus stricte en matière de droit de vote qu'en matière d'éligibilité (CEDH (Gr. Ch.), 6 oct. 2005, *Hirst c/ Royaume-Uni* n° 2 ; CEDH (Gr. Ch.), 22 mai 2012, *Scoppola c/ Italie* n° 3) ; Laurence Burgorgue-Larsen, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2012, p. 185). La cour reconnaît une marge d'appréciation plus étendue aux États en matière d'éligibilité (arrêt *Zdanoka c/ Lettonie*, § 114). Son contrôle se limite ainsi à vérifier l'absence d'arbitraire dans les procédures nationales prévoyant la privation du droit d'éligibilité (Florence Jacquemot, « Retour sur la dualité de lecture de l'arrêt *Zdanoka c/ Lettonie* », *RTDH*, 2007, p. 206).

78. Pour s'assurer du respect de cette condition, il est généralement exigé parmi les pièces de la déclaration de candidature à une élection, un bulletin (n° 3 selon le code électoral burkinabé) du casier judiciaire datant de moins de 3 mois.

79. Voir art. 14, 126, 130, 131, 176, 177, 193, 231, 232 et 247 du code électoral burkinabé.

80. Pour plus de développements sur ce point, voir 2.2 *infra*.

litigieuses justifie la condamnation de l'État burkinabé pour violation des droits électoraux des requérants, autant elle n'a pas empêché la Cour de se déclarer compétente pour connaître du litige, alors qu'elle constituait un motif d'irrecevabilité du recours pour absence de violation.

Les modalités du contrôle opéré par la Cour sur la restriction du droit d'éligibilité apparaissent elles aussi imprécises.

2.2. Les contours imprécis du contrôle de la restriction du droit d'éligibilité

Comme l'ensemble du raisonnement de la Cour dans cette affaire, la réponse à la question de fond renferme de nombreuses lacunes et incohérences. La Cour n'a pas respecté les principes de contrôle des droits de l'homme, généralement appliqués dans les litiges présentant les mêmes caractéristiques que le présent cas d'espèce (2.2.1). En rejetant tous les moyens de défense du gouvernement burkinabé, elle refuse implicitement d'ériger la sanction du changement anticonstitutionnel en « motif légitime » justifiant la restriction au droit d'éligibilité (2.2.2).

2.2.1. Le non-respect des principes de contrôle des droits de l'homme

L'affaire *CDP et autres c/ État du Burkina Faso* est une illustration des situations de contrôle du respect des droits de l'homme dans lesquelles deux ou plusieurs d'entre eux se trouvent en conflit ou en concurrence avec d'autres impératifs revendiquant une protection. En l'espèce, il s'agit du droit à la libre participation aux élections des requérants et de la protection de l'ordre démocratique et constitutionnel, invoquée par le gouvernement défendeur, même si cette dernière n'est pas explicitement reconnue par la Cour comme un impératif digne de protection au même titre que le droit d'éligibilité. En pareille situation de conflit ou de concurrence, et en l'absence de hiérarchie claire établie entre les droits, libertés ou impératifs, les organes de protection des droits de l'homme appliquent des techniques de contrôle visant la conciliation entre les droits ou impératifs en présence, afin de s'assurer qu'aucun ne l'emporte de manière disproportionnée sur l'autre⁸¹. Ces techniques consistent notamment dans la « balance entre les intérêts en présence », en vue de trouver un juste équilibre. Dans le cas où ce dernier serait difficile à déterminer et que l'atteinte à l'un des droits ou libertés est nécessaire

81. Florence Jacquemot, « Retour sur la dualité de lecture de l'arrêt *Zdanoka...* », art. cité, p. 211.

pour protéger l'autre, il est appliqué le « principe de proportionnalité », qui interdit que la restriction à un droit dépasse ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder l'intérêt jugé plus légitime.

Or, la Cour de justice n'a procédé à aucun de ces contrôles. Plus qu'une primauté reconnue aux droits de l'homme, elle s'est intéressée presque exclusivement à l'obligation de protéger les droits électoraux des requérants. Tout se passe comme si les droits politiques ici revendiqués étaient absolus, ce qui n'est le cas « nulle part ailleurs⁸² ». En droit comparé européen, interaméricain et international des droits de l'homme, il est admis que le droit de participer aux élections connaît des restrictions⁸³. En droit européen, alors que l'article 3 du protocole n° 1 sur le droit à des élections libres ne contient pas de liste limitative des buts légitimes, la CEDH a eu recours à la théorie des « limitations implicites » pour admettre des restrictions à l'éligibilité⁸⁴. Faisant partie des droits dits de « l'action politique » de l'individu⁸⁵, le droit d'éligibilité ne relève pas de la catégorie des droits dits intangibles, touchant à l'existence et à l'intégrité de la personne humaine⁸⁶.

La Cour de justice ne nie d'ailleurs pas le droit pour l'État burkinabé de restreindre le droit d'accès aux suffrages. Elle admet de façon implicite, lorsqu'elle détermine, de manière discontinue, les critères d'une limitation autorisée : elle doit être « justifiée, notamment, par la commission

82. Jean-François Akandi-Kombé, « Le juge de la CEDEAO et la révolution burkinabé... », art. cité.

83. Voir Frédéric Sudre (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 759 et suiv. ; Ludovic Hennebel, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 582 et *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations-Unies. Le pacte international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 302.

84. Joël Andriantsimbazovina, « Les droits politiques selon la Cour européenne des droits de l'homme », *Mélanges Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, p. 3. ; Yannick Lecuyer, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2009. Il est d'ailleurs surprenant que la haute juridiction de la CEDEAO cite l'arrêt *Paksas c/ Lituanie* (CEDH (Gr. Ch.), 6 janv. 2011, req. n° 34932/04), alors qu'en matière d'éligibilité, la jurisprudence *Zdanoka c/ Lettonie* précitée, de laquelle elle semble d'ailleurs s'inscrire en opposition, paraissait plus pertinente.

85. Jean-François Renucci, *Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, Paris, LGDJ, 5^e éd., 2013, p. 239.

86. Droit à la vie, interdiction de la torture, des traitements inhumains et dégradants, de l'esclavage et du travail forcé, non-rétroactivité de la loi pénale et interdiction des discriminations. Bénéficiant d'une protection quasi absolue, les atteintes à cette catégorie de droits sont en effet prohibées ou strictement autorisées. Les droits politiques peuvent en revanche faire l'objet de restrictions.

d'infractions particulièrement graves » (§ 28) ; être « légale » et « nécessaire à la stabilisation de l'ordre démocratique » ; ne pas avoir pour effet de limiter de « façon importante le choix offert au corps électoral » en altérant « le caractère compétitif de l'élection ». Les critères de restriction énoncés n'ont toutefois pas été appréciés par la Cour de justice⁸⁷. Dans sa démarche, l'examen de la proportionnalité, qui permet de vérifier si la restriction au droit se limite à ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi, devient lui aussi superflu.

La cour n'a pas procédé non plus à une mise en balance des intérêts en présence. L'on pourrait croire qu'elle a ignoré la jurisprudence *Zdanoka c/ Lettonie* précitée de la CEDH, alors qu'elle s'inspire de la jurisprudence de cette dernière. Néanmoins, il faut plutôt supposer le contraire. L'arrêt *CDP et autres c/ État du Burkina* semble au contraire avoir été victime du syndrome de l'arrêt *Zdanoka c/ Lettonie* ! Dans cette affaire, la prise en compte du contexte historique et politique du pays concerné⁸⁸ avait conduit la Cour européenne à reconnaître une marge d'appréciation étendue à la Lettonie pour restreindre le droit à la libre participation aux élections, validant ainsi l'inéligibilité de la requérante au Parlement letton⁸⁹. La Cour de justice a sans doute vu dans les nouvelles dispositions de l'article 135 du code électoral burkinabé les allures d'une loi de « lustration⁹⁰ » destinée à écarter les

87. Elle s'est contentée d'affirmations péremptoires : « ... une telle hypothèse, qu'elle considère comme étant celle de l'espèce... » ; « pour la Cour, il ne fait aucun doute que ... » ; « ... évidemment inacceptable » ; « ... difficilement justifiable en droit » ; autant d'expressions qui relèvent plus d'une démarche de prescription que celle d'une application rigoureuse du raisonnement judiciaire pour démontrer l'existence ou non de violation du droit invoqué.

88. Jean-François Flauss, « L'Histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », RTDH 2006, p. 5-22.

89. L'arrêt *Zdanoka* fut considéré comme une décision « éminemment politique », permettant une intrusion du juge européen dans l'appréciation de la durée d'une transition démocratique, relevant de la compétence réservée aux États (Jean-François Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (février-juillet 2006) », AJDA 2006, p. 1719). Il a suscité deux opinions partiellement dissidentes et trois opinions dissidentes au sein de la formation de jugement.

90. Les lois de lustration sont des textes adoptés après la chute du mur de Berlin dans les ex-républiques soviétiques, visant à réguler l'accès aux listes et dossiers des collaborateurs des anciens régimes communistes et à purger la fonction publique des membres des services secrets et de sécurité d'État, jugés dangereux pour la stabilité des institutions et du nouvel ordre démocratique. La CEDH adopte une approche pragmatique à leur égard, les validant au nom de l'impératif de défense de l'ordre démocratique en vue d'empêcher le retour aux régimes totalitaires (Florence Jacquemot, « Retour sur la dualité de lecture de l'arrêt *Zdanoka*... », art. cité, p. 217).

proches de l'ancien régime déchu des compétitions électorales post-insurrectionnelles. Par peur certainement d'être accusée de partialité politique, elle a tant voulu se prémunir d'une telle critique qu'elle s'est tenue trop à l'écart des considérations historiques et politiques. Mais le seuil de l'équilibre à avoir vis-à-vis du contexte de l'affaire semble avoir été dépassé, et la Cour a rendu une décision quelque peu déconnectée de la réalité du pays.

La condamnation de l'État burkinabé apparaît comme la conséquence du refus de la Cour de justice de considérer la protection de l'ordre constitutionnel comme un motif légitime de restriction du droit d'éligibilité.

2.2.2. Le refus de la protection de l'ordre constitutionnel comme motif légitime d'atteinte au droit d'éligibilité

L'exigence selon laquelle toute restriction de l'accès au suffrage doit être justifiée par la commission d'infractions particulièrement graves⁹¹ soulève la question de savoir si le soutien au changement anticonstitutionnel de gouvernement ne constitue pas une infraction, satisfaisant à cette condition posée par la cour. Se pose ici la question de savoir ce qu'il faut entendre par infractions (particulièrement graves). En d'autres termes, ces dernières sont-elles seulement d'ordre pénal ou existerait-il des infractions d'ordre politique ? Car, si la notion d'infraction est utilisée par la Cour, suivant son raisonnement, non seulement cette notion serait uniquement d'ordre pénal, mais, en outre, les infractions pénales seraient plus graves que les atteintes à l'ordre constitutionnel. Ce double point de vue peut cependant être contesté ou, à tout le moins, nuancé.

Si la notion d'infraction désigne dans le langage juridique et courant les manquements au droit pénal, « au sens large, peut être qualifié d'infraction tout comportement d'action ou d'omission imputable à un sujet de droit, personne physique ou morale, de droit public ou privé, consistant à enfreindre une norme préétablie⁹² ». La notion d'infraction peut donc être employée pour désigner tout agissement qui porte atteinte à un corps de règles régissant une catégorie donnée de rapports sociaux⁹³.

91. § 28 précité de l'arrêt.

92. Jean-Christophe Crocq, *Le guide des infractions : crimes-délits-contraventions*, Paris, Dalloz, 16^e éd., 2015, p. 2

93. On pourrait ainsi parler d'infraction au droit civil, au droit administratif, au droit financier ou à l'ordre constitutionnel...

En matière constitutionnelle, la particularité des atteintes réside dans le statut d'autorités politiques des personnes en cause. Ce statut leur confère un privilège de juridiction dans la procédure de sanction des comportements infractionnels⁹⁴. Ce statut n'empêche toutefois pas l'usage de la notion d'« infraction politique » pour qualifier les faits dont ils se rendraient coupables. Entre les violations des règles pénales et les atteintes à l'ordre politique, il n'y a que le domaine qui change. Faut-il d'ailleurs rappeler que l'*impeachment*, destituant et sanctionnant les gouvernants, a d'abord été une procédure pénale avant de devenir un mécanisme de responsabilité politique, favorisant la naissance du régime parlementaire à la fin du XVIII^e siècle⁹⁵ ? Les textes constitutionnels sanctionnent pour haute trahison, attentat à la Constitution ou complot contre la sûreté de l'État, les infractions à l'ordre constitutionnel commises par les hautes autorités, notamment le président de la République⁹⁶. Instituer le soutien au changement anticonstitutionnel de gouvernement comme cause d'inéligibilité ne paraît pas plus « stigmatisant » et plus « infâmant » que les infractions à connotation politico-pénale⁹⁷.

94. Le président de la République et les membres du gouvernement ne sont ainsi justiciables que devant la Haute-Cour de justice, composée d'hommes politiques (députés) et de juges professionnels (art. 137 de la Constitution burkinabé ; art. 135 de la Constitution béninoise ; art. 143 de la Constitution nigérienne).

95. Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 35^e éd., 2014, p. 185.

96. Art. 138 de la Constitution burkinabé ; art. 136 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 ; art. 95 de la Constitution malienne du 25 février 1992 ; art. 101 de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001. Dans le cas burkinabé d'ailleurs, le CNT a voté le 16 juillet 2015 une résolution mettant en accusation l'ancien président Blaise Compaoré pour « haute trahison et attentat à la Constitution », certains de ses ministres pour « détournement de deniers publics » et/ou « enrichissement illicite » et l'ensemble des ministres présents lors du Conseil des ministres du 21 octobre 2014 ayant adopté le projet de loi de révision constitutionnelle pour « faits de coups et blessures volontaires, complicité de coups et blessures, assassinat et complicité d'assassinat ». Un recours a été exercé par neuf députés du CNT proches de l'ancien régime contre la résolution de mise en accusation, mais le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent au motif que la résolution ne rentre pas dans les domaines de contrôle de constitutionnalité qu'il exerce (Cons. const., déc. n° 2015-33/CC, 7 août 2015). La mise en jeu de la responsabilité manqué généralement d'effectivité dans les pays africains francophones (Frédéric Joël Aïvo, « La responsabilité pénale des gouvernants dans les régimes politiques africains d'influence française », *Afrilex*, janvier 2010, 42 p.)

97. C'est la connotation judiciaire et quelque peu stigmatisante et infâmante de la haute trahison qui a justifié sa suppression par la révision constitutionnelle de 2007 en France (L. const. n° 2007-238, 23 févr. 2007). La nouvelle formulation de l'art. 68 de

L'arrêt de la Cour de justice laisse penser que les infractions pénales justifient plus l'inéligibilité que celles à l'ordre constitutionnel, dont se rendraient coupables les auteurs de la tentative de révision constitutionnelle. Or, il n'en est rien. Le droit positif abonde d'exemples d'atteintes à l'ordre démocratique et politique, rendant leurs auteurs indignes d'éligibilité à des mandats politiques, même en l'absence de condamnation pour infractions pénales. Un exemple classique, expressément prévu par la disposition contestée, est la condamnation pour fraude électorale. Les malversations et le manque de probité dans l'exercice d'une charge publique peuvent également constituer des indignités justifiant l'inéligibilité à un mandat futur⁹⁸. Si ces motifs d'inéligibilité ne sont pas remis en cause, ne devrait-on, par analogie, admettre le soutien au changement anticonstitutionnel de gouvernement comme un motif légitime de restriction du droit d'accès au suffrage ?

Le refus de considérer l'atteinte à l'ordre constitutionnel comme un critère d'inéligibilité soulève incidemment la question de la valeur juridique et de la sanction du serment politique prêté par le président de la République⁹⁹. Si le serment politique ressemble à un engagement d'ordre moral et personnel qui n'engendre pas d'obligations juridiques, la violation des termes solennellement prononcés peut constituer un motif de destitution¹⁰⁰, voire d'inéligibilité à l'encontre de son

la Constitution, plus neutre, préserve la dignité de la fonction présidentielle (Jean Gicquel et Jean-Éric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 28^e éd., 2014, p. 574 et suiv.)

98. Les articles 209 et 242 du code électoral burkinabé prévoient également que ne peuvent être élus conseillers régionaux et conseillers municipaux, respectivement, d'une part, les présidents et vice-présidents de conseils régionaux et les conseillers régionaux, d'autre part, les maires et les conseillers municipaux, « démis d'office pour malversations, même s'ils n'ont pas encouru de peines privatives de droits civiques ».
99. Il prête devant la juridiction constitutionnelle un serment par lequel il s'engage et jure devant le peuple et sur son honneur (ou devant Dieu), « de préserver, de respecter, de faire respecter et de défendre la Constitution et les lois » (art. 44 de la Constitution burkinabé, repris par l'art. 10 de la Charte de la transition du 13 novembre 2014. Voir également : art. 37 des constitutions sénégalaise du 22 janvier 2001 et malienne du 25 février 1992 ; art. 50 de la Constitution nigérienne du 25 novembre 2011).
100. Les cas de destitution pour non-respect des termes du serment politique sont cependant rares. Les quelques exemples notables concernent les présidents américains Bill Clinton et Richard Nixon. Le premier a fait l'objet d'une procédure de destitution pour faux témoignage sous serment dans l'affaire Monica Lewinsky, mais fut finalement acquitté par le Sénat. Le second, mis en accusation dans l'affaire *Watergate*, a reconnu ses propres mensonges et préféré démissionner, échappant ainsi au vote de destitution.

auteur¹⁰¹. La Constitution nigérienne du 25 novembre 2011 prévoit la violation du serment constitutionnel comme un des faits constitutifs de crime de haute-trahison¹⁰².

Le soutien au changement anticonstitutionnel de gouvernement peut apparaître comme un « motif légitime », susceptible de justifier l'inéligibilité de ses auteurs. La protection de l'ordre constitutionnel a conduit la CEDH à reconnaître dans l'arrêt *Zdanoka* précité la notion de « démocratie militante apte à se défendre » contre ses adversaires¹⁰³. S'il ne faut pas prôner tout parallélisme avec le juge européen, la Cour de justice aurait dû au moins soulever la question, au lieu d'ignorer l'argumentation du gouvernement défendeur. Une démarche judiciaire rigoureuse aurait impliqué d'examiner si la protection de l'ordre constitutionnel constitue un motif légitime, qui peut être valablement invoqué pour justifier une restriction au droit d'éligibilité¹⁰⁴.

On peut douter de la pertinence de la condamnation par la Cour de l'inéligibilité des auteurs de changement anticonstitutionnel de gouvernement. Ne serait-ce pas une carte blanche donnée aux comportements et aux régimes antidémocratiques, ce qui pourrait jouer à rebours de la

101. CEDH, 6 janv. 2011, *Paksas c/ Lituanie*, précité, § 36.

102. Art. 142 de la Constitution nigérienne de la VII^e République du 25 novembre 2011.

103. Jean-François Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme... », art. cité, p. 1709 ; Claire Callejon, « Mesure d'inéligibilité d'une candidate aux élections législatives. CEDH, Grande ch., 16 mars 2006, n° 58278/00, *Zdanoka c/ Lettonie* », *JDI* 2007, p. 733-734. La requérante, Tatjana Zdanoka, est un ancien agent du KGB et membre dirigeant de l'ancien Parti communiste de Lettonie (PCL) – déclaré anticonstitutionnel en 1991 et dissout après l'indépendance de la Lettonie –, accusée d'être mêlée à la tentative de coup d'État de 1991 visant à rétablir le régime communiste en Lettonie. La CEDH a admis la conventionnalité de la législation de 1995, qui frappait d'inéligibilité au Parlement des membres de l'ancien PCL, au nom de la défense de l'ordre démocratique en transition (§ 133).

104. Le refus constant de tenir compte du contexte historique et politique témoigne, soit de la volonté de ne pas tomber dans le travers de l'arrêt *Zdanoka*, soit de la considération selon laquelle le processus démocratique burkinabé, engagé depuis l'adoption de la Constitution du 2 juin 1991, a dépassé son stade primaire et n'aurait plus besoin de la notion de démocratie apte à se défendre en vue de la protection des institutions. Mais la tentative de modification constitutionnelle en octobre 2014 et le coup d'État perpétré en septembre 2015 contre les autorités de la transition ont montré la fragilité démocratique. Le projet de loi de révision constitutionnelle, adopté en Conseil des ministres le 21 octobre 2014, aurait probablement réussi, n'eût été l'intervention du peuple, titulaire suprême du pouvoir démocratique. Le vote a été finalement annulé le jeudi 30 octobre 2014 sous la pression des manifestants, qui ont réussi dans la matinée à pénétrer et à incendier l'enceinte de l'Assemblée nationale.

protection des droits de l'homme ? L'arrêt confère implicitement un brevet de conventionnalité aux auteurs de changement anticonstitutionnel de gouvernement, alors que ceux-ci sont justement chargés de respecter et de défendre l'ordre et les principes constitutionnels sur lesquels reposent la démocratie toute entière. Sans affirmer que les droits de l'homme ne peuvent pas s'épanouir en dehors du modèle démocratique, on peut néanmoins se demander quelle efficacité aurait leur garantie, sans le respect des principes de l'ordre constitutionnel, au fondement de la démocratie et de l'État de droit. C'est dans un espace démocratique que les droits des citoyens, surtout les droits politiques ici en cause, peuvent mieux s'exprimer.

L'arrêt de la Cour de justice comporte des conséquences sur le constitutionnalisme dans l'espace CEDEAO.

2.3. Le renforcement implicite du constitutionnalisme régional dans la zone CEDEAO

Si l'arrêt de la Cour de justice a finalement eu peu d'impact sur les acteurs politiques burkinabé, du fait du refus du juge constitutionnel d'en tirer les conséquences, il influence le droit de l'ensemble des pays de l'espace CEDEAO. Il porte atteinte à l'autonomie constitutionnelle et politique des États (2.3.1) et confère une primauté aux instruments régionaux de protection des droits fondamentaux dans les pays de la zone (2.3.2).

2.3.1. L'atteinte à l'autonomie constitutionnelle et politique des États

En vertu de l'autorité de la chose jugée ou interprétée, le rayonnement de l'arrêt de la Cour de justice s'étend à l'ensemble des États de la CEDEAO. Son autorité fait particulièrement écho en matière d'autonomie constitutionnelle et politique des États, entendue comme « la latitude de déterminer le régime et les institutions politiques de leur choix, et d'adopter les lois qu'ils veulent¹⁰⁵ [...] ». Les modalités de l'élection se situent au cœur de l'autonomie politique et constitutionnelle, qui s'exprime en partie à travers le libre choix de leurs dirigeants. Cet arrêt

105. § 31 de l'arrêt.

participe de la concrétisation juridictionnelle du « constitutionnalisme régional¹⁰⁶ » dans l'espace CEDEAO.

Les principes de ce constitutionnalisme régional ont été formulés dans le protocole du 21 décembre 2001 sur la démocratie et la bonne gouvernance¹⁰⁷. Ce protocole est le premier instrument de la construction de l'« espace d'isomorphisme constitutionnel¹⁰⁸ » régional dans la zone CEDEAO. S'il n'est pas une constitution formelle, il contient un ensemble de principes dits « de convergence constitutionnelle », qui touchent des secteurs sensibles de la souveraineté des États, comme le statut du pouvoir dans l'État, l'organisation des pouvoirs publics, les rapports entre eux, la protection des droits et libertés ainsi que l'organisation et le fonctionnement de la justice¹⁰⁹. L'étendue et l'importance des domaines concernés par le protocole laissent penser qu'il s'agit d'un texte « matériellement constitutionnel¹¹⁰ ». Il a été intégré dans le bloc de constitutionnalité par la Cour constitutionnelle togolaise dans sa décision du 9 juillet 2009 sur la modification du code électoral¹¹¹.

La Cour de justice ne semble elle-même pas nier l'atteinte à la capacité d'autodétermination politique et constitutionnelle. Elle se borne à indiquer que cette liberté « doit être exercée en conformité avec les

106. Ismaila Madior Fall et Alioune Sall, « Une constitution régionale pour l'espace CEDEAO : le protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance de la CEDEAO », sans date.

107. Prot. A/SP1/12/01 du 21 déc. 2001 sur la démocratie et la bonne gouvernance additionnel au protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité.

108. André Cabenis et Michel-Louis Martin, « Un espace d'isomorphisme constitutionnel : l'Afrique francophone », dans *Mélanges Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005, p. 343 et suiv. ; Stéphane Bolle, « Vers un droit constitutionnel commun en Afrique », article publié sur son blog « La Constitution en Afrique » et disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://la-constitution-en-afrique.org/article-18841097.html> (consulté le 28 novembre 2015).

109. Section 1 du chap. 1 du protocole. Pour plus de détails sur les principes consacrés, voir le protocole précité.

110. Ismaila Madior Fall et Alioune Sall, « Une constitution régionale pour l'espace CEDEAO... », art. cité.

111. Cour constitutionnelle du Togo, déc. n° C-003/09, 9 juill. 2009, affaire relative à la saisine des députés de l'Union des forces de changement (UFC). « Faisant montre d'une hardiesse et d'une ouverture d'esprit remarquables et privilégiant les textes endogènes (secrétés en Afrique) » (Ismaila Madior Fall et Alioune Sall, « Une constitution régionale pour l'espace CEDEAO... », art. cité), la Cour constitutionnelle a fait uniquement référence dans ses visas au protocole de la CEDEAO de 2001 et à la charte ADHP dans sa décision, à l'exclusion des autres instruments internationaux généraux intéressant la matière électorale (DUDH et PIDCP).

engagements que [l]es États ont souscrits en la matière», consacrant ainsi la primauté du droit international sur les normes internes, y compris celles intéressant l'autonomie constitutionnelle et politique. Les références à la prohibition du délit d'opinion politique et à l'interdiction de la discrimination des minorités politiques, touchant aux rapports entre les différentes forces politiques, confirment l'immixtion de l'arrêt dans l'organisation politique et constitutionnelle des États.

Cette jurisprudence soulève du même coup la question de la légitimité du juge de la CEDEAO pour intervenir dans le domaine « constitutionnel », légitimité d'autant plus problématique que l'instrument qu'il fait prévaloir sur le droit national, le protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance, est juridiquement un traité international et non une constitution formelle¹¹².

En exigeant le respect des valeurs démocratiques découlant du protocole de la CEDEAO, l'arrêt de la Cour de justice constitue un instrument de convergence constitutionnelle et de standardisation démocratique dans la zone CEDEAO. Il soulève également la question des rapports entre textes de protection des droits fondamentaux.

2.3.2. La primauté conférée aux instruments régionaux de protection des droits de l'homme

Le continent africain connaît le phénomène de la multiplication des organisations régionales. Il arrive que dans un même espace géographique se superposent des organisations ayant des objectifs ou des champs d'intervention similaires, engendrant une concurrence normative¹¹³. La profusion des organisations et des instruments juridiques qui en résulte rend leur cohérence difficile à établir. La protection des droits de l'homme n'échappe pas à cette réalité. Elle constitue même l'un des domaines particulièrement saisis par l'inflation normative et la multiplication des organes de contrôle¹¹⁴, conséquences de la régionalisation de

112. Art. 49 du protocole. Son entrée en vigueur est subordonnée à sa ratification par au moins neuf États signataires, parmi les quinze que compte la CEDEAO.

113. Mathieu Fau-Nougaret (dir.), *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2012, 456 p. ; Alioune Sall, « Aspects institutionnels de l'intégration en Afrique de l'Ouest », dans Catherine Flaesch-Mougoin et Joël Lebullenger (dir.), *Regards croisés sur les intégrations régionales : Europe, Amériques, Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 169 et suiv.

114. Maurice Kamto, « Charte africaine, instruments internationaux de protection des droits de l'homme, constitutions nationales : articulations respectives », dans Jean-François Flauss et Elisabeth Lambert Abdelgawad (dir.), *L'application nationale de*

la protection des droits de l'homme¹¹⁵. Le présent arrêt constitue une illustration des problématiques d'articulation et de hiérarchie entre les différents instruments de protection des droits de l'homme, invoqués par les différentes parties devant la Cour. Hormis les instruments internationaux à vocation universelle (DUDH et PIDCP), leur protection est assurée par des instruments continentaux (CADHP, CADEG) et régionaux (protocole de la CEDEAO sur la démocratie et la bonne gouvernance¹¹⁶).

La multiplicité des instruments, inspirés par le même souci de protection des droits de l'homme et des principes similaires, n'exclut pas des interactions et des risques de conflits entre eux¹¹⁷. Dans le cas d'espèce, se pose indirectement la question de la coordination entre la CADEG et le protocole de la CEDEAO. Le nouveau cas d'inéligibilité institué par le code électoral burkinabé fait directement écho à l'article 23 alinéa 5 de la CADEG du 30 janvier 2007, lequel prévoit, parmi les cinq faits constitutifs de changement anticonstitutionnel de gouvernement, « tout amendement ou toute révision des Constitutions ou des instruments juridiques qui porte atteinte aux principes de l'alternance démocratique ». La référence de la loi électorale modifiée à la CADEG est donc évidente. Signée par le Burkina Faso le 2 août 2007, la CADEG a été ratifiée le 26 mai 2010. Elle a été reprise par le préambule de la Charte de la transition et figure ainsi dans le bloc de constitutionnalité¹¹⁸. La disposition contestée ne faisait que concrétiser et tirer les conséquences de la charte dans le droit électoral burkinabé.

la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 43 et suiv.

115. Alioune Badara Fall, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : entre universalisme et régionalisme », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 77-100.

116. Pour le cas des États membres de la CEDEAO plus particulièrement, voir Fatsah Ouguergouz, « L'application de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples par les autorités nationales en Afrique occidentale », dans Jean-François Flauss, et Elisabeth Lambert Abdelgawad (dir.), *L'application nationale de la Charte africaine...*, *op. cit.*, p. 170 et suiv. Il faut toutefois relever que l'UEMOA, organisation sous régionale regroupant huit États membres de la CEDEAO, ne dispose pas d'instruments spécifiques de protection des droits fondamentaux. Seul l'art. 3 du traité prévoit que l'Union respecte dans son action les droits fondamentaux énoncés dans la DUDH et la CADHP.

117. Sandrine Turgis, *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Paris, Pedone, 2012, 640 p.

118. C'est l'argument avancé par certains requérants qui ont introduit des recours en inéligibilité contre les candidatures de personnes proches de l'ancien régime (voir le recours de M. Ambaterdomon Angelin Dabire, déc. n° 2015-021/CC/EL précitée).

En sanctionnant les dispositions incriminées du code électoral, le juge de la CEDEAO censure indirectement la CADEG, de laquelle la sanction du changement anticonstitutionnel de gouvernement est issue. En privilégiant l'application du protocole, instrument endogène émanant de l'ordre juridique de la CEDEAO, la Cour de justice lui confère une hiérarchie par rapport à la CADEG, dont la vocation est pourtant continentale. La question de la coordination entre instruments juridiques intervenant dans le même champ d'application apparaît ici évidente. Or, les solutions au conflit entre l'impératif de protection de l'ordre démocratique et la nécessité de garantie des droits électoraux n'ont pas été clarifiées par la Cour. L'application du protocole de la CEDEAO ne repose sur aucune autre rationalité que la préférence de l'instrument endogène, la Cour n'ayant procédé ni à la balance des intérêts ni à la recherche du meilleur standard de protection des droits des citoyens.

En termes de méthodes de résolution des conflits entre normes de protection des droits de l'homme en Afrique, on peut voir dans le présent arrêt la primauté du régional sur le continental ou, encore, du particulier sur le général.

Conclusion

Au terme du commentaire d'une telle décision, on pourrait nourrir une méfiance à l'égard des juges de la CEDEAO¹¹⁹ ou conclure à une décision politique. Les circonstances de l'espèce semblent pouvoir justifier de telles appréciations. On préférera la qualification d'arrêt d'autorité, non pas par rapport à son impact sur le litige tranché – car la jurisprudence de la Cour a été ignorée par le Conseil constitutionnel burkinabé – mais au sens où cette décision ne s'impose juridiquement que par l'autorité de la chose jugée et la force obligatoire attachée aux arrêts de la Cour de justice, plutôt que par la force persuasive et la justesse de son argumentation. La faiblesse de la motivation et la démarche évasive des juges de la CEDEAO montrent qu'ils ont éludé les véritables questions de fond.

Pour paraphraser un dicton populaire, la démocratie bien ordonnée doit commencer par soi-même ! Pour une instance juridictionnelle, l'exemplarité démocratique réside en partie dans la motivation de ses décisions, signe du sérieux dans l'accomplissement de son office. Or, la

119. Christophe Otero, *Les rébellions du juge administratif. Essai sur les décisions juridictionnelles subversives*, Institut universitaire Varenne, 2014, 460 p.

logique toute protectrice des droits des citoyens, empruntée par la Cour, semble avoir perdu de vue la sensibilité de la matière électorale dans laquelle elle intervenait. Finalement, le principal espoir que l'on nourrit avec le professeur Akandji-Kombé est que ces quelques observations fassent tâche d'huile et permettent à l'ensemble des juges du continent de se ressaisir pour mieux rectifier prochainement le tir.

Docteur en droit public
Université de Rouen