

Union panafricaine des avocats (avis consultatif) (2020) 4
RJCA 891

Requête 001/2018, *Union panafricaine des avocats sur la compatibilité des lois sur le vagabondage avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et avec les autres instruments des droits de l'homme applicables en Afrique*

Arrêt du 4 décembre 2020. Fait en anglais et en français, le texte français faisant foi.

Juges : ORÉ, KIOKO, BEN ACHOUR, MATUSSE, MENGUE, CHIZUMILA, BENSAOULA, MUKAMULISA, TCHIKAYA, ANUKAM et ABOUD

Cette demande d'avis consultatif a été introduite par une organisation africaine pour solliciter l'avis de la Cour sur les lois sur le vagabondage en Afrique. La Cour a estimé que les lois sur le vagabondage violent une série de droits garantis par divers instruments internationaux des droits de l'homme.

Compétence (compétence personnelle, 20-21 ; organisation africaine, 22 ; reconnaissance par l'UA, 24 ; compétence matérielle, 26 ; accès 37)

Recevabilité (question pendante devant la Commission africaine, 30, 32)

Avis consultatif (nature de la procédure, 36)

Égalité, égale protection de la loi et non-discrimination (interconnexion entre droits, 66 ; « toute autre situation », 66 ; différenciation discriminatoire, 67 ; criminalisation du statut économique, 72-74)

Dignité (non-susceptible de restriction, 77 ; nature inhérente 78 ; des termes déshumanisant 79, 81 ; interférence avec la poursuite d'une vie décente, 80-81)

Liberté (arrestation et détention arbitraires, 84 ; détentions provisoires non conformes à la loi, 85 ; infractions vagues et ambiguës, 86)

Procès équitable (présomption d'innocence, 89 ; protection contre l'auto-incrimination, 90 ; protection implicite de l'auto-incrimination, 90 ; interprétation, 90-91)

Liberté de mouvement (portée, 96 ; limitation 92, 98-101)

Protection de la vie familiale (responsabilité de l'État, 100 ; impact sur la vie familiale, 101, 102)

Droits des enfants (non-discrimination 116-118 ; impact indirect, 119 ; intérêt supérieur de l'enfant, 122 ; procès équitable, 124-127)

Droits des femmes (obligations de l'État à l'égard des femmes défavorisées, 137-138).

Opinion individuelle : TCHIKAYA

I. Les demandeurs

1. La présente demande d'avis consultatif (ci-après dénommée « la demande ») est introduite par l'Union panafricaine des avocats (ci-après dénommée « UPA »).
2. L'UPA affirme qu'il agit au nom d'une organisation africaine basée à Arusha (République-Unie de Tanzanie) reconnue par l'Union africaine (ci-après « l'UA »). À l'appui de cette affirmation, elle a fourni à la Cour une copie du Protocole d'accord (ci-après dénommé « le Protocole d'accord ») signé entre l'organisation elle-même et l'UA en date du 8 mai 2006.

II. Objet de la demande

3. L'UPA soutient qu'un certain nombre d'États membres de l'UA conservent des lois qui criminalisent le statut des personnes considérées comme étant pauvres, sans abri ou sans emploi et non pas en raison d'actes répréhensibles spécifiques. De manière générale, l'UPA qualifie ces textes de « lois sur le vagabondage ».
4. Selon l'UPA, de « [nombreux] pays abusent [des lois sur le vagabondage] pour arrêter et détenir des personnes, sans preuve d'un acte criminel ». L'UPA soutient donc que ces lois sont trop vagues et elles confèrent une trop grande discrétion aux organes chargés d'appliquer la loi pour décider qui doit être arrêté, ce qui affecte de manière disproportionnée les personnes vulnérables au sein de la société. De l'avis de l'UPA, les arrestations pour violation des lois sur le vagabondage provoquent l'encombrement des cellules de police et exacerbent la surpopulation carcérale. L'UPA ajoute que la manière dont les infractions de vagabondage sont réprimées est aussi contraire aux principes fondamentaux du droit pénal, en ce sens qu'elle porte atteinte à la présomption d'innocence et menace ainsi l'état de droit.
5. L'UPA demande donc à la Cour de rendre un avis sur les questions suivantes :
 - a. Les lois et règlements sur le vagabondage, y compris, mais sans s'y limiter, les textes qui considèrent comme une infraction et criminalisent le statut de tout individu sans domicile fixe, sans emploi ou sans moyens de subsistance visibles et qui n'a ni adresse fixe ni source de revenus, qui est considéré comme suspect ou voleur avéré et qui ne peut pas justifier sa situation constituent-ils une violation des articles 2, 3, 5, 6, 7, 12 et 18 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ?
 - b. Les lois et règlements sur le vagabondage, y compris, mais sans s'y limiter, ceux qui considèrent comme en état d'infraction toute personne déclarée en état d'errance ou comme fauteur de troubles

et vagabond et qui ordonnent sommairement l'expulsion de cette personne vers une autre région, constituent-ils une violation des articles 2, 3, 5, 6, 7, 12 et 18 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et des articles 5 et articles 2, 4(1) et 17 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant ?

- c. Les lois et règlements sur le vagabondage, y compris, mais sans s'y limiter, ceux qui permettent l'arrestation d'une personne sans mandat, simplement du fait qu'elle n'a pas de « moyens de subsistance et ne peut justifier sa situation de manière satisfaisante » constituent-ils une violation des articles 2, 3, 5, 6, 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, des articles 3, 4(1), 17 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant et de l'article 24 du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique ?
- d. Les États parties à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ont-ils l'obligation positive d'abroger ou d'amender leurs lois ou leurs règlements sur le vagabondage, afin de les rendre conformes aux droits protégés par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, par la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant et par le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique ? Dans l'affirmative, préciser la nature de ces obligations.

III. Résumé de la procédure devant la Cour

6. La présente demande a été déposée au greffe de la Cour le 11 mai 2018.
7. Le 13 août 2018, le greffe a demandé à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après « la Commission »), de confirmer que l'objet de la demande n'était pas lié à une affaire en instance devant elle. Le même jour, le greffe a écrit au conseiller juridique de la Commission de l'UA, lui demandant de confirmer l'affirmation de l'UPA, selon laquelle elle avait signé un protocole d'accord avec l'UA.
8. Par lettre datée du 26 octobre 2018, le conseiller juridique a confirmé que l'UA avait effectivement signé un protocole d'accord avec l'UPA.
9. Le 8 novembre 2018, le greffe a notifié aux entités suivantes le dépôt de la présente demande : les États membres de l'UA ; la Commission africaine ; la Commission de l'UA ; le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant ; le Parlement panafricain ; le Conseil économique, social et culturel de l'UA ; la Commission du droit international de l'UA ; la Direction Femmes, Genre et Développement de l'UA ; l'Institut africain de droit international ainsi que le Centre des droits de l'homme de

l'Université de Pretoria. La Cour a fixé un délai de quatre-vingt-dix (90) jours pour les observations éventuelles sur cette demande.

10. Le 18 décembre 2018, la Cour a reçu un courrier de la Commission dans lequel celle-ci indiquait qu'elle avait adopté, en 2017, les Principes sur la dépenalisation des infractions mineures en Afrique et que ces Principes reflétaient de manière appropriée sa position sur l'objet de la présente demande.
11. Le 18 juin 2019, la Cour a reçu les observations du Burkina Faso.
12. À diverses dates, les entités suivantes ont déposé leurs mémoires *d'amici curiae* après autorisation de la Cour : le Réseau des institutions nationales africaines des droits de l'homme (ci-après « le RINADH ») ; la Commission internationale des juristes, section kenyane (ci-après « CIJ-Kenya ») ; le Centre des droits de l'homme de l'Université de Pretoria et l'Institut Dullah Omar pour la gouvernance, le droit constitutionnel et les droits de l'homme, de l'Université du Cap occidental (ci-après « le CDH et DOI ») ; *Human Rights Clinic*, Université de Miami, *Lawyers Alert*, Nigeria (ci-après « HRC-Miami et *Lawyers Alert* ») et l'*Open Society Justice Initiative* (ci-après « l'OSJI »).
13. Le 10 octobre 2020, l'UPA, ainsi que toutes les entités qui avaient déposé des observations sur la demande ont été notifiés de la clôture des plaidoiries.

IV. Sur la compétence de la Cour

14. L'article 4(1) du Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après « le Protocole »), dont les dispositions sont reprises en substance à la règle 82(1) du Règlement intérieur de la Cour (ci-après « le Règlement »),¹ est libellé comme suit :

« À la demande d'un État membre de l'OUA, de l'OUA, de l'un de ses organes ou de toute organisation africaine reconnue par l'OUA, la Cour peut rendre un avis sur toute question juridique relative à la Charte ou à tout autre instrument pertinent des droits de l'homme, à condition que l'objet de l'avis ne soit pas lié à une question examinée par la Commission ».
15. La Cour fait observer qu'en vertu de la règle 87 du Règlement, « [l]a Cour applique, *mutatis mutandis*, les dispositions de la partie V du [Règlement] dans la mesure où elle les estime appropriées,

1 Précédemment article 68 du Règlement intérieur de la Cour (2010).

à une procédure consultative ». ² Conformément à la règle 87 du Règlement, la Cour note en outre que l'article 49(1) du Règlement précise que « la Cour examine sa compétence [...] conformément à la Charte, au Protocole et au présent Règlement ». ³

16. Il découle donc de la règle 49(1) du Règlement qu'en matière consultative, la Cour doit s'assurer qu'elle a compétence.
17. L'UPA soutient que la demande d'avis consultatif est introduite en vertu de l'article 4(1) du Protocole et de la règle 82 du Règlement. ⁴ L'UPA affirme également que la demande porte sur une question juridique et vise à déterminer si les lois sur le vagabondage, telles qu'elles sont appliquées par certains États membres de l'UA, sont contraires à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après « la Charte »), à la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (ci-après « la Charte des droits de l'enfant ») et au Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (ci-après « le Protocole relatif aux droits de la femme »).
18. Toujours selon l'UPA, sa qualité pour présenter une telle demande en vertu de l'article 4(1) du Protocole est établie puisqu'elle a signé un protocole d'accord avec l'UA et jouit du statut d'observateur auprès de la Commission.
19. La Cour tient à rappeler qu'en matière consultative, étant donné que ni sa compétence territoriale, ni sa compétence temporelle ne sont contestées, ⁵ elle ne s'assurera que de sa compétence personnelle et de sa compétence matérielle.

A. Sur la compétence personnelle

20. Pour déterminer si elle a la compétence personnelle, la Cour doit s'assurer que la demande a été déposée par une des entités visées à l'article 4(1) du Protocole comme étant autorisées à demander un avis consultatif. ⁶
21. Se fondant sur la liste des entités énumérées à l'article 4(1) du Protocole, la Cour fait observer que l'UPA ne fait pas partie des trois premières catégories visées à cette disposition. En effet,

2 Précédemment article 72 du Règlement intérieur de la Cour (2010).

3 Précédemment article 39(1) du Règlement intérieur de la Cour (2010).

4 Règle 82 du Règlement intérieur actuel de la Cour (2010).

5 *Demande d'avis consultatif par le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant* (avis consultatif) (2014) 1 RJCA 755, § 38.

6 *Demande d'avis consultatif par Socio-Economic Rights and Accountability Project* (avis consultatif) (2017) 1 RJCA 2 593, § 38.

l'UPA n'est pas un État membre de l'UA, elle n'est pas l'UA et elle n'est pas non plus un organe de l'UA. Par conséquent, la question qui se pose est celle de savoir si l'UPA relève de la quatrième catégorie, c'est-à-dire s'il s'agit, d'abord, d'une « organisation africaine » et, ensuite, si elle est reconnue par l'UA.

22. Comme la Cour l'a antérieurement fait observer, est considérée comme africaine « toute organisation enregistrée dans un pays africain, qui a des démembrements aux niveaux sous régional, régional ou continental et qui mène ses activités au-delà du pays dans lequel elle est enregistrée ».⁷
23. En l'espèce, la Cour relève que l'UPA est enregistrée dans un État membre de l'UA, à savoir la Tanzanie, et qu'elle dispose de structures aux niveaux national et régional en tant qu'organisation fédératrice d'associations nationales et régionales d'avocats. La Cour note également que l'UPA exerce ses activités au-delà du territoire sur lequel elle est enregistrée.
24. La Cour tient à rappeler que, comme l'a confirmé le conseiller juridique de la Commission de l'UA, l'UPA et l'UA ont signé un protocole d'accord de coopération le 8 mai 2006, dans le cadre de la mise en œuvre d'activités portant sur l'État de droit, la promotion de la paix ainsi que l'intégration et la protection des droits de l'homme sur le continent. La signature d'un protocole d'accord est l'un des moyens prévus par l'UA pour reconnaître les organisations non gouvernementales.⁸ La Cour conclut par conséquent que l'UPA est une organisation reconnue par l'UA, au sens de l'article 4(1) du Protocole.
25. Compte tenu de ce qui précède, la Cour conclut qu'elle a la compétence personnelle pour examiner la présente demande.

B. Sur la compétence matérielle

26. S'agissant de sa compétence matérielle, la Cour note qu'aux termes de l'article 4(1) du Protocole, dont les dispositions sont reprises en substance à la règle 82(2) du Règlement,⁹ elle peut donner un avis consultatif sur « [t]oute question juridique concernant la Charte ou tout autre instrument international pertinent relatif aux droits de l'homme ... ».

7 *Demande d'avis consultatif par l'Association Africaine de Défense des Droits de l'Homme* (avis consultatif) (2017) 2 RJCA 658, § 27.

8 *Demande d'avis consultatif par le Centre des droits de l'homme, Université de Pretoria et autres* (avis consultatif) (2017) 2 RJCA 628, § 49.

9 Précédemment article 68(2) du Règlement intérieur de la Cour (2010).

27. La Cour fait observer que l'UPA lui demande d'interpréter des dispositions spécifiques de la Charte africaine, de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant et du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes. La demande porte donc sur des questions de droit relatives à la jouissance de droits de l'homme en Afrique garantis par les instruments précités.
28. Dans ces circonstances, la Cour conclut qu'elle a la compétence matérielle pour examiner la présente demande.

V. Sur la recevabilité de la demande

29. L'UPA fait valoir que la demande est recevable étant donné qu'elle n'est liée à aucune requête pendante devant la Commission.
30. La Cour rappelle que l'article 4(1) du Protocole, dont les dispositions sont reprises à la règle 82(3) de son Règlement¹⁰ stipule qu'elle peut rendre un avis consultatif « à condition que [l']objet de la demande d'avis consultatif ne [porte] sur une requête pendante devant la Commission ».
31. La Cour tient également à rappeler que, par lettre datée du 13 août 2018, elle avait requis de la Commission d'indiquer si la demande déposée par l'UPA se rapportait à une requête pendante devant elle. Dans sa réponse datée du 18 décembre 2018, la Commission a informé la Cour qu'en 2017, elle avait élaboré les « Principes sur la dépenalisation des infractions mineures en Afrique ». Selon la Commission, ces principes reflètent de manière pertinente sa position sur l'objet de la demande en l'espèce. Toutefois, la Commission n'avait pas indiqué de manière expresse si la demande se rapportait ou non à une requête pendante devant elle. Elle a simplement invité la Cour à tenir compte des Principes sur la dépenalisation des infractions mineures en Afrique au moment où celle-ci examinerait la demande d'avis consultatif.
32. Au vu de la réponse de la Commission, la Cour en déduit qu'aucune requête liée à la présente demande n'est pendante devant la Commission. La Cour confirme également que l'UPA a présenté le contexte dans lequel s'inscrit la demande et indiqué l'adresse de ses représentants. La Cour en conclut que la demande est recevable.

10 Précédemment article 68(3) du Règlement intérieur de la Cour (2010)

VI. Sur les questions soumises à la Cour

33. Dans le paragraphe 5 ci-dessus, la Cour a repris *verbatim* toutes les questions sur lesquelles l'UPA lui demande de se prononcer. Sur ces questions, la Cour relève que l'UPA pour l'essentiel s'interroge sur la compatibilité des lois sur le vagabondage avec la Charte africaine, la Charte des droits et du bien-être de l'enfant et le Protocole relatif aux droits des femmes. Compte tenu de ce qui précède et sans ignorer les quatre points tels que formulés par l'UPA, la Cour entend examiner, l'une après l'autre les lois sur le vagabondage au regard des normes établies par ces instruments. Elle examinera ensuite les questions soulevées par l'UPA, par lesquelles elle demande l'avis de la Cour sur les obligations qui incombent aux États parties au regard de la Charte africaine, de la Charte sur les droits et le bien-être de l'enfant et du Protocole relatif aux droits des femmes, par rapport à ces lois sur le vagabondage.
34. En ce qui concerne les instruments invoqués par l'UPA, la Cour relève ce qui suit : la Charte africaine a été ratifiée par 54 des 55 États membres de l'UA,¹¹ tandis que la Charte des droits et du bien-être de l'enfant a été ratifiée par 49 États.¹² Le Protocole relatif aux droits des femmes a quant à lui été ratifié par 42 États.¹³ La Cour fait observer que même si aucun de ces instruments n'a été ratifié par la totalité des États membres, leur taux de ratification est élevé. Par ailleurs, l'Acte constitutif de l'UA a été ratifié par tous les 55 États membres.¹⁴
35. La Cour est consciente que certains États membres n'ont pas ratifié les instruments auxquels l'UPA se réfère pour l'inviter à examiner la compatibilité de ceux-ci avec les normes établies en matière de droits de l'homme. Toutefois, la Cour est également consciente que tous les États membres se sont engagés à promouvoir et protéger les droits de l'homme et des peuples conformément à la Charte africaine et aux autres instruments

11 https://au.int/sites/default/files/treaties/36390-sl-african_charter_on_human_and_peoples_rights_2.pdf (consulté le 10 novembre 2020).

12 <https://au.int/sites/default/files/treaties/36804-sl-AFRICAN%20CHARTER%20ON%20THE%20RIGHTS%20AND%20WELFARE%20OF%20THE%20CHILD.pdf> (consulté le 10 novembre 2020).

13 <https://au.int/sites/default/files/treaties/37077-sl-PROTOCOL%20TO%20THE%20AFRICAN%20CHARTER%20ON%20HUMAN%20AND%20PEOPLE%27S%20RIGHTS%20ON%20THE%20RIGHTS%20OF%20WOMEN%20IN%20AFRICA.pdf> (consulté le 10 novembre 2020).

14 https://au.int/sites/default/files/treaties/7758-sl-constitutive_act_of_the_african_union_2.pdf (consulté le 10 novembre 2020).

pertinents relatifs aux droits de l'homme et des peuples.¹⁵ En prenant cet engagement, les États membres se sont obligés à protéger les droits de l'homme de toutes les personnes relevant de leur ressort.

36. S'agissant de la compétence de la Cour pour rendre des avis consultatifs, la Cour garde à l'esprit le fait qu'il ne s'agit pas pour elle de trancher des différends entre parties adverses et que sa mission principale est de donner un avis sur toute question juridique concernant la Charte ou tout instrument pertinent relatif aux droits de l'homme.¹⁶ Ce faisant, la Cour examine la compatibilité des questions soulevées dans la demande d'avis consultatif avec la Charte et avec les normes des autres instruments des droits de l'homme applicables. Tout exemple ou illustration utilisés dans le cadre de l'avis consultatif sert simplement à préciser les contours pratiques de l'opinion et ne constitue pas une décision sur une situation factuelle quelconque.¹⁷
37. La Cour rappelle également que sa compétence pour rendre un avis consultatif peut être invoquée par tout État membre de l'UA et n'est donc pas limitée aux États ayant ratifié le Protocole ou tout autre instrument relatif aux droits de l'homme. Dans ce cadre, la Cour est consciente que ses avis consultatifs servent de directives à tous les États membres de l'UA.

A. Compatibilité des lois sur le vagabondage avec la Charte

38. S'agissant particulièrement des lois sur le vagabondage et de la Charte, l'UPA demande à la Cour de rendre un avis sur les questions suivantes :

Les lois et règlements sur le vagabondage, y compris, mais sans s'y limiter, les textes qui prévoient des infractions qui ont pour effet de criminaliser le statut d'une personne, du simple fait qu'elle est sans domicile fixe, sans emploi ou sans moyens de subsistance ; du fait qu'elle n'a ni résidence fixe ni preuve de revenus, sans métier ni profession ; du fait qu'elle est considérée comme suspecte ou comme voleur avéré, sans moyens de subsistance visibles et incapable de justifier sa situation, du simple fait qu'elle est en état d'errance, sans

15 Article 3(h) de l'Acte constitutif de l'UA.

16 Article 4(1) du Protocole.

17 Voir Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Avis consultatif OC-18/03 du 13 septembre 2017, 2003 par United Mexican States sur le Statut juridique et les droits des migrants sans documents*, §§ 63-65.

moyens et incapable de justifier sa situation. Ces lois et règlements sont-ils contraires aux articles 2, 3, 5, 6, 7, 12 et 18 de la Charte ?

39. L'UPA pose également la question suivante :

Les lois et règlements sur le vagabondage, y compris, mais sans s'y limiter, ceux qui considèrent comme une infraction le fait d'être considéré comme en état de vagabondage ou dévoyé et d'ordonner l'expulsion sommaire de cette personne vers une autre région, sont-ils en violation des articles 5, 12, 18 de la Charte ?

40. L'UPA demande en outre à la Cour de rendre un avis sur ce qui suit :

Les lois et règlements sur le vagabondage, y compris, mais sans s'y limiter, ceux qui permettent l'arrestation d'une personne sans mandat, simplement du fait qu'elle n'a pas de « moyens de subsistance et ne peut pas justifier sa situation de manière satisfaisante », sont-ils contraires aux articles 2, 3, 5, 6 et 7 de la Charte ?

VII. Position de l'UPA

41. L'UPA soutient que les lois et règlements sur le vagabondage criminalisent la pauvreté et qu'elles sont incompatibles avec le droit à la dignité, à l'égalité devant la loi et à la non-discrimination. Selon l'UPA, les lois sur le vagabondage ne répriment pas des actes spécifiques commis par des individus mais plutôt un statut que ces personnes ont acquis involontairement et qui ne peut pas être changé facilement. L'UPA affirme également que ces lois visent les personnes pauvres et vulnérables et qu'elles ont des effets disproportionnés sur celles-ci.

42. Toujours selon l'UPA :

Les lois sur le vagabondage offrent à la police une justification qui, autrement, ne serait pas possible dans les cadres constitutionnels et réglementaires en vigueur, à savoir le pouvoir d'arrêter, fouiller, interroger et placer des personnes en détention, uniquement sur la base de soupçons que ces personnes ont commis ou pourraient commettre un crime. Les lois sur le vagabondage sont également utilisées par la police pour débarrasser les rues des personnes « indésirables », pour harceler les personnes soupçonnées d'avoir commis un crime et pour enquêter sur des infractions peu claires.

43. L'UPA soutient encore qu'un tel recours aux lois sur le vagabondage est courant en Afrique, malgré l'absence de preuves d'une corrélation entre le vagabondage et la criminalité. Ces lois sont donc inutiles pour ce qui est de l'objectif légitime de prévention de la criminalité, pour les raisons suivantes :

La plupart des codes pénaux permettent à la police d'arrêter une personne sans mandat sur la base de soupçons fondés sur des motifs raisonnables qu'une infraction a été commise. L'exigence d'un motif

raisonnable est une garantie importante contre les transgressions abusives par la police de droits protégés par la Constitution. Ces dispositions de procédure pénale devraient être suffisantes sans qu'il soit nécessaire de recourir aux lois sur le vagabondage, qui servent de réglementation fourre-tout pour prévenir la criminalité.

44. Toujours selon l'UPA, « les lois sur le vagabondage sont appliquées de telle manière qu'une personne peut être arrêtée sans preuves et que la police tente rarement de fournir de telles preuves ». Il soutient également que les lois sur le vagabondage sont utilisées par la police pour débarrasser les rues des personnes jugées indésirables, pour harceler les personnes que la police soupçonne d'avoir participé à des activités criminelles et pour enquêter sur des infractions mal définies.
45. L'UPA ajoute que dans toutes les régions de l'Afrique, les conditions carcérales sont souvent déplorables et toute détention entraîne de graves violations des droits de l'homme. Les centres de détention sont « souvent peu hygiéniques et dangereux » et la nourriture fournie aux détenus est insuffisante. Selon l'UPA, la pratique courante de la police à travers l'Afrique est de monter des opérations de ratissage en vertu des lois sur le vagabondage, ce qui permet des arrestations massives et des aveux de culpabilité qui exacerbent les conditions de vie des détenus, les centres de détention étant surpeuplés. L'UPA soutient que ces arrestations et la détention de ces personnes affectent également les membres de la famille du suspect, qui doivent notamment apporter de la nourriture et payer une caution.
46. Selon l'UPA, les lois sur le vagabondage se caractérisent souvent par un manque de clarté, d'accessibilité et de précision pourtant requises à la section 2(a) des Directives sur le recours et les conditions de la garde à vue et de la détention préventive en Afrique :¹⁸

Nul ne peut être privé de sa liberté sauf pour des motifs et selon des procédures prévues par la loi. Ces dispositions et leur application doivent être claires, accessibles, précises et conformes aux normes internationales, tout en respectant les droits de la personne humaine.
47. L'UPA fait encore valoir que les expressions telles que « voleur connu ou notoire », « n'ayant aucun moyen de subsistance visible » et « incapable de justifier sa situation » sont imprécises et ne donnent pas une indication juste et adéquate de ceux qui pourraient entrer dans leur champ d'application, encore moins

18 https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/dokumenter/udgivelser/hrs/guidelines_on_arrest_police_custody_detention_final_en_fr_po_ar.pdf (consulté le 16 octobre 2020).

des orientations suffisantes à ceux qui ont le pouvoir de les appliquer. Il soutient que l'ambiguïté des lois sur le vagabondage confère un pouvoir discrétionnaire trop large aux agents chargés de leur application, ce qui a pour conséquence une application arbitraire et discriminatoire sur la base de préjugés au sein de la police et la stigmatisation sociale qui vise les populations pauvres et marginalisées, de manière disproportionnée.

48. L'UPA affirme en outre que dès lors que les soupçons de la police deviennent le fondement de la culpabilité, il y a violation du principe de la présomption d'innocence jusqu'à preuve du contraire, dans l'application des lois sur le vagabondage.
49. L'UPA souligne également que « [d]ans de nombreux pays, une fois déclarée en état de vagabondage, la personne concernée peut également être bannie de la région, renvoyée dans son lieu d'origine, ou expulsée du territoire si elle n'est pas citoyenne du pays ». L'UPA soutient qu'il s'agit là d'une violation des articles 5, 12 et 18 de la Charte.

A. Observations des États membres de l'UA et des *amici curiae*

50. Dans ses observations, le Burkina Faso fait observer que nombre des délits de vagabondage nécessitent un traitement davantage social que pénal. Il soutient également que les délits de vagabondage tendent à perpétuer la discrimination et qu'ils violent le droit de circuler librement et le droit de choisir sa résidence, qui sont garantis à l'article 12 de la Charte. Le Burkina Faso soutient en outre que les lois sur le vagabondage violent le droit à la liberté et sont contraires au droit à un procès équitable, surtout du fait qu'elles minimisent la présomption d'innocence.
51. Le RINADH fait observer que l'application des lois sur le vagabondage entraîne souvent une aggravation de la surpopulation carcérale et donc une détérioration des conditions de détention. Il fait valoir que les lois et règlements sur le vagabondage qui criminalisent le statut d'une personne qui est sans domicile fixe, sans emploi ou sans moyens de subsistance sont, de ce fait, contraires aux droits inscrits dans la Charte. Il soutient en outre que les arrestations et la détention pour des infractions liées au vagabondage constituent une réponse disproportionnée au chômage, à la pauvreté et au manque de logements, ce qui peut causer un préjudice considérable à la personne incriminée et à sa famille. Les observations du RINADH

pour l'essentiel également reprises dans celles de l'OSJI.

- 52.** La CIJ-Kenya relève que les lois sur le vagabondage ont pour effet net de viser les personnes pauvres et celles qui sont marginalisées, en particulier les femmes, les victimes de violence domestique et les travailleurs du sexe. Elle fait valoir que l'application continue des lois sur le vagabondage a entraîné des violations sans précédent des droits de l'homme à l'encontre de petits délinquants présumés au moment de leur arrestation, de leur détention préventive, pendant et après leur procès, et qu'elle est donc incompatible avec les principes du droit international des droits de l'homme, notamment l'interdiction de l'arrestation et de la détention arbitraires.
- 53.** Selon les Principes relatifs à la dépénalisation des infractions mineures en Afrique, qui ont été soumis par la Commission, les lois qui créent des infractions mineures sont contraires aux principes de l'égalité devant la loi et de la non-discrimination, car elles visent et elles ont des conséquences disproportionnées sur les pauvres, sur les personnes vulnérables et perpétuent la discrimination basée sur le genre. La répression des infractions mineures a pour effet de réprimer, de discriminer, de contrôler et de compromettre la dignité des personnes sur la base de leur statut socio-économique, perpétuant ainsi la stigmatisation de la pauvreté.
- 54.** Le CDH et le DOI notent que les arrestations et les détentions en vertu des lois sur le vagabondage servent souvent non pas à poursuivre les suspects, mais à les intimider et à les éloigner de la rue. Ces arrestations ne sont pas motivées par des soupçons raisonnables de la part des forces de l'ordre de la commission ou de l'imminence de la commission d'une infraction. Ils affirment en outre que les lois sur le vagabondage violent les droits de l'homme fondamentaux inscrits dans la Charte, ce qui a également des conséquences socio-économiques négatives sur les personnes arrêtées ou détenues. Selon le CDH et le DOI, une telle atteinte à la capacité des individus à être agents de leur propre développement ne peut se justifier que si elle s'inscrit dans le cadre de lois démocratiques et respectueuses des droits des personnes.
- 55.** Dans leurs observations, la *HRC-Miami et Lawyers Alert* reprennent en substance les points soulevés par la CIJ-Kenya, le RINADH ainsi que par le CDH et le DOI. En outre, la *HRC-Miami et Lawyers Alert* soulignent que le vagabondage constitue le principal crime pour lequel l'infraction consiste à appartenir à une certaine catégorie de personnes plutôt qu'à avoir commis ou

omis de poser certains actes, violant ainsi les articles 2, 3, 5 et 6 de la Charte.

56. L'OSJI estime que les lois sur le vagabondage sont des vestiges de la colonisation qui contribuent à renforcer les modes de discrimination mis en place par les régimes de cette époque, en violation de l'article 2 de la Charte.

i. Position de la Cour

57. Selon le *Black's Law Dictionary*, est considéré comme vagabond toute personne appartenant aux diverses catégories de personnes oisives ou qui troublent l'ordre public, des voyous et des gens en errance.¹⁹ Cette définition inclue toute personne qui, n'ayant pas de logement connu, se promenant d'un endroit à l'autre en état d'errance, sans domicile fixe, et sans travail ni moyens de subsistance. Le vagabondage est donc considéré comme un comportement ou une manière de vivre, plutôt que comme une caractéristique unique.²⁰ Le terme « vagabondage » est générique. Il se réfère à une inconduite causée par une condition ou un mode de vie socialement préjudiciable. L'inconduite en elle-même peut prendre diverses formes.
58. Même si de nombreux pays ont inscrit des lois sur le vagabondage dans leur législation, il existe toujours des nuances entre les systèmes juridiques en ce qui concerne la formulation des infractions et les modalités d'application des lois.²¹ Dans le présent avis consultatif, la Cour reste donc consciente du fait que le terme « vagabondage » est souvent utilisé dans un sens générique pour désigner les diverses infractions communément regroupées sous ce vocable, y compris, mais sans se limiter au fait d'être oisif et désordonné, de mendier, d'être sans domicile fixe, d'être voyou, en état d'errance, voleur connu et sans abri.
59. Du point de vue sociologique, l'on considère que trois raisons principales ont motivé l'adoption de lois sur le vagabondage.²² Tout d'abord, réduire la mobilité des personnes et criminaliser la mendicité, ce qui permet d'assurer ainsi la disponibilité d'une main-d'œuvre bon marché aux propriétaires fonciers et aux

19 B Gardener (Ed) *Black's Law Dictionary* (2009) 1689.

20 *Ibid.*

21 J Lisle "Vagrancy law : *Its faults and their remedy*" (1915) 5(4) *Journal of Criminal Law and Criminology* 498-513.

22 W Chambliss "A *Sociological Analysis of the Law of Vagrancy*" (1960) 12 *Social Problems* 67-77.

industries, tout en limitant la présence de personnes indésirables dans les villes ; ensuite, réduire les coûts que subissent les municipalités et les administrations locales pour s'occuper des personnes pauvres et enfin, prévenir la criminalité contre les biens en créant un large éventail de crimes qui confère un large pouvoir discrétionnaire aux agents chargés de maintien de l'ordre. De l'avis de la Cour, ces justifications ne sont pas restées immuables. À différentes époques, divers pays ont mis l'accent sur différentes justifications afin de maintenir en vigueur les lois qui criminalisent le vagabondage. Les définitions de la conduite visée par les lois sur le vagabondage ont donc également varié d'un pays à l'autre.

- 60.** S'agissant de la situation qui prévaut en Afrique, la Cour relève que plusieurs pays ont maintenu en vigueur des lois qui répriment le vagabondage. Par exemple, dans les codes pénaux d'au moins dix-huit (18) d'entre eux,²³ un vagabond est défini comme toute personne sans domicile fixe ni moyens de subsistance et qui n'exerce ni métier ni profession. Dans au moins huit (8) pays africains²⁴, tout « suspect ou voleur réputé ne disposant pas de moyens de subsistance visibles et ne pouvant justifier de sa situation » est considéré comme « clochard » ou « vagabond ». La Cour note également qu'en Afrique du Sud, par exemple, les règlements interdisent aux sans-abri d'errer ou de dormir dans un établissement ou un espace public ou sur la plage.²⁵ La Cour note en outre que dans au moins trois (3) pays africains,²⁶ le vagabondage et l'oisiveté sont des infractions définies comme étant commises par des personnes en état d'errance ou oisives, qui n'ont pas de moyens de subsistance définis et qui ne peuvent pas justifier leur situation.
- 61.** La Cour fait cependant observer que si certains pays africains maintiennent encore des lois sur le vagabondage, d'autres comme l'Angola, le Cap-Vert, le Kenya, le Lesotho, le Mozambique, le

23 Algérie, Burundi, Burkina Faso, Cameroun, Comores, République du Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Madagascar, Mauritanie, Mali, Maroc, Niger, République arabe sahraouie démocratique, Sénégal, Tchad et Togo. Une liste des pays dont le droit pénal contient des dispositions relatives au vagabondage a été dressée par le Southern Africa Litigation Centre et peut être consultée à l'adresse : <https://icj-kenya.org/e-library/papers/send/4-papers/171-vagrancy-related-provisions-in-various-criminal-laws-and-criminal-procedure-laws-in-africa>.

24 Botswana, Gambie, Malawi, Nigeria, Seychelles, Tanzanie, Ouganda et Zambie.

25 Voir, *Ubuhlebezwe Local Municipality Public Amenities By-Law, Municipal Notice No. 139 of 2009*. Il convient de noter que certaines municipalités ont supprimé ces infractions après l'apartheid.

26 Ile Maurice, Namibie et Sierra Leone.

Rwanda et le Zimbabwe les ont abrogées. La Cour relève en outre que dans certains pays africains, des tribunaux ont annulé des lois sur le vagabondage pour cause d'inconstitutionnalité. Par exemple, dans l'affaire *Mayeso Gwanda c. État*, la Haute cour du Malawi a estimé que l'infraction que constitue le fait de « fainéanter » et d'être en état de vagabondage était contraire aux droits de l'homme et, par ricochet, contraire à la Constitution.²⁷

- 62.** Au niveau régional, la Cour fait référence à l'arrêt rendu par la Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (ci-après « la Cour de la CEDEAO ») dans l'affaire *Dorothy Njemanze et autres c. République Fédérale du Nigeria*.²⁸ Dans cette affaire, les requérantes, toutes des femmes, avaient été arrêtées et détenues pour avoir été soupçonnées de se livrer à la prostitution, simplement du fait qu'elles avaient été trouvées dans la rue pendant la nuit. La Cour a estimé que l'arrestation des requérantes était illégale et qu'elle violait leur droit à la liberté, l'État défendeur n'ayant rapporté aucune preuve qu'elles étaient effectivement des prostituées. La Cour a également estimé que le fait de qualifier ces femmes de prostituées constituait une violence verbale, qui viole leur droit à la dignité. La Cour a également considéré que l'arrestation des requérantes avait été faite en violation de leur droit à ne pas être soumises à des traitements cruels, inhumains ou dégradants, et qu'elle constituait également une discrimination fondée sur le sexe. La Cour a notamment conclu à de multiples violations des articles 1, 2, 3 et 18 (3) de la Charte ; des articles 2, 3, 4, 5, 8 et 25 du Protocole relatif aux femmes ; et des articles 2, 3, 5 (a) et 15 (1) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF).
- 63.** La Cour de céans va à présent déterminer si les lois sur le vagabondage sont compatibles ou non avec les articles 2, 3, 5, 6, 7, 12 et 18 de la Charte. La Cour examinera successivement chacun des articles invoqués par l'UPA.

27 [2017] MWHC 23. Disponible à l'adresse : <https://malawilii.org/mw/judgment/high-court-general-division/2017/23> (consulté le 10 septembre 2020).

28 Disponible à l'adresse : http://prod.courtecowas.org/wp-content/uploads/2019/01/ECW_CCJ_JUD_08_17-1.pdf (consulté le 12 septembre 2020).

a. Les lois sur le vagabondage et droit à la non-discrimination et à l'égalité

64. La Cour rappelle que l'article 2 de la Charte est libellé comme suit :

Toute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente Charte sans distinction aucune, notamment de race, d'ethnie, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

65. La Cour rappelle également l'article 3 de la même Charte qui dispose que :

1. Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi.
2. Toutes les personnes ont droit à une égale protection de la loi.

66. Comme la Cour l'a déjà indiqué, le droit de ne pas être discriminé prévu à l'article 2 de la Charte est lié au droit à l'égalité devant la loi et à une égale protection de la loi, qui est garanti à l'article 3.²⁹ C'est pour cette raison que la Cour entend examiner en même temps la compatibilité des lois sur le vagabondage à la lumière des articles 2 et 3 de la Charte lus conjointement. Certes, la portée du droit à la non-discrimination va au-delà du droit à l'égalité de traitement devant la loi et comporte également des implications pratiques, en ce sens que les individus devraient, de manière effective, pouvoir jouir des droits inscrits dans la Charte sans distinction aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, ou toute autre situation.³⁰ L'expression « toute autre situation » utilisée à l'article 2 de la Charte englobe les cas de discrimination qui n'auraient pas pu être prévus lors de l'adoption de la Charte.

67. Même si les articles 2 et 3 de la Charte interdisent sans équivoque la discrimination, toutes les formes de distinction ou de différenciation ne peuvent être qualifiées de discriminatoires.³¹ Une distinction ou une différence de traitement devient une discrimination lorsqu'elle n'a pas de « justification objective et raisonnable » et dans les circonstances où elle n'est « ni

29 *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. République du Kenya* (fond) (2017) 2 RJCA 9, § 138 ; *Tanganyika Law Society et The Legal and Human Rights Centre et Révérend Christopher Mtikila c. République-Unie de Tanzanie* (2013) 1 RJCA 34, § 119.

30 *Jebra Kambole c. République-Unie de Tanzanie*, CAFDHP, Requête No. 018/2018, arrêt du 15 juillet 2020, §§ 71-72.

31 *Ibid.*

nécessaire, ni proportionnelle ». ³² Toutefois, la Cour réaffirme sa position selon laquelle l'article 2 est essentiel pour le respect et la jouissance de tous les autres droits et libertés protégés par la Charte. ³³

- 68.** La Cour tient à rappeler que la Commission avait adopté la position suivante :³⁴

Les articles 2 et 3 de la Charte africaine contiennent essentiellement les dispositions qui interdisent la discrimination et consacrent une égale protection de la loi. L'article 2 énonce un principe essentiel, nécessaire dans l'élimination de la discrimination sous toutes ses formes, alors que l'article 3 est important en ce sens qu'il garantit un traitement juste et équitable des individus dans le système juridique d'un pays donné. L'on ne peut pas déroger à ces dispositions qui doivent par conséquent être respectées dans toutes les circonstances, afin que tout individu jouisse de tous les droits garantis au titre de la Charte africaine.

- 69.** La Cour constate que les lois sur le vagabondage criminalisent le statut de « vagabond », souvent défini comme « toute personne qui n'a pas de domicile fixe ni de moyens de subsistance et qui n'exerce pas un métier ou une profession », « une personne suspecte ou un voleur notoire qui n'a pas de moyens de subsistance visibles et ne peut justifier sa situation » ou « une personne en état d'errance ou qui est oisive et qui n'a pas de moyens de subsistance visibles et ne peut justifier sa situation ».
- 70.** Dans ce contexte, la Cour fait observer que les lois sur le vagabondage répriment en réalité les pauvres et les personnes défavorisées, y compris, mais sans s'y limiter, les sans-abri, les handicapés, les personnes ayant des identités sexuelles inhabituelles, les professionnels de sexe, les vendeurs ambulants et les personnes qui utilisent notamment les espaces publics pour subvenir à leurs besoins. Or, les personnes qui se trouvent dans des circonstances aussi difficiles sont déjà confrontées à des difficultés pour jouir des autres droits, notamment de leurs droits économiques et sociaux. Les lois sur le vagabondage contribuent donc à aggraver leur situation en les privant davantage de leur droit à un égal traitement devant la loi.
- 71.** La Cour note également que si une des caractéristiques constantes de toute bonne loi est qu'elle doit toujours être claire et précise, les lois sur le vagabondage utilisent souvent un

32 Voir, *Mtikila c. Tanzanie* (fond), §§ 105.1 et 105.2.

33 *Jebra Kambole c. Tanzanie*, § 71.

34 *Purohit et Moore c. République de Gambie*, Communication No. 241/2001, seizième rapport d'activité 2002-2003, annexe VII, § 49.

langage vague, peu clair et imprécis. La terminologie courante utilisée pour définir les infractions de vagabondage comporte des expressions telles que « flânerie », « ne pas disposer de moyens de subsistance visibles » et « ne pas pouvoir justifier de sa situation ». Ces termes ne donnent pas suffisamment d'indications aux citoyens sur ce que la loi interdit, mais confèrent cependant une large marge de manœuvre aux forces de l'ordre quant à la manière d'appliquer les lois sur le vagabondage. Cette situation ouvre automatiquement la voie à des abus, souvent au détriment des catégories marginalisées de la société.

- 72.** La Cour rappelle que le statut d'un individu fait partie des bases de discrimination interdites en vertu de l'article 2 de la Charte. En ce qui concerne l'application des lois sur le vagabondage, il n'existe aucune justification raisonnable à la distinction que la loi impose entre les personnes classées comme vagabonds et le reste de la population, si ce n'est leur statut économique précaire. Les personnes classées comme tel n'ont souvent aucun lien avec la commission d'une infraction pénale, ce qui rend insensée toute arrestation et la détention qui s'ensuivent. Il est clair que l'arrestation de personnes qualifiées de vagabonds est largement injustifiée si l'on doit atteindre l'objectif de prévention des crimes ou d'empêcher les gens de se retrouver dans les rues.
- 73.** La Cour rappelle également que le droit à l'égalité devant la loi signifie aussi que « tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice ».³⁵ L'égalité de protection de la loi présuppose que celle-ci protège tout un chacun, sans discrimination aucune. Lorsqu'un traitement différent est réservé à des individus en raison de leur statut, comme c'est le cas dans l'application des lois sur le vagabondage, il est clair que les individus se voient refuser l'égalité de protection de la loi. La Cour estime en conséquence que les lois ayant des effets discriminatoires à l'égard des catégories vulnérables et marginalisées de la société sont contraires aux articles 2 et 3 de la Charte.³⁶
- 74.** La Cour rappelle également que toute arrestation doit reposer sur des soupçons ou des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise ou est sur le point de l'être. Toutefois, en ce qui concerne les infractions liées au vagabondage, la plupart des arrestations sont effectuées sur la base du statut défavorisé

35 *Kijiji Isiaga c. République-Unie de Tanzanie* (fond) (2018) 2 RJCA 226, § 85 et *George Maili Kemboge c. République-Unie de Tanzanie* (fond) (2018) 2 RJCA 381, § 49.

36 *Purohit et Moore c. Gambie*, §§ 50 à 54.

d'un individu et de son incapacité à justifier sa situation. Dans ce contexte, les arrestations sont donc essentiellement liées au statut de la personne et elles n'auraient pas lieu n'eût été ce statut. Les arrestations sans mandat pour des délits de vagabondage sont donc tout aussi incompatibles avec les articles 2 et 3 de la Charte.

- 75.** À la lumière de ce qui précède, la Cour conclut que les lois sur le vagabondage, tant dans leur formulation que dans leur application, notamment du fait qu'elles criminalisent le statut d'un individu, sont à l'origine d'un traitement discriminatoire envers les personnes vulnérables et marginalisées, et privent également les individus de leur droit à l'égalité devant la loi, ce qui les rend incompatibles avec les articles 2 et 3 de la Charte. La Cour considère également que toute arrestation sans mandat pour des infractions liées au vagabondage constitue non seulement une réponse disproportionnée aux problèmes socio-économiques, mais aussi une discrimination dans la mesure où elles visent des individus en raison de leur situation économique

b. Les lois sur le vagabondage et le droit à la dignité

- 76.** En vertu de l'article 5 de la Charte

Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Toutes formes d'exploitation et d'avilissement de l'homme notamment l'esclavage, la traite des personnes, la torture physique ou morale, et les peines ou les traitements cruels inhumains ou dégradants sont interdites.

- 77.** La Cour rappelle qu'elle a tenu compte de trois facteurs principaux pour apprécier si le droit au respect de la dignité inscrit à l'article 5 de la Charte a été violé.³⁷ Le premier facteur est que l'article 5 ne comporte aucune clause restrictive et l'interdiction de l'atteinte à la dignité par un traitement cruel, inhumain et dégradant est donc absolue. Le deuxième facteur est que cette interdiction inscrite à l'article 5 doit être interprétée comme destinée à assurer la protection la plus large possible contre les abus physiques ou mentaux. Enfin, la souffrance personnelle et l'atteinte à la dignité peuvent prendre diverses formes et la question de savoir si une disposition spécifique d'une loi ou d'une politique enfreinte l'article 5 doit être appréciée en fonction des circonstances de chaque affaire.

³⁷ *Lucien Ikili Rashidi c. République-Unie de Tanzanie*, CAFDHP, Requête No. 009/2015, Arrêt du 28 mars 2019 (fond et réparations), § 88.

- 78.** La Cour réaffirme que « la dignité humaine est un droit fondamental inhérent auquel tous les êtres humains ... ont droit sans discrimination ». ³⁸ L'étendue de la protection offerte par l'article 5 signifie donc que la Cour reste ouverte à l'appréciation de nouvelles allégations de violations de la Charte.
- 79.** La Cour rappelle également que la Commission, dans l'affaire *Purohit et Moore c. la République de Gambie*, avait conclu que l'utilisation des termes tels que « lunatiques » et « idiots » pour désigner des personnes atteintes de déficience mentale déshumanise et prive celles-ci de leur dignité. ³⁹ Dans le même ordre d'idées, la Cour note que les lois sur le vagabondage utilisent couramment les termes « voyous », « vagabonds », « oisifs » et « errants » pour désigner les personnes considérées comme des vagabonds. De l'avis de la Cour, ces termes, reflètent une perception dépassée et largement coloniale des individus sans aucun droit et l'utilisation de ces termes déshumanise et rabaisse ces personnes, qui sont perçues comme ayant un statut inférieur.
- 80.** La Cour estime également que l'application des lois sur le vagabondage prive souvent les personnes défavorisées et marginalisées de leur dignité en érigeant illégalement des obstacles à leurs efforts en vue de maintenir ou de construire une vie décente ou pour jouir du mode de vie qu'elles mènent. Dans cette perspective, la Cour est particulièrement attentive au fait que « tous les êtres humains ont le droit de jouir d'une vie décente ... ce qui est au cœur du droit à la dignité humaine ». ⁴⁰ La Cour estime donc que les lois sur le vagabondage sont incompatibles avec la notion de dignité humaine, qui est protégée à l'article 5 de la Charte.
- 81.** La Cour considère également que le fait d'étiqueter une personne comme « vagabond », « errant », « voyou » ou de toute autre manière péjorative et d'ordonner sommairement sa réinstallation forcée dans une autre région porte atteinte à la dignité humaine. Lorsque l'exécution d'un tel ordre s'accompagne de l'usage de la force, elle peut également constituer un abus physique. La Cour constate donc que l'éloignement forcé de personnes considérées comme des vagabonds est contraire à l'article 5 de la Charte.
- 82.** En plus de sa précédente conclusion, la Cour réaffirme la nature arbitraire des arrestations pour infraction de vagabondage car,

38 *Ibid.*, § 57.

39 *Ibid.*, § 59.

40 *Purohit et Moore c. Gambie*, § 61.

souvent, il n'existe aucun lien rationnel entre ces arrestations et les objectifs de maintien de l'ordre et font peser sur de telles personnes une présomption de délinquance. En pratique, ces arrestations visent normalement les personnes défavorisées uniquement. La Cour estime donc également que les lois sur le vagabondage qui autorisent ces arrestations sont incompatibles avec le droit à la dignité, tel qu'il est garanti à l'article 5 de la Charte.

c. Les lois sur le vagabondage et le droit à la liberté

- 83.** La Cour fait observer qu'en vertu de l'article 6 de la Charte :
- Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut être privé de sa liberté sauf pour des motifs et dans des conditions préalablement déterminées par la loi ; en particulier nul ne peut être arrêté ou détenu arbitrairement.
- 84.** Conformément à la jurisprudence établie, toute arrestation ou détention est arbitraire dès lors qu'elle n'a pas de base juridique ou si elle n'a pas été menée conformément à la loi.⁴¹ Pour cette raison, la privation de la liberté en application d'une loi existante ne rend pas le processus légal en soi. Il est également important que la privation de la liberté repose sur des motifs clairs et raisonnables.⁴² Toute restriction de la liberté d'un individu doit donc viser des objectifs légitimes et doit également servir un intérêt public ou général.⁴³
- 85.** La Cour rappelle que l'un des principaux défis liés à l'application des lois sur le vagabondage est que dans la pratique, la mise en application de ces lois se traduit souvent par des arrestations arbitraires, sans mandat ainsi que des détentions provisoires non conformes à la loi outre le traitement inhumain et dégradant. Les lois sur le vagabondage peuvent donc, à tout moment, servir de prétexte pour des abus potentiels.
- 86.** La Cour reconnaît que les arrestations en vertu des lois sur le vagabondage peuvent, en apparence, répondre à l'exigence que cette privation de liberté doit être fondée sur des motifs et faite dans les conditions prévues par la loi. Néanmoins, la manière dont les infractions de vagabondage sont décrites dans la plupart des pays africains constitue un danger, compte tenu de leur

41 *Kennedy Owino Onyachi et Charles John Mwanini Njoka c. République-Unie de Tanzanie* (fond) (2017) 2 RJCA 67, § 132.

42 *Ibid.*, § 134.

43 *Anaclet Paulo c. République-Unie de Tanzanie* (fond) (2018) 2 RJCA 461, § 66.

nature trop vague et ambiguë. L'un des principaux problèmes tient au fait que les lois sur le vagabondage ne définissent pas, *ex ante*, de manière satisfaisante, claire et suffisamment détaillée, les raisons et les conditions pour lesquelles un individu peut être arrêté et détenu, afin de permettre au public de savoir ce qui relève de l'interdit. C'est ainsi que, dans la pratique, de nombreuses arrestations pour vagabondage sont arbitraires.

87. Pour les raisons mentionnées plus haut, la Cour considère que les arrestations et les détentions effectuées en vertu des lois réprimant le vagabondage sont incompatibles avec le droit des personnes arrêtées à la liberté et à la sécurité de leur personne. Ces lois sont aussi contraires à l'article 6 de la Charte. De l'avis de la Cour, il en est toujours ainsi lorsque l'arrestation est faite sans mandat.

d. Le droit à un procès équitable et les lois sur le vagabondage

88. L'article 7 de la Charte dispose en substance, que :
- Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Cela comprend :
- b. le droit à la présomption d'innocence, jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie par une juridiction compétente
89. La Cour fait observer que le droit à un procès équitable est un droit fondamental garanti par l'ensemble des instruments universels et régionaux des droits de l'homme. Le principe fondamental de la présomption d'innocence est réaffirmé dans la Charte, en son article 7(1)(b). Comme l'a indiqué la Cour, « selon le principe du droit à la présomption d'innocence, tout suspect dans un procès pénal est considéré comme innocent durant toutes les phases de la procédure, depuis l'instruction préliminaire de l'affaire jusqu'au prononcé du jugement et jusqu'à ce que sa culpabilité soit légalement établie ».⁴⁴
90. Même si la Charte ne contient pas de disposition traitant de manière spécifique de la protection contre l'auto-incrimination, il est clair que la disposition de portée générale relative au procès équitable comprend une interdiction de l'auto-incrimination. En tout état de cause, la Cour a déjà antérieurement conclu que l'article 7 de la Charte doit être interprété à la lumière de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, afin

44 *Ingabire Victoire Umuhoza c. République du Rwanda* (fond) (2017) 2 RJCA 171, § 83.

d'interpréter la Charte de manière à y inclure les protections qui ne sont pas mentionnées de manière expresse à l'article 7.⁴⁵

91. La Cour relève en outre que les Directives et principes de la Commission sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique (2003) (ci-après « Principes du procès équitable »), fournissent des orientations utiles à l'interprétation de l'article 6 de la Charte. Selon ces Principes, « Il est interdit d'abuser de la situation d'une personne détenue ou emprisonnée pour la contraindre à avouer, à s'incriminer de quelque autre façon ou à témoigner contre toute autre personne ».⁴⁶
92. La Cour fait encore observer qu'étant donné que les lois sur le vagabondage sanctionnent souvent le statut présumé de l'individu, qualifié d'« oisif », de « fauteur de troubles » ou de « voleur reconnu », statut qui n'a pas de définition objective, les agents de l'ordre peuvent arrêter arbitrairement des individus sans pour autant disposer de preuves *prima facie* suffisantes de la commission d'une infraction. Une fois que ces personnes sont placées en détention, elles doivent s'expliquer devant les agents des services de sécurité et démontrer, entre autres, qu'elles ne sont ni des fainéants ni des fauteurs de troubles, qu'elles ne sont pas des voleurs avérés ou qu'elles exercent un métier ou une profession. Le fait de ne pas fournir une explication acceptable aux yeux des forces de l'ordre pourrait avoir pour effet que ces personnes soient considérées comme incapables d'expliquer leur situation et justifier à posteriori leur maintien en détention.
93. La Cour constate cependant que le fait d'obliger une personne à se justifier équivaut à exercer la contrainte pour amener un suspect à s'auto-incriminer. Les agents de l'ordre peuvent exercer des pressions injustifiées sur des présumés criminels et invoquer simplement les lois sur le vagabondage et par la suite leur demander de fournir des éléments de preuve incriminants, même en rapport avec des infractions n'ayant aucun lien avec le vagabondage.
94. Compte tenu de ce qui précède, la Cour conclut que le fait d'arrêter des personnes en vertu des lois sur le vagabondage et de les contraindre à faire une déposition au sujet de leur éventuelle culpabilité pénale est contraire à la présomption d'innocence et incompatible avec l'article 7 de la Charte.

45 *Armand Guéhi c. République-Unie de Tanzanie* (fond et réparations) (2018) 2 RJCA 493, § 73.

46 Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique, consultable à l'adresse : <https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=38> (consulté le 1 octobre 2020).

e. Les lois sur le vagabondage et le droit à la libre circulation

95. La Cour rappelle que l'article 12 de la Charte dispose, en substance, que :

Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État, sous réserve de se conformer aux règles édictées par la loi.

96. Le droit à la libre circulation s'entend comme « le droit de chacun de se déplacer librement à l'intérieur du territoire d'un État et de choisir son lieu de résidence ». ⁴⁷ Comme l'a fait observer le Comité des droits de l'homme dans son Observation générale No. 27, cette liberté est « une condition indispensable au libre développement de l'individu ». ⁴⁸ Les États doivent donc garantir la jouissance de ce droit, sans tenir compte du but ou de la raison de la présence d'une personne à un endroit déterminé, de son installation ou de son départ. ⁴⁹

97. La Cour fait observer que l'article 12(3) du PIDCP définit, de manière explicite, les conditions sur la base desquelles le droit à la liberté de circulation peut être restreint comme étant celles qui sont « prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publique, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte ». Même en cas d'imposition d'une limite à ce droit, cette limite ne peut annuler le contenu essentiel de celui-ci. La liberté de circulation garantit à chaque individu le droit non seulement de circuler librement à l'intérieur d'un territoire, mais encore celui de choisir son lieu de résidence.

98. La Cour tient à rappeler que la Charte ne contient aucune disposition comparable à l'article 12(3) du PIDCP, qui précise les conditions dans lesquelles l'imposition de limites à la liberté de circulation est autorisée. En son article 12(1), la Charte se contente de préciser que l'individu doit exercer son droit à la liberté de circulation dans le respect de la loi. Il ressort clairement de cette disposition que dans des circonstances appropriées, la liberté de circulation peut être restreinte, dans les conditions envisagées par la Charte.

47 Observation générale CDPC No. 27 : Article 12 sur la libre circulation (1999), § 4, consultable à <https://www.refworld.org/pdfid/45139c394.pdf> (consulté le 20 septembre 2020).

48 *Ibid*, § 1.

49 *Ibid*, § 5.

- 99.** Nonobstant ce qui précède, toute limitation de la liberté de circulation doit, en premier lieu, être prévue par la loi. Une interprétation contraire de l'article 12 ouvrirait la voie à une atteinte arbitraire et imprévisible à ce droit. Ensuite, toute restriction de cette nature doit être nécessaire à la protection de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé publique ou de la morale ou des droits et libertés d'autrui. Cela permet de s'assurer que les restrictions sont uniquement imposées pour ces raisons limitées et non pour d'autres. Enfin, les restrictions doivent être conformes aux autres droits reconnus par la Charte. Cela signifie qu'une limitation de la liberté de circulation ne doit pas porter atteinte aux autres droits d'un individu, sauf lorsque la restriction de ces autres droits est autorisée par la Charte.
- 100.** La Cour fait observer que dans de nombreux cas, l'application des lois sur le vagabondage a pour effet de limiter le droit à la liberté de circulation. Il est vrai que ces violations sont prévues par les lois sur l'errance, étant donné que de nombreux pays africains disposent de lois qui criminalisent le vagabondage, si bien que la première des conditions énumérées précédemment est remplie. Toutefois, cette attitude ne remplit pas les deuxième et troisième conditions. S'il en est ainsi c'est parce que les lois sur le vagabondage sont rarement nécessaires pour les raisons pour lesquelles elles sont souvent invoquées. Il convient de noter que les lois sur le vagabondage sont souvent utilisées pour prévenir des activités criminelles mais, comme l'a déjà relevé la Cour, il n'existe aucune corrélation entre le vagabondage et le risque de criminalité que représente un individu.
- 101.** La Cour reste aussi consciente du fait que même si les lois sur le vagabondage contribuent, dans certains cas, à la prévention de crimes, d'autres mesures moins restrictives, comme la réhabilitation sociale, l'offre d'une formation professionnelle aux chômeurs et d'un logement aux adultes et enfants sans abri, sont des solutions de nature à régler la situation des personnes touchées par les lois sur le vagabondage. Lorsqu'il existe des politiques alternatives qui ne violent ni les droits ni les libertés des individus, les mesures qui portent atteinte aux droits fondamentaux, comme le droit à la libre circulation, sont inutiles et elles doivent être évitées.
- 102.** La Cour tire donc la conclusion que la mise en œuvre des lois sur le vagabondage est, en règle générale, incompatible avec le droit à la libre circulation garanti à l'article 12 de la Charte. La Cour estime également que la réinstallation forcée prévue par les lois de certains pays africains sur le vagabondage est aussi incompatible avec l'article 12 de la Charte.

f. Les lois sur le vagabondage et le droit de la famille à la protection

- 103.** L'article 18 de la Charte est libellé comme suit :
1. La famille est l'élément naturel et la base de la société. Elle doit être protégée par l'État qui doit veiller à sa santé physique et morale.
 2. L'État a l'obligation d'assister la famille dans sa mission de gardienne de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la Communauté.
 3. L'État a le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant tels que stipulés dans les déclarations et conventions internationales.
 4. Les personnes âgées ou handicapées ont également droit à des mesures spécifiques de protection en rapport avec leurs besoins physiques ou moraux.
- 104.** La Cour relève que l'article 18 de la Charte sous-entend que les États membres ont la responsabilité de veiller à la protection de la santé physique et morale de la famille. La Cour note par ailleurs, que le droit international des droits de l'homme reconnaît, de manière constante, que la famille est l'élément fondamental de la société et qu'elle doit être protégée.⁵⁰ Cette protection de la famille suppose le droit à l'unité familiale, qui exige que les membres d'une même famille aient le droit d'être protégés contre une séparation forcée.
- 105.** La Cour fait observer que les arrestations et les détentions opérées en vertu des lois sur le vagabondage peuvent donner lieu à la séparation forcée des présumés « vagabonds » d'avec leurs familles. Il en résulte que les autres membres de la famille qui dépendent des personnes arrêtées en vertu de ces lois, plus particulièrement les enfants, les personnes âgées ou atteintes d'un handicap, peuvent être affectées par la perte de leur soutien financier et affectif. La Cour est consciente que chaque arrestation et chaque détention est souvent préjudiciable à la santé physique et mentale de la famille du suspect, quelle que soit le crime invoqué. Pour cette raison, toutes les arrestations

50 La famille est reconnue comme une institution fondamentale de la société et, de ce fait, les instruments internationaux des droits de l'homme prévoient l'obligation, pour les États, de la protéger et de l'assister. Exemples : la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH, article 16(3)) ; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC, article 23(1)) ; la Convention sur les droits de l'enfant (CDE, ex. : préambule) ; la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles (CMW, ex., Article 44(1)).

et détentions ne sont pas incompatibles avec l'article 18 de la Charte. Cependant, toute arrestation ou détention en application des lois sur le vagabondage, comme l'a démontré le présent avis consultatif, est incompatible avec plusieurs droits protégés par la Charte et de telles arrestations accentuent la vulnérabilité des familles.

- 106.** La Cour tient à souligner que l'arrestation et la détention sont autorisées lorsqu'elles sont effectuées en application de la loi ou lorsqu'elles sont fondées sur des lois qui ne violent pas les droits fondamentaux de l'homme. Étant donné que plusieurs lois sur le vagabondage sont incompatibles avec plusieurs droits de l'homme inscrits dans la Charte et avec d'autres instruments internationaux des droits de l'homme, elles ne peuvent pas être invoquées pour servir de fondement aux opérations de maintien de l'ordre.
- 107.** Sur la base des considérations ci-dessus, la Cour conclut que les arrestations et les détentions opérées en vertu des lois sur le vagabondage sont incompatibles avec l'article 18 de la Charte. La Cour estime en outre, que le déplacement forcé des « vagabonds » est incompatible avec la préservation du caractère sacré de la famille en tant que cellule de base de la société comme le garantit la Charte.

B. Les lois sur le vagabondage et leur compatibilité avec la Charte des droits et du bien-être de l'enfant

- 108.** L'UPA a également invité la Cour à donner son avis sur la question de savoir si les lois et les règlements relatifs au vagabondage, y compris, sans s'y limiter, ceux qui portent sur des infractions qui, une fois qu'une personne a été qualifiée de vagabond ou de fainéant et de sans-abri, permettent d'ordonner sommairement la réinstallation de cette personne dans une autre zone sont contraires aux articles 3, 4(1) et 17 de la Charte des droits de l'enfant.
- 109.** L'UPA soutient encore que les lois sur le vagabondage ont souvent été utilisées pour arrêter des enfants de la rue, sans aucun discernement, en violation de leur droit à la dignité et à l'égalité de protection de la loi. L'UPA souligne également que les enfants dont les parents sont emprisonnés sont davantage exposés au risque d'insécurité alimentaire ou d'être en conflit avec la loi, en particulier lorsqu'ils sont séparés de force de leurs parents suite à la mise en application des lois sur le vagabondage.
- 110.** L'UPA relève en outre que « dans de nombreux pays, une fois qu'une personne a été déclarée en situation de vagabondage,

elle peut, outre le fait d'être bannie de cette région, être renvoyée vers son lieu d'origine ou expulsée du territoire, lorsqu'elle n'a pas la qualité de citoyen ». L'UPA soutient donc qu'il s'agit d'une violation des articles 3, 4(1) et 17 de la Charte des droits et du bien-être de l'enfant.

i. Observations des *amici curiae*

111. Le RINADH affirme que la mesure dans laquelle les lois sur le vagabondage sont utilisées pour arrêter et détenir des enfants de la rue est révélatrice des systèmes de justice pénale qui ne tiennent aucun compte du principe fondamental de l'intérêt supérieur de l'enfant. Selon le RINADH, les enfants de la rue arrêtés et détenus par la police sont souvent victimes « d'exploitation, de maltraitance, de discrimination et de stigmatisation, que ce soit dans la rue ou de la part des personnes chargées de la sécurité ». Le RINADH souligne également que les conditions dans lesquelles vivent les enfants en détention sont tout aussi constitutives de violation de leurs droits. Cette situation rend les systèmes de justice pénale complices de la violation des droits de ces enfants.

ii. Position de la Cour

112. La Cour rappelle que l'article 3 de la Charte sur les droits et le bien-être de l'enfant est libellé comme suit :

Tout enfant a droit de jouir de tous les droits et libertés reconnus et garantis par la présente Charte, sans distinction de race, de groupe ethnique, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'appartenance politique ou autre opinion, d'origine nationale et sociale, de fortune, de naissance ou autre statut, et sans distinction du même ordre pour ses parents ou son tuteur légal.

113. La Cour fait aussi observer qu'aux termes de l'article 4(1) de la Charte sur les droits et le bien-être de l'enfant :

Dans toute action concernant un enfant, entreprise par une quelconque personne ou autorité, l'intérêt supérieur de l'enfant sera la considération primordiale.

114. La Cour note aussi que l'article 17 de la Charte sur les droits et le bien-être de l'enfant est libellé comme suit :

1. Tout enfant accusé ou déclaré coupable d'avoir enfreint la loi pénale a droit à un traitement spécial compatible avec le sens qu'a l'enfant de sa dignité et de sa valeur et propre à renforcer le respect de l'enfant pour les droits de l'homme et les libertés fondamentales des autres.
2. Les États parties à la présente Charte doivent en particulier :

- a. veiller à ce qu'aucun enfant qui est détenu ou emprisonné, ou qui est autrement dépourvu de sa liberté ne soit soumis à la torture ou à des traitements ou châtiments inhumains ou dégradants ;
- b. veiller à ce que les enfants soient séparés des adultes sur les lieux de détention ou d'emprisonnement ;
- c. veiller à ce que tout enfant accusé d'avoir enfreint la loi pénale soit présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été dument reconnu coupable.

115. La Cour rappelle que l'UPA a invoqué la compatibilité des lois sur le vagabondage avec plusieurs droits garantis par la Charte sur les droits et le bien-être de l'enfant. Chacun des droits invoqués fera l'objet d'une évaluation individuelle.

a. Les lois sur le vagabondage et droit des enfants à la non-discrimination

116. La Cour reconnaît que l'article 3 de la Charte des droits de l'enfant est une simple réaffirmation du droit de tous les enfants à la non-discrimination. Plus précisément, l'article 3 proscrie toute discrimination « sans distinction de race, de groupe ethnique, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'appartenance politique ou autre opinion, d'origine nationale et sociale, de fortune, de naissance ou autre statut, et sans distinction du même ordre pour ses parents ou son tuteur légal ».

117. La Cour fait également observer que les arrestations arbitraires ont, de manière générale, de graves effets sur les enfants pauvres et marginalisés. À titre d'illustration, lorsque les enfants de la rue sont obligés d'expliquer leur situation pour éviter d'être arrêtés, ils peuvent être livrés à eux-mêmes pour répondre aux questions de la police, sans le soutien de leurs parents ou de leurs tuteurs qui auraient pu les accompagner et les aider. Dans de telles situations, il devient très difficile pour les enfants d'établir pourquoi ils ne devraient pas être arrêtés. Cette situation difficile affecte principalement les enfants défavorisés et marginalisés dans la société à travers l'Afrique.

118. La Cour fait encore observer que les enfants qui sont régulièrement en contravention avec les lois sur le vagabondage appartiennent souvent à des groupes vulnérables et défavorisés de la société, notamment les enfants de la rue. Pour ces enfants, un retrait forcé de la rue pourrait leur faire perdre contact avec leur communauté et avec leurs moyens d'existence. Le traitement auquel sont soumis les enfants en conflit avec les lois sur le vagabondage est donc moins favorable que celui réservé aux autres enfants de la société. La première raison de cette différence de traitement tient à la situation de marginalisation et de vulnérabilité de ces enfants.

Ceux-ci étant en contravention avec les lois sur le vagabondage, ils sont donc victimes de discrimination, en raison de leur situation particulière.

- 119.** La Cour constate qu'au-delà de cette discrimination dont sont directement victimes les enfants en contravention avec les lois relatives au vagabondage, les autres droits de ces enfants sont aussi compromis lorsqu'un ou plusieurs de leurs parents ou de leurs principaux responsables sont contraints de quitter la zone où ils résident ou travaillent. L'incarcération ou le déménagement forcé des parents a pour effet de séparer les enfants de leurs parents, ce qui provoque l'instabilité dans les relations familiales et des problèmes financiers.
- 120.** Compte tenu des considérations ci-dessus, la Cour en conclut que l'application des lois relatives au vagabondage, qui se traduit par des arrestations, des détentions et parfois le déplacement forcé des enfants hors de leur lieu de résidence, est incompatible avec leur droit à la non-discrimination, inscrit à l'article 3 de la Charte des droits et du bien-être des enfants.

b. Les lois sur le vagabondage et l'intérêt supérieur de l'enfant

- 121.** L'article 4(1) de la Charte des droits et du bien-être de l'enfant réaffirme le principe général de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce principe est rappelé à l'article 3(1) de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant (1989).
- 122.** S'agissant de l'article 4(1) de la Charte des droits et du bien-être de l'enfant, la Cour fait observer que dans son Observation générale No. 5, le Comité d'experts africains sur les droits et le bien-être de l'enfant (ci-après le Comité d'experts), a indiqué que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est soumis à aucune condition.⁵¹ Il en résulte que son champ d'application, sa portée et ses normes d'application ne peuvent être dilués. Selon le Comité d'experts, il n'existe aucune « limite aux domaines ou secteurs dans lesquels l'intérêt supérieur de l'enfant doit s'appliquer, de telle sorte que son application peut s'étendre à tout domaine possible de la vie publique ou privée » [traduction]. De ce qui précède, la Cour tire

51 Voir Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant, Observation générale No. 5 « Obligations de l'État partie à la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (article 1) et Système de renforcement de la protection de l'enfant » https://www.acerwc.africa/wp-content/uploads/2018/08/Website_Joint_GC_ACERWC-ACHPR_Ending_Child_Marriage_20_janvier2018.pdf (consulté le 12 septembre 2020).

la conclusion que l'intérêt supérieur de l'enfant est un principe transversal qui s'applique aux enfants, quel que soit leur statut et quelles que soient leurs diverses circonstances.

- 123.** Compte tenu du fait que la Cour a déjà reconnu que les lois sur le vagabondage ne sont pas compatibles, entre autres, avec le droit des enfants à la non-discrimination, il est manifeste que l'arrestation, la détention et le déplacement forcé des enfants pour faits de vagabondage sont tout aussi contraires à leurs intérêts supérieurs. Non seulement ces méthodes compromettent les droits fondamentaux des enfants, elles les exposent également à de nombreux autres risques potentiels de violation de leurs droits. La Cour considère donc que l'application des lois sur le vagabondage n'est pas compatible avec les dispositions de l'article 4(1) de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant.

c. Le droit des enfants à un procès équitable et les lois sur le vagabondage

- 124.** La Cour relève que l'article 17 de la Charte des droits et du bien-être de l'enfant étend les garanties d'un procès équitable à tous les enfants. Cette disposition met un accent particulier sur la nécessité d'accorder aux enfants un traitement spécial administré d'une manière conforme au « sens de la dignité et de la valeur de l'enfant ». Tout comme l'article 3 de la Charte des droits de l'enfant, qui étend simplement l'application de ce droit à la non-discrimination de manière à couvrir expressément les enfants, l'article 17 de la Charte sur les droits et le bien-être de l'enfant fait de même en ce qui concerne le droit à un procès équitable. Toutefois, l'article 17 de la Charte des droits de l'enfant va plus loin en ce sens qu'il énonce des protections et des garanties spécifiques aux enfants, compte tenu de leur statut particulier.
- 125.** Comme le recommande le Comité des droits de l'enfant, les États ont le devoir de veiller à ce que toutes les mesures nécessaires soient mises en œuvre pour que tous les enfants en conflit avec la loi soient traités sur un même pied d'égalité.⁵² Cela signifie qu'une attention particulière doit être accordée à la discrimination et aux différences *de facto*, qui peuvent résulter de l'absence d'une politique cohérente et affecter les groupes d'enfants vulnérables

52 Observation générale No. 24 (201x), remplaçant l'Observation générale No. 10 (2007) Les droits des enfants dans la justice pour mineurs, disponible sur : <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/GC24/GeneralComment24.docx> (consulté le 15 septembre 2020).

comme les enfants de la rue, les enfants issus des minorités raciales, ethniques, religieuses ou linguistiques, les enfants autochtones, les fillettes, les enfants souffrant d'un handicap et les enfants qui se sont retrouvés en conflit avec la loi à plusieurs reprises. Par ailleurs, dans toutes les décisions prises dans le cadre de l'administration de la justice pour mineurs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit rester la considération primordiale.

126. La Cour tient à réaffirmer que les enfants ont droit à toutes les garanties d'un procès équitable applicables aux adultes ainsi qu'à d'autres garanties spéciales adaptées à leur situation particulière. Les garanties fondamentales d'un procès équitable exigent notamment qu'un agent des forces de l'ordre ne procède pas à une arrestation sauf pour un motif raisonnable. Toutefois, comme indiqué plus haut, l'ambiguïté et le manque de clarté dans de nombreux cas portant sur l'infraction de vagabondage laissent indûment aux forces de l'ordre la discrétion de décider du moment de procéder à une arrestation. Comme pour les adultes, le droit à un procès équitable exige que les droits des enfants soient respectés lors d'une arrestation, durant la détention ou même lors du procès éventuel. Une arrestation sans mandat peut donc marquer le début de nouvelles violations des droits de l'enfant.
127. Chaque système judiciaire doit donc accorder aux enfants en contravention avec la loi un traitement conforme à leur sens de la dignité et de la valeur. Il s'agit notamment de les traiter d'une manière qui correspond à leur âge et qui favorise leur réinsertion dans la société.
128. Comme la Cour l'a déjà souligné, l'application des lois sur le vagabondage permet que de nombreux droits à un procès équitable soient violés. Ces violations affectent aussi bien les adultes que les enfants, mais, pour répondre à la question de l'UPA, la Cour estime que l'arrestation, la détention et la réinstallation forcée des enfants en application des lois sur le vagabondage sont incompatibles avec leur droit à un procès équitable tel qu'il est garanti à l'article 17 de la Charte sur les droits et le bien-être de l'enfant.

C. Les lois sur le vagabondage et leur compatibilité avec le Protocole relatif aux droits des femmes

129. L'UPA a demandé à la Cour d'indiquer sa position sur la question de savoir si les lois et les règlements sur le vagabondage, y compris, sans s'y limiter, ceux qui autorisent l'arrestation d'une personne sans mandat, du simple fait que cette personne n'a pas « de moyens de subsistance visibles et ne peut pas justifier

sa situation de manière satisfaisante », sont incompatibles avec l'article 24 du Protocole relatif aux droits des femmes.

- 130.** L'UPA affirme que les femmes sont particulièrement vulnérables en cas d'arrestation pour violation des lois sur le vagabondage, du fait que leur détention provisoire est souvent prolongée, à cause de leur incapacité à payer les amendes, les cautions ou les services d'un avocat pour assurer leur défense.
- 131.** L'UPA réaffirme également que l'application des lois sur le vagabondage « perpétue ainsi la stigmatisation de la pauvreté du fait qu'elles exigent une réponse de la justice pénale à ce qui est, en réalité, un problème socio-économique et une question de développement durable ». L'UPA souligne que l'emprisonnement en vertu de lois sur le vagabondage « touche de manière disproportionnée les personnes vivant dans la pauvreté et contribue directement à l'appauvrissement du prisonnier et de sa famille ». Toujours selon l'UPA, les lois sur le vagabondage renforcent les attitudes discriminatoires à l'égard des personnes marginalisées.

i. Observation des États membres de l'UA et des *amici curiae*

- 132.** Le *HRC-Miami et Lawyers Alert* soutiennent que le recours aux lois sur le vagabondage pour criminaliser les femmes et les personnes au comportement non conforme à leur sexe et leur refuser l'accès aux espaces publics est une violation des droits fondamentaux à la liberté et à la sécurité de la personne. Ils font également observer que si les femmes visées par les lois sur le vagabondage en Afrique ne sont parfois détenues que pendant la nuit ou libérées en quelques jours, certaines d'entre elles sont obligées de rester derrière les barreaux pendant des périodes indéfinies, ce qui leur fait perdre le temps qu'elles auraient pu investir dans des activités productives. L'application discriminatoire et arbitraire des lois sur le vagabondage peut également violer les droits économiques de ces femmes.
- 133.** Le CHR et le DOI affirment que les femmes des pays africains sont touchées de manière disproportionnée par la pauvreté et qu'elles se livrent souvent à des activités comme que le commerce de rue, ce qui peut les exposer à des poursuites sur la base des lois démodées sur le vagabondage. Les femmes les plus pauvres sont donc plus susceptibles d'être arrêtées en vertu de ces mêmes lois car leurs activités de subsistance les mettent souvent en conflit avec la loi. L'application des lois sur le vagabondage contribue donc à l'exploitation des femmes dans

le secteur informel. Le caractère hautement discrétionnaire de l'application des lois pour les infractions de vagabondage offre aux responsables une excellente occasion pour exploiter la vulnérabilité des femmes et exiger des pots-de-vin.

- 134.** Le CHR et le DOI soutiennent en outre que les conséquences socio-économiques de l'arrestation et de la détention des femmes pour vagabondage sont disproportionnées et plus préjudiciables pour « les femmes, en particulier leurs enfants, par rapport au « crime » commis qui, en soi, ne porte aucun préjudice à la société. Les femmes qui sont détenues en vertu des lois sur le vagabondage sont ainsi privées de la possibilité d'exercer leur rôle de dispensatrices de soins primaires et celui de chef de famille assumant l'essentiel des responsabilités du ménage lorsque leurs maris ou partenaires sont détenus.

ii. Position de la Cour

- 135.** La Cour relève que dans six (6) pays africains au moins, les codes de procédure pénale permettent à la police d'arrêter sans mandat toute personne qui n'a aucun moyen de subsistance visible et qui ne peut pas justifier sa situation.⁵³

a. Lois sur le vagabondage et article 24 du Protocole relatif aux droits des femmes

- 136.** La Cour fait observer que l'article 24 du Protocole relatif aux droits des femmes dispose comme suit :

Les États s'engagent à assurer la protection des femmes pauvres et des femmes chefs de famille, des femmes issues des populations marginales et à leur garantir un cadre adapté à leur condition et en rapport avec leurs besoins physiques, économiques et sociaux.

- 137.** La Cour fait observer que l'article 24 du Protocole relatif aux droits des femmes crée l'obligation pour les États à l'égard des femmes pauvres, des femmes chefs de famille et des autres femmes issues de populations marginales. Cette obligation impose aux États de créer un environnement dans lequel les femmes pauvres et marginalisées peuvent jouir pleinement de tous leurs droits fondamentaux.

⁵³ Ces pays sont : la Gambie (articles 167 et 168 du code pénal, loi No. 25 de 1933), le Malawi (articles 180 et 184 du code pénal, chap. 7 : 01 et article 28 du code de procédure pénale et de la preuve, chap. 8 :01), le Nigeria (articles 249 et 250 de la loi portant code pénal, chap. 77), la Tanzanie (article 177 du code pénal et article 28 de la loi portant code de procédure pénale), l'Ouganda (article 168 du code pénal et article 11 du code de procédure pénale) et la Zambie (article 181 du code pénal et article 27 du code de procédure pénale).

- 138.** Dans ce contexte, la Cour note, par exemple, que la loi sur le vagabondage perpétue de multiples violations des droits des femmes pauvres et marginalisées. Parmi les droits compromis par l'application des lois sur le vagabondage aux femmes pauvres et marginalisées figurent les droits des femmes à la dignité, à la non-discrimination et à l'égalité.
- 139.** La Cour reste consciente du fait que de nombreuses femmes pauvres et marginalisées à travers l'Afrique gagnent leur vie grâce à des activités qui les exposent constamment au risque d'être arrêtées en vertu des lois sur le vagabondage. Du fait qu'elles permettent l'arrestation des femmes pauvres et marginalisées au motif qu'elles n'ont « aucun moyen de subsistance visible et qu'elles ne peuvent pas justifier leur situation de manière satisfaisante », les lois sur le vagabondage sont contraires à l'article 24 du Protocole relatif aux droits des femmes.
- 140.** Pour répondre à la troisième question de l'UPA, la Cour conclut que les lois sur le vagabondage sont incompatibles avec l'article 24 du Protocole relatif aux droits des femmes, du fait qu'elles permettent l'arrestation sans mandat des femmes lorsqu'elles sont considérées comme étant « sans moyens de subsistance et incapables de justifier leur situation de manière satisfaisante ».

D. Les obligations des États parties à la Charte au regard des lois sur le vagabondage

- 141.** Dans sa dernière question, l'UPA sollicite de la Cour qu'elle indique si les États parties à la Charte africaine ont l'obligation positive d'abroger ou d'amender leurs lois et leurs règlements sur le vagabondage afin de se conformer aux droits protégés par la Charte africaine, la Charte des droits de l'enfant et le Protocole relatif aux droits des femmes et, dans l'affirmative, de préciser ces obligations.
- 142.** L'UPA rappelle les Principes de 2017 de la Commission sur la dépénalisation des infractions mineures en Afrique, dans lesquels il est souligné ce qui suit :
- 143.** Les lois pénales doivent être une mesure nécessaire et proportionnée pour atteindre cet objectif légitime dans une société démocratique, y compris par la prévention et la détection du crime d'une manière qui n'impose pas d'atteintes excessives ou arbitraires aux droits et libertés individuels. Il doit y avoir un lien rationnel entre la loi, son application et l'objectif visé.⁵⁴

- 144.** L'UPA attire l'attention de la Cour sur la Déclaration de Kampala sur les conditions de détention en Afrique,⁵⁵ qui a exhorté les gouvernements à revoir leurs politiques pénales et à reconsidérer l'utilisation des prisons pour prévenir la criminalité. Compte tenu des conditions inhumaines dans les prisons aussi bien pour les détenus que pour le personnel, la Déclaration de Kampala sur les conditions de détention en Afrique soulignait dans sa conclusion, que l'incarcération de masse ne sert pas les intérêts de la justice et n'est manifestement pas une bonne utilisation des ressources publiques limitées.
- 145.** L'UPA attire également l'attention de la Cour sur la Déclaration et le Plan d'action de la Commission de Ouagadougou sur l'accélération des réformes pénitentiaires et pénales en Afrique.⁵⁶ Cette Déclaration encourage les États africains à dépénaliser certaines infractions mineures comme le fait d'être fainéant et vagabond, l'oisiveté, la prostitution, le non-paiement des dettes et la désobéissance aux parents, afin de réduire la population carcérale.

i. Observations des États membres de l'UA et des *amici curiae*

- 146.** Le Burkina Faso fait valoir qu'en vertu de l'article 151 de sa Constitution du 2 juin 1991, « [l]es traités et accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, préséance sur les lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie » et, conformément à cette obligation constitutionnelle, il a révisé son code pénal le 31 mai 2018, en vue de dépénaliser le délit d'errance.
- 147.** Selon la CIJ-Kenya, la Déclaration et le Plan d'action de Ouagadougou sur l'accélération des réformes pénitentiaires et pénales en Afrique appelaient à la dépénalisation d'infractions telles que l'errance et le vagabondage, la flânerie, la prostitution, le non-paiement des dettes et la désobéissance aux parents. La CIJ-Kenya a également souligné que la dépénalisation prend de nombreuses formes et peut être partielle ou totale. Ces choix politiques marquent une différence considérable. Le reclassement d'un crime en délit de nature civile signifie que les infractions liées au vagabondage ne seraient plus punissables sur le plan pénal.

55 Voir, <https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/06/rep-1996-kampala-declaration-en.pdf> (consulté le 30 septembre 2020).

56 Voir, <https://www.ru.nl/publish/pages/688602/ouagadougou-eng.pdf> (consulté le 30 septembre 2020).

En revanche, dans la pratique de la dépénalisation partielle, les infractions conservent leur caractère pénal ainsi que les charges qui en découlent. Une dépénalisation partielle pourrait signifier que les accusés ne doivent pas être incarcérés pour l'infraction, mais pourrait aussi signifier des peines moins longues ou différées, la surveillance et des soins.

- 148.** Le RINADH fait valoir que certains pays ont déjà expérimenté les mécanismes visant à réduire la population carcérale par la libération des détenus condamnés pour délits mineurs. Parmi les exemples fournis par le RINADH, il faut citer le Kenya, l'Afrique du Sud et l'Égypte. Selon le RINADH, étant donné que la surpopulation carcérale est un problème récurrent dans toute l'Afrique, l'abolition des lois sur le vagabondage contribuerait à endiguer le flux des condamnés vers les prisons. Le RINADH soutient également que l'abolition des infractions liées au vagabondage serait un signal important envoyé aux organes de maintien de l'ordre, pour qu'ils respectent la dignité et les droits des enfants et des femmes pauvres et vulnérables.
- 149.** L'OSJI soutient que la surpopulation carcérale qui résulte de l'application des lois sur le vagabondage, constitue un défi majeur pour le droit à la santé des détenus, en particulier, ceux qui souffrent de troubles sous-jacents. Elle soutient en outre que compte tenu de la pandémie du COVID-19, le moment est sans doute venu pour les pays africains de dépénaliser l'infraction de vagabondage et de réduire la surpopulation des prisons et, ce faisant, ils pourraient protéger le droit des détenus à la santé.

ii. Position de la Cour

- 150.** La Cour rappelle que l'article premier de la Charte est libellé comme suit :
- Les États membres de l'Organisation de l'Unité africaine, parties à la présente Charte, reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer.
- 151.** La Cour rappelle également que l'article premier de la Charte sur les droits et le bien-être de l'enfant est libellé comme suit :
- 152.** Les États membres de l'Organisation de l'Unité africaine, parties à la présente Charte, reconnaissent les droits, libertés et devoirs consacrés dans la présente Charte et s'engagent à prendre toutes les mesures nécessaires, conformément à leurs procédures constitutionnelles et aux dispositions de la présente Charte, pour adopter toutes les mesures législatives ou autres nécessaires pour donner effet aux dispositions de la présente Charte.

- 153.** La Cour note en outre l'article 26 du Protocole sur les droits des femmes :
1. Les États assurent la mise en œuvre du présent protocole au niveau national et incorporent dans leurs rapports périodiques présentés conformément aux termes de l'article 62 de la Charte africaine, des indications sur les mesures législatives et autres qu'ils ont prises pour la pleine réalisation des droits reconnus dans le présent protocole.
 2. Les États s'engagent à adopter toutes les mesures nécessaires et à allouer les ressources budgétaires adéquates et autres pour la mise en œuvre effective des droits reconnus dans le présent Protocole.
- 154.** La Cour fait observer que la question finale de l'UPA comporte deux dimensions : d'abord s'il existe une obligation de modifier les lois sur le vagabondage et, ensuite, la nature précise de cette obligation.
- 155.** Compte tenu des conclusions tirées par la Cour dans le présent avis consultatif, elle estime que l'article premier de la Charte, l'article premier de la Charte des droits de l'enfant et l'article premier du Protocole sur les droits des femmes obligent tous les États parties à, entre autres, modifier ou à abroger leurs lois et règlements sur le vagabondage conformément à ces instruments. Cela serait conforme à l'obligation qui est la leur de prendre toutes les mesures nécessaires, y compris l'adoption de mesures législatives ou autres, pour donner pleinement effet à la Charte, à la Charte des droits de l'enfant et au Protocole sur les droits des femmes.
- 156.** S'agissant de la nature de cette obligation, la Cour considère que celle-ci impose à tous les États parties de modifier ou d'abroger toutes leurs lois sur le vagabondage, leurs règlements administratifs ainsi que les autres dispositions, afin de les rendre conformes à la Charte africaine, à la Charte des droits de l'enfant et au Protocole relatif aux droits des femmes.

VIII. Dispositif

157. Par ces motifs :

La Cour,

À l'unanimité,

Sur la compétence

- i. *Dit* qu'elle est compétente pour donner l'avis consultatif demandé.

Sur la recevabilité

- ii. *Déclare* la demande d'avis consultatif recevable.

Sur le fond

- iii. *Dit* que les lois sur le vagabondage, y compris, sans s'y limiter, celles qui contiennent des dispositions qui criminalisent le statut d'une personne au motif qu'elle est sans domicile fixe, sans emploi ou sans moyens de subsistance, n'exerce aucun métier ni aucune profession, est soupçonnée ou est voleur notoire, qui n'a aucun moyen de subsistance visible et ne peut expliquer sa situation de manière satisfaisante ; qui est oisive et n'a pas de revenus et ne peut pas expliquer son statut ; de même que les lois qui prévoient l'éloignement ou l'expulsion de toute personne déclarée en état d'errance ainsi que les lois qui autorisent l'arrestation sans mandat de toute personne soupçonnée d'être un vagabond, sont incompatibles avec les articles 2, 3, 5, 6, 7, 12 et 18 de la Charte ;
- iv. *Dit* que les lois et règlements sur le vagabondage, y compris, sans s'y limiter, ceux qui contiennent des dispositions qui ordonnent sommairement le déplacement forcé d'un enfant vers une autre zone lorsque celui-ci a été déclaré vagabond ou voyou et en errance sont incompatibles avec les articles 3, 4 1) et 17 de la Charte des droits de l'enfant ;
- v. *Dit* que les lois sur le vagabondage, y compris, sans s'y limiter, celles qui autorisent l'arrestation de toute femme, sans mandat, simplement du fait qu'elle n'a pas de « moyens de subsistance et ne peut pas justifier sa situation de manière satisfaisante » sont incompatibles avec l'article 24 du Protocole sur les droits des femmes ;
- vi. *Dit* que les États parties à la Charte ont l'obligation positive, entre autres, d'abroger ou de modifier leurs lois sur le vagabondage ainsi que les lois connexes, afin de se conformer à la Charte africaine, à la Charte des droits de l'enfant et au Protocole relatif aux droits des femmes, dans un délai raisonnable ; que cette obligation leur impose de prendre toutes les mesures nécessaires, dans les plus brefs délais, pour procéder à une révision de toute leur législation, en particulier les lois qui prévoient des infractions liées au vagabondage, en vue de modifier ou d'abroger ces lois et les aligner avec les dispositions de la Charte, de la Charte des droits de l'enfant et du Protocole relatif aux droits des femmes.

Opinion individuelle : TCHIKAYA

1. La Cour africaine a rendu, le 27 novembre 2020, un avis consultatif sur « *La compatibilité des lois sur le vagabondage avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et avec les autres instruments des droits de l'homme applicables en Afrique* ». Cet Avis consultatif¹ a, en définitive, recueilli l'unanimité des membres de la Cour. J'y attache néanmoins une opinion individuelle, car si je suis dans l'ensemble d'accord avec le fait que cette demande d'avis suscite une réflexion utile et peut infléchir certaines politiques publiques, il est toutefois à considérer que la Cour aurait pu élargir son analyse du sujet.
2. Cette demande d'avis, arrivée au greffe de la Cour le 10 mai 2018, fut examinée en plénière lors de la 59^{ème} session de la Cour en novembre 2020. Elle arrivait opportunément à son heure car la Cour ne fit plus examen de question sociale de cette importance depuis quelques temps, du moins en matière consultative. En application de l'article 4(1) du Protocole créant la Cour et de l'article 68 du Règlement intérieur de la Cour africaine, l'Union panafricaine des avocats (PALU) demandait avis consultatif de la Cour sur la conformité de certaines lois relatives au vagabondage avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, avec la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant et avec le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes.
3. Dans la pratique des avis rendus par les institutions ou juridictions internationales, il est convenu que l'organe saisi d'une demande doit rechercher « quelles sont véritablement les questions juridiques que soulèvent les demandes formulées dans une requête ». ² Cette exigence cardinale est même inscrite comme liée au bon sens judiciaire face à une question posée, ainsi la Cour internationale de justice (CIJ) le rappelle dans cette affaire de 1980, *OMS-Égypte*. Ceci devrait retenir la grande partie du

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

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

temps que la Cour consacre à la demande qui lui est soumise.

4. Il semble qu'il y ait un préalable à clarifier. Les personnes habilitées à présenter les demandes d'avis sont libres du contenu de leur demande. Elles peuvent présenter les demandes sans grande limite. Il revient à l'autorité saisie de dire les règles applicables devant-elle en la matière. C'est pourquoi le juge international dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour refuser de se prononcer sur une demande d'avis.³ La même position est défendue, non sans sarcasme, par le juge Bennouna, dans l'affaire du Kosovo. Il disait en regrettant que la Cour n'ait pas pu refuser de rendre son avis, que :

« si elle avait refusé de répondre à cette demande, la Cour aurait pu donner un coup d'arrêt à toutes les demandes « frivoles » d'avis que des organes politiques pourraient être tentés, à l'avenir, de lui adresser et de protéger par là même l'intégrité de sa fonction judiciaire ».⁴
5. Dès lors qu'elle accepte de se prononcer, la Cour doit strictement s'assurer pour le moins : a) qu'elle le fera dans les conditions juridiques établies ; et, b) que la rigueur quant à la précision de l'avis y figure pour l'espèce en présence.
6. On fera d'abord l'état des questions posées (I) ensuite, on abordera la question liée aux obligations des États (II).

I. L'objet de l'avis

7. Cette partie présentera les points sur lesquels la Cour aurait avancé dans la perspective d'un avis. Il s'agit notamment de la précision de la question posée, des bases factuelles et légales de l'objet même de l'avis.

A. État des questions posées

8. La demande d'avis faite à la Cour présente quatre questions visant trois textes majeurs du continent. La Cour en fait le résumé suivant :

3 Comme le rappelle la juge Mme Donoghue dans *l'Avis sur les effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* (2020) : Le pouvoir discrétionnaire vise à protéger l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour et sa nature en tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies. v. aussi CIJ., *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif, CIJ. Recueil 2010 (II)*, p. 416, § 29.

4 Opinion dissidente, juge Bennouna, dans CIJ., *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif*, p. 403.

« La Cour relève que même si l'auteur a posé quatre questions, la demande porte en fait sur des violations alléguées de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples,⁵ à la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant⁶ et au Protocole à la Charte relative aux droits de la femme.⁷ Compte tenu de ce qui précède et sans remettre en cause les quatre questions présentées par l'auteur, la Cour entend examiner, l'une après l'autre, les violations alléguées de la Charte, de la Charte des droits de l'enfant et du Protocole relatif aux droits de la femme. Elle examinera ensuite les obligations qui incombent aux États parties en vertu de la Charte, de la Charte des droits de l'enfant et du Protocole relatif aux droits de la femme, en ce qui concerne les lois sur le vagabondage, telles qu'elles sont formulées dans la quatrième question de l'auteur ».⁸

9. On comprend bien le sens des quatre questions en s'arrêtant sur la première qui se présente à l'identique des autres :
« a. Les lois et les règlements sur le vagabondage, y compris, sans toutefois s'y limiter, celles qui contiennent des dispositions qui criminalisent le statut d'une personne sans domicile fixe, sans emploi ou sans moyens de subsistance et qui n'exerce aucun métier ni aucune profession et qui est dès lors considéré comme suspect ou voleur connu, qui est oisif et ne peut pas expliquer son statut violent-ils : i. le droit de ne pas subir de discrimination, protégé par l'article 2 de la Charte africaine ; ii) le droit à une totale égalité devant la loi et à une égale protection par la loi, protégé par l'article 3 de la Charte africaine ; iii. le droit à la dignité et celui de ne pas faire l'objet de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradant protégé par l'article 5 de la Charte africaine ; iv) le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne, protégé par l'article 6 de la Charte africaine ; v) le droit à un procès équitable, protégé par l'article 7 de la Charte africaine ; vi) le droit de circuler librement et de choisir sa résidence, protégé par l'article 12 de la Charte africaine ; iv) le droit des femmes, des enfants et des personnes souffrant d'un handicap à la protection, protégé par l'article 18 de la Charte africaine ».
10. De la nature des questions viennent les problèmes que pose cet avis consultatif. L'idée de l'auteur de la demande est de mettre à l'étude trois composantes : les textes nationaux (lois et règlements) sur le vagabondage, les trois conventions de l'Union africaine précitées et l'usage que les Etats en font dont-il dit que des dispositions criminalisent certaines personnes.

5 27 juin 1981, adoptée à Nairobi (Kenya).

6 1er juillet 1990, adoptée à Addis-Abéba (Ethiopie).

7 11 juillet 2003, adopté à Maputo (Mozambique)

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

11. La deuxième et la troisième question notamment induisent des faits juridiques d'une importance répressive, à savoir :
12. « Les lois sur le vagabondage et les règlements, y compris, mais sans s'y limiter, celles qui contiennent des dispositions permettant d'ordonner sommairement l'expulsion de toute personne déclarée en état d'errance, d'oisiveté ou de vagabondage vers une autre zone, violent-il (le droit à la non-discrimination ; le droit à l'égalité ;...) ».⁹
13. De même, on peut lire s'agissant de la troisième question :
« Les lois sur le vagabondage et les règlements, y compris, mais sans s'y limiter, celles qui contiennent des dispositions permettant d'ordonner sommairement l'expulsion de toute personne déclarée en état d'errance, d'oisiveté ou de vagabondage vers une autre zone, violent-ils...(les principes précités) ».¹⁰
14. La Cour devrait s'aviser davantage à cerner au plus près le débat conceptuel dans lequel le demandeur l'appelait. Pour ce dernier :
« En Afrique, bon nombre d'infractions criminalisent en réalité la pauvreté. Ces infractions ont été introduites durant la période coloniale et il est pour le moins saugrenu que de telles infractions puissent être maintenues dans des démocraties constitutionnelles ».
15. La Cour devrait d'une part approfondir le contenu de ces concepts et d'autre part s'assurer de leur pouvoir de clarification. Les conclusions à en tirer, importantes de l'échelle de la Cour, n'auront de pertinence qu'en fonction de l'analyse de ces concepts.
16. Le caractère pénaliste de certaines conclusions oblige encore à des précisions. On sait les influences historiques, non clarifiées, de l'exercice actuel du pouvoir pénal et le leg colonial,¹¹ que rappelle la demande d'avis, mais les deux difficultés auxquelles la Cour ne prend pas le soin de contourner préalablement sont d'une évidence cathédrale dans la commande qui lui est faite : la fluidité du concept de vagabondage et le glissement contentieux de l'objet de la commande.

9 *Idem.*, p. 4

10 *Idem.*, p. 5.

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

B. La fluidité du concept de vagabondage

17. Quel serait le devenir de l'acte consultatif si, au demeurant, sa base notionnelle est fluide, non définie, ni cadrée ? Au sens du travail consultatif de la Cour, celui-ci comme le dit l'article 82 du Règlement de la Cour sur les procédures consultatives, se rapporte à des « questions de droit ». Il en appelle une obligation de précision. Une double obligation pour la Cour. Premièrement, elle est tenue de couvrir avec exactitude une demande qui fait l'attente de l'auteur de la commande, et deuxièmement, l'obligation s'entend en rapport à l'exigence du droit, lequel par définition rejette l'approximation.
18. Le vagabondage est défini par le Dictionnaire Larousse (2020) comme « le fait d'errer sans but précis ». Ce fait a été socialement apprécié diversement. Aussi, a-t-il pu constituer un délit, dans certains pays, à la charge des personnes sans domicile fixe, ni moyens de subsistance. Comme l'évoque la commande faite à la Cour, sans doute à juste titre, il y a « incrimination » des personnes.
19. Sont cités au moins 22 pays d'Afrique, où le fait d'être un vagabond correspond à un délit :
« Un vagabond est défini dans les codes pénaux de ces pays comme toute personne sans domicile fixe ni de moyens de subsistance et qui n'exerce ni métier, ni profession. Ces pays sont notamment l'Algérie, l'Angola, le Burkina Faso, le Cameroun, le Tchad, les Comores, la République du Congo, la Côte d'Ivoire, l'Éthiopie, l'Érythrée, le Gabon, la Guinée, le Madagascar, la Mauritanie, le Mali, le Maroc, le Niger, le Rwanda, la République arabe sahraouie démocratique, le Sénégal, le Soudan du Sud et le Togo ». ¹²
20. Il sera retenu quelques codes pénaux qui donne une vue de la perception africaine du vagabondage. Dans le code pénal du Sénégal, on peut lire :
Au Paragraphe II sur le vagabondage, « Article 241 : Le vagabondage est un délit. Article 242 : Les vagabonds ou gens sans aveu sont ceux qui n'ont ni domicile certain, ni moyens de subsistance, et qui n'exercent habituellement ni métier, ni profession. Article 243 : Les vagabonds ou gens sans aveu qui auront été légalement déclarés tels seront, pour ce seul fait, punis d'un mois à trois mois d'emprisonnement. Article 244 : Les individus déclarés vagabonds par jugement pourront, s'ils sont étrangers, être conduits, par les ordres du gouvernement, hors du territoire de la République. S'ils

12 *Ibidem.*, p. 10.

sont réclamés par leur gouvernement, cette mesure pourra intervenir même avant l'expiration de leur peine ». ¹³

21. Le Code pénal algérien dit également reprimer le vagabondage qu'il associe à la mendicité :

« Section IV, La mendicité et le vagabondage, Article 196. - Est coupable de vagabondage et puni de l'emprisonnement d'un (1) à six (6) mois, quiconque, n'ayant ni domicile certain, ni moyens de subsistance, n'exerce habituellement ni métier, ni profession bien qu'étant apte au travail et qui ne justifie pas avoir sollicité du travail ou qui a refusé le travail rémunéré qui lui était offert ». ¹⁴

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

« Article 181. - Les vagabonds ou Ògens sans aveux qui auront été légalement déclarés tels seront, pour ce seul fait, punis de quinze jours à six mois d'emprisonnement. Ils pourront en outre, en cas de récidive, être interdits de séjour pendant deux ans au moins et cinq ans au plus. Article 182.- Les individus non originaires de la République du Mali déclarés vagabonds peuvent être conduits par les ordres du gouvernement hors de la République. Les vagabonds nés au Mali pourront, même après un jugement passé en force de chose jugée, être réclamés par délibération du conseil de la commune ou du village où ils sont nés ou cautionnés par un citoyen solvable... ». ¹⁵

23. La Section 5 du Code pénal ivoirien ¹⁶ qui traite du vagabondage et de la mendicité – les assimile pratiquement - , elle énonce en article 189 qu' :

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

24. A cette définition, s'ajoute ce qu'encourt le vagabond en cas d'infraction. Ceci est énoncé à l'article 193 :

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

25. La complexité de la question veut que soit considéré l'approche que les autres pays en ont. La France notamment, l'un des pays ayant utilisé le concept dans son modèle colonial l'a, par

13 Code pénal du Sénégal, 2020.

14 Code pénal algérien, 2015.

15 Code pénal du Mali, 2001.

16 Loi No. 95-522 du 6 juillet 1995

l'imprécision du vocable, banni depuis 1992 de toute approche pénale. On lui connaît un autre qui lui est proche, celui de « mendicité ».¹⁷

26. On doit considérer que si le concept de vagabond énonce, sans le dire vraiment un état du sujet, il ne précise en rien un acte ou une commission. La sanction pénale devra attendre l'acte fautif. Tant qu'il est admis qu'être mendiant, pauvre ou en errance ne peuvent constituer, en eux-mêmes, des infractions.
27. L'avis rendu par la Cour en convient lorsqu'elle dit que l'une des caractéristiques constantes de la loi pénale est qu'elle doit toujours être claire et l'incrimination précise. Or, poursuit-elle : « les lois sur le vagabondage utilisent souvent un langage vague, peu clair et imprécis. La terminologie courante utilisée pour définir les infractions de vagabondage comporte des expressions telles que « flânerie », « ne pas avoir de moyens de subsistance visibles » et « ne pas pouvoir justifier sa situation ». Ces termes ne donnent pas suffisamment d'indications aux citoyens sur ce que la loi interdit et elles confèrent en même temps une large marge de manœuvre aux forces de l'ordre quant à la manière d'appliquer les lois sur le vagabondage ». (note).
28. Le régime auquel est soumis le vagabond appelle une analyse approfondie du lien de la situation économique des sujets et les règles de droit auxquelles ils sont soumis. Il faut se rappeler que dans une de ses premières formations,¹⁸ la Cour rejetait une demande d'avis consultatif faite par la *Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP)*.¹⁹ La question posée dans la demande n'était pas totalement dénuée de sens, ni d'intérêt. La Cour devait en effet donner son avis sur « les conséquences juridiques et en matière de droits de l'homme découlant de la pauvreté systématique et généralisée au Nigéria », et si celle-ci « constitue une violation de certaines dispositions de la Charte africaine (...) ». Le greffe de la Cour ayant accusé réception de la demande, a invité le SERAP à lui faire connaître le fondement juridique de sa demande et par une décision suivante adressée au SERAP, qui indiquait que la demande ne satisfaisait pas aux exigences du Règlement intérieur de la Cour, en particulier l'article 68 (2).

17 v. Le Code pénal en sa section 2 *ter* traite de l'exploitation de la mendicité 225-12-5 Loi No. 2003-239 du 18 mars 2003, Article 64, JORF 19 mars 2003.

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

19 Demande déposée au greffe, le 1er Mars 2012 par *Socio-Economic Rights & Accountability Project (SERAP)*.

- 29.** On trouve également cette exigence dans toute l'évolution de la jurisprudence consultative internationale. La Cour permanente de justice internationale qui, en a établi les bases, fut par exemple saisie par la Société des Nations. Cette saisine consultative portait sur la question de savoir si le « délégué ouvrier des Pays-Bas à la troisième session de la Conférence internationale du Travail a été désigné en conformité des dispositions du paragraphe 3 de l'article 389 du Traité de Versailles. La Cour se posait les principes méthodologiques suivantes :
- « Le délégué ouvrier des Pays-Bas à la troisième session de la Conférence internationale du Travail ayant été admis par la Conférence, la Cour est d'avis que la question dont elle est saisie n'a d'autre but que d'obtenir une interprétation des dispositions du paragraphe 3 de l'article 389. Si la manière dont le Gouvernement des Pays-Bas a procédé lors de la désignation du délégué ouvrier forme l'objet de la question, d'après la formule adoptée par le Conseil de la Société des Nations, ce n'est que pour bien préciser la situation de fait à laquelle l'interprétation doit s'appliquer ».²⁰
- 30.** L'un des éminents et anciens juges à la Cour, Ouguergouz (F.), soulignait dans son opinion que ne devraient être présentées en plénière que les demandes : « remplissant les conditions de validité formelle prévues par le Protocole et le Règlement de la Cour. Seules remplissent ces conditions les demandes qui contiennent toutes les informations nécessaires à la détermination de la compétence de la Cour pour en connaître. Aux termes des articles 4(1) du Protocole et 68 du Règlement, la compétence consultative de la Cour est subordonnée à quatre conditions : 1) la demande d'avis doit émaner d'une entité autorisée à le faire, 2) elle doit porter sur une question juridique, 3) cette question doit concerner la Charte africaine ou tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et 4) son objet ne doit pas se rapporter à une requête pendante devant la Commission africaine ».²¹
- 31.** Peut être soutenu en définitive que, c'est avec raison que la Cour a admis cette demande. Il restait à en approfondir les contours, notamment sa question principale sur les obligations positives des États concernés.

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

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

II. La question des obligations positives des États

32. Cette question sollicite de la Cour qu'elle indique si « les États parties à la Charte africaine ont l'obligation positive d'abroger ou d'amender leurs lois et leurs règlements sur le vagabondage afin de se conformer aux droits protégés... » par les instruments internationaux et, dans l'affirmative, de préciser ces obligations.
33. La question comporte deux aspects : i) le premier est celui de savoir si les États, dûment identifiés, ont des obligations positives d'abroger, les règles obsolètes de leur droit interne, notamment celles incriminant les pratiques dites de vagabondage ; ii) Le deuxième touche à la nature de cette obligation, car la commande prie la Cour de préciser ces obligations. Il serait sur ce point naturel d'envisager le corollaire de l'obligation internationale, c'est-à-dire la responsabilité de ces États.

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

34. La question ainsi posée est classique au droit des relations internationales, fut-elle reliée à la protection des droits de l'homme.²² Il suppose les rapports de l'État avec son contexte normatif international. Les États membres de l'Union africaine ont une obligation résultant du droit d'appliquer les règles découlant des trois textes en cause. Dans un certain sens, l'organisation continentale,²³ en l'occurrence l'Union africaine, peut contribuer à l'effectivité de cette obligation et son aboutissement. Cette obligation est générale, elle découle du droit des traités. C'est le fameux *Pacta sunt servanda* qui engage les États quelle qu'en fut la matière. L'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit

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

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

des traités précise à cet effet que : « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ».

35. Il faut rappeler à cet égard le deuxième alinéa de l'article 46 de la même Convention qui vient, non sans anticipation, viser un point essentiel de l'application des conventions internationales : « Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout Etat se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi ».
36. Cette dimension liée à la violation manifestement et objectivement évidente intéresse le domaine sociologiquement pratique du vagabondage. Car, l'État concerné doit répondre à une situation de proximité sociale.
37. Les États membres de l'Union africaine ayant souscrit aux deux Chartes – droits de l'homme, des peuples et des enfants - et au Protocole sur les droits des femmes y sont liés. Toutefois, une question d'espèce se présente. Étant admis qu'une grande partie de ces législations sur le vagabondage viennent du droit colonial, se présente-il un particularisme?
38. En ce sens, la Cour fut informée des évolutions dans certains pays, des modifications et de la dépenalisation dans certains États, comme la Tunisie, le Burkina-Faso et le Kenya. Le Burkina Faso en particulier, en vertu de l'article 151 de sa Constitution du 2 juin 1991 d'où découle l'obligation constitutionnelle de se conformer à ses engagements internationaux a le 31 mai 2018 dépenalisé le délit de vagabondage. Ainsi, si certains pays africains maintiennent encore des lois sur le vagabondage, d'autres comme l'Angola, le Cap-Vert, le Kenya, le Lesotho, le Mozambique, le Rwanda et le Zimbabwe les ont abrogées. Des tribunaux ont annulé des lois sur le vagabondage pour cause d'inconstitutionnalité. On cite notamment dans l'Affaire *Mayeso Gwanda c. l'État du Malawi*.²⁴ La Haute cour du Malawi a estimé que l'infraction commise du fait de « fainéanter et être en état de vagabondage était contraire aux droits de l'homme et inconstitutionnelle ».²⁵

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

25 *Idem.*, décision précitée.

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

39. Les règles internes contraires au droit continental ou son évolution doivent être abrogées, sinon tomber en désuétude. Il est contraire à l'ordre juridique que des anciennes règles se pérennisent alors même que de nouvelles sont adoptées et ratifiées.
40. Nombreuses dispositions multilatérales africaines touchent au vagabondage ou à des phénomènes assimilés. Il en est ainsi par exemple du plan d'action pour la mise en œuvre de la déclaration de Kadoma sur le travail d'intérêt collectif ; des résolutions de l'Ecosoc 1998/23 et 1999/27 ; de la déclaration d'Arusha sur la bonne pratique en matière pénitentiaire ; de la déclaration de Kampala sur la santé en prison en Afrique ; de la déclaration de Ouagadougou pour accélérer la réforme pénale et pénitentiaire en Afrique ; du plan d'action de Ouagadougou pour accélérer la réforme pénale et pénitentiaire en Afrique ; de la déclaration de Lilongwe sur l'accès à l'assistance juridique dans le système pénal en Afrique ; des lignes directrices et mesures d'interdiction et de prévention de torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants en Afrique (lignes directrices de Robben Island) ; également, les directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique.²⁶
41. On peut aussi citer en exemple *Les Principes de 2017 de la Commission sur la dépenalisation des infractions mineures en Afrique*,²⁷ dans lesquels il est souligné ce qui suit :
- « Les lois pénales doivent être une mesure nécessaire et proportionnée pour atteindre cet objectif légitime dans une société démocratique, y compris par la prévention et la détection du crime d'une manière qui n'impose pas d'atteintes excessives ou arbitraires aux droits et libertés individuels. Il doit y avoir un lien rationnel entre la loi, son application et l'objectif visé ».

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

27 Lors de la 21e session extraordinaire, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, a confié au rapporteur spécial sur les prisons, conditions de détention et l'action policière en Afrique, la mission de développer les principes relatifs à la dépenalisation des infractions mineures en Afrique. La commission a officiellement lancé les principes durant la 63e session ordinaire en octobre 2018. v. Résolution sur la nécessité de définir les principes de la requalification et de la dépenalisation des infractions mineures en Afrique - CADHP/RES.366 (EXT.OS/XX1), 2017.

42. La déclaration de Kampala sur les conditions de détention en Afrique²⁸ demande une refonte par les gouvernements de leurs politiques pénales et à reconsidérer l'utilisation des prisons. La déclaration de Kampala sur les conditions de détention soulignait dans sa conclusion, que l'incarcération de masse dessert les intérêts de la justice et n'est manifestement pas une bonne utilisation des ressources publiques.
43. Le maintien des règles internes contraires correspond à une inexécution des engagements internationaux. L'inexécution non justifiée de ces engagements entraîne la responsabilité internationale de l'État. La volonté des États membres est très importante, car il est établi que : « Le refus de s'acquitter d'une obligation conventionnelle est de nature à engager la responsabilité internationale ».²⁹
44. Il en sera ainsi de l'application par les États de deux Chartes de l'Union africaine sus-mentionnées et du Protocole sur les droits de la femme. Figurent en ces domaines des obligations conventionnelles à la charge des États. Sous réserve d'application, juridiquement, les obligations des États se trouvent accomplies dès lors qu'ils adoptent des textes adaptés au plan international. Ces derniers étant d'autorité supérieure.

C. Les aspects qui tempèrent les obligations opposables aux États

45. Différents aspects du droit international des droits de l'homme peuvent être considérés en ce sens. Si comme l'énonce la demande d'avis, il existe un lien entre les textes en cause dans la demande d'avis et les anciens textes coloniaux. La question de lien de ces États, ayant succédé au régime colonial pourrait se poser, ceci sans qu'il soit, pour l'heure, nécessaire d'établir les responsabilités. La Cour dans son avis a en effet relevé que :
Les lois sur le vagabondage utilisent couramment les termes « voyous », « vagabonds », « oisifs » et « errants » pour désigner les personnes considérées comme des vagabonds. De l'avis de la Cour, ces termes, reflètent une perception dépassée et largement coloniale des individus sans aucun droit et l'utilisation de ces termes

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

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

déshumanise et rabaisse les individus qui sont perçus comme ayant un statut inférieur.

46. Un grand nombre de ces lois émanaient de l'ère coloniale. Ces lois permettaient des ségrégations et des séparations des communautés pour les opprimer et les réprimer. Ces textes sont souvent vagues et trop généraux...ils ont été utilisés pour des arrestations arbitraires et à l'usage excessif et abusif du pouvoir colonial. Dans certains pays, les infractions, comme le vagabondage, sont couramment utilisées pour arrêter les professionnels de sexe, les sans-abris et les personnes présentant des handicaps psychosociaux...
47. Se pose, avec acuité, la question de la façon dont la succession s'est effectuée entre l'État colonial et nos systèmes souverains actuels.³⁰ C'est la problématique question de la succession d'État.³¹ On peut souligner à cet égard que le droit de la succession n'est pas indifférent aux circonstances dans lesquelles la succession survient. En particulier, l'importance prise par la décolonisation entre 1945 et la fin des années 1960 a conduit les conventions de codification de 1978 et 1983 à individualiser la catégorie des « États nouvellement indépendants » d'Afrique définis comme des États successeurs.³²
48. L'ordre juridique interne de l'État prédécesseur a disparu et il a été remplacé par celui de l'État africain successeur. Ce « transfert » de législation, de réglementation administrative, de compétence des juridictions civiles, pénales et administratives est une conséquence directe du principe de souveraineté territoriale.³³ Il en résulte que le traitement pénal que les États administrent

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

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

32 Le principe était bien établi en droit coutumier (...) le transfert de ces biens à l'Etat successeur « s'opère de plein droit en vertu du traite [de cession] et sans besoin d'un pacte special d'acquisition de la part de l'Etat successeur », CPJI, *Affaire de l'Université Peter Pazmany c. Etat tchécoslovaque* (Arrêt, 1933, serie B, No. 61, p. 237-238).

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

actuellement auxdits vagabonds procèdent de leur autorité propre.

49. C'est en effet en matière pénale que cette succession est la plus complexe. Tous les systèmes pénaux nationaux post-coloniaux doivent apprécier souverainement l'opportunité des poursuites... l'exécution des décisions prises et rendues par les tribunaux, etc...
50. En tout état de cause, l'établissement des politiques pénales sur ces questions du vagabondage, qui portent en grandes parties sur des infractions dites mineures relève de la souveraineté pénale nationale. Il revient à l'État, en premier, de fixer le cadre et d'intervenir. Les obligations positives des États, y compris leur responsabilité, ne peuvent s'établir qu'à la suite de la faillite de cet ordre pénal national dont la souveraineté étatique n'est pas contestable. Les dispositions de la Charte des droits de l'homme et des peuples (1981), notamment l'article premier, n'excluent pas cela, au contraire, elles tiennent compte de l'engagement pris par les États au sens où :
- Les États membres de l'Organisation de l'unité africaine, parties à la présente Charte, reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer.
51. Le standard dit de « marge nationale d'appréciation » (MNA) pourrait être considéré pour tempérer les obligations des États. En l'espèce, dès lors que la matière est attractive de souveraineté pénale, parce que portant sur des questions d'ordre public de base, la marge d'appréciation nationale doit être considérée. Pour le droit international des droits de l'homme, l'État dispose dans ce domaine pénal et sur ce type d'infractions, d'une marge nationale d'appréciation.³⁴
52. Ce concept est reconnu depuis 1976 en droit international des droits de l'homme. Les États peuvent, dans certains cas, restreindre des droits et libertés pour des raisons de respect de leur ordre public, de santé publique, de sécurité nationale...

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

Il s'agit d'un concept modérateur, qui se concilie bien avec le respect des droits des personnes.

- 53.** La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples rappelait au demeurant que :
- « De même, la doctrine de la marge nationale d'appréciation guide la Charte africaine, en ce sens qu'elle considère l'État défendeur comme mieux disposé à adopter des politiques, (...) vu que l'État connaît très bien sa société, ses besoins, ses ressources, (...) et le juste équilibre nécessaire entre les forces concurrentes et parfois en conflit qui forment sa société ».³⁵
- 54.** Il n'est pas douteux de considérer que les obligations positives des Etats expriment l'engagement continentaux des États à exercer leur souveraineté pénale sur les nationaux vagabonds. Même en considérant les dispositions établies des droits de l'homme, on ne peut priver un État de sa souveraineté d'ordonnancement juridique interne que du reste, le droit international des droits de l'homme reconnaît. La MNA le préserve, sous le contrôle du juge des droits de l'homme.³⁶
- 55.** Il serait hasardeux de conclure dans le cadre cette opinion individuelle. L'UPA a apporté à la Cour africaine un vrai sujet, riche de questions. Sans doute qu'un certain imaginaire collectif identifie des vagabonds en y voyant contraventions, délits et crimes, mais ces questions doivent être traitées. Pour le redire, j'approuve, comme mes honorables collègues, l'approche de la Cour et les conclusions, mais la question à l'étude regorgeait tant d'autres bien cachées.

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

36 Pellet (P.), *Droits-de-l'homme et droit international* », Droits fondamentaux, No. 01, 2001, p. 4820 ; La mise en œuvre des normes relatives aux droits de l'homme, CEDIN (H. Thierry et E. Decaux, dirs.), *Droit international et droits de l'homme - La pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, Montchrestien, Paris, 1990, p. 126.