

Le juge de la CEDEAO et la révolution démocratique burkinabè

Brèves remarques préoccupées sur une décision inquiétante

Jean-François AKANDJI-KOMBÉ

Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Président de l'IpaP – Institut Panafricain d'Action et de Prospective

I- Décision et enjeux

La décision, toute l'Afrique le sait désormais, est celle du 13 juillet 2015. Quant au juge, il s'agit de la Cour de justice de la Communauté économique des Etats d'Afrique de l'Ouest (CEDEAO). La partie défenderesse, enfin, est l'Etat du Burkina Faso.

Le contexte est, lui aussi, connu : fin octobre 2014, le Président Blaise Compaoré est chassé du pouvoir par un mouvement populaire après avoir, et pour avoir tenté de modifier la Constitution pour s'y maintenir. Une transition est mise en place pour préparer le retour aux institutions démocratiques. En vue des élections à venir, le Conseil national de transition a entrepris de réviser le code électoral. Est alors inséré un nouveau cas d'inéligibilité, concernant « *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 à toute autre forme de soulèvement* » (art. 135 du code électoral).

Voilà la pomme de discorde, l'objet du litige qui est porté par les partis de l'ancienne majorité présidentielle et, individuellement, par quelques proches du Président déchu, lesquels se plaignent de la violation de leurs droits électoraux fondamentaux.

Et voilà la disposition dont la Cour de justice de la CEDEAO juge qu'elle « *est une violation du droit de libre participation aux élections* », et ce au terme d'une motivation dont l'essentiel mérite d'être rappelé *expressis verbis* :

« Pour la Cour, il ne fait aucun doute que l'exclusion d'un certain nombre de formations politiques et de citoyens de la compétition électorale qui se prépare relève d'une discrimination difficilement justifiable en droit. Il peut certes arriver que dans des conjonctures particulières, la législation d'un pays institue des impossibilités d'accéder à des fonctions électives à l'encontre de certains citoyens ou de certaines organisations. Mais la restriction de ce droit d'accès à des charges publiques doit alors être justifiée, notamment, par la commission d'infractions particulièrement graves. 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, mais c'est le caractère ambigu des critères de l'exclusion, et l'application expéditive et massive qui en est faite, que la Cour juge contraire aux textes. Interdire de candidature toute organisation ou personne ayant été politiquement proche du régime défait mais n'ayant commis aucune infraction particulière, revient, pour la Cour, à instituer une sorte de délit d'opinion qui est évidemment inacceptable. Il convient donc de donner au droit de restreindre l'accès à la compétition électorale sa portée exacte. Un tel droit ne doit pas être utilisé comme un moyen de discrimination des minorités politiques » (paragraphes 28 et 29 de la décision c'est nous qui soulignons).

On ne saurait trop insister sur l'importance de cette décision, ni sur son intérêt, lesquels dépassent tous deux le cas du seul Burkina Faso. C'est le continent dans son ensemble qui, à quelques exceptions près, se trouve engagé dans ce mouvement d'avènement de l'Etat de droit démocratique. C'est à travers tout le continent que l'on observe les convulsions qui, par la force des choses, accompagnent ce mouvement. C'est aussi à travers tout le continent que s'expérimentent les principes et institutions par lesquels on tente de réguler politiquement et juridiquement ces processus, et qui ont pour noms « transition », « dialogue inclusif », « refondation constitutionnelle », etc. Dès lors, c'est nécessairement l'Afrique entière qui est intéressée aux solutions dégagées par la Cour de justice de la CEDEAO, en tant qu'elles signifient l'entrée en lice d'un acteur nouveau dans ces processus de changement.

La question centrale dans pareil contexte semble être en priorité celle du positionnement de ce nouvel acteur qu'est le juge. Quel est son espace d'intervention ? Quelles en sont les limites ? En filigrane de ces questions, il y a, on le pressent bien, une interrogation plus

fondamentale : celle sur la finalité de cette intervention. Dire le droit certes, mais dire un droit qui accompagne, canalise ou, au contraire, entrave le mouvement dont il est question ?

C'est à la lumière de ces questionnements qu'il convient de lire la décision du 13 juillet, et que l'on a choisi d'aborder cette dernière, au risque de laisser dans l'ombre certaines questions juridiques techniques (notamment les questions de compétence et de recevabilité).

De ces questions, il importe de dire d'entrée de jeu qu'elles ne renvoient pas à des réponses toutes faites, préétablies, notamment dans l'ordre du droit. Il pourrait même être soutenu que de telles réponses sont logiquement impossibles, parce que le mouvement radical qu'on appelle révolution, et qui a pour objet le remplacement d'un système par un autre, ne saurait être enraciné dans l'ordre établi, qu'il ne peut se voir opposer les règles de l'ordre en cours de renversement. C'est, du reste, ce qui explique que de tout temps les juristes éprouvent tant de difficultés à penser les révolutions.

Peut-on cependant en rester à un pareil raisonnement ? Certainement pas, si on veut avancer. Surtout que la « révolution » africaine en cours n'est pas de l'ordre de la table rase, qu'elle ne vise pas à proprement parler au renversement total de l'ordre établi. A la vérité, elle se présente comme plus subtile, peut-être plus complexe aussi. Sa finalité serait plutôt de combler le gap entre le droit et les pratiques, autrement dit de faire en sorte que les principes et règles formellement démocratiques de l'ordre juridique soient respectés, qu'ils soient à la fois effectifs et stables. Dans une telle perspective, la norme souhaitable et souhaitée, c'est bien la règle de droit en vigueur. Et la donnée à renverser est la pratique, tant les pratiques de violation pure et simple la règle de droit que celles d'accommodement de cette règle au gré des caprices des gouvernants.

Contexte singulier donc, de cette singularité qui place le droit et le juriste au centre des transformations politiques et sociales. L'irruption du juge n'est donc pas pour étonner. Mais, en même temps, elle fait naître des incertitudes que l'on peut toucher du doigt dans l'affaire burkinabé. Incertitude sur le droit applicable d'abord : droit de l'Etat ou droit international, fut-il régional ou sous-régional ? Droits de protection de l'ordre constitutionnel ou droit de protection des libertés individuelles ? Incertitude quant à l'agencement ou à

l'ordonnancement des légitimités ensuite : entre la légitimité politique dérivant du peuple et la légitimité juridique procédant de l'idée d'un Etat de droit, protecteur des libertés individuelles. Certes, ces deux légitimités sont, également, produits de l'institution de « l'Etat de droit démocratique », mais encore faut-il trouver entre elles le juste équilibre.

II- Démarche judiciaire de principe : recherche d'équilibre

L'histoire des autres continents montre que la recherche de cet équilibre n'est pas chose aisée. Mais l'objectif n'est pas pour autant inatteignable. De fait, tant la Cour interaméricaine des droits de l'homme que la Cour européenne des droits de l'homme, qui ont eu à connaître de telles circonstances avant les juridictions africaines, ont élaboré une jurisprudence d'équilibre qui peut servir d'inspiration dans le cas africain. Pourvu que cette jurisprudence soit bien comprise et pourvu qu'elle soit appliquée en tenant compte des circonstances spécifiques à chaque cas mettant en cause un Etat du continent.

Ledit équilibre est établi par les deux Cours précitées entre, d'une part, l'exigence d'une protection rigoureuse des droits fondamentaux des individus à l'égard de la puissance publique et, d'autre part, le respect des institutions démocratiques du pays, ou encore l'exigence de protection de la démocratie à un moment déterminé.

C'est ainsi par exemple que la Commission interaméricaine a pu approuver, depuis une décision de 1993 au moins, et sous réserve que la mesure soit justifiée par des motifs légitimes, l'inéligibilité de personnes qui, participant au pouvoir d'Etat, ont porté atteinte à l'ordre constitutionnel, et ce notamment au motif, qui doit être souligné ici, que la décision d'inéligibilité « émane d'un acte de l'Assemblée constituante élue par un vote démocratique » (*affaire Rios Montt c. Guatemala, 12 octobre 1993*). Ainsi, les institutions de la Convention américaine des droits de l'homme sont-elles soucieuses de respecter la marge d'appréciation des institutions nationales, en particulier lorsque ces institutions sont

démocratiques et que la mesure qu'elles prennent vise à consolider un ordre démocratique fragile.

La Cour européenne des droits de l'homme, à laquelle la Cour de la CEDEAO a cru pouvoir se référer, ne suit pas une autre démarche. Sa jurisprudence est même plus explicite encore à cet égard.

On l'aperçoit par exemple à travers le contentieux des lois dites de lustration qui, après la chute du mur de Berlin, ont visé à purger la fonction publique d'anciens membres de services secrets et de sécurité d'Etat, jugés dangereux pour le nouvel ordre démocratique. Ayant à connaître de l'effet de ces lois, les juges européens retiennent pour principe « *qu'un État démocratique est en droit d'exiger de ses fonctionnaires qu'ils soient loyaux envers les principes constitutionnels sur lesquels il s'appuie* ». Ce à quoi ils ajoutent, dans une affaire roumaine récente, que la Cour européenne « *doit notamment tenir compte de la situation qu'a connue la Roumanie sous le régime communiste et du fait que, pour éviter de voir son expérience passée se répéter, l'État doit se fonder sur une démocratie capable de se défendre par elle-même* » (souligné par nous). Et de conclure « *que la différence de traitement appliquée au requérant, à savoir la suppression pour lui de toute possibilité d'emploi dans la fonction publique, visait des buts légitimes, en l'occurrence la protection de la sécurité nationale, de la sûreté publique et des droits et libertés d'autrui* » (arrêt Naidin c. Roumanie du 21 octobre 2014).

Il en va de même lorsque c'est le droit de participer à des élections qui est en cause. S'agissant de circonstances où des restrictions à ce droit sont imposées à raison d'atteintes portées à l'ordre constitutionnel, l'arrêt de référence est l'arrêt Zdanoka c. Lettonie du 16 mars 2006 (et non l'arrêt Paksas c. Lituanie du 6 janvier 2011 comme la décision de la Cour de justice de la CEDEAO le laisserait penser). Les principes qui fondent la démarche suivie par la Cour européenne méritent qu'on s'y arrête, et sont suffisamment importants pour qu'on ne recule pas devant la citation d'un large extrait de l'arrêt en question :

Principes généraux :

« La démocratie représente un élément fondamental de « l'ordre public européen ». Cela ressort d'abord du préambule à la Convention, qui établit un lien très clair entre la Convention et la démocratie en déclarant que la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales reposent sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et sur une conception et un respect communs des droits de l'homme, d'autre part. La Cour a ainsi rappelé à plusieurs reprises que la Convention était effectivement destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique. En d'autres termes, la démocratie est l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle. (...) On ne saurait exclure qu'une personne ou un groupe de personnes invoquent les droits consacrés par la Convention ou par ses Protocoles pour en tirer le droit de se livrer à des activités visant effectivement à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la Convention ; or pareille destruction mettrait fin à la démocratie. C'est justement cette préoccupation qui amena les auteurs de la Convention à y introduire l'article 17, aux termes duquel «[aucune des dispositions de la (...) Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la (...) Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à [la] Convention ». Suivant le même raisonnement, la Cour considère que nul ne peut se prévaloir des dispositions de la Convention pour affaiblir ou détruire les idéaux et valeurs d'une société démocratique. (...) Par conséquent, afin d'assurer la stabilité et l'effectivité d'un régime démocratique, l'Etat peut être amené à prendre des mesures concrètes pour se protéger. (...) Le problème qui se pose alors est celui d'une juste conciliation entre les impératifs de la défense de la société démocratique d'un côté, et ceux de la sauvegarde des droits individuels de l'autre. Chaque fois que l'Etat entend se prévaloir du principe d'une « démocratie apte à se défendre » afin de justifier une ingérence dans les droits individuels, il doit donc évaluer avec soin la portée et les conséquences de la mesure envisagée, pour que l'équilibre susvisé soit respecté ».

S'agissant spécialement des inéligibilités :

« A ce propos, la Cour a souligné que les Etats contractants disposaient d'une grande latitude pour établir, dans leur ordre constitutionnel, des règles relatives au statut de parlementaire, dont les critères d'éligibilité. Quoique procédant d'un souci commun – assurer l'indépendance des élus mais aussi la liberté des électeurs –, ces critères varient en fonction des facteurs historiques et politiques propres à chaque Etat. La multitude de situations prévues dans les constitutions et les législations électorales de nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe démontre la diversité des choix possibles en la matière. Aux fins de l'application de l'article 3, toute loi électorale doit donc toujours s'apprécier à la lumière de l'évolution politique du pays concerné. (...) L'article 3 du Protocole no 1, qui consacre la capacité de l'individu à influer sur la composition du corps législatif, n'exclut donc pas que des restrictions aux droits électoraux soient infligées à un individu qui, par exemple, a commis de graves abus dans l'exercice de fonctions publiques ou dont le comportement a menacé de saper l'Etat de droit ou les fondements de la démocratie ».

Et la Cour de conclure sur ce point en ces termes : « *Quant au droit de se présenter aux élections, c'est-à-dire l'aspect « passif » des droits garantis par l'article 3 du Protocole no 1, la Cour se montre encore plus prudente dans son appréciation des restrictions dans ce contexte que lorsqu'elle est appelée à examiner des restrictions au droit de vote, c'est-à-dire l'élément « actif » des droits garantis par l'article 3 du Protocole no 1. Dans l'arrêt Melnitchenko, elle a observé que le droit de se présenter aux élections législatives peut être encadré par des exigences plus strictes que le droit de vote. En fait, alors que le critère relatif à l'aspect « actif » de l'article 3 du Protocole no 1 implique d'ordinaire une appréciation plus large de la proportionnalité des dispositions légales privant une personne ou un groupe de personnes du droit de vote, la démarche adoptée par la Cour quant à l'aspect « passif » de cette disposition se limite pour l'essentiel à vérifier l'absence d'arbitraire dans les procédures internes conduisant à priver un individu de l'éligibilité ».*

Que retenir, de ce qui précède, en ce qui concerne la posture du juge dans des circonstances où, comme il en va du Burkina Faso d'aujourd'hui mais aussi de toute transition démocratique en Afrique, l'enjeu est d'amorcer un virage démocratique ou de consolider une jeune démocratie fragile ? D'abord que le juge, toute légitime que soit son intervention pour la

protection des droits et libertés individuels, doit œuvrer avec circonspection ; qu'il se doit de mettre en balance, effectivement et sérieusement, les droits et libertés individuels, d'une part, et le droit de l'Etat démocratique à se protéger, d'autre part, étant bien entendu que ce dernier droit sera d'autant plus impérieux que l'Etat en question est fragile ; que la prise en compte de ce droit d'auto-protection démocratique doit être comprise tout à la fois comme condition de l'épanouissement des droits de la communauté des citoyens (que seraient ces droits si le régime démocratique venait à succomber ?), que comme obligation pour le juge de respecter l'appréciation des organes tenant leur légitimité du peuple, et ce tant que la décision de celles-ci n'apparaît pas arbitraire.

S'il est exclu, pour des raisons évidentes, d'appliquer purement et simplement les jurisprudences interaméricaines et européennes à des situations africaines, il peut être jugé raisonnable que le juge africain, celui de la CEDEAO en l'occurrence, s'efforce de rechercher un tel équilibre qui, par ailleurs, exige de lui retenue.

III- Démarche judiciaire appliquée (CJ-CEDEAO) : impérialisme judiciaire ?

Trouve-t-on pareille retenue dans la décision du 13 juillet ? Assurément et manifestement non.

Malgré les formules allant dans ce sens, ce sont plutôt les formules péremptoires, les affirmations à l'emporte-pièce, qui y prospèrent. Pour le dire autrement, on ressort de la lecture de cette décision avec la gênante impression d'avoir affaire à des juges qui se prennent pour des oracles de démocratie. Des juges qui, de surcroît, n'estiment pas devoir justifier en droit leurs appréciations.

Ainsi peut-on lire, dès le début de l'examen des mérites au fond de la requête, « *qu'il ne fait aucun doute que l'exclusion d'un certain nombre de formations politiques et de citoyens de la compétition électorale qui se prépare relève d'une discrimination difficilement justifiable en droit* » (paragraphe 28 de la décision). La Cour s'en explique-t-elle ? Nullement. Or la démarche juridique normale pour aboutir à pareille conclusion devrait partir de ce que, en droit, est considéré comme discriminatoire une différence de traitement entre des personnes

placées dans la même situation et reposant sur une justification illicite ou illégitime. Une telle démarche suppose que le juge se pose au moins les deux questions suivantes : 1) les personnes frappées d'inéligibilité se trouvent-elles, au regard de la mesure elle-même, dans la même situation ? Rapporté au Burkina Faso, ceux qui ont conduit l'opération de modification de la Constitution sont-ils dans la même situation que le reste des burkinabés ? 2) l'atteinte à l'ordre démocratique que constitue la tentative de modification de la Constitution, justification de l'inéligibilité, constitue-t-elle un motif légitime ? Ce n'est qu'en cas de réponse négative à une de ces questions que l'appréciation finalement retenue par la Cour précitée aurait juridiquement mérité approbation. Or, non seulement les juges de la CEDEAO ne se sont manifestement posés aucune de ces deux questions, mais encore l'eussent-ils fait que leur réponse aurait été vraisemblablement positive dans les deux cas. C'est dire donc que la Cour affirme une discrimination dont elle ne démontre pas l'existence et qui ne peut, en tout état de cause, qu'être sujette à caution.

C'est de la même manière péremptoire qu'est rejeté l'argument, présenté par le gouvernement du Burkina Faso, et consistant à justifier l'inéligibilité des « Compaoristes » par « le caractère illégal des changements anti-constitutionnels ». La Cour se montre même particulièrement expéditive ici : « *la sanction du changement anticonstitutionnel de gouvernement vise des régimes, des Etats, éventuellement leurs dirigeants, mais ne saurait concerner les droits des citoyens ordinaires* », assène-t-elle, avant d'ajouter tout aussi sèchement que « *ni l'esprit des sanctions des changements anti constitutionnels de gouvernement, ni l'évolution générale du droit international tendant à faire des « droits de l'homme » un sanctuaire soustrait aux logiques des Etats et des régimes, n'autorise une application brutale et indiscriminée des mesures coercitives que l'on pourrait à cet égard concevoir* » (paragraphe 30 de la décision). Or quel était l'enjeu ici ? Il était de savoir si le motif avancé était légitime et pertinent. Cet enjeu commandait de se demander, d'abord, si un motif tenant à l'atteinte à l'ordre constitutionnel était en lui-même admissible et, ensuite, si la tentative de modification alors engagée par le régime du Président Compaoré pouvait passer pour une telle atteinte. Les juges de la CEDEAO ne se posent aucune de ces questions. Ils l'évacuent même sous le deuxième aspect d'une formule : « *Sans entrer dans une*

discussion sur la qualification même des conditions dans lesquelles le précédent régime a voulu modifier la Constitution... ».

Il y a là une manière assez choquante de mettre le couvert sur les évènements graves qui ont suivi cette tentative de modification de la Constitution : le soulèvement populaire, la mort de nombre de citoyens burkinabés, etc. ; une manière aussi de traiter comme dérisoire la résolution du « plus jamais ça » issue de ce mouvement et qui est à l'origine de la disposition contestée du code électoral ; une manière enfin de tenir pour insignifiante la circonstance que l'exclusion des Compaoristes est issue d'un consensus national (voir le paragraphe 37 de la décision : « *sans qu'il soit besoin de statuer sur le caractère « consensuel » ou non du changement de la loi électorale intervenu avant les élections... »*).

Mais la Cour ne s'est pas arrêtée là. Forçant encore le trait, elle n'a, en outre, pas jugé utile de procéder au contrôle de proportionnalité, à la balance des intérêts, qui était pourtant un passage nécessaire de son raisonnement. C'est là une étape importante que connaissent bien les spécialistes des droits fondamentaux, observateurs des jurisprudences des instances chargées de la protection de ces droits, dont les jurisprudences de la Commission et la Cour africaines des droits de l'homme et des peuples. En effet, lorsqu'un texte consacre un droit tout en autorisant la restriction de son exercice, ce droit ne sera considéré comme violé que si ladite restriction, alors même qu'elle poursuivrait un but légitime, ne va pas au delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce but. En l'espèce, le contrôle de proportionnalité aurait signifié au fond que le juge accepte de mettre en balance les droits individuels des requérants, dont le droit de se présenter à des élections, d'une part, et le droit de l'Etat de protéger l'ordre démocratique, d'autre part.

Or, ne semble trouver grâce aux yeux de la Cour que le premier terme de la conciliation. La haute juridiction de l'Afrique de l'Ouest a en effet pris comme parti exclusif la protection des droits et libertés individuels, en ne se référant qu'à « *l'impressionnante liste des textes* » invoqués par les requérants.

Pourtant, il ne manque pas de textes susceptibles d'accréditer l'existence, dans le droit continental et sous continental, de l'exigence de protection de l'ordre démocratique. Ainsi de

l'article 25, paragraphe 4 de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, lequel prévoit que « *les auteurs de changement anticonstitutionnel de gouvernement ne doivent ni participer aux élections organisées pour la restitution de l'ordre démocratique, ni occuper des postes de responsabilité dans les institutions politiques de leur Etat* ». Ainsi aussi du Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance de la CEDEAO, dont l'article 45 énonce ce qui suit : « *En cas de rupture de la Démocratie par quelque procédé que ce soit et en cas de violation massive des Droits de la Personne dans un Etat membre, la CEDEAO peut prononcer à l'encontre de l'Etat concerné des sanctions. (...) Pendant ladite période, la CEDEAO continuera de suivre, d'encourager et de soutenir tout effort mené par l'Etat membre suspendu aux fins de retour à la vie institutionnelle démocratique normale* ». On peut aussi mentionner le Protocole qui, dit-on, aurait été signé à Accra en mai 2015 par tous les Etats membres de la CEDEAO, à l'exception du Togo, et qui limiterait à deux le mandat présidentiel dans la zone.

Il est à tout le moins curieux que ces dispositions ne soient même pas évoquées dans la décision. En tout cas, on pouvait raisonnablement escompter qu'elles soient prises en compte et qu'une réelle conciliation des intérêts en présence soit entreprise.

Au lieu de quoi, tout s'est passé comme si le droit à l'éligibilité était un droit absolu, ne souffrant aucune limitation, ce qui n'est le cas nulle part ailleurs.

Au total, la décision du 13 juillet 2015 de la Cour de justice de la CEDEAO, si elle a le mérite de poser le juge sous-régional comme acteur légitime des processus de démocratisation en Afrique, montre aussi que ce juge peine encore à prendre des marques qui soient compatibles avec le contexte de son intervention. Pour le dire autrement, il n'a pas encore trouvé le point d'équilibre entre la puissance que confère le pouvoir de juger -trancher des litiges – et la sujétion qui se déduit du nécessaire respect de la marge de décision autonome des autorités investies de la légitimité démocratique.

Nul ne peut, de bonne foi, douter de la nécessité, mais aussi de l'urgence d'un tel apprentissage sur le continent africain. Il faut espérer que de prochaines affaires de même type, qui ne manqueront pas, permettront de rectifier le tir.