



REVUE BURUNDAISE DE DROIT ET SOCIETE

Vol. II, N°2

Juin 2017

SOMMAIRE

AVANT-PROPOS.....3

DOCTRINE

La réalité du pouvoir financier du Parlement en droit budgétaire burundais.....8

Par Michel MASABO

Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de Droit.

Les nouvelles licences obligatoires et leur incapacité à résoudre le problème d'accès aux médicaments dans les pays les moins avancés.....58

Par Philibert BARANYANKA

Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de Droit

JURISPRUDENCE

Le délai raisonnable d'introduction des requêtes individuelles d'après la jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.....93

Par Egide MANIRAKIZA

Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de Droit

LEGISLATION

Le système africain de protection des droits de l’homme d’après le Protocole de Malabo de 2014.....116

Par Egide MANIRAKIZA

Professeur à l’Université du Burundi, Faculté de Droit

VARIA

L’accès à la Justice par les prisonniers :

Cas des prisonniers de la Prison Centrale de Mpimba.....146

Par Dorine MUCOMURYANGO & Farley IRIMBERE

Bacheliers de la Faculté de Droit, Université du Burundi.

AVANT-PROPOS

La Faculté de droit de l'Université du Burundi a le plaisir de publier le Volume II, Numéro 2 de la Revue burundaise de droit et société. La publication d'un nouveau numéro d'une Revue est toujours le fruit d'un travail assidu non seulement des équipes scientifiques et de rédaction mais aussi des auteurs des articles qui ont le souci constant de partager les savoirs et les résultats de leurs recherches à la communauté. Comme pour les autres numéros qui l'ont précédé, ce numéro qui va paraître comprend les rubriques Doctrine, Jurisprudence, Législation et Varia.

La Partie « Doctrine » comprend les contributions des Professeurs Michel MASABO et Philibert BARANYANKA.

La contribution du Professeur Michel MASABO porte sur la « Réalité du pouvoir financier du parlement en droit budgétaire burundais ». En s'appuyant sur l'analyse du dispositif budgétaire prévu en droit burundais et sur les données recueillies sur terrain, l'auteur essaie de répondre aux questions fondamentales en rapport avec le pouvoir du Parlement burundais en matière budgétaire : dans quelle mesure le vote de la loi des finances influence-t-il les choix budgétaires du gouvernement ? Quelle est la marge de manœuvre dont dispose le Parlement dans le contrôle de l'exécution du budget ? Quelle est l'efficacité du contrôle parlementaire en matière d'exécution du budget ? Les réponses que l'auteur donne à toutes ces questions révèlent un déséquilibre entre le pouvoir du Parlement et le pouvoir du Gouvernement en matière budgétaire au Burundi avec une prépondérance du Gouvernement. Ce sont les organes de l'Exécutif qui jouent un rôle déterminant dans toutes les étapes du processus budgétaire. Les dispositions constitutionnelles et légales relatives au pouvoir du Parlement burundais ne restent que théoriques. L'auteur termine en

faisant des propositions de nature à établir un équilibre entre le Parlement et le Gouvernement en matière budgétaire au Burundi.

Quant à la contribution du Professeur Philibert BARANYANKA, elle porte sur « Les nouvelles licences obligatoires et leur incapacité à résoudre le problème d'accès aux médicaments dans les pays les moins avancés ». L'intérêt d'aborder une telle thématique est indéniable dans la mesure où l'auteur explique que le nouveau système des licences obligatoires pour les médicaments, même s'il est présenté comme une avancée, impose de nombreux obstacles administratifs, légaux et politiques à l'exportation des génériques et comporte une série d'entraves à la circulation des médicaments. Avec ces nouvelles licences obligatoires, ce n'est plus le prix qui est l'obstacle à l'accès aux médicaments dans les pays les moins avancés (PMA), mais les procédures administratives.

Ce cadre exceptionnel mis en place pour les médicaments est plus contraignant que les règles générales de l'Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) et il est devenu plus compliqué et complexe d'importer ou d'exporter les médicaments que n'importe quel autre produit fabriqué sous licences obligatoires. Malgré que le dispositif des nouvelles licences obligatoires soit en application depuis bientôt 15 ans, il n'a été utilisé qu'une seule fois. Le problème majeur du nouveau système des licences obligatoires est la complexité de sa procédure qui le rend peu viable et utile. Parce qu'il comporte des exigences et des notifications multiples, et parce qu'il est basé sur une action pays par pays, médicament par médicament, il crée des complications administratives et des étirements des délais et ne tient pas compte des besoins d'approvisionnement, souvent urgents, en médicaments.

La rubrique « Jurisprudence » comprend la contribution du Professeur Egide MANIRAKIZA portant sur « Le délai raisonnable d'introduction des requêtes individuelles d'après la jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. La question de délai de procédure est importante dans la science juridique et l'auteur indique à juste titre que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ne donne pas toutes les précisions voulues sur une question d'une grande importance.

En effet, contrairement aux autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme qui indiquent clairement où se situent d'une part le point de départ du délai et d'autre part la consistance du délai au-delà duquel les requêtes individuelles sont déclarées irrecevables, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples indique seulement que les requêtes individuelles doivent être introduites dans un délai raisonnable. Devant cette imprécision, il doit normalement revenir à l'organe de contrôle de cet instrument qu'est la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, de préciser en quoi consiste un délai raisonnable au sens de sa jurisprudence. De telles précisions font défaut dans la jurisprudence de cette Cour et les développements de cette étude invitent cette juridiction à indiquer exactement d'une part quels sont les événements qui constituent le point du départ du délai et d'autre part un délai fixe courant depuis ce point du départ et au-delà duquel les requêtes devraient être déclarées irrecevables.

La Partie « Législation » comprend la contribution du Professeur Egide MANIRAKIZA sur la législation internationale, précisément sur la présentation du « Système africain de protection des droits de l'homme d'après le Protocole de Malabo de 2014 ». Le 27 juin 2014, les Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'Union Africaine ont adopté à Malabo (Guinée Equatoriale) le Protocole portant

amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme. La nouvelle juridiction africaine que crée ce Protocole a été dénommée Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples. La question centrale sur laquelle portait cette recherche était de savoir si ce Protocole de Malabo a levé toutes les lacunes longtemps reprochées au système africain de protection des droits de l'homme afin de garantir la crédibilité et l'efficacité de cette juridiction que crée ce Protocole de Malabo. Les développements faits dans cette étude permettent de répondre négativement à cette question.

Le Protocole en question n'a fait que conférer la compétence internationale pénale à la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples sans avoir le moindre souci de remédier aux lacunes qui handicapent depuis longtemps la protection des droits de l'homme en Afrique et qui ont été maintenues pour cette Cour que sont le caractère non permanent, le nombre insuffisant des juges au regard de la charge de travail de cette juridiction, le manque d'indépendance des juges, les difficultés d'accès des individus et des ONGs ainsi que les conditions de recevabilité des requêtes individuelles dont certaines devraient être soit modifiées, soit supprimées ou être mises à jour. L'étude termine en formulant des propositions de ce qui aurait été intégré dans le Protocole de Malabo afin de garantir la crédibilité et l'efficacité de cette juridiction nouvellement créée.

La partie « Varia » est consacrée à la présentation par deux bacheliers de notre faculté, Farley IRIMBERE et Dorine MUCO MURYANGO, des résultats de leurs visites à la Prison centrale de Mpimba sous le thème « L'accès à la justice par les prisonniers : cas des prisonniers de la prison centrale de Mpimba ». Cette présentation a été faite le 27 octobre 2017 lors de la journée scientifique dédiée à la célébration du cinquantenaire de la Faculté de droit de l'Université du Burundi qui

a commencé en octobre 1967. La présentation est centrée sur quatre points à savoir les grands principes qui gouvernent le fonctionnement de la justice tels que consacrés par la loi burundaise, l'état des lieux de l'accès à la justice par les prisonniers de la prison centrale de Mpimba, la contribution de la Commission nationale indépendante des droits de l'homme du Burundi (CNIDH) dans l'application des principes d'accès à la justice ainsi que les recommandations pour l'amélioration de l'accès à la justice des prisonniers.

Les équipes scientifique et de rédaction présentent leurs remerciements aux auteurs de ces articles pour leur collaboration ainsi qu'à toute personne qui a facilité la parution de ce numéro. Une mention particulière est adressée au Projet 4 du Programme de coopération universitaire institutionnelle (CUI) entre les universités belges flamandes VLIR-OUS) et l'Université du Burundi (UB), dont le soutien financier reste, comme pour les numéros précédents de la même Revue, indispensable pour cette parution.

Bonne lecture à tous !

L'équipe de rédaction.

DOCTRINE

LA REALITE DU POUVOIR FINANCIER DU PARLEMENT EN DROIT BUDGETAIRE BURUNDAIS

Par Michel MASABO¹

INTRODUCTION GENERALE

En octobre 2007, nous avons mis en évidence les limites de l'Assemblée Nationale dans le processus budgétaire². L'une des explications de cette situation était l'absence d'un dispositif renforçant le rôle du Parlement. La promulgation de la loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques n'a pas modifié cet état de choses.

Chaque année, le Parlement vote une loi de finances par laquelle il adopte le budget de l'Etat pour l'exercice considéré. Cette loi, adoptée dans le cadre d'une procédure budgétaire dont les principes sont posés par la Constitution de la République du Burundi³, précisés par la loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques⁴ et complété par le décret n°100/255 du 18/10/2011 portant Règlement général de gestion des budgets publics⁵; exprime le pouvoir financier du Parlement, c'est-à-dire le pouvoir d'autoriser les dépenses et les recettes de l'Etat. Dans quelle mesure le vote du Parlement influence-t-il les choix budgétaires du Gouvernement?

¹ Professeur de Finances publiques à la Faculté de Droit de l'Université du Burundi.

² Voir M. MASABO, "Les limites imposées à l'Assemblée Nationale dans le processus budgétaire", in *Revue de l'Université du Burundi* n°14, octobre 2007, pp.54-62.

³ Articles 162, 176 et 177, Loi n°1/016 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi, *B.O.B.* N°3 TER/2005, pp.19 et 21.

⁴ Articles 32-37, Loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, *B.O.B.* N°12/2008, p.1961.

⁵ Décret n°100/255 du 18/10/2011 portant règlement général de gestion des budgets publics, *B.O.B.* N°10 Bis/2011, pp.2575-2603.

La loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques contient également des dispositions organisant l'intervention du Parlement dans l'exécution du budget. L'essentiel de son intervention passe par des observations relatives aux modifications des crédits votés en cours d'année⁶ et par le vote des lois de finances rectificatives⁷. Ici aussi, on peut s'interroger sur la marge de manœuvre dont dispose le Parlement.

En ce qui concerne le contrôle parlementaire de l'exécution du budget; il existe et s'inscrit dans les missions constitutionnelles du Parlement de contrôler l'action du Gouvernement⁸. Un contrôle en cours d'exécution se fait selon les procédures parlementaires classiques⁹, par le vote des lois de finances rectificatives et par la Cour des Comptes¹⁰. Un contrôle *a posteriori* s'exerce par le vote de la loi de règlement et de compte-rendu budgétaire¹¹. Le contrôle parlementaire est-il efficace?

En s'appuyant sur l'analyse du dispositif normatif budgétaire et sur des données recueillies sur le terrain, nous nous proposons d'apporter une réponse à ces

⁶ Article 25, Loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1960.

⁷ Article 16, *idem*, p.1958.

⁸ Articles 158 et 201, Loi n°1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi, *op.cit.*, p.18.

⁹ Article 202, Loi n°1/010 du 18 mars portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi, *op.cit.*, pp.24-25; article 33, Loi n°1/35 du 04 décembre 2008, *op.cit.*, p.1961; articles 118-119, Décret n°100/255 du 18/10/2011 portant règlement général de la gestion des budgets publics, *op.cit.*, p.2597.

¹⁰ Article 178, Loi n°1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi, *op.cit.*, p.21; article 2, Loi n°1/002 du 31/03/2004 portant création, missions, organisation et fonctionnement de la Cour des Comptes, *B.O.B. n°3 bis/2004*, p.252; articles 42, 52, 53 et 54, Loi n°1/35 du 04 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, pp.1962, 1964 et 1965; articles 130-131, Décret n°100/255 du 18/10/2011 portant règlement général des budgets publics, *op.cit.*, p.2600.

¹¹ Article 178, Loi n°1/010 du 18 mars portant Constitution de la République du Burundi, *op.cit.*, p.21; articles 56 et 57, Loi n°1/35 du 04 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, pp. 1965 et 1966; articles 103, 108, 109 et 110, Décret n°100/255 du 18/10/2011 portant règlement général de gestion des budgets publics, *op.cit.*, pp.2594 et 2595.

questions dans cette contribution intitulée "La réalité du pouvoir financier du Parlement en droit budgétaire burundais".

La contribution sera ordonnée autour de trois parties.

Dans un premier temps, nous montrerons les limites de ce pouvoir dans l'élaboration du budget.

Le Parlement intervient, certes sporadiquement, dans l'exécution du budget. L'étude de l'étendue de ses pouvoirs en la matière fera l'objet de la deuxième partie de la contribution.

C'est surtout lors du contrôle de l'exécution du budget que les pouvoirs du Parlement devraient être exaltés en vertu de l'article 158 de la Constitution de la République du Burundi qui dispose que "Le Parlement vote la loi et contrôle l'action du Gouvernement"¹². La troisième partie est axée sur la portée de ce contrôle.

Une conclusion générale clôturera l'étude.

¹² Article 158, Loi n°1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi, *op.cit.*, p.18.

I. L'ELABORATION DU BUDGET: PREPONDERANCE DE L'EXECUTIF

Il convient de distinguer deux phases : la phase de préparation du projet de loi de finances et la phase de l'examen et de l'adoption du projet de loi de finances.

1.1. La préparation du projet de loi de finances

Bien que l'article 192, alinéa 1^{er} de la Constitution de la République du Burundi reconnaisse au Parlement l'initiative des lois¹³, l'initiative des lois de finances appartient exclusivement au Gouvernement.

1.1.1. L'initiative de la loi de finances: un monopole du Gouvernement

Alors que l'initiative parlementaire est exclue, différents organes de l'Exécutif interviennent activement dans la préparation de la loi de finances.

1°. L'exclusion de l'initiative parlementaire

Aux termes de l'article 32, alinéa 1 de la loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, "les lois de finances sont d'initiative gouvernementale". Ces dispositions constituent une dérogation à l'article 192, alinéa 1 de la Constitution de la République du Burundi qui dispose que "L'initiative des lois appartient concurremment au Président de la République, au Gouvernement, à l'Assemblée Nationale et au Sénat".

¹³ Article 192, alinéa 1^{er}, Loi n°1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi, *op.cit.*, p.23.

Par ailleurs l'article 176 de la Constitution de la République du Burundi dispose que "L'Assemblée Nationale est saisie du projet de loi de finances dès l'ouverture de sa session d'octobre"¹⁴. L'alinéa 2 de l'article 32 de la loi relative aux finances publiques dispose que "Le projet de loi de finances est déposé par le Gouvernement à l'Assemblée Nationale...".

Si le projet de loi de finances est "déposé" à l'Assemblée Nationale, si l'Assemblée Nationale est "saisie" du projet de loi de finances, c'est que ce projet vient d'ailleurs.

Constitutionnellement et légalement, le Parlement est dessaisie de l'initiative budgétaire.

2°- L'intervention des différents organes et autorités exécutifs

Dans l'ordre de la hiérarchie administrative, on a le Conseil des ministres, le Président de la République et le ministre des Finances.

.- L'intervention du Conseil des ministres

Le Conseil des ministres, organe suprême de coordination de l'activité gouvernementale, a un rôle clef dans la préparation de la loi de finances. Ses attributions découlent de l'article 30 de la loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques. Trois d'entre elles doivent être citées : la fixation du plafond des dépenses, la répartition du plafond des dépenses, la fixation des règles et du calendrier de la procédure de préparation du projet de loi de finances.

¹⁴ Article 176, Loi n°1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi, *op.cit.*, p.21.

Compte tenu de l'objectif de solde budgétaire et des hypothèses économiques retenus, le Conseil des ministres fixe le plafond global des dépenses totales du budget de l'Etat pour l'année à venir¹⁵.

Sur la base de l'état fixant la programmation indicative à moyen terme des grandes catégories de dépenses publiques, le Conseil des ministres répartit, à titre indicatif le plafond des dépenses entre ministères¹⁶.

Le Conseil des ministres aussi arrête le calendrier et les règles de la procédure de préparation du projet de loi de finances¹⁷.

. - L'intervention du Président de la République

Le Président de la République agit en tant qu'autorité administrative suprême et en tant que Président du Conseil des ministres.

En sa qualité de "Chef de l'Etat"¹⁸, le Président de la République est l'autorité administrative suprême. Dès lors, la préparation des projets de lois de finance s'effectue sous son autorité¹⁹. Le Président de la République dispose donc de pouvoirs étendus, en amont du processus budgétaire.

¹⁵ Article 30, alinéa 1, Loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1961.

¹⁶ Article 30, alinéa 1, Loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1961.

¹⁷ Article 30, alinéa 1, Loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1961.

¹⁸ Article 95, alinéa 1, loi n°1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi, *B.O.B. n°3 Ter 2005*, p.12.

¹⁹ Article 29, Loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1960.

Il sied aussi de rappeler que le Président de la République, en tant que Chef du Gouvernement, préside le Conseil des ministres²⁰, lequel arrête le projet de loi de finances.

. - L'intervention du ministre des finances

Personnage central dans la procédure de préparation du projet de loi de finances, le ministre des Finances exerce des attributions qui lui confèrent une certaine autorité sur ses collègues.

- Le ministre des Finances : personnage central dans la procédure de préparation du projet de loi de finances

Aux termes de l'article 29 de la loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, "le ministre chargé des finances (...) est responsable de la préparation des projets de lois de finances (...)".

Ne disposant d'aucune supériorité de droit sur ses collègues, le ministre des Finances dispose d'une grande autorité de fait qui apparaît dans ses attributions particulières.

- Les attributions particulières

. La préparation et la présentation du cadre budgétaire à moyen terme (CBMT) et du cadre de dépenses à moyen terme (CDMT)

²⁰ Article 109, Loi n°1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi, *op.cit.*, p.13.

Le CBMT et le CDMT central sont préparés par le ministre ayant les Finances dans ses attributions. Dans la pratique, c'est la Direction du Budget au sein du Ministère des Finances, du Budget et de la Privatisation qui a en charge la préparation du Cadre Budgétaire à Moyen Terme conformément à l'article 20 du Décret n°100/233 du 24/08/2012 portant missions, organisation et fonctionnement du Ministère des Finances et de la Planification du Développement Economique²¹.

Deux mois avant la présentation du budget général de l'Etat au Parlement, le Gouvernement lui transmet un rapport sur la situation des finances publiques et les orientations à moyen terme de la politique budgétaire. Le rapport est présenté par le ministre ayant les Finances dans ses attributions²². Après l'approbation du CCBMT et CDMT, le ministre des finances adresse une lettre de cadrage aux gestionnaires des crédits et fixe l'avant-projet de la loi de finances.

.-La transmission de la lettre de cadrage et la fixation de l'avant-projet de lois de finances

Le processus de proposition des besoins sectoriels est déclenché par une lettre de cadrage que le ministre des Finances adresse à tous les gestionnaires des crédits dans les huit jours suivant le Conseil des Ministres qui a approuvé le CBMT et le CDMT central.

²¹ Article 20, Décret n°100/233 du 22/08/2012 portant missions, organisation et fonctionnement du Ministère des Finances et de la Planification du Développement Economique, *B.O.B. N°8/2012*, p.1314.

²² Article 15, alinéas 1 et 3, décret n°100/205 du 24/07/2012 portant sur la gouvernance budgétaire, *B.O.B. n°7/2012*, p.1177.

Dans la lettre de cadrage, le ministre des Finances invite chacun des ministres à élaborer les prévisions budgétaires pour l'exercice à venir, indique les orientations du cadre budgétaire à court terme et les enveloppes de dépenses pour chaque ministre²³.

A la fin des discussions budgétaires, c'est le ministre des Finances qui arrête l'avant-projet de loi de finances à transmettre au Conseil des Ministres.

La loi de finances est la traduction chiffrée de la politique du Gouvernement. Comme aucun autre organe ne connaît mieux les besoins et les ressources disponibles, il est logique que ce monopole lui revienne.

Cependant, le Parlement est associé à la préparation du projet de loi de finances par le biais des débats sur les orientations budgétaires.

1.1.2. Les débats sur les orientations budgétaires

Dans la pratique, ces débats revêtent un caractère facultatif et n'ont pas une portée réelle.

²³ Article 19, alinéa 1, décret n°100/205 du 24/07/2012 portant sur la gouvernance budgétaire, *idem*, p.1178.

1° Le caractère facultatif des débats

Les débats sont rarement organisés. Depuis la promulgation de la loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, les débats n'ont eu lieu qu'une seule fois en 2014.²⁴

Il arrive même que le gouvernement ne transmette pas le rapport sur la situation des finances publiques et les orientations de la politique budgétaire. C'est le cas de l'exercice 2012.

Même organisés, ces débats n'ont pas une réelle portée.

2° La portée des débats

Trois constatations montrent la limite de ces débats: impossibilité d'appréhender les éléments du budget, absence d'influence sur les options gouvernementales et absence de vote.

Lorsque les débats sont organisés, c'est dans le cadre d'une politique budgétaire étalée sur une période plus ou moins longue. Dans ces conditions, il devient difficile, voire impossible, d'appréhender les éléments du budget comptant pour l'exercice.

Dans les dispositions de l'article 13 de la loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, le législateur ne précise pas l'influence que peuvent avoir les débats parlementaires sur les options gouvernementales. La formulation de

²⁴ Propos recueillis auprès du Vice-Président de la Commission des finances de l'Assemblée Nationale.

l'alinéa 2 de l'article 13 de la loi relative aux finances publiques : "Le Parlement organise des débats en séances plénières sur ce rapport"²⁵ est éclairante sous ce rapport.

Les débats sur les orientations budgétaires ne donnent pas lieu à un vote. Du moment que ces débats ne donnent lieu à aucun vote, on peut légitimement douter de leur importance.

La phase de l'examen et de l'adoption du projet de loi de finances semble plus propice à l'exercice des compétences budgétaires du Parlement.

1.2. L'examen et l'adoption du projet de loi de finances

L'examen et l'adoption du projet de loi de finances devraient être le moment propice pour le Parlement d'affirmer ses prérogatives. Force est de constater que cette phase est devenue pour le Gouvernement une promenade de santé.

1.2.1. L'examen du projet de loi de finances

Avant d'être adopté, le projet de loi de finances devrait être soumis à un examen minutieux et éventuellement amendé.

L'examen est rarement approfondi et le pouvoir d'amendement est très encadré.

²⁵ Article 13 de la loi n°1/35 du 04 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1957.

1° Un examen superficiel

Deux contraintes empêchent l'approfondissement de l'examen du projet de loi de finances: le temps et le caractère synthétique des documents à analyser.

●- Une contrainte de temps: une saisine tardive

En principe, l'Assemblée Nationale est saisie du projet de loi de finances dès l'ouverture de la session d'octobre²⁶. Dans la pratique, il est rare que le projet de loi de finances parvienne à l'Assemblée Nationale dès l'ouverture de la session d'octobre.

Le tableau ci-après indique les dates de saisine de l'Assemblée Nationale pour les huit derniers exercices²⁷.

²⁶ Article 176, Loi n°1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi, *op.cit.*, p.21.

²⁷ Données recueillies à l'Assemblée Nationale, au département législatif.

Tableau n°1. Dates de saisine de l'Assemblée Nationale du projet de loi de finances

Exercices budgétaires	Dates de saisine
2011	12/12/2010
2012	04/12/2011
2013	10/12/2012
2014	05/12/2013
2015	08/12/2014
2016	21/12/2015
2017	22/12/2016
2018	13/12/2017

Lorsque le dépôt du projet de loi de finances accuse un retard allant jusqu'à deux mois, le Parlement ne disposera pas de temps matériel suffisant pour examiner le projet de loi de finances.

Une autre limite provient du caractère trop synthétique des documents transmis à l'Assemblée Nationale.

●- Une contrainte inhérente au caractère synthétique des documents transmis à l'Assemblée Nationale

Le projet de loi de finances transmis à l'Assemblée Nationale est accompagné par des annexes explicatives²⁸ et des documents d'information²⁹.

Alors que le législateur impose la transparence et la sincérité dans l'établissement des documents budgétaires³⁰, le projet de loi de finances déposé au Parlement est très synthétique³¹. Par exemple, dans un projet de construction, il n'est pas indiqué en détail l'utilisation des crédits, notamment le coût du matériel, la rémunération des personnels, etc. Dans un projet d'approvisionnement en tenues militaires, l'effectif des bénéficiaires n'est pas indiqué.

Ne disposant pas d'informations suffisantes, le Parlement se contentera des rectifications de forme, ce qui ne requiert pas beaucoup de temps. Ainsi, une semaine suffit pour un examen aussi superficiel.

2° Un pouvoir d'amendement strictement encadré

Le pouvoir d'amendement reconnu aux parlementaires connaît des restrictions à la fois légales et pratiques.

²⁸ Article 26, Loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances, *op.cit.*, p.1960.

²⁹ Article 27, *idem*.

³⁰ Article 2, Loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances, *op.cit.*, p.1960.

³¹ Propos recueillis auprès du Vice-Président de la Commission des Finances de l'Assemblée Nationale.

●- Les restrictions légales

Différentes techniques permettent au Gouvernement de neutraliser toute proposition jugée indésirable.

- La limitation d'amendements importants

Aux termes de l'article 194, alinéa 3 de la Constitution de la République du Burundi, "les propositions et amendements formulés par les membres de l'Assemblée Nationale et du Sénat ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquences, soit une diminution importante des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique importante, à moins que ces propositions ou amendements ne soient assortis de propositions de recettes compensatrices".

On trouve des dispositions semblables à l'article 34 de la loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques³².

Ainsi, le constituant et le législateur interdisent toute aggravation d'une charge publique ou toute diminution d'une ressource publique à moins de proposer des recettes compensatrices. De la sorte, autoriser l'amendement du projet de loi de finances tout en interdisant l'augmentation des charges ou la diminution des ressources, revient à interdire l'amendement.

³² Voir l'article 34 de la loi n°1/35 du 04 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1961.

- Le filtrage des amendements par une procédure d'analyse de recevabilité

La Commission des finances de l'Assemblée Nationale et la Commission des finances du Sénat peuvent proposer des amendements au projet de loi de finances³³. En séance plénière, de nouvelles propositions d'amendements peuvent être formulées par les parlementaires.

Cependant, les Commissions des finances statuent sur la recevabilité des amendements parlementaires au regard des dispositions obligatoires et des dispositions interdites³⁴.

- L'opposition à l'examen d'amendements

Le gouvernement peut s'opposer à l'examen de tout amendement qui n'aurait pas été soumis aux commissions des finances.

L'article 194, alinéa 4 de la Constitution de la République du Burundi dispose que "lorsque l'Assemblée Nationale ou le Sénat a confié l'examen d'un projet ou d'une proposition de loi à une commission parlementaire, le gouvernement peut, après l'ouverture des débats, s'opposer à l'examen de tout amendement qui n'a pas été préalablement soumis à cette commission".

³³ Article 32, alinéa 1 et 2, Loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1961.

³⁴ Article 35, *idem*.

- La censure des amendements parlementaires

Le gouvernement dispose encore d'un moyen juridique de s'assurer que des amendements non souhaités ne passent pas.

Lors de l'examen d'un projet ou d'une proposition de loi, le gouvernement peut demander aux chambres de se prononcer par un seul vote sur tout ou partie du projet de la proposition de loi en ne retenant que les amendements proposés ou acceptés par lui.³⁵

●- Les restrictions pratiques

Les parlementaires sont très soumis à la discipline du parti. Chaque parlementaire se garde de proposer des amendements et se prononce souvent en faveur du gouvernement ou contre selon les consignes de l'état-major de son parti.

Qu'en est-il de l'adoption du projet de loi de finances?

1.2.2. L'adoption du projet de loi de finances

Le contenu et la structure de la loi de finances ne sont pas déterminés librement et son vote est enserré dans des délais stricts.

³⁵ Article 194, alinéa 5, Loi n°1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi, *op.cit.*, p.24.

1° Les dispositions obligatoires

Les lois de finances contiennent obligatoirement trois catégories de dispositions.

- **Les dispositions approuvant les recettes et les dépenses de l'Etat pour l'exercice concerné³⁶**

Ces dispositions se retrouvent au début de chaque loi de finances.

Ainsi, l'article 1 alinéa 1 de la loi n°1/22 du 31 décembre 2015 portant fixation du budget général de la République du Burundi pour l'exercice 2016 dispose que "Les ressources du budget général de l'Etat pour la gestion 2016 sont évaluées à 1.119.909.432.953 FBu. Quant à l'article 2, alinéa 1, il dispose que "Les dépenses du budget général de l'Etat pour la gestion 2016 sont évaluées à : 1.260.658.064.658 FBu.

- **Les dispositions définissant les règles relatives à l'assiette, au taux et aux conditions de recouvrement des impositions de toute nature**

De telles dispositions se trouvent normalement dans les lois particulières, par exemple la loi n°1/02 du 24 janvier 2013 relative aux impôts sur les revenus, la loi n°1/12 du 29 juillet 2013 portant révision de la loi n°1/02 du 17 février 2009 portant institution de la taxe sur la valeur ajoutée "TVA", la loi n°1/02 du 03/03/2016 portant réforme de la fiscalité communale.

³⁶ Article 14, 1^{er} tiret, Loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1957.

Cependant, les lois de finances de chaque année contiennent généralement des dispositions relatives à l'assiette, au taux et aux conditions de recouvrement des impositions de toute nature. Par exemple, l'article 32, al.1 de la loi n°1/22 du 31 décembre 2015 portant fixation du budget général de la République du Burundi pour l'exercice 2016 crée "une taxe *ad valorem* et spécifique sur les vins... cartes de recharge audiovisuelle".

•- Les dispositions relatives à l'application de la loi n°1/02 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques

La loi n°1/02 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques est une loi organique dont les lois de finances sont une application. On retrouve d'ailleurs cette loi dans les visas de toutes les lois de finances.

On trouve nombre de dispositions des lois de finances qui sont une application de la loi organique relative aux finances publiques. L'article 4 alinéa 1 de la loi n°1/22 du 31 décembre 2015 portant fixation du budget de l'Etat est une application des articles 38, al.1 et 41, al.4 de la loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques. De même dans l'article 65, les al.1 et 2 sont une application respectivement des articles 24, a) et 22 de la loi de finances.

2° L'adoption selon une structure imposée

Le législateur prescrit un ordre dans lequel le projet de loi de finances doit être débattu et voté.

La première partie arrête :

- les dispositions fiscales affectant l'exercice;
- l'estimation des ressources budgétaires attendues;
- le plafond des grandes catégories des charges budgétaires autorisées;
- l'évolution du solde des budgets annexes, des budgets d'affectation spéciale et des budgets de prêt;
- l'équilibre global du budget de l'Etat qui en résulte;
- le plafond des emprunts qui devront le cas échéant, être contractés³⁷.

La deuxième partie arrête:

- le montant global des dépenses de chaque institution de l'Etat;
- le détail des dépenses des administrations de l'Etat décomposées en articles budgétaires;
- les prévisions de recettes et de dépenses des budgets annexes, des comptes d'affectation spéciale et des comptes de prêt³⁸;
- le plafond global d'emplois publics autorisés pour l'ensemble des administrations de l'Etat.

Aux termes de l'article 15, alinéa 5 de la loi relative aux finances publiques, "la deuxième partie de la loi de finances ne peut être débattue par le Parlement avant l'adoption de la première partie"³⁹.

³⁷ Article 15, al. 1^{er}, Loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1958.

³⁸ Article 15, alinéa 3, Loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1958.

³⁹ Article 15, alinéa 5, Loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1958.

Le vote en priorité de la première partie affaiblit le Parlement. Après avoir voté les recettes, le Parlement ne peut pas voter un montant de dépenses supérieur à celui des recettes.

Le législateur limite par là les initiatives parlementaires⁴⁰ et maintient l'équilibre préétabli par le gouvernement.

3° Le vote obligatoire par titres

L'article 36, alinéa 1 de la loi relative aux finances publiques dispose que "les dépenses du budget général de l'Etat sont votées par titres budgétaires".

En imposant l'obligation du vote des dépenses par titres budgétaires, le législateur empêche le Parlement d'analyser les détails du projet de loi de finances afin de proposer des amendements. De la sorte, il n'y a pas de véritables débats sur le projet de loi de finances.

4° Un vote bloqué

L'article 195, alinéa 4 de la loi n°1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi dispose que "si le Gouvernement le demande, la chambre interpellée se prononce par un seul vote sur tout ou partie du projet ou de la proposition de loi en ne retenant que les amendements proposés ou acceptés par lui".

⁴⁰ P. LALUMIERE, *Les finances publiques*, 3^{ème} édition, Paris, Armand Colin, 1973, p.257.

Cette procédure permet au Gouvernement d'éviter que son projet ne soit modifié et de contraindre le Parlement à voter l'ensemble du projet, en écartant les amendements qui n'ont pas reçu son assentiment.

La discipline de vote au sein de la majorité permet au gouvernement de triompher⁴¹.

5° L'obligation de vote enserrée dans un délai strict

Le délai de vote est limité et le retard est sanctionné par un dessaisissement.

•- Le délai de vote du budget

L'Assemblée Nationale se prononce au plus tard le 31 décembre de l'exercice précédent⁴². Ce vote donne au gouvernement une base légale pour procéder aux dépenses et percevoir les recettes.

Si le Parlement accuse un retard dans le vote du budget, des sanctions sont prévues sous forme de mesures provisoires et de dessaisissement du Parlement.

•- Les sanctions du retard de vote du budget

En attendant le réexamen du budget et son adoption définitive par décret-loi, son exécution provisoire se fait par "douzièmes provisoires".

⁴¹ R. MUZELLE, *Finances publiques*, 14^{ème} édition, Paris, Sirey, 2006, p.351.

⁴² Art. 177, al. 1^{er}, Loi n°1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi, *op.cit.*, p.21; Article 25, alinéa 1, Décret n°100/205 du 24/07/2012 portant sur la gouvernance budgétaire, *op.cit.*, p. 1179.

- Les douzièmes provisoires

Si l'Assemblée Nationale ne s'est pas prononcée à la date du 31 décembre, le budget de l'année précédente est repris par douzièmes provisoires⁴³.

Le mécanisme des douzièmes provisoires consiste en une autorisation législative donnée mois par mois, permettant une exécution provisoire du budget, en recettes et en dépenses, quand celui-ci n'a pas pu être voté avant l'ouverture de l'année budgétaire⁴⁴.

Le dessaisissement est précédé par un réexamen du projet de loi de finances par le Parlement réuni en congrès.

Si le budget n'a pas été voté au 31 décembre de l'année qui s'écoule, le Parlement se réunit en congrès pour réexaminer le projet de loi de finances dans un délai de 15 jours⁴⁵.

Si le budget n'a pas été voté à la fin de cette session, le budget est établi définitivement par décret-loi pris en Conseil des Ministres⁴⁶.

⁴³ Art. 177, al. 1^{er}, Loi n°1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi, *op.cit.*, p.21.

⁴⁴ L. TROTABAS et J.-M. COTTERET, *Droit budgétaire et comptabilité publique*, Paris, Dalloz, 1972, p. 488.

⁴⁵ Article 177, al.2, Loi n°1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi, *op.cit.*, p.21.

⁴⁶ Article 177, al.3, Loi n°1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi, *op.cit.*, p.21.

Le vote des douzièmes provisoires et le dessaisissement sanctionnent le retard du vote du budget alors que ce retard peut être la conséquence du retard dans le dépôt du projet de loi de finances. Aucune mention de cette occurrence dans les textes.

La discussion et le vote du budget n'épuisent pas les prérogatives parlementaires en matière budgétaire. Le Parlement aura encore à intervenir de façon sporadique dans l'exécution du budget.

II. L'EFFACEMENT DU PARLEMENT ET LA PREPONDERANCE DE L'EXECUTIF DANS L'EXECUTION DU BUDGET

Les interventions du Parlement à cette étape sont limitées et n'ont pas de portée juridique importante.

2.1. Une intervention sporadique du Parlement

Par des observations relatives à la modification des crédits votés en cours d'année, le Parlement intervient dans l'exécution du budget. A l'occasion du vote de la loi de finances rectificative, le Parlement est informé de la mise en œuvre du budget de l'Etat.

Mais ce ne sont là que des interventions sporadiques sans réelle portée juridique.

2.1.1. Les observations relatives aux modifications de crédits

Ces observations sont facultatives et n'ont aucune influence sur les décisions du Gouvernement.

1° Le caractère facultatif des observations

Si le législateur impose l'obligation de transmettre les projets de textes réglementaires modifiant les crédits votés en loi de finances au Parlement et à la Cour des Comptes; en revanche, il n'impose aucune obligation de faire des observations. C'est pour "observations éventuelles" que ces textes sont transmis⁴⁷.

Même faites, ces observations n'ont aucune influence sur les décisions de modification puisque les textes pris doivent être ratifiés.

2° Obligation de ratification

Les textes réglementaires modifiant les crédits votés en loi de finances doivent être ratifiés dans la plus prochaine loi de finances rectificative relative à l'exercice considéré où, à défaut, dans la loi de règlement et de compte rendu budgétaire⁴⁸.

2.1.2. Le vote de(s) lois(s) de finances rectificatives

Si la loi de finances rectificative n'est pas dénuée d'importance, son élaboration est entourée de nombreuses restrictions.

⁴⁷ Article 16, Loi n° 1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1958.

⁴⁸ Article 25, Loi n° 1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1960.

1° L'importance théorique du vote

Théoriquement, le vote des lois de finances rectificatives fournit l'occasion au Parlement d'exercer un contrôle budgétaire pendant l'exécution du budget ou tout au moins d'être informé sur l'état d'exécution.

En effet, "les projets de lois de finances rectificatives doivent être accompagnés d'un tableau de consommation des crédits depuis le début de l'exercice en cours; d'un rapport décrivant et justifiant les modifications à apporter, en recettes et en dépenses, à la dernière loi de finances votée⁴⁹.

Comme pour la loi de finances de l'année, le Parlement est soumis à de nombreuses restrictions.

2° Les restrictions entourant la procédure d'élaboration de la loi de finances rectificative

Les lois de finances rectificatives sont élaborées exclusivement par le Gouvernement. Les propositions ou les amendements parlementaires sont exclus. Elles ne font pas l'objet de discussions budgétaires.

Les lois de finances rectificatives sont élaborées par le gouvernement et présentées dans les mêmes formes que les lois de finances de l'année.

⁴⁹ Article 28, 2^{ème} et 3^{ème} tirets, Loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1960.

Le Parlement n'est pas admis à faire des propositions de lois de finances rectificatives, d'amendements augmentant les charges ou diminuant les recettes publiques, à moins qu'ils ne soient accompagnés de propositions de recettes compensatrices.

Les projets de lois de finances rectificatives ne donnent pas lieu à des discussions budgétaires, ce qui les affaiblit beaucoup.

L'effacement du Parlement dans l'exécution du budget laisse la prééminence à l'Exécutif.

2.2. La prépondérance de l'Exécutif

Différents acteurs relevant exclusivement de l'Exécutif interviennent dans la phase de l'exécution du budget.

2.2.1. Le Président de la République

Le Président de la République peut augmenter les crédits en cours d'année et dispose du pouvoir de nomination des hauts cadres du Ministère des Finances.

1° Le pouvoir d'augmenter les crédits

En vertu de l'article 24, d de la loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, "en cas d'urgence absolue et de nécessité impérieuse, des crédits supplémentaires peuvent être ouverts par décret du Président de la République".

L'article 31 du décret n°100/255 du Règlement général de gestion des budgets publics reprend les mêmes dispositions tout en soumettant le décret à certaines conditions⁵⁰.

2° Le pouvoir de nomination

Le Président de la République nomme le ministre des Finances, le comptable principal de l'Etat et le Receveur Général de l'Etat.

En vertu de l'article 108 de la Constitution de la République du Burundi, "le Président de la République ... nomme les membres du Gouvernement et met fin à leurs fonctions".

C'est à ce titre qu'il nomme le ministre des Finances qui exerce ses fonctions sous son autorité.

Le comptable principal de l'Etat est nommé par décret sur proposition du ministre chargé des Finances⁵¹.

Le Receveur Général de l'Etat est nommé par décret sur proposition du ministre chargé des Finances.

⁵⁰ Article 31, décret n°100/255 du Règlement général de gestion des budgets publics, *op.cit.*, p.2579.

⁵¹ Art. 40, al.1, Décret n°100/255 portant Règlement général de gestion des budgets publics, *op.cit.*, p.2581.

2.2.2. Le ministre des Finances

Il a des compétences très étendues en matière d'exécution du budget.

1° Une compétence générale dans l'exécution du budget

Le ministre des Finances est chargé de l'exécution des lois de finances⁵². Ses attributions apparaissent dans les différentes lois de finances.

L'article 41, alinéa 4 de la loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques dispose que "l'ordonnateur de toutes les dépenses du budget général de l'Etat, des comptes spéciaux du Trésor et des comptes de prêts est le ministre des Finances"⁵³.

Les mêmes dispositions se retrouvent à l'article 37, alinéa 2 du Règlement de gestion des budgets publics⁵⁴.

Il convient d'ajouter que le ministre des Finances peut déléguer ce pouvoir à des agents soumis à son autorité directe⁵⁵ ou à un autre ministre et à ses subordonnés nommément désignés⁵⁶.

⁵² Article 38, alinéa 1, Loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1837.

⁵³ Article 41, alinéa 4, Décret n°100/255 du 17/10/2011 portant Règlement Général de Gestion des Budgets Publics, *op.cit.*, p.2581.

⁵⁴ Article 37, alinéa 2, Décret n°100/255 du 17/10/2011 portant Règlement Général de Gestion des Budgets Publics, *op.cit.*, p.2580.

⁵⁵ Article 41, alinéa 4, Loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1962.

⁵⁶ Article 42, alinéa 1, *ibidem*.

2° Les autres pouvoirs du ministre des Finances

Les pouvoirs du ministre des Finances sont divers et variés. L'énumération que nous proposons n'est pas exhaustive.

.- Le pouvoir d'action sur les crédits

- Le pouvoir de modification, d'annulation et de répartition des crédits

Par ordonnance interministérielle, les crédits peuvent être transférés entre articles budgétaires d'un même ministère dans la limite de 10% de chacun des articles budgétaires concernés⁵⁷.

Les crédits n'ayant plus d'emploi peuvent être annulés⁵⁸. La proposition d'annulation doit être justifiée et garantir notamment que les dépenses qui restent à engager jusqu'à la fin de l'exercice sont inférieures au montant des crédits restant disponibles⁵⁹.

Le ministre des Finances met les crédits du budget voté à la disposition des ministres gestionnaires⁶⁰.

⁵⁷ Article 24, alinéa 1, a, *idem*, p.1959.

⁵⁸ Article 24, alinéa 1, b, Loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1959.

⁵⁹ Article 27, Décret n°100/255 du 17/10/2011 portant Règlement Général de Gestion des Budgets Publics, *op.cit.*, p.2578.

⁶⁰ Article 38, al.2, Loi n°1/35 du 04 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1962.

- Les autres pouvoirs : le report et la suspension d'engagement des crédits

L'article 24, alinéa 1, c dispose que "les crédits de paiement d'un article budgétaire peuvent être majorés par report des crédits de paiement restant disponibles au titre de l'exercice précédent, s'agissant des dépenses d'investissement. Le report est possible dans la limite des dépenses engagées lors du précédent exercice sur ce même article budgétaire⁶¹.

Le ministre chargé des Finances, peut suspendre toute décision d'engagement des crédits⁶².

.- Le pouvoir de nomination et d'agrément

Le ministre des Finances nomme les contrôleurs des dépenses engagées et les comptables publics. Il agréé les comptables publics des autres collectivités publiques.

- La nomination des contrôleurs des dépenses engagées

Aux termes de l'article 43, alinéa 1 de la loi relative aux finances publiques, "le ministre chargé des finances nomme auprès de chaque ministre un contrôleur des engagements de dépenses...".

⁶¹ Voir également l'article 28 du Décret n°100/255 du 17/10/2011 portant Règlement Général de Gestion des Budgets publics, *op.cit.*, p.2578.

⁶² Article 51, alinéa 2, Loi n°1/35 du 04 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1964.

L'article 36, alinéa 1 du Règlement de gestion des budgets publics donne également compétence au ministre des Finances pour nommer le contrôleur des engagements de dépenses.

Rappelons que le contrôleur des dépenses engagées veille à la conformité budgétaire et à la régularité des projets d'engagement⁶³.

- La nomination des comptables publics de l'Etat et l'agrément des comptables publics des autres collectivités publiques.

Aux termes de l'article 44, alinéa 4 de la loi relative aux finances publiques, "les comptables publics de l'Etat sont nommés par le ministre chargé des finances"⁶⁴.

Les comptables publics des autres collectivités publiques doivent être agréés par le ministre chargé des finances⁶⁵.

⁶³ Article 43, alinéas 2, 3, 4 et 5, Loi n°1/35 du 04 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1962; article 36, alinéa 1 du Décret n°100/255 portant Règlement Général de Gestion des Budgets Publics, *op.cit.*, p.2580.

⁶⁴ Voir aussi l'article 41, alinéa 1 du Décret n°100/255 portant Règlement Général de Gestion des Budgets publics, *idem*, p.2581; voir également l'article 4, alinéa 2, Loi n°1/20 du 31 décembre 2016 portant fixation du budget général de la République du Burundi pour l'exercice 2017.

⁶⁵ Article 4, alinéa 2, *idem*; article 44, alinéa 4, Loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1963.

2.2.3. Les ministres gestionnaires du budget

L'article 41, alinéa 3 de la loi relative aux finances publiques dispose que "les gestionnaires du budget de l'Etat sont les ministres ou les agents désignés par eux à cet effet"⁶⁶.

Le gestionnaire des crédits fait des propositions d'engagements, la liquidation et l'ordonnancement étant de la compétence de l'ordonnateur.

2.2.4. Les techniciens

Certains agents du Ministère des Finances et certaines personnes publiques jouent un rôle clef dans l'exécution du budget. Il s'agit du contrôleur des engagements des dépenses, des comptables publics, des régisseurs et de la Banque de la République du Burundi.

1° Les contrôleurs des engagements des dépenses

Les contrôleurs des dépenses engagées exercent les contrôles *a priori* de l'exécution des dépenses budgétaires de l'Etat ainsi que le respect des dispositions sur le contrôle des emplois⁶⁷.

⁶⁶ Voir aussi l'article 35, alinéa 2, Décret n°100/255 du 17/10/2011 portant Règlement Général de Gestion des Budgets publics, *op.cit.*, p.2580.

⁶⁷ Article 43, alinéa 1, Loi n°1/35 du 4 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1963; article 36 du Décret n°100/255 du 17/10/2011 portant Règlement Général de Gestion des Budgets publics, *op.cit.*, p.2580.

2° Les comptables publics

Les comptables publics sont chargés du paiement et de la comptabilisation des dépenses de l'Etat ou du recouvrement et de la comptabilisation des recettes de l'Etat⁶⁸.

On distinguera les comptables publics principaux et les comptables publics secondaires.

Les comptables publics principaux sont chargés du paiement des dépenses du budget général de l'Etat, de la centralisation des comptes, de l'animation et de la coordination du travail de l'ensemble des comptables publics⁶⁹.

Les comptables publics secondaires sont chargés des opérations de dépenses et des opérations de recettes.

Le paiement des dépenses de toutes les collectivités publiques est de la responsabilité exclusive d'un comptable public ou d'un agent nommé désigné par lui, agissant sous son contrôle et sous sa responsabilité⁷⁰.

⁶⁸ Article 39, alinéa 1, *idem*, p.2581.

⁶⁹ Article 40, alinéa 2, *ibidem*.

⁷⁰ Article 44, alinéa 1, Loi n°1/35 du 04 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1963; articles 39, alinéa 2 et 43, Règlement général de gestion des budgets publics, *op.cit.*, p.2851.

Toutes les recettes publiques doivent être encaissées par un comptable public qui est tenu d'effectuer toute diligence nécessaire pour recouvrer les titres de recettes régulièrement établis⁷¹.

3° Les régisseurs

Des régisseurs peuvent être chargés pour le compte des comptables publics d'opérations de recouvrement ou de paiement, pour des opérations de faible montant et dans la limite d'un plafond⁷².

4° La Banque de la République du Burundi

La Banque de la République du Burundi joue le rôle de caissier de l'Etat. Elle est chargée de l'encaissement et du décaissement des recettes et des dépenses des collectivités publiques et de leurs opérations de trésorerie⁷³.

Cela signifie que toutes les ressources publiques sont versées et conservées dans un compte unique ouvert au nom de l'Etat à la B.R.B.⁷⁴; toutes les dépenses publiques sont payées à partir de ce compte sur ordre des comptables publics⁷⁵.

⁷¹ Articles 44, alinéa 5 et 50, alinéa 1, Loi n°1/35 du 04 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, pp. 1963 et 1964; articles 39, alinéa 2 et 43, Décret n°100/255 portant Règlement Général de Gestion des Budgets publics, *ibidem*.

⁷² Article 43, alinéa 1, Décret n°100/255 portant Règlement Général de Gestion des Budgets publics, *op.cit.*, p.2852.

⁷³ Article 44, Décret n°100/255 du 17/10/2011 portant Règlement général de gestion des budgets publics, *op.cit.*, p.2582.

⁷⁴ Article 50, al.1, Loi n°1/35 du 04 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1964.

⁷⁵ Article 50, al.2, *ibidem*.

Si les compétences du Parlement en cours d'exécution du budget sont bien restreintes, il apparaît plus outillé pour contrôler l'exécution du budget.

Mais ce contrôle est aussi limité.

III. LE CONTROLE DE L'EXECUTION DU BUDGET: UN CONTROLE A PORTEE LIMITEE

Les limites du contrôle apparaissent en cours d'exécution et après exécution.

3.1. Les limites du contrôle en cours d'exécution

Outre l'existence de services non contrôlés, les contrôles ne sont pas sanctionnés par des mesures prononcées par les organes de contrôle.

Par ailleurs, les contrôles se heurtent à des blocages soit légaux, soit d'ordre politique.

3.1.1. L'existence de services non contrôlés

Certains services publics échappent juridiquement au contrôle parlementaire alors qu'ils figurent parmi les services les plus dépensiers. C'est le cas du Service National de Renseignement. Par exemple pour les exercices 2014, 2015, 2016, 2017 et 2018, il a été alloué constamment à ce service 3.730.497.653 FBu, soit 18,1 %, 17,1 %, 18,2 %, 17,7 % et 15,7 % du budget de la Présidence de la République comme indiqué dans le tableau ci-après.

Tableau n°2: Pourcentage du budget du Service National de Renseignement par rapport au Budget de la Présidence

Budgets Exercices	Budget de la présidence	Budget du SNR	Pourcentage
2014	20.557.136.292	3.730.497.653	18.1 %
2015	21.782.927.234	3.730.497.653	17, 1 %
2016	20.470.243.987	3.730.497.653	18,2 %
2017	21.040.243.987	3.730.497.653	17,7 %
2018	26.855.627.288	4.237.622.281	15,7 %

3.1.2. Les questions orales et écrites: un contrôle non sanctionné

L'interpellation des membres du gouvernement par la voie des questions orales et écrites relativement à certains aspects de l'exécution du budget n'aboutit pas à des sanctions en cas de découverte d'irrégularités.

3.1.3. Les différents blocages du contrôle en cours d'exécution

Le travail des commissions d'enquête peut être délibérément bloqué ou paralysé par le refus de communication d'informations.

1° Le blocage du travail des commissions d'enquête

Le ministre de la Justice peut, soit empêcher la création d'une commission, soit mettre fin à ses travaux.

-- Le blocage de la procédure de création d'une commission d'enquête

Aux termes de l'article 204 de la Constitution de la République du Burundi, l'Assemblée Nationale a le droit de constituer des commissions parlementaires chargées d'enquêter sur des objets déterminés de l'action gouvernementale.

Sur le plan procédural, la création d'une commission d'enquête par l'Assemblée Nationale résulte du vote d'une proposition de résolution⁷⁶.

Avant le vote, le Président de l'Assemblée Nationale notifie au ministre de la Justice, le dépôt d'une proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête⁷⁷.

Il suffit que le ministre de la Justice fasse connaître que des poursuites judiciaires sur les faits ayant motivé le dépôt de la proposition sont en cours pour que celle-ci ne soit pas mise en discussion. Si la discussion avait déjà commencé, elle est immédiatement interrompue⁷⁸.

⁷⁶ Article 122, alinéa 1, R.O.I. de l'Assemblée Nationale, *Codes et Lois du Burundi*, Tome 1, Bujumbura, 2010, p.66.

⁷⁷ Article 123, alinéa 1, *idem*, p.67.

⁷⁸ Article 123, al.2, R.O.I. de l'Assemblée Nationale, *op.cit.*, p.67.

- L'arrêt des travaux d'une commission d'enquête

Les travaux d'une commission d'enquête peuvent être arrêtés à la seule initiative du ministre de la Justice.

En effet, dès qu'une information judiciaire est ouverte après la création d'une commission, le ministre de la Justice en saisit le Président de l'Assemblée Nationale. Celui-ci en informe le président de la Commission et celle-ci met fin immédiatement à ses travaux⁷⁹.

2° Le refus de communication d'informations

Les commissions d'enquête constituées pour procéder à des investigations sur un problème déterminé se heurtent à la réticence des détenteurs d'informations, y compris les membres du gouvernement, de révéler ces informations.

Le rapport de la Commission d'enquête parlementaire sur la vente de l'avion présidentiel Falcon 50 mentionne le refus d'un député d'être auditionné au sujet de la vente de l'avion⁸⁰.

En définitive, le contrôle parlementaire en cours d'exécution subit des entorses que le Parlement est incapable de surmonter. Cependant, il doit s'assurer que l'exécution s'est déroulée conformément à ses autorisations. C'est l'objet du contrôle *a posteriori* tout aussi limité que le contrôle en cours d'exécution.

⁷⁹ Article 123, al. 3, R.O.I. de l'Assemblée Nationale, *op.cit.*, p.67.

⁸⁰ Rapport de la Commission d'enquête parlementaire sur la vente de l'avion présidentiel "Falcon 50", Bujumbura, juillet 2008, p.82.

3.2. Les limites du contrôle après exécution

Le contrôle après exécution est sanctionné par la loi de règlement et de compte-rendu budgétaire. Tout en reconnaissant l'importance théorique de la loi de règlement et de compte-rendu budgétaire, force est de constater que dans la pratique, elle a peu de signification.

3.2.1. L'importance théorique de la loi de règlement et de compte-rendu budgétaire

Cette importance apparaît dans les principales dispositions de l'article 56 relatif au projet de loi de règlement et de compte-rendu budgétaire.

1° Le constat des résultats définitifs d'exécution

La loi de règlement et de compte-rendu budgétaire arrête les résultats de la comptabilité budgétaire et de la comptabilité générale de l'exercice considéré...⁸¹ Autrement dit, elle arrête le montant définitif des encaissements et des ordonnancements de dépenses. Elle fournit des informations sur la gestion effective des crédits budgétaires et des comptes spéciaux du Trésor.

⁸¹ Article 56, 1^{er} tiret, Loi n°1/35 du 04 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1965.

2° La ratification des mouvements de crédits

Des mouvements de crédits peuvent, en cours d'exécution, être décidés par voie réglementaire⁸². De tels mouvements sont normalement ratifiés dans la prochaine loi de finances rectificative relative à l'exercice considéré ou, à défaut, dans la loi de règlement et de compte-rendu budgétaire⁸³.

3° L'établissement du compte de résultat

Le compte résultat apparaît dans le compte général de l'Etat arrêté par le ministre des Finances⁸⁴.

Le résultat budgétaire annuel est arrêté par le projet de loi de règlement et de compte-rendu budgétaire⁸⁵.

Malgré l'importance évidente de la loi de règlement et de compte-rendu budgétaire; du point de vue pratique elle ne signifie rien.

3.2.2. L'absence de portée pratique

Sous trois aspects, le vote de la loi de règlement et de compte-rendu budgétaire est dénué de toute portée pratique.

⁸² Article 24, Loi n°1/35 du 04 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1959.

⁸³ Article 25, Loi n°1/35 du 04 décembre 2008 relative aux finances publiques, *idem*, p.1960.

⁸⁴ Article 103, al.1, Décret n°100/255 du 17/10/2011 portant Règlement général de gestion des budgets publics, *op.cit.*, p.2594.

⁸⁵ Article 102, Décret n°100/255 du 17/10/2011 portant Règlement général de gestion des budgets publics, *ibidem*.

1° L'effet de délais dans le travail législatif: absence d'influence sur les autorisations futures

En même temps qu'il soumet au Parlement le projet de loi de règlement et de compte-rendu budgétaire de l'exercice N-1, le gouvernement lui présente les orientations budgétaires pour l'exercice N+1. Théoriquement, le Parlement organise des débats sur le rapport lui transmis⁸⁶.

N'ayant pas de données précises sur l'exécution du budget N-1 et du budget en cours d'exécution N, quelles conséquences le Parlement pourrait-il tirer dans ses autorisations futures?

2° Le vote de la loi de règlement et de compte-rendu budgétaire: une simple formalité

Le législateur lui-même prévoit que le projet de loi de règlement et de compte-rendu budgétaire est soumis au Parlement dans les huit mois de la clôture de l'exercice⁸⁷.

En dehors même des retards habituels dans la saisine des projets de loi de finances du Parlement, ce délai ôte tout intérêt aux documents soumis au Parlement, les débats ne pourront qu'être superficiels et le vote une simple formalité.

⁸⁶ Article 13, Loi n°1/35 du 04 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1957.

⁸⁷ Article 56, alinéa 1, Loi n°1/35 du 04 décembre 2008 relative aux finances publiques, *op.cit.*, p.1965.

3° Une adoption tardive et discrète

Promulguées avec beaucoup de retard, comme le montre le tableau ci-dessous, les lois de règlement et de compte-rendu budgétaire ne sont pas reprises par la presse.

Tableau n°3. Date de promulgation des lois de règlement et de compte-rendu budgétaire des exercices 2008-2013.⁸⁸

Exercices budgétaires	Dates de promulgation des lois de règlement et de compte-rendu budgétaire
2008	Le 4 janvier 2011
2009	Le 17 décembre 2012
2010	Le 17 décembre 2012
2011	Le 31 décembre 2012
2012	Le 17 janvier 2015
2013	Le 16 janvier 2015
2014	Le 27 octobre 2016
2015	-
2016	-
2017 ⁸⁹	-

⁸⁸ Données recueillies auprès du Ministère des Finances et de la Planification du Développement Economique.

⁴Les données datent du 25 janvier 2018. A cette date les lois de règlement et de compte rendu budgétaire des exercices 2015, 2016 et 2017 n'ont pas encore été promulguées.

⁸⁹ Ces données datent du 25 janvier 2018. A cette date, les lois de règlement et de compte rendu budgétaire des exercices 2015, 2016 et 2017 n'ont pas encore été promulguées

Alors que presque toutes les lois sont publiées au Journal Officiel, la plupart des lois de règlement et de compte-rendu budgétaire n'ont pas été publiées⁹⁰.

Finalement, il devient à peu près impossible pour le Parlement de procéder au contrôle d'exécution d'un budget dont le compte-rendu d'exécution est présenté longtemps après l'exécution.

⁹⁰ La loi n°1/02 du 4 janvier 2011 portant Règlement des comptes de la République du Burundi pour l'exercice 2008 a été publiée au *BOB N°1 bis/2011*, pp.129 et suivants.

CONCLUSION GENERALE

L'article 192, alinéa 1^{er} de la Constitution de la République du Burundi reconnaît au Parlement l'initiative des lois. Cependant, l'initiative des lois de finances appartient exclusivement au Gouvernement.

Ce sont des organes de l'Exécutif qui sont prépondérants dans la préparation du projet de loi de finances. Dans l'ordre hiérarchique on peut citer le Conseil des ministres, le Président de la République et le ministre des Finances.

Avant d'être voté, le projet de loi de finances devrait être soumis à un examen minutieux du Parlement et éventuellement amendé. La tradition de saisine tardive de l'Assemblée Nationale, le caractère synthétique des documents transmis à l'Assemblée Nationale, empêchent l'approfondissement de l'examen du projet de loi de finances. Par ailleurs, le pouvoir d'amendement reconnu au Parlement par l'article 194, alinéa 2, de la Constitution de la République du Burundi connaît de nombreuses restrictions, les unes légales, les autres d'ordre pratique.

S'agissant de l'adoption du projet de loi de finances, le contenu même et la structure des lois de finances ne sont pas déterminées librement. Il existe des dispositions obligatoires et le législateur prescrit un ordre dans lequel le projet de loi de finances doit être débattu et voté. Le vote lui-même, pouvant être bloqué, est fait par titres budgétaires, dans un délai strict, sous peine de dessaisissement.

Par des observations relatives à la modification des crédits votés en cours d'année, le Parlement intervient dans l'exécution du budget. A l'occasion du vote de la loi de finances rectificative, le Parlement prend un certain nombre de décisions qui ne

modifient en rien l'équilibre des pouvoirs entre le Législatif et l'Exécutif. Finalement, ce sont des acteurs relevant exclusivement du pouvoir exécutif qui interviennent dans l'exécution du budget: le Président de la République, le ministre des Finances, les ministres gestionnaires, les comptables.

Le contrôle de l'exécution du budget par le Parlement ne peut pas être considéré comme efficace. En ce qui concerne le contrôle en cours d'exécution, outre l'existence de services non contrôlés, les contrôles ne sont pas sanctionnés par des mesures prononcées par les organes de contrôle. Par ailleurs, les contrôles se heurtent à des blocages, soit d'ordre légal, soit d'ordre pratique. Le contrôle après exécution est sanctionné par la loi de règlement et de compte-rendu budgétaire. Tout en reconnaissant l'importance théorique de la loi de règlement et de compte-rendu budgétaire, force est de constater que dans la pratique, elle revêt peu de signification.

Finalement, l'étude a révélé un déséquilibre entre le pouvoir du Parlement et le pouvoir du Gouvernement en matière budgétaire.

Comment équilibrer le pouvoir du Parlement et le pouvoir du Gouvernement en matière budgétaire?

Une relation nouvelle entre le Parlement et le Gouvernement devrait être établie en matière budgétaire.

Les débats sur les orientations budgétaires ne devraient pas être une formalité sans influence sur les choix budgétaires du Gouvernement.

Les discussions budgétaires devraient être enrichies par un droit d'amendement libéré de l'emprise gouvernementale. Les allocations des crédits devraient porter sur des documents détaillés. Le vote par titres ne permet pas une analyse détaillée du projet de loi de finances.

Dans la phase de l'exécution du budget, en plus des avis qu'il donne et des informations qu'il reçoit, le Parlement devrait disposer de pouvoirs élargis de contrôle et ce contrôle devrait déboucher sur des sanctions.

Enfin, en plus du constat des résultats, le Parlement devrait porter une appréciation sur l'utilisation des crédits.

BIBLIOGRAPHIE

I. Textes législatifs et réglementaires

1. Décret 100/255 du 18/10/2011 portant Règlement général de gestion des budgets publics, *B.O.B. N°10 Bis/2011*, pp.2573-2603.
2. Décret n°100/205 du 24/07/2012 portant sur la Gouvernance budgétaire, *B.O.B. N°7/2012*, pp. 1176-1180.
3. Décret n°100/223 du 22 août 2012 portant mission, organisation et fonctionnement du Ministère des Finances et de la Planification du Développement Economique, *B.O.B. N°8/2012*, pp. 1308-1315.
4. Loi n°1/002 du 31/03/2004 portant création, missions, organisation et fonctionnement de la Cour des Comptes, *B.O.B. n°3 bis/2004*, pp.251-264.
5. Loi n°1/010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi, *B.O.B. N°3 TER/2005*, pp.1-35.
6. Loi n°1/35 du 04 décembre 2008 relative aux finances publiques, *B.O.B. N°12/2008*, pp. 1955-1967.
7. Loi n°1/02 du 24 janvier 2013 relative aux impôts sur les revenus, *B.O.B.n° 1/2013, pp 74-91*
8. Loi n°1/12 du 29 juillet 2013 portant révision de la loi n°1/02 du 17 février 2009 portant institution de la taxe sur la valeur ajoutée "TVA", *B.O.B. N°7 Bis/2013*, pp.1046-1055.
9. Loi n°1/22 du 31 décembre 2015 portant fixation du budget général de la République du Burundi pour l'exercice 2016, s.e.
10. Loi n°1/02 du 03/03/2016 portant réforme de la fiscalité communale au Burundi, *B.O.B. n°3/2016*, pp.357-371.

11. Loi n°1/20 du 31 décembre 2016 portant fixation du budget général de la République du Burundi pour l'exercice 2017, s.e.
12. Règlement d'ordre intérieur de l'Assemblée Nationale, *Codes et Lois du Burundi*, Tome 1, 2^{ème} édition, Bujumbura, 2010, pp.55-68.

II. Ouvrages et autres documents

13. LALUMIERE, P., *Les finances publiques*, 3^{ème} éd., Paris, Armand Colin, 1973, 527p.
14. MASABO, M., Les limites imposées à l'Assemblée Nationale dans le processus budgétaire, *Revue de l'Université du Burundi*, n°14, octobre 2007, pp.54-62.
15. MUZELLEC, R., *Finances publiques*, 14^{ème} édition, Paris, Sirey, 2006, 714p.
16. Rapport de la Commission d'enquête parlementaire sur la vente de l'avion présidentiel "Falcon 50", Bujumbura, juillet 2008, 94 p.
17. TROTABAS, L. et COTTERET, J.-M., *Droit budgétaire et comptabilité publique*, Paris, Dalloz, 1972, 509 p.

LES NOUVELLES LICENCES OBLIGATOIRES ET LEUR INCAPACITE A RESOUDRE LE PROBLEME D'ACCES AUX MEDICAMENTS DANS LES PAYS LES MOINS AVANCES

Philibert BARANYANKA¹

INTRODUCTION GENERALE

Appelée aussi licence non volontaire, la licence obligatoire est une autorisation accordée d'office par les pouvoirs publics à une tierce personne lui permettant d'utiliser ou d'exploiter une invention, sans le consentement du titulaire du brevet.

Elle est obligatoire car elle est délivrée d'autorité lorsque certaines conditions le justifient, contrairement à la licence volontaire qui est consentie par le breveté, à l'issue d'une cession contractuelle des droits, à une tierce personne, le concessionnaire de la licence. L'octroi d'une licence obligatoire pour exploiter une invention sans l'autorisation du breveté peut être utilisé dans tous les domaines, y compris celui de la santé² et peut concerner une personne physique ou morale (publique ou privée). Le vocable « licences obligatoires » n'est pas repris expressément dans l'Accord sur les ADPIC qui est la référence³ pour les

¹ Professeur de droit de la propriété intellectuelle, droit des biens, droit international privé, droit international économique, droit des investissements à l'Université du Burundi et les autres Universités privées au Burundi et dans la sous-région.

² F.-X., VERSCHAVE, (dir.), *La santé mondiale, entre racket et bien public*, Éditions Charles Léopold Mayer, 2004, p. 236.

³ L'Accord sur les ADPIC détermine les règles minimales de protection des droits de propriété intellectuelle que les membres doivent incorporer dans leurs législations nationales. Ils ne peuvent prévoir des mesures de protection qui sont en dessous de ces minima. Par exemple, l'Accord dispose en son article 33 que la durée de protection est d'au moins 20 ans. Ce qui implique que les membres peuvent accorder plus, mais pas moins que cette durée minimale.

lois nationales de pays membres de l'OMC dans le domaine de la propriété intellectuelle, il est tiré par la doctrine de l'article 31 qui encadre le recours aux « autres utilisations sans autorisation du détenteur du droit⁴ ».

Dans sa version originelle, c'est-à-dire avant sa modification intervenue le 30 août 2003 dans le cadre des négociations du cycle de Doha, l'Accord sur les ADPIC interdisait la possibilité d'exporter ou d'importer les produits fabriqués sous licences obligatoires. En effet, en vertu de son article 31 f), les licences obligatoires sont délivrées « principalement pour l'approvisionnement du marché du membre qui les a accordées ». Elles étaient donc destinées à résoudre uniquement les problèmes internes du pays qui les a délivrées. Par conséquent, les licences obligatoires prévues au départ dans l'Accord sur les ADPIC ne pouvaient pas répondre aux soucis sanitaires des pays qui n'ont pas les capacités ou les infrastructures de produire localement les médicaments, ce qui est le cas pour les pays les moins avancés (PMA) et un grand nombre des pays en développement.

Cela réduit de manière significative la portée et l'efficacité des licences obligatoires comme instrument permettant de résoudre le problème d'accès aux médicaments lorsque le pays n'est pas à mesure d'assurer leur production sur place ou lorsqu'il faut faire face rapidement à une situation d'urgence. C'est pour cela que des mesures additionnelles ont été adoptées à l'OMC, en marge des négociations du Cycle de Doha⁵, pour corriger cette situation, en adoptant

⁴Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC, version non amendée), art 31, disponible en ligne sur https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips_01_f.htm, consulté le 12 décembre 2017.

⁵ Le Cycle des négociations de Doha (Qatar) a commencé avec la Conférence ministérielle de l'OMC qui s'est tenue du 9 au 13 novembre 2001. Le cycle de Doha est l'actuel cycle de négociations commerciales entre les membres de l'OMC. Ce cycle des négociations a débuté le 1er janvier 2002, au départ pour une durée de 3 ans maximum, et se poursuit jusqu'à nos jours! Appelé

l'autorisation de l'exportation et de l'importation des médicaments produits sous licences obligatoires, mais suivant une procédure et des conditions très strictes, comme on le verra dans le paragraphe consacré à cette nouvelle version de licences obligatoires. Mais avant d'en arriver là, il faut commencer par le mécanisme de la version générale des licences obligatoires, la nouvelle version étant une exception en faveur des médicaments uniquement.

I. Le mécanisme général des licences obligatoires

Les dispositions de l'article 31 (intitulé « autres utilisations sans autorisation du détenteur du droit »)⁶ prévoient que le membre peut autoriser l'utilisation de l'objet breveté sans l'autorisation du détenteur du droit, notamment en cas d'urgence nationale⁷. Ainsi, les licences obligatoires ont été présentées comme une réponse au problème causé par les brevets dans l'accès aux médicaments dans les pays du Sud⁸. En théorie, le recours aux licences obligatoires serait susceptible de rendre les médicaments abordables ou accessibles, tout en assurant que le titulaire du brevet reçoive une rémunération pour l'exploitation de son invention. Dans la plupart des pays développés, les licences obligatoires sont en effet l'un

aussi « cycle du développement », Son objectif est de réformer en profondeur le système commercial international grâce à la réduction des obstacles au commerce et à l'adoption de règles commerciales révisées. Le programme de travail comprend une vingtaine de domaines, dont l'agriculture, les services et la propriété intellectuelle qui ont déjà fait l'objet de négociations. Les négociations entre membres développés et ceux en développement n'ont cependant pas encore abouti à un compromis dans des domaines tels que l'agriculture et l'accès aux marchés des produits non agricoles (OMC, Le Cycle de Doha, en ligne sur https://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/dda_f.htm, consulté le 16 janvier 2018.

⁶ Selon la note de bas de page numéro 7 de l'Accord sur les ADPIC, on entend par « autres utilisations » les utilisations autres que celles qui sont autorisées en vertu de l'article 30 de cet Accord, à savoir les exceptions aux droits du titulaire du brevet.

⁷ Accord sur les ADPIC, art. 31 b).

⁸ A. GUESMI, *Le médicament à l'OMC : droit des brevets et enjeux de santé*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 182.

des mécanismes auxquels les États recourent pour promouvoir la concurrence et l'accès aux médicaments. Toutefois, l'industrie pharmaceutique est généralement opposée à l'octroi de ce type de licences, car, soutient-elle, elles découragent l'investissement et la recherche. En outre, le fait que les produits fabriqués sous licences obligatoires ne puissent pas être exportés prive ces dernières de leur utilité en tant qu'instrument de promotion de l'accès aux médicaments. Quel est le principe directeur des licences obligatoires et quelle est la procédure de leur adoption?

a. Le principe des licences obligatoires et leur application

En principe, les licences obligatoires sont octroyées en cas d'urgence nationale pour permettre l'exploitation locale d'une invention brevetée en vue de résoudre un problème conjoncturel auquel un pays fait face. L'Accord sur les ADPIC autorise expressément les membres à accorder les licences obligatoires sur la base des circonstances qui leur sont propres. En effet, c'est le membre lui-même qui détermine les circonstances qui justifient l'octroi de ces licences obligatoires, mais son utilisation doit cesser lorsque les circonstances qui les justifient n'existent plus⁹.

Ainsi, peuvent être inclus, dans un régime de licences obligatoires, un médicament, instrument ou tout autre produit dont l'usage a trait à la santé (par exemple les équipements et matériels hospitaliers, le matériels de diagnostic, etc.)¹⁰.

⁹ Accord sur les ADPIC, art. 31 g).

¹⁰ B. REMICHE, et J.KORS, *L'Accord sur les ADPIC : dix ans après*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 189.

L'article 31 de l'Accord sur les ADPIC, qui autorise les licences obligatoires, ne spécifie pas les motifs pour lesquels ces licences peuvent être accordées. Il énumère seulement, à titre indicatif, quelques situations justifiant leur octroi. Il y est fait référence, de façon exemplative, qu'un membre pourra déroger aux règles normales de protection des brevets dans des situations « d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence ou en cas d'utilisation publique à des fins non commerciales »¹¹. Ces situations peuvent comprendre les raisons de santé publique (par exemple à la suite d'une catastrophe naturelle, d'une guerre ou d'une épidémie)¹². L'Accord prévoit même des cas de licences obligatoires utilisées par les pouvoirs publics à des fins non commerciales : l'État peut lui-même utiliser une invention brevetée à des fins qui lui sont propres, sans l'autorisation du titulaire du brevet¹³.

Ainsi, la protection de l'intérêt public, comme la santé publique, suffit à justifier l'octroi de licences obligatoires. L'apparition des maladies épidémiques peut être considérée comme une urgence nationale de nature à justifier l'octroi de telles licences, et ainsi répondre aux besoins des pays en développement en ce qui concerne l'accès aux médicaments¹⁴. Il est donc admis que l'État puisse exploiter une invention brevetée pour des raisons de santé publique et utiliser les licences obligatoires pour produire des médicaments et les fournir aux coûts de production,

¹¹ Accord sur les ADPIC, art 31 b).

¹²C.CORREA, & G. VELASQUEZ, *L'accès aux médicaments : entre le droit à la sante et les nouvelles règles du commerce international*, Paris, Harmattan, 2009, pp. 44-45.

¹³Idem, p. 73.

¹⁴Cela a permis par exemple le Zimbabwe de déclarer en mai 2002 une « urgence d'une période de six mois », permettant la fabrication des médicaments génériques utilisés dans le traitement du VIH/SIDA ou de ses maladies opportunistes. Voir A. GUESMI, *op.cit.*, pp. 268-269.

ou même gratuitement, aux patients les plus démunis qui en ont besoin de façon urgente¹⁵.

Si l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC laisse la liberté aux membres de déterminer les motifs d'octroi des licences obligatoires, il est par contre très explicite en ce qui concerne les conditions qui doivent être remplies pour qu'une licence obligatoire soit accordée. Outre l'obligation de demander l'octroi volontaire d'une licence avant qu'elle ne puisse être accordée d'office par les pouvoirs publics, le titulaire du brevet doit, en cas d'utilisation contraignante de son invention, recevoir une « rémunération adéquate, compte tenu de la valeur économique de l'autorisation »¹⁶ et cette condition s'applique à tout type de licences obligatoires.

Comment détermine-t-on cette rémunération adéquate? Il existe des marges de manœuvre à l'autorité nationale pour l'interprétation des critères à déterminer quand une rémunération doit être considérée comme adéquate. La disposition établit deux éléments pour cette interprétation : d'une part, il faut estimer son adéquation en fonction des circonstances que présente chaque cas et, d'autre part, considérer la valeur économique de l'autorisation.

Ainsi, les circonstances internes du pays ainsi que l'objectif de la licence doivent être pris en compte pour établir cette rémunération. Une licence octroyée pour satisfaire les besoins de santé publique d'un Pays moins avancé (PMA) est sujette à des paramètres différents de ceux applicables lorsqu'il s'agit d'un pays en développement du haut de la liste. La valeur économique varie en effet selon la taille et la solvabilité du marché qui doit être approvisionné, l'âge de la

¹⁵Idem, pp. 267-268.

¹⁶Accord sur les ADPIC, art. 31 h).

technologie, le taux d'obsolescence du secteur, le degré de concurrence des produits substitutifs et de la couverture du brevet¹⁷. Le budget d'amortissement des coûts investis en recherche et développement au moment d'octroyer une licence obligatoire peut également être pris en compte¹⁸. Elle peut aussi tenir compte de la part représentée par le marché intérieur dans le marché mondial total du produit sous licence, afin de déterminer quelle est la fraction des frais de recherche et développement que le pays doit légitimement supporter.

Ainsi par exemple aux États-Unis, pays dans lequel on recense le plus grand nombre de licences obligatoires octroyées pour contrecarrer les pratiques anticoncurrentielles ou pour des raisons de santé et de sécurité publiques, malgré que la législation des États-Unis en matière de brevets ne prévoit pas de système de licences obligatoires¹⁹, il est généralement demandé aux preneurs de licences de verser au titulaire du brevet une redevance d'un montant « raisonnable » qui est calculé sur la base de la formule « acheteur consentant, vendeur consentant », mais qui ne peut pas être supérieur à 3% du prix de vente net des produits génériques²⁰.

Le recours aux licences obligatoires concernant spécifiquement les médicaments est aussi prévu dans les législations de plusieurs autres pays développés et est fréquemment utilisé. En France, la loi autorise l'octroi de telles licences lorsque

¹⁷B. REMICHE & J. KORS, *op.cit.*, p. 190.

¹⁸Idem, p. 193.

¹⁹F.M. SCHERER, & J. WATAL, « Post-TRIPS options for access to patented medicines in developing countries », in *Journal of international economic law*, 2002, p. 921.

²⁰M. FINNEGAN ., « The folly of compulsory licensing », in *Journal of licensing executive society*, vol. 12, june 1977, n° 2, p 140.

les médicaments « ne sont mis à la disposition du public qu'en quantité ou qualité insuffisantes²¹ ou à des prix anormalement élevés »²².

En revanche, bien qu'un système de licences obligatoires soit prévu dans de nombreuses législations nationales, le nombre de licences de ce type octroyées dans la pratique reste relativement faible dans les pays en développement. Cependant, même si leur usage relativement limité, elles constituent un mécanisme efficace pour stimuler la concurrence et une arme crédible qui peut amener le titulaire d'un brevet à accorder des réductions de prix ou octroyer une licence volontaire²³. Selon Ladas, « l'intérêt de l'existence de dispositions concernant l'octroi de licences obligatoires dans les législations nationales est que la menace constituée par ces dispositions incite les titulaires des brevets à accorder des licences contractuelles à des conditions raisonnables »²⁴.

Beier a développé un raisonnement semblable en notant que « les licences obligatoires, de par la crainte qu'elles suscitent de voir engager des procédures d'octroi forcé, rendent les titulaires de brevets plus enclins à accorder des licences volontaires »²⁵. Au Brésil par exemple, le décret n° 3201/99 prévoit qu'en cas d'urgence nationale ou pour des considérations d'intérêt public reconnues par les

²¹Le brevet n'emporte pas en effet l'obligation de l'exploiter ou de le commercialiser. Le titulaire d'un brevet est libre d'exploiter lui-même l'invention brevetée, de céder l'utilisation ou l'exploitation à une autre personne ou alors de ne rien faire du tout de son invention. Lorsque des raisons d'intérêt général le justifient, les autorités publiques peuvent autoriser l'exploitation du brevet par une personne tierce sans le consentement du titulaire.

²² C. CORREA, *Intégration des considérations de santé publique dans la législation en matière de brevet des pays en développement*, South center, 2001, p. 115.

²³ C. CORREA, & G. VELASQUEZ, *Comment préserver l'accès aux médicaments*, Paris, Harmattan, 2010, p. 86.

²⁴ S. P. LADAS, *Patents, trademarks and related rights national and international protection*, vol. 1, Cambridge, Harvard university press, 1975, p. 427.

²⁵ F.-K. BEIER, « Exclusive rights, statutory licenses and compulsory licenses in patent and utility model law », in *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 30, n° 3, 1999, p. 260.

autorités, une licence obligatoire peut être accordée d'office à titre temporaire si cela est nécessaire²⁶. C'est en s'appuyant sur ce décret de 1999 que le Brésil a menacé de produire les génériques des médicaments contre le VIH/SIDA et qu'il était disposé à octroyer une licence obligatoire, afin d'obtenir de la part des firmes pharmaceutiques des rabais sur de leurs médicaments brevetés. Pendant plusieurs années, cette stratégie a porté ses fruits et le Brésil n'a pas eu à accorder des licences obligatoires²⁷. Cependant, une licence a été octroyée en 2007 pour une utilisation publique à des fins non commerciales de l'éfavirenz, pour une durée de cinq ans et un taux de rémunération du breveté de 1,5%. Alors que le titulaire du brevet proposait un rabais sur ses prix de 30%, le premier lot d'éfavirenz générique produit sous licence obligatoire à partir de juillet 2007 avait un rabais de 65 à 70%²⁸.

Cet exemple a souvent été présenté comme une preuve d'efficacité des licences obligatoires dans la résolution du problème d'accès aux médicaments dans les pays pauvres. Mais si cela a été possible au Brésil, cela ne peut pas être valable dans la plupart des pays pauvres, dans la mesure où, outre que ces pays n'ont pas les mêmes capacités industrielles que le Brésil, ces médicaments produits au Brésil ou les autres pays émergents ne peuvent pas être exportés dans les autres pays du Sud.

b. Les limites des licences obligatoires à permettre l'accès aux médicaments dans les pays du Sud

²⁶ C. CORREA, & G. VELASQUEZ, *op.cit.*, (2009), p. 77.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Idem, p. 78.

L'alinéa f de l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC comporte une disposition importante en ce qui concerne la portée de l'utilisation des licences obligatoires dans la résolution du problème d'accessibilité des médicaments brevetés par les populations des pays du Sud. En effet, toute utilisation de licence obligatoire doit être autorisée « principalement pour l'approvisionnement du marché intérieur du membre qui a autorisé cette utilisation »²⁹. Ainsi, l'Accord sur les ADPIC interdit l'utilisation des licences obligatoires qui ne soit pas destinée à l'approvisionnement du marché intérieur du pays qui les a délivrées. Or, l'importation est la seule option que peuvent utiliser les PMA pour s'approvisionner en médicaments, puisqu'ils ne disposent pas de capacités de les produire eux-mêmes localement. Cela réduit de manière significative l'efficacité des licences obligatoires en tant qu'instrument permettant de faciliter l'accès aux médicaments du moment que leur production locale peut ne pas être réalisable dans plusieurs pays du Sud, étant donné que la taille de leurs marchés locaux ne justifie pas une telle production sur place³⁰.

En effet, le problème pour beaucoup de pays du Sud est le manque de moyens pour fabriquer leurs propres médicaments, surtout en cas d'urgence. Ils doivent dès lors se reporter aux importations. Or, un membre développé ne pouvait, en vertu de l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC, autoriser l'utilisation d'un brevet dans le but d'exporter un médicament breveté qui serait nécessaire pour un autre pays que lui, même en cas d'urgence.

Ce dernier, riche ou pauvre, ne pourrait quant à lui autoriser l'importation de médicaments fabriqués sous licence obligatoire dans un autre pays qui a autorisé

²⁹Accord sur les ADPIC, article 31, f.

³⁰B. REMICHE & J. KORS, *op.cit.* p.189.

leur production³¹. En conséquence, les pays qui ne possèdent pas les infrastructures et les capacités techniques et financières suffisantes dans le secteur pharmaceutique pour produire localement les médicaments dont ils ont besoin ne sont pas en mesure de profiter du dispositif des licences obligatoires. Ils peuvent néanmoins permettre l'importation des médicaments en provenance des pays où ils ne sont pas brevetés, ce qui est aléatoire dans le cas des médicaments plus intéressants, les inventeurs s'empessant d'aller les faire breveter partout où ils seraient susceptibles d'être facilement reproduits³².

Pour cela, vu sous cet aspect, l'Accord sur les ADPIC s'oppose aux licences obligatoires pour satisfaire les marchés internationaux par le biais de l'exportation et de l'importation. Cependant, notons que, même si l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC n'a jamais été saisi pour l'interprétation de l'article 31 de l'Accord, la présence du mot « principalement » implique, d'après nous, que l'exportation des produits fabriqués sous licences obligatoires reste envisageable.

À notre avis en effet, le sens donné habituellement à cette disposition est erroné, car son interprétation laisse comprendre que les exportations sont possibles, même si elles ne doivent pas en principe constituer la principale activité du titulaire de la licence portant sur le produit breveté. Cette disposition signifie simplement que l'utilisation d'une licence obligatoire pour l'exportation peut être une exception³³, la règle étant l'usage interne. Or, ce qui est exception n'est pas illégal, il est seulement circonscrit ou soumis à des conditions.

³¹B. REMICHE & V. CASSIERS, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : Créer, protéger et partager les inventions au 21ème siècle*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 143.

³²C. CORREA, *op.cit.* p. 28.

³³Il s'agit d'une exception à l'usage des licences obligatoires, mécanisme qui est lui-même une exception au système normal des brevets.

Le bénéficiaire de la licence obligatoire peut exporter ses produits, mais uniquement à titre subsidiaire. Le seul problème est que l'Accord sur les ADPIC n'a pas prévu les conditions d'application de cette éventualité. En outre, il est difficile de déterminer les critères qui permettraient de juger le caractère « principal », secondaire ou subsidiaire de ces exportations (notamment en ce qui concerne les montants, volumes, fréquences, destinations, etc.). La conséquence de cette situation confuse est que ce sont les pays sans capacités technologiques qui se trouvent en difficulté et qui sont les plus fortement touchés par le problème d'accès aux médicaments³⁴. Cela a poussé les pays en développement, en particulier les pays africains, à demander la révision de ce mécanisme en vue de permettre l'exportation et l'importation des médicaments produits sous licences obligatoires et une nouvelle version des licences obligatoires a été adoptée en réponse aux soucis de ces pays qui « ne possèdent pas les capacités locales de produire eux-mêmes les médicaments génériques dont ils ont besoin »³⁵.

II. La version révisée des licences obligatoires pour les médicaments uniquement

En 2001, au cours de la 4^{ème} Conférence ministérielle de l'OMC de Doha, fut adoptée une déclaration qui concerne les liens entre l'Accord sur les ADPIC et la santé publique. Si certains accordent à cette déclaration une certaine importance,

³⁴B. REMICHE & J. KORS, *op.cit.*, p. 190.

³⁵Extrait de la Décision du 30 août 2003 sur la mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique (voir pour plus de détails OMC, Décision du Conseil Général du 30 Août 2003 portant mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la Santé publique, WT/L/540 et Corr.1, Septembre 2003, en ligne sur https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/implem_para6_f.htm, consulté le 11 décembre 2017.

c'est que tout en réitérant l'idée que la protection de la propriété intellectuelle demeure une mesure incitative pour le développement de nouveaux médicaments, elle mentionne explicitement, d'une manière nette, l'atteinte à la santé publique que constituent les brevets, compte tenu de leurs impacts sur les prix des médicaments³⁶. À la suite de ce signal plus politique que juridique³⁷, la mesure la plus importante prise dans le cadre de l'OMC pour résoudre les problèmes posés par les brevets dans le domaine de la santé publique a été la décision du Conseil général de l'OMC du 30 août 2003 qui autorise l'exportation ou l'importation des médicaments produits sous licences obligatoires, en faveur des pays qui ne disposent pas des infrastructures ou des capacités de les produire localement. Cette Décision de 2003, qui était d'application provisoire, a été rendue permanente par la ratification du Protocole portant amendement de l'Accord sur les ADPIC, ouvert aux signatures des membres de l'OMC depuis le 6 décembre 2005, conformément aux prescrits de l'article X de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC.

Bien que cette Décision dérogatoire de 2003 ait été présentée comme une avancée dans la résolution du problème d'accès aux médicaments pour les populations du Sud, elle n'a pas produit les effets escomptés en raison de plusieurs ratées (point b) qui handicapent son effectivité. En effet, cette nouvelle procédure d'exportation des médicaments produits sous licences obligatoires (point a) est longue, lourde et

³⁶Article 3 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique (OMC, Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, en ligne sur https://www.wto.org/french/thewto/f/minist/f/min01/f/mindecl/trips_f.htm, consulté le 21 novembre 2017.

³⁷ Il ne s'agit en effet que d'une déclaration et non d'un accord au sens du droit international et ne traduit pas, en tant que tel, d'engagements des membres (voir B. Remiche & J. Kors, *op.cit.*, p. 235).

contraignante; ce qui fait que les États, qui ne sont pas directement concernés, ne sont pas prêts à s'engager dans ces « nouvelles » licences.

a. La nouvelle procédure des licences obligatoires pour les médicaments

La Déclaration de Doha constitue un compromis qui résulte des négociations entre les membres de l'OMC et qui visait à rassurer l'opinion publique internationale³⁸ et de manifester la volonté des membres de régler la question de l'accès aux médicaments après la polémique qu'avait suscitée le procès de Pretoria³⁹. Cette volonté politique de régler le problème posé par les brevets dans l'accès aux médicaments (point i) s'est concrétisée par l'adoption de la décision de 2003 devenue exécutoire depuis lors, en attendant la ratification et l'entrée en vigueur du protocole portant l'amendement de l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC (point ii).

i. Le Consensus politique de Doha de 2001 sur l'inefficacité des licences obligatoires

La Déclaration de Doha, qui consacre ce consensus, indique, en son paragraphe 6, que « les membres ayant des capacités de fabrication insuffisantes ou disposant de faibles capacités technologiques dans le secteur pharmaceutique éprouvent des difficultés à recourir de manière effective aux licences obligatoires dans le cadre

³⁸ E. B., ITUKU, *Propriété intellectuelle et droits de l'homme : l'impact des brevets pharmaceutiques sur le droit à la santé dans le contexte du VIH/SIDA en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 387.

³⁹ Les difficultés pour obtenir des médicaments brevetés à prix abordables produits sous licences obligatoires ont été mises à jour en 2001 lorsque les dispositions relatives à l'octroi des licences en Afrique du Sud ont été attaquées en justice par une coalition de plusieurs multinationales pharmaceutiques.

de l'Accord sur les ADPIC »⁴⁰. Elle demande au Conseil des ADPIC de trouver une solution rapide à ce problème. Cette Déclaration constitue ainsi le premier relâchement des contraintes pesant sur les pays les moins développés sur la question de l'accès aux médicaments⁴¹. Même si une déclaration ne constitue pas un instrument juridique contraignant en droit international, la déclaration de Doha est considérée comme un cadre interprétatif de l'Accord sur les ADPIC, celui-ci devant être interprété à la lumière de cette déclaration, ce qui « permet de rendre des décisions plus justes à l'égard des intérêts antagonistes⁴² en vertu de l'Accord sur les ADPIC »⁴³. En reconnaissant l'importance du problème de l'accès aux médicaments dans les pays du Sud et de l'urgence de lui trouver rapidement des solutions, la Déclaration de Doha reconnaît ainsi qu'il existe un problème concernant le recours aux licences obligatoires dans les pays qui n'ont pas de capacités de fabrication locales des médicaments. La Déclaration de Doha a donc eu des implications politiques et juridiques importantes. Même si elle est dépourvue de caractère obligatoire, elle a une valeur certaine en ce sens que même si les États ne peuvent pas exiger l'application des dispositions qu'elle contient, ils doivent au moins observer ce qui a été convenu et leurs partenaires ne peuvent le leur reprocher, même si ce comportement était contraire aux règles préexistantes⁴⁴.

⁴⁰ Paragraphe 6 de la Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, en ligne sur https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_trips_f.htm, consulté le 21 novembre 2017.

⁴¹ B. REMICHE & J. KORS, *op.cit.*, p. 235.

⁴² Il s'agit de concilier les intérêts des titulaires des brevets et ceux des malades qui ont besoin des médicaments couverts par ces brevets.

⁴³ D. GERVAIS, *op.cit.*, pp. 77-78.

⁴⁴ P. DAILLIER ; M. FORTEAU & A. PELLET, *Droit international public*, 8ème édition, Paris, L.G.D.J. Lextenso Éditions, 2009, p. 430.

Avec l'adoption de cette déclaration, le consensus sur la question des brevets et la santé publique s'est formé et sert de preuve de l'existence de *l'opinio juris*⁴⁵ qui s'est formée autour de cette question⁴⁶.

Par ailleurs, la Déclaration de Doha a consacré la nécessité de combler la lacune constatée et intervenue après l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC et fixe les lignes directrices que doivent suivre les membres. En effet, l'article 4 de la Déclaration précise que « l'Accord sur les ADPIC n'empêche pas les membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique. En conséquence, ledit Accord doit être interprété et mis en œuvre d'une manière qui appuie le droit des membres à protéger la santé de leurs populations et, en particulier, de l'accès de tous aux médicaments »⁴⁷. Elle constitue donc l'énoncé de nouvelles dispositions auxquelles on ne peut plus s'opposer valablement devant l'ORD et affirme le droit des États à interpréter et à appliquer l'Accord de manière à protéger la santé. Par la suite, l'influence de la déclaration sur la formation de la décision du 30 août 2003 et de l'amendement de 2005 a été déterminante.

ii. La Décision du 30 août 2003 et le Protocole du 6 décembre 2005

La Déclaration de 2001 a été précisée et rendue exécutoire par la Décision du Conseil général du 30 août 2003 ayant la portée d'une dérogation provisoire de

⁴⁵ Pour la plupart des organisations internationales, le principal moyen d'exprimer leur volonté est la recommandation adressée aux États membres. On peut estimer qu'il s'agit d'une nouvelle source du droit international, non prévu par l'article 38 du statut de la CIJ ou du moins, d'une nouvelle technique de création de règles juridiques internationales, d'autant plus qu'un organe international est lié par les résolutions qu'il adopte, même si celles-ci ne revêtent pas de caractère obligatoire pour les États membres. Cette manière de développer le droit international est particulièrement efficace dans les nouveaux domaines : droit économique, droit de l'environnement, etc. (voir A. KISS & J.-P. BEURIER, *Droit international de l'environnement*, 3^{ème} édition, Paris, Editions A. Pedone, 2004, 73).

⁴⁶ A. KISS & J.-P. BEURIER, *op.cit.* p. 69.

⁴⁷ B. REMICHE & J. KORS, *op.cit.*, p. 236.

l'article 31f de l'Accord sur les ADPIC, dans l'attente de sa révision en bonne et due forme. Par cette décision, le Conseil général de l'OMC entendait prescrire l'abandon de la disposition de l'Accord qui limitait l'importation ou l'exportation des médicaments génériques produits sous licences obligatoires. Par cette Décision, les membres sont désormais autorisés à déroger, sous certaines conditions, aux obligations établies par l'article 31f de l'Accord sur les ADPIC et à procéder à l'exportation des médicaments génériques fabriqués sous licences obligatoires au profit de « membres importateurs admissibles »⁴⁸, c'est-à-dire les membres ayant notifié au Conseil général de l'OMC leur intention d'y procéder. En précisant le contenu et les conditions de mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha⁴⁹ dans le but de favoriser l'importation et l'exportation des médicaments génériques, elle consacre la légalité de l'importation des génériques des médicaments à partir des pays dans lesquels ils sont aussi brevetés, mais qui ne sont pas en mesure de les produire eux-mêmes, soit qu'ils n'ont pas les capacités techniques, soit que la production locale serait complexe ou coûteuse à mettre en place⁵⁰.

Lors de la Conférence ministérielle de l'OMC à Hong Kong en décembre 2005, les membres ont en effet approuvé les changements qui transformaient cet abandon temporaire de l'article 31f, en ce qui concerne les médicaments, en un

⁴⁸ Aux fins de la décision, l'expression « un membre importateur admissible » s'entend de tout pays moins avancé membre et de tout autre membre qui a notifié au Conseil des ADPIC son intention d'utiliser le système en tant qu'importateur, étant entendu qu'un membre pourra notifier à tout moment qu'il utilisera le système en totalité ou d'une manière limitée, par exemple uniquement dans des situations d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence ou en cas d'utilisation publique à des fins non commerciales (voir l'art. 1 (b) de l'Annexe de l'Accord sur les ADPIC, OMC, Protocole portant Amendement de l'Accord sur les ADPIC, en ligne sur https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/wtl641_f.htm, consulté le 14 décembre 2017).

⁴⁹ B. REMICHE & J. KORS, *op.cit.*, p. 241.

⁵⁰ C. CORREA, *op.cit.*, p. 90.

amendement définitif de l'Accord sur les ADPIC. En effet, un article 31*bis* intègre les dispositions de la décision du 30 août 2003, rendant ainsi la modification de l'article 31f de l'Accord sur les ADPIC définitive. Cet article 31*bis* dispose que « les obligations d'un membre exportateur au titre de l'article 31f ne s'appliquent pas, en ce qui concerne l'octroi par ce membre d'une licence obligatoire dans la mesure nécessaire aux fins de la production d'un produit pharmaceutique et de son exportation vers un membre importateur admissible »⁵¹. Il s'agit de la toute première modification apportée à un Accord de l'OMC.

Malgré cela, l'importation et l'exportation des médicaments produits sous licences obligatoires sont subordonnées à la modification préalable des lois nationales par rapport à l'article 31f de l'Accord sur les ADPIC. Or, la procédure de modification n'est pas toujours une entreprise facile que ce soit dans les pays importateurs ou exportateurs, compte tenu des enjeux qui caractérisent le domaine pharmaceutique. En effet, depuis le 30 août 2003, seulement trois pays exportateurs ont modifié leurs lois pour les adapter à l'article 31f, à savoir le Canada, la Norvège et l'Inde⁵². Quant aux pays importateurs, à part le Rwanda, aucun autre membre n'a encore modifié sa loi nationale pour se conformer à la décision de 2003 et au protocole de 2005⁵³. De ce qui précède, on n'aurait pas tort si on en déduisait que la Décision du 30 août 2003 n'a pas atteint ses objectifs.

⁵¹ Art. 31*bis* alinéa 1er du Protocole portant Amendement de l'Accord sur les ADPIC, en ligne sur https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/wtl641_f.htm, consulté le 14 décembre 2017.

⁵² J. BOUISSOU, « En Inde, la bataille pour des médicaments bon marché continue », in *Le Monde* du 2 avril 2013, en ligne sur http://www.lemonde.fr/sante/article/2013/04/02/en-inde-la-bataille-pour-des-medicaments-bon-marche-continue_3151796_1651302.html, consulté le 11 janvier 2018.

⁵³ OMC, Notifications des membres comme importateurs sous le nouveau système des licences obligatoires, en ligne sur http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/public_health_notif_import_f.htm, consulté le 26 octobre 2017.

b. L'échec de la mise en œuvre des nouvelles licences obligatoires pour les médicaments

La nouvelle procédure des licences obligatoires pour les médicaments comporte de nombreuses entraves qui handicapent son effectivité dans la résolution du problème posé par les brevets dans le domaine de la santé. Outre que le protocole qui consacre l'amendement de l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC n'a pas encore été intégré dans les législations nationales des potentiels exportateurs, elle prévoit une procédure lourde qui impose de nombreuses contraintes. En plus, les pays producteurs des médicaments continuent à user de leur influence politique et économique pour obtenir des pays du Sud l'abandon de faire usage de ces nouvelles licences obligatoires, notamment en souscrivant des accords bilatéraux ou régionaux en matière de propriété intellectuelle, les ADPIC *plus*. Le résultat est qu'environ une quinzaine d'années après son adoption, la nouvelle procédure des licences obligatoires n'a été utilisée qu'une seule fois, et là aussi avec moins d'efficacité, puisque les médicaments demandés par le Rwanda, n'ont été produits et livrés que quatre ans après le déclenchement de la procédure⁵⁴. Ce seul exemple

⁵⁴ La demande a débuté en août 2004, mais s'est retrouvée bloquée par le fait que MSF, qui était le payeur, devrait transiter par ses entrepôts en France, alors que cette dernière n'est pas un « importateur admissible » (L. Esmail & R. Elliott, L'accès aux médicaments et la propriété intellectuelle, avril 2007, en ligne sur

<http://www.aidslaw.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=1253>, consulté le 23 décembre 2017).

En plus, les pays destinataires n'étaient pas précisés, ce qui est normal pour une ONG qui œuvre dans plusieurs pays. Après plusieurs négociations, le Rwanda a notifié à l'OMC la délivrance d'une licence obligatoire et son intention d'importer une trithérapie (zidovudine/lamivudine/nevirapine) depuis le Canada. Le 19 septembre 2007, le Canada a octroyé une licence obligatoire à une firme canadienne, Apotex, enfin de produire 260 000 comprimés d'Apo-Triavir au prix coûtant et de les acheminer au Rwanda. Le 23 septembre 2008, Apotex annonçait qu'il était prêt à livrer le produit au Rwanda. En tout 15,6 millions de comprimés

à ce jour de l'exportation des médicaments génériques du Canada vers le Rwanda fournit une preuve de l'inefficacité et de la non-opérationnalité de cette nouvelle solution contenue dans le Protocole de 2005 portant amendement de l'article 31f de l'Accord sur les ADPIC.

i. Le manque d'enthousiasme des PMA pour le Protocole portant modification de l'article 31 f de l'Accord sur les ADPIC

L'Accord de Marrakech instituant l'OMC conditionne la modification ou la précision des accords de l'OMC à une décision de la Conférence ministérielle ratifiée par la majorité des deux tiers des membres. L'article X de l'Accord instituant l'OMC stipule en effet, en son troisième paragraphe, que les amendements aux dispositions des accords commerciaux multilatéraux prennent effet à l'égard de ceux qui les ont acceptés une fois qu'ils ont été ratifiés par les deux tiers des membres, conformément aux procédures internes de chaque membre.

Au 23 janvier 2017, on comptait 164 membres⁵⁵, ce qui signifie qu'au moins 110 membres doivent ratifier le protocole de 2005 portant sur l'amendement de l'Accord sur les ADPIC pour que ce dernier entre en vigueur. La réunion de ces 110 ratifications s'est avérée très difficile. En effet, la Conférence ministérielle de Hong Kong de décembre 2005 donnait aux membres jusqu'au 1er décembre 2007 pour « accepter »⁵⁶ ce Protocole. Cette date limite a été reportée à plusieurs

d'Apo-Triavir ont été exportés au Rwanda, au prix de 0,195 dollar canadien le comprimé (C. CORREA, *op.cit.* pp. 95-96).

⁵⁵ Voir la liste des membres et observateurs de l'OMC en ligne sur https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/org6_f.htm, consulté le 28 janvier 2018.

⁵⁶ Dans ce contexte-ci, ce verbe « accepter » signifie en fait « ratifier ».

reprises et le nombre requis de signataires n'ayant pas été atteint à la fin de l'année 2011, le Conseil général de l'OMC a décidé de reporter *sine die* l'entrée en vigueur du protocole de 2005, jusqu'à ce que les signatures requises soient atteintes.

Le 23 janvier 2017, l'OMC a annoncé l'entrée en vigueur du Protocole de 2005 « après sa ratification par les deux tiers des membres »⁵⁷, comme le prévoit l'article X de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC. Ce Protocole a donc remplacé la décision d'août 2003 qui était restée « provisoirement » en vigueur jusqu'à cette date. Toutefois, à la date indiquée par l'OMC comme date d'entrée en vigueur du Protocole, seuls 16 PMA sur 48 ont ratifié⁵⁸, un chiffre surprenant pour un amendement censé résoudre le problème de l'accès aux médicaments, un problème qui affecte particulièrement les PMA plus que d'autres pays. La raison de ce manque d'intérêt de la part de ces PMA pour cet amendement est qu'ils sont conscients que les dispositions contenues dans ce Protocole ne leur permettront pas de résoudre leur problème de l'accès aux médicaments, étant donné la lourdeur du mécanisme mis en place par ce Protocole.

De plus, si l'amendement améliorerait la situation, le changement aurait déjà été remarquable puisque même si le protocole n'était pas encore entré en vigueur, la décision du 30 août 2003, qui prévoit le même mécanisme, était provisoirement en

⁵⁷ OMC, Modification des règles de l'OMC en matière de propriété intellectuelle afin de faciliter l'accès des pays pauvres à des médicaments abordables, en ligne sur https://www.wto.org/french/news_f/news17_f/trip_23jan17_f.htm, consulté le 27 septembre 2017.

⁵⁸ Voir la liste des pays ayant ratifié le Protocole de l'amendement de l'Accord sur les ADPIC ainsi que les dates de dépôt de leurs instruments de ratification en ligne sur https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/amendment_f.htm, consulté le 15 janvier 2018.

vigueur⁵⁹ et est demeuré applicable jusqu'à l'entrée en vigueur du Protocole le 23 janvier 2017. Pendant tout ce temps, le problème de l'accès aux médicaments est resté intact, malgré les 15 années qui viennent de s'écouler depuis son adoption. Finalement, les obstacles liés à la ratification de l'amendement ne sont pas pertinents et sont aléatoires, du moment que le dispositif était déjà applicable. Les difficultés sont à chercher ailleurs, notamment dans la lourdeur de ce dispositif.

ii. La lourdeur de la nouvelle procédure des licences obligatoires

La complexité du nouveau mécanisme des licences obligatoires a suscité un certain scepticisme quant à son opérationnalité. Alors que la Déclaration de Doha appelait à la mise en place d'une solution rapide et aisée à mettre en œuvre, c'est un lourd, long et coûteux mécanisme que prévoit la Décision du 30 août 2003. Avant de procéder à l'importation des médicaments produits sous licences obligatoires, le pays importateur qui souhaite émettre la licence obligatoire doit démontrer l'échec de sa tentative de négociation préalable avec le détenteur de brevet. Cela n'était pas exigé dans le régime général des flexibilités prévues dans l'Accord sur les ADPIC si la licence est délivrée en cas d'urgence nationale, ce qui est souvent le cas quand le pays fait face à des épidémies ou autres catastrophes. Ces négociations préalables font perdre inutilement le temps⁶⁰. Ainsi, ce nouveau mécanisme complexifie la procédure « normale ou générale »⁶¹

⁵⁹ Il faut en effet noter que même la non-ratification du protocole de 2005, qui rendrait permanente la décision d'août 2003, n'empêche pas celle-ci de s'appliquer conformément aux dispositions de l'Accord instituant l'OMC (article 10 de la décision de 2003 et l'article XXIII du GATT de 1994 alinéas 1 b) et 1 c).

⁶⁰ B. REMICHE & J. KORS, *op.cit.*, p. 244.

⁶¹ Il faut rappeler que le système des licences obligatoires prévu par la décision de 2003 et l'amendement de 2005 s'applique uniquement aux médicaments. Les autres produits restant sous le régime général des licences obligatoires tel que prévu par l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC.

des licences obligatoires, dispositif qui était déjà particulièrement difficile à mettre en œuvre.

En outre, le processus d'utilisation de ces nouvelles licences obligatoires est extrêmement laborieux. Pour s'approvisionner en médicaments produits sous licences obligatoires, le membre ayant besoin de ces médicaments fait la demande auprès d'un autre membre qui dispose des capacités de les produire, ce dernier effectue la commande et se porte garant auprès de la firme pharmaceutique qui accepte de les produire. L'obligation d'émettre les licences obligatoires simultanément dans le pays producteur et le pays importateur, ce qui implique donc une double licence, la multitude de notifications et d'informations à transmettre à l'OMC, l'exigence de prouver la réalité des besoins pour le pays importateur et de justifier son incapacité à produire localement⁶², sont des éléments de nature à alourdir et ralentir la procédure. Ces démarches administratives compliquent le mécanisme au point de rendre la Décision du 30 août 2003, et donc le Protocole de 2005 par voie de conséquence, inopérante. Ainsi, les pays importateurs, qui jusque-là n'avaient qu'à déclarer une licence obligatoire pour pouvoir s'approvisionner en génériques d'un médicament breveté, sont, par ce dispositif, tenus de procéder à des procédures de notification et d'information de leurs démarches à l'OMC⁶³.

⁶² Le pays qui veut utiliser le mécanisme doit établir qu'il ne dispose pas de capacités de fabrication dans le secteur pharmaceutique ou que celles-ci sont insuffisantes et qu'il n'est pas en mesure de se doter de telles capacités à court terme, sauf s'il est un PMA auquel cas cette exigence ne s'applique pas, car les PMA sont présumés d'office ne pas en disposer.

⁶³ Voir l'annexe de l'Accord sur les ADPIC, paragraphe 2, a) (OMC, Protocole portant Amendement de l'Accord sur les ADPIC, en ligne sur https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/wtl641_f.htm, consulté le 14 décembre 2017).

Par ailleurs, le membre exportateur⁶⁴ doit fabriquer uniquement le produit en quantité qu'il a notifié à l'OMC. En effet, la licence obligatoire doit préciser le nom et la quantité des produits que le pays veut exporter dans ce cadre. Tous les médicaments produits dans le cadre des licences obligatoires doivent être identifiés au moyen d'un étiquetage ou d'un marquage spécifique (couleur, forme, emballage ou emballage) permettant de les identifier et de les distinguer des produits brevetés dont ils sont équivalents⁶⁵. Ceci implique que si une entreprise veut produire pour plusieurs pays distincts, elle doit procéder à un marquage différent pour chaque pays de destination⁶⁶. Elle doit exporter la totalité des produits fabriqués dans chaque membre importateur admissible, qui doit en retour prendre des « mesures raisonnables » visant à s'assurer que l'exemption ne conduise pas à un détournement des produits pharmaceutiques exportés et pour empêcher leur réexportation ou leur utilisation par des membres non admissibles⁶⁷.

Cela est de nature à décourager les firmes des pays développés à s'engager dans la procédure d'exportation des médicaments produits sous licences obligatoires dans la mesure où cette exigence de marquage multiple constitue une contrainte ou une

⁶⁴ Aux fins de la décision de 2003, l'expression « membre exportateur » s'entend d'un membre utilisant le système décrit dans ladite décision pour produire des produits pharmaceutiques à l'intention d'un membre importateur admissible et les exporter vers ce membre (voir également OMC, Protocole portant Amendement de l'Accord sur les ADPIC, en ligne sur https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/wtl641_f.htm, consulté le 14 décembre 2017).

⁶⁵ D. GERVAIS, *op.cit.*, 77.

⁶⁶ *Idem*, p. 79.

⁶⁷ La réexportation n'est pas même permise aux membres en développement ou moins avancés qui présentent des problèmes de santé semblables et qui ont signé un accord commercial régional au sens de l'article XXIV du GATT de 1994. Le détournement (l'exportation vers un pays tiers au lieu du pays pour lequel le produit a été fabriqué constitue la principale préoccupation des pays riches. Les circonstances qui justifient la fabrication d'un médicament en vertu d'une licence obligatoire en vue de son exportation vers un pays A et les notifications requises ne s'appliquent pas à un pays B, et ce dernier doit effectuer les commandes et les notifications prévues s'il veut également bénéficier du système (GERVAIS, 2010 : 384-394).

charge supplémentaire, en argent et en temps. Appotex⁶⁸ n'a pas souhaité recevoir une nouvelle commande de la part du Rwanda, en arguant qu'il a perdu de l'argent dans la première commande d'antirétroviraux qu'il a livrés au Rwanda⁶⁹.

Par ailleurs, le pays exportateur doit enfin se porter garant de la rémunération et de son versement au détenteur du brevet⁷⁰. Ainsi, au cas où le pays importateur n'honorait pas ses engagements, c'est le pays exportateur qui devrait payer cette rémunération. En outre, les conditions dans lesquelles le montant de ces rémunérations est déterminé restent imprécises, voire floues, comme cela a été mentionné plus haut. En effet, dans les cas où une licence obligatoire est accordée par un membre exportateur, une « rémunération adéquate » doit être versée au titulaire du brevet pour l'utilisation de son invention, compte tenu de la valeur économique que représente pour le membre importateur l'utilisation de ce produit⁷¹. En ce qui concerne cette rémunération, le pays importateur est dégagé de toute responsabilité à l'égard du breveté, ce dernier peut saisir directement le pays exportateur. Ainsi, au lieu d'encourager les exportations des médicaments produits sous licences obligatoires, le dispositif prévoit plutôt une sorte de sanction aux entreprises et aux pays développés qui s'engageraient dans la procédure.

Le plus préoccupant tient au fait que les fabricants de génériques n'étant autorisés à produire qu'au coup par coup et dans des quantités préalablement

⁶⁸ Appotex est la firme pharmaceutique canadienne qui a effectué la production et l'exportation des antirétroviraux produits sous licence obligatoire au Rwanda,

⁶⁹ J. C. KOHLER, J. LEXCHIN, V. KUEK, & J. ORBINSKI, « *Health Policy*, v.5(3); 2010 Feb

⁷⁰ C. CORREA, & G. Velasquez, *op.cit.*, (2009), p. 92.

⁷¹ Voir l'article 31bis paragraphe b) du Protocole portant Amendement de l'Accord sur les ADPIC, en ligne sur https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/wt1641_f.htm, consulté le 14 décembre 2017.

précisées, on imagine mal comment ils pourraient se lancer dans les investissements en faisant des installations de production adéquates, sans avoir la garantie d'un marché durable ou d'un volume suffisant pour amortir ses coûts d'investissement. Cette situation constitue à elle seule un découragement majeur. En effet, dans la plupart des cas, les pays s'approvisionnent en médicaments en faisant des appels d'offres ou des propositions d'approvisionnement à l'intention des industries. Comme l'explique Abbott⁷², exiger d'un fabricant qu'il obtienne une licence obligatoire à l'exportation pour chaque offre, et pour chaque pays destinataire est un obstacle de taille. Cette exigence sous-entend que ce fabricant établisse une chaîne de production pour exécuter une commande et démanteler le tout pour construire ou réaménager ses infrastructures pour une autre. C'est tout simplement surréaliste, du moment que les besoins des pays sont souvent identiques et souvent concomitants, notamment en cas d'épidémies ou de catastrophes⁷³. Il s'avère donc une volonté manifeste des pays développés de mettre en échec les mécanismes prévus par la nouvelle procédure des licences obligatoires prévue par la Décision de 2003. Sauf circonstances exceptionnelles (beaucoup de commandes, procédé de production facile à copier, etc.), on voit mal comment le mécanisme motiverait les firmes à s'impliquer dans un pareil processus, sans oublier, comme on l'a vu, les pressions que ces firmes et leur pays exercent sur les autres pays qui manifestent l'intention d'en faire usage. Ainsi, même si la volonté des pays développés de mettre en échec l'application de ce nouveau système, leur faible implication n'est pas un secret.

⁷² M. F. Abbott, Témoignage devant le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce du Parlement du Canada, concernant le projet de loi S-232 portant modification du Régime canadien d'accès aux médicaments (RCAM), 19 novembre 2009, p. 3, en ligne sur http://www.aidslaw.ca/FR/rcam/documents/Abbott_Senat_ProjetdeloiS-232_FRA.pdf, consulté le 19 janvier 2018.

⁷³ Idem, p. 4.

iii. *La faible implication des pays développés*

Déjà, plusieurs pays développés (comme l’Australie, le Canada, les États-Unis, le Japon, l’Union européenne, l’Islande, la Nouvelle Zélande, la Norvège et la Suisse) ont fait savoir qu’ils n’utiliseraient pas le nouveau système des licences obligatoires en tant qu’importateurs⁷⁴. Ce qui est logique puisqu’ils disposent des capacités suffisantes pour produire localement les médicaments dont ils auraient besoin. D’autres (comme la Chine, la Corée du Sud, le Mexique et la Turquie) ont déclaré qu’ils n’y recourraient qu’en cas de situations d’urgence⁷⁵. Ceci fait que les pays qui vont utiliser ce système en tant qu’importateurs sont peu nombreux. Cela réduit considérablement la portée et l’impact du nouveau système des licences obligatoires.

Pire encore, malgré le caractère licite des licences obligatoires (anciennes ou nouvelles)⁷⁶, leur usage demeure résiduel en raison aussi des pressions exercées sur les gouvernements des pays du Sud qui envisagent d’y recourir par les pays riches et leurs firmes. Certains pays qui ont manifesté l’intention d’y recourir ont été menacés par certains pays développés de représailles commerciales⁷⁷. Ces menaces sont suffisamment dissuasives pour que ces pays du Sud renoncent à l’usage des licences obligatoires⁷⁸. En effet, les États-Unis ont introduit une

⁷⁴ Voir la note de bas de page 3 de l’Annexe de l’Accord sur les ADPIC, en ligne sur https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/wtl641_f.htm, consulté le 14 décembre 2017.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Les anciennes licences obligatoires sont prévues par l’article 31 de l’Accord sur les ADPIC avant sa modification, et les nouvelles sont régies par l’article 31 bis de l’Accord sur les ADPIC modifié.

⁷⁷ C. CORREA, *op.cit.*, p. 47.

⁷⁸ Voir la note de presse du représentant commercial des États-Unis du 30 avril 1999 qui énumère les pays susceptibles de faire l’objet de sanctions économiques commerciales en vertu de la section spéciale 301 de la loi commerciale des États-Unis (C. CORREA, *op.cit.*, 2009 : 47).

plainte devant l'OMC pour contester le fait qu'il était possible d'acquiescer au Brésil une licence obligatoire même si le brevet n'était pas d'origine brésilienne⁷⁹.

En outre, la Thaïlande a également octroyé en 2006 une licence obligatoire pour l'éfavirenz pour l'importer de l'Inde à un prix correspondant à la moitié de son prix de commercialisation en Thaïlande. En représailles, l'une des firmes pharmaceutiques a retiré les demandes pendantes d'homologation de nouveaux médicaments en Thaïlande. Pendant ce temps, les États-Unis ont menacé la Thaïlande de représailles commerciales sur les bijoux, le bois et les microprocesseurs et l'ont inscrite sur la « liste de surveillance prioritaire », celle des pays dont la protection de la propriété intellectuelle est jugée inadéquate⁸⁰.

Ainsi, les pressions politiques et économiques restent un problème récurrent même dans le cas de la nouvelle procédure des licences obligatoires malgré que ces pressions aient formellement été dénoncées dans la Déclaration de Doha. Dans son paragraphe 4, celle-ci affirme en effet que les pressions exercées pour entraver l'utilisation des flexibilités disponibles dans l'Accord sur les ADPIC vont à l'encontre de l'esprit et de l'objectif de l'Accord. La réponse à la problématique des brevets et de l'accès aux médicaments dans les pays du Sud ne se trouve donc ni dans l'ancienne version des licences obligatoires, ni dans la nouvelle conçue spécialement pour résoudre ce problème, ni dans aucune autre exception prévue par les accords de l'OMC.

⁷⁹ B. REMICHE & V. CASSIERS, *op.cit.*, p. 144.

⁸⁰ C. CORREA, & G. VELASQUEZ, *op.cit.*, (2009), p. 77.

CONCLUSION GENERALE

Malgré les dispositions de l'Accord sur les ADPIC et les autres Accords de l'OMC qui sont favorables aux pays en développement et qui comportent des flexibilités susceptibles d'être exploitées pour prendre des mesures favorables à la santé, la réalité est que ces pays sont toujours dans impossibilité d'avoir des médicaments abordables pour leurs populations. En effet, outre que ces flexibilités sont inopérantes à cause de l'incapacité technique et la crainte de représailles commerciales et économiques de la part des pays riches, elles empêchent les pays en développement de recourir aux licences obligatoires.

Ces dernières, qui sont les plus intéressantes de ces flexibilités et qui pouvaient permettre aux pays les moins avancés (PMA) de se procurer les médicaments génériques, se sont révélées inopérantes dans la plupart de ces pays. L'Article 31 de l'Accord sur les ADPIC qui autorise ces licences obligatoires dispose, en son alinéa f, qu'elles ne pouvaient être accordées que pour l'approvisionnement du marché intérieur du membre qui les a autorisées. Ainsi, cette disposition étant interprétée comme une interdiction formelle d'exporter les médicaments produits sous licences obligatoires, les PMA ne peuvent l'exploiter pour avoir les médicaments dont ils ont besoin à des prix raisonnables et abordables pour leurs populations.

Leurs industries pharmaceutiques ne disposent pas de capacités techniques et des compétences en ressources humaines en matière de production de médicaments. La mise en œuvre d'une production locale dans les PMA n'est donc viable ni techniquement ni économiquement dans ces pays. C'est dans cette perspective

que la Conférence Ministérielle de Doha de 2001 a permis l'assouplissement des règles des licences obligatoire en invitant les membres à prendre des mesures favorables à la santé. En 2003, le Conseil des ADPIC a pris à cet effet une décision qui modifie l'article 31f et la rend exécutoire jusqu'à l'entrée en vigueur du Protocole de 2005 portant amendement de l'Accord sur les ADPIC qui est venu rendre permanente cette dérogation de l'article 31f. La nouveauté apportée par cette décision de 2003 est que, pour les pays dépourvus de capacités techniques, l'importation des médicaments fabriqués ailleurs sous licences obligatoires devenait légalement possible, abrogeant ainsi la disposition qui empêchait leur exportation.

Mais les conditions à remplir ainsi que les formalités à faire sont autant de contraintes et des limites à l'utilisation de ce nouveau système des licences obligatoires. En effet, ce nouveau système impose de nombreux obstacles administratifs, légaux et politiques à l'exportation des génériques. Si le problème des prix abordables pour les patients se trouvant dans les PMA peut théoriquement être circonscrit à l'aide de ce nouveau système des licences obligatoires, la mise en œuvre de ce nouveau système est plus contraignant que les règles générales de l'Accord sur ADPIC et il est devenu plus compliqué et complexe d'importer ou d'exporter les médicaments que n'importe quel autre produit fabriqué sous licences obligatoires. Parce qu'il comporte des exigences et des notifications multiples, et parce qu'il est basé sur une action pays par pays, médicament par médicament, il crée de nombreuses formalités administratives et des étirements des délais qui ne tiennent pas compte de l'urgence des besoins en médicaments que les pays et les patients sont souvent confrontés.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

1. ABBOTT M. F., Témoignage devant le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce du Parlement du Canada, concernant le projet de loi S-232 portant modification du Régime canadien d'accès aux médicaments (RCAM), 19 novembre 2009, en ligne sur http://www.aidslaw.ca/FR/rcam/documents/Abbott_Senat_ProjetdeloiS-232_FRA.pdf, consulté le 19 janvier 2018.
2. BEIER F.-K., « Exclusive rights, statutory licenses and compulsory licenses in patent and utility model law », in *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 30, n° 3, 1999, pp. 251-275.
3. BOUISSOU J., « En Inde : la bataille pour des médicaments bon marché continue », in *Le Monde* du 2 avril 2013, [en ligne], http://www.lemonde.fr/sante/article/2013/04/02/en-inde-la-bataille-pour-des-medicaments-bon-marche-continue_3151796_1651302.html, consulté le 11 janvier 2012.
4. CFS (Conseil fédéral Suisse), « Importations parallèles et droit des brevets », in *Rapport du Conseil fédéral du 8 mai 2000 en réponse à la question de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national* (24 janvier, 2000), 37 p.
5. CORREA C., & VELASQUEZ, G., *Comment préserver l'accès aux médicaments*, Paris, Harmattan, 2010, 184.p.
6. CORREA C., *Intégration des considérations de santé publique dans la législation en matière de brevet des pays en développement*, South center, 2001, 162 p.

7. CORREA C., & VELASQUEZ, G., *L'accès aux médicaments : entre le droit à la sante et les nouvelles règles du commerce international*, Paris, Harmattan, 2009, 185 p.
8. CORREA C., & VELASQUEZ, G., *Comment préserver l'accès aux médicaments*, Paris, Harmattan, 2010, 184 p.
9. DAILLER P.; FORTEAU, M. & PELLET, A., *Droit international public*, 8ème édition, Paris, L.G.D.J., Lextenso Éditions, 2009, 1722 p.
10. ESMAIL L. & ELLIOT R., « L'accès aux médicaments et la propriété intellectuelle », in Rapport d'une réunion d'experts internationaux sur le Régime canadien d'accès aux médicaments, les développements dans le monde et les nouvelles stratégies pour améliorer l'accès, Ottawa, 19-21 avril 2007, Institut Nord-Sud, en ligne sur <http://www.aidslaw.ca/publications/interfaces/downloadFile.php?ref=1253>, consulté le 23 décembre 2017.
11. FINNEGAN M., « The folly of compulsory licensing », in *Journal of licensing executive society*, vol. 12, june 1977, n° 2, pp. 128-151.
12. GERVAIS D., *L'Accord sur les ADPIC : propriété intellectuelle à l'OMC*, Paris, Larcier, 2010, 733 p.
13. GUESMI A., *Le médicament à l'OMC : droit des brevets et enjeux de santé*, Bruxelles, Larcier, 2011, 652 p.
14. HABERNAS, J., *The postnational constellation: political essays*, Cambridge, The MIT Press, 2001, 190 p.
15. HASBI, A., *Théories des relations internationales*, Paris, Harmattan, 2004, 388 p.
16. ITUKU E. B., *Propriété intellectuelle et droits de l'homme : l'impact des brevets pharmaceutiques sur le droit à la santé dans le contexte du VIH/SIDA en Afrique*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 542 p.

17. KISS, A. & BEURIER, J.-P., *Droit international de l'environnement*, 3^{ème} édition, Paris, Editions A. Pedone, 2004, 503 p.
18. KOHLER J. C., LEXCHIN J., KUEK V., & ORBINSKI J., « *Healthc Policy*, v.5(3); 2010 Feb
19. LADAS, S. P., *Patents, trademarks and related rights national and international protection*, vol. 1, Cambridge, Harvard University press, 1975, 2115 p.
20. LEVEQUE F., & MENIERE Y., *Économie de la propriété intellectuelle*, Paris, La Découverte, 2003, 128 p.
21. MARTIN, L. L. & SIMMONS, B. A., (dir.), *International institutions : an international organization reader*, Cambridge, the MIT press, 2001, 465 p.
22. NOVIER, M., *La propriété intellectuelle en droit international privé suisse*, Genève, Librairy Droz, 1996, 394 p.
23. OCDE, *Manuel sur les statistiques des brevets*, Paris, OECD Publishing, 2009, 178 p.
24. OMC, Notifications des membres de l'OMC importateurs, 2013, en ligne sur http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/public_health_notif_import_f.htm, consulté le 26 octobre 2013.
25. OMC, Le Cycle de Doha, en ligne sur https://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/dda_f.htm, consulté le 16 janvier 2018.
26. OMC, Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, en ligne sur https://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_trips_f.htm, consulté le 21 novembre 2017.

27. OMC, Protocole portant Amendement de l'Accord sur les ADPIC, en ligne sur https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/wtl641_f.htm, consulté le 14 décembre 2017.
28. OMC, Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC, version non amendée), art 31, disponible en ligne sur https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips_01_f.htm, consulté le 12 décembre 2017.
29. OMC, Décision du Conseil Général du 30 août 2003 portant mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la Santé publique, WT/L/540 et Corr.1, septembre 2003, en ligne sur https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/implem_para6_f.htm, consulté le 11 décembre 2017.
30. OMC, Liste des Membres et des observateurs, en ligne sur https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/org6_f.htm, consulté le 28 janvier 2018.
31. OMC, Modification des règles de l'OMC en matière de propriété intellectuelle afin de faciliter l'accès des pays pauvres à des médicaments abordables, en ligne sur https://www.wto.org/french/news_f/news17_f/trip_23jan17_f.htm, consulté le 27 septembre 2017.
32. OMC, Liste des pays ayant ratifié le Protocole portant amendement de l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC ainsi que les dates de dépôt des instruments de ratification en ligne sur https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/amendment_f.htm, consulté le 15 janvier 2018.

33. REMICHE, B. & CASSIERS, V., *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : Créer, protéger et partager les inventions au 21ème siècle*, Bruxelles, Larcier, 2010, 745 p.
34. REMICHE, B. & KORS, J., *L'Accord sur les ADPIC : dix ans après*, Bruxelles, Larcier, 2007, 560 p.
35. SAMUELSON, A. P., « The pure theory of public expenditure », in *The review of economics and statistics*, vol. 36, no. 4, 1954, pp. 387-389.
36. SCHERER, F.M., & WATAL, J., « Post-TRIPS options for access to patented medicines in developing countries », in *Journal of international economic law*, 2002, pp. 913-939.
37. VERSCHAVE , F.-X. (dir.), *La santé mondiale, entre racket et bien public*, Paris, Mayer, 2004, 346 p.

JURISPRUDENCE

LE DELAI RAISONNABLE D'INTRODUCTION DES REQUETES INDIVIDUELLES D'APRES LA JURISPRUDENCE DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Par Egide MANIRAKIZA¹

INTRODUCTION GENERALE

01. Enoncé de l'étude

La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est une cour régionale créée par les Etats africains afin d'assurer la protection des droits de l'homme et des peuples, des libertés et devoirs en Afrique. Elle a été créée en vertu de l'article 1 du Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples². Elle complète et renforce les missions de protection de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples³. Dans cette perspective, cette Cour est compétente pour connaître de toutes les affaires et différends dont elle est saisie concernant l'interprétation et l'application de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, du Protocole et de tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme ratifié par les Etats concernés⁴. La Cour est composée de

¹ Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de Droit.

² Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, adopté à Ouagadougou le 9 juin 1998, entré en vigueur le 25 janvier 2004 après avoir réuni les 15 ratifications exigées, voir O. DESCHUTTER et al., *Code de droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.781-789. Ce Protocole est également appelé Protocole d'Ouagadougou pour la simple raison qu'il a été adopté dans cette ville.

³ Article 2 de ce Protocole

⁴ Article 3.1. du même Protocole

onze juges, ressortissants des Etats membres de l'Union africaine⁵. Les premiers juges ont été élus en janvier 2006 à Khartoum au Soudan. Ils ont prêté serment devant l'Assemblée des Chefs d'Etat et de gouvernement de l'Union africaine le 2 juillet 2006 à Banjul en Gambie. La Cour a officiellement débuté ses activités à Addis-Abeba en Ethiopie en novembre 2006 mais en août 2007 elle s'est délocalisée à Arusha en Tanzanie où le Gouvernement de la République Unie de Tanzanie lui a prêté des locaux provisoires en attendant la construction d'une structure permanente.

En vertu de l'article 5 du Protocole portant création de cette Cour et de l'article 33 du Règlement d'ordre intérieur de la même juridiction, la Cour peut connaître des plaintes / et ou requêtes qui lui sont soumises soit par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples ou par les Etats parties au Protocole ou les organisations intergouvernementales africaines. Les organisations non gouvernementales ayant le statut d'observateur auprès de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples et des individus ressortissants des Etats qui ont déjà fait la déclaration acceptant la compétence de la Cour peuvent également saisir directement la Cour. La Cour a rendu son premier arrêt en 2009 et jusqu'au mois de mars 2017, elle avait reçu 124 requêtes et avait déjà rendu 32 décisions. Elle a encore sur son agenda 92 affaires à examiner et 4 demandes d'avis consultatifs⁶.

Dans l'analyse de la recevabilité des requêtes qui lui sont soumises, l'article 6.2. du Protocole d'Ouagadougou indique que « La Cour statue sur la recevabilité des

⁵ Article 11.1. du même Protocole

⁶ Ce sont les données qui figurent sur le site de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : www.africa-court.org consulté le 29 janvier 2017.

requêtes en tenant compte des dispositions énoncées à l'article 56 de la Charte ». Ainsi, à ce stade de la procédure, la Cour doit analyser si les conditions de recevabilité que pose l'article 56 de la Charte africaine des droits de l'homme et reprises *mutatis mutandis* par l'article 40 de son Règlement d'ordre intérieur sont réunies. Cet article dispose :

« Les communications visées à l'article 55 reçues à la Commission et relatives aux droits de l'homme et des peuples doivent nécessairement, pour être examinées, remplir les conditions ci-après :

- 1° Indiquer l'identité de son auteur même si celui-ci demande à la Commission de garder l'anonymat ;
- 2° Etre compatible avec la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine ou avec la présente Charte ;
- 3° Ne pas contenir des termes outrageants ou insultants à l'égard de l'Etat mis en cause, de ses institutions ou de l'O.U.A ;
- 4° Ne pas se limiter à rassembler des nouvelles diffusées par des moyens de communication de masse ;
- 5° Etre postérieures à l'épuisement des voies de recours internes s'ils existent, à moins qu'il ne soit manifeste à la Commission que la procédure de ces recours se prolonge d'une façon anormale ;
- 6° Etre introduites dans un délai raisonnable courant depuis l'épuisement des voies de recours internes ou depuis la date retenue par la Commission comme faisant commencer à courir le délai de sa propre saisine ;
- 7° Ne pas concerner des cas qui ont été réglés conformément, soit aux principes de la Charte des Nations Unies, soit de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine et soit des dispositions de la présente Charte ».

Dans les sept conditions de recevabilité des requêtes individuelles, cette étude portera uniquement sur la sixième condition (article 56.6. de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et reprise par l'article 40.6. du Règlement d'ordre intérieur de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples) d'après laquelle la requête être introduite dans un délai raisonnable courant depuis l'épuisement des voies de recours internes ou depuis la date retenue par la Cour comme faisant commencer à courir le délai de sa propre saisine. L'étude veut analyser dans quelle mesure la jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples s'écarte ou se conforme à la jurisprudence des autres organes de protection des droits de l'homme sur la même condition de recevabilité. Dans cette perspective, nous nous poserons les questions de recherche suivantes :

- Est-ce que cette condition de recevabilité attire l'attention de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples dans les décisions qu'elle rend sur la recevabilité ?
- Si oui, quel est le point de départ de ce délai ?
- Quelle est la consistance de ce délai ?

02. Approche méthodologique

L'approche qui sera suivie dans les développements de cette étude sera essentiellement documentaire. Dans cette perspective, l'analyse se focalisera sur les arrêts sur la recevabilité et décisions sur la recevabilité⁷ déjà rendus par la Cour

⁷ L'analyse portera essentiellement sur les arrêts sur la recevabilité et les décisions sur la recevabilité disponibles sur le site de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples dans la rubrique « Affaires finalisées » qui suivent : Arrêt Jonas c. République unie de Tanzanie du 28 septembre 2017, Requête n° 11/2015; Arrêt Mamadou Diakité and Habibata B Guindo c. République du Mali du 28 septembre 2017, Requête n° 009/2016 ; Arrêt Kennedy Onino Onyachi et autres c. République

africaine des droits de l'homme et des peuples, les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme⁸, la jurisprudence des autres juridictions internationales des droits de l'homme⁹ ainsi que la doctrine.

03. Enoncé du plan

Chaque question de recherche fera l'objet d'une subdivision à part. Ainsi, après avoir analysé si la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples attache ou non un intérêt évident à cette condition de recevabilité (**I**), nous analyserons le point de départ du délai d'introduction des requêtes individuelles (**II**) et enfin la consistance du même délai (**III**).

unie de Tanzanie du 28 septembre 2017, Requête n°003/2015 ; Arrêt Frank David Omary et autres c. République unie de Tanzanie, arrêt sur la recevabilité du 28 mars 2014, Requête n°001/2012 ; Arrêt Abdoulaye Nikiewa, Ernest Nzongo, Blaise Iiboudo & Mouvement burkinabé des droits de l'homme et des peuples c. Burkina Faso du 21 juin 2013, arrêt sur les exceptions préliminaires, Requête n°013/2011 ; Arrêt Christopher Mtilika c. République unie de Tanzanie du 14 juin 2013, Requête n°011/2011 ; Arrêt Alex Thomas c. République unie de Tanzanie, Requête n°005/2013 ; Peter Joseph Chacha c. République unie de Tanzanie, Décision sur la recevabilité du 28 mars 2014, Requête n°003/2012 ; Urban Mkandawire c. République du Malawi, Décision d'irrecevabilité du 21 juin 2013 ; Arrêt Tanganyika Law Society et The Legal and Human Rights Centre et Rev Christopher Mtilika c. République Unie de Tanzanie du 14 juin 2013, Requête n°009&011/2011.

⁸ Particulièrement les instruments internationaux auxquels la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples pourrait s'inspirer en vertu de l'article 61 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui dispose que « La Commission prend aussi en considération comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, les autres conventions internationales, soit générales, soit spéciales établissant des règles expressément reconnues par les Etats membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, les pratiques africaines conformes aux normes internationales relatives aux droits de l'homme et des peuples, les coutumes généralement acceptées comme étant le droit, les principes généraux reconnus par les nations africaines ainsi que la jurisprudence et la doctrine.

⁹ Particulièrement celle de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur laquelle la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples s'appuie assez souvent dans ses décisions.

I. Est-ce que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples attache ou non un intérêt évident sur le délai raisonnable d'introduction des requêtes individuelles au stade de la recevabilité des requêtes ?

Les décisions sur la recevabilité que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples adopte au sujet des requêtes qui lui sont présentées figurent, sur le site de cette juridiction, tantôt dans les décisions sur la recevabilité, tantôt dans les arrêts sur la recevabilité¹⁰. A la lecture de toutes les décisions prises au stade de la recevabilité, trois constats peuvent être dégagés.

Le premier constat est que la Cour africaine se prononce sur la condition du délai uniquement si la Cour a décidé au préalable que les requérants ont épuisé les voies de recours internes¹¹. C'est une interprétation tout à fait logique de cette condition car l'article 56.6. de la Charte africaine et l'article 40.6. du Règlement d'ordre intérieur de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples exigent que les requêtes doivent être introduites dans un délai raisonnable courant depuis l'épuisement des voies de recours internes.

Le deuxième constat est que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples limite son examen aux conditions de recevabilité dont le non respect a été soulevé par le défendeur sans évoquer les autres, à l'exception de la condition de l'épuisement des voies de recours internes que cette juridiction a soulevé d'office

¹⁰ La distinction entre ces diverses appellations n'est pas clairement établie ni dans le Règlement d'ordre intérieur de cette juridiction ni dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ou le Protocole portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

¹¹ Voir notamment les décisions d'irrecevabilité prises par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples dans les affaires :

- Frank David Omary et autres c. République unie de Tanzanie du 28 mars 2014, § 140 ;
- Peter Joseph Chacha c. République unie de Tanzanie, décision du 28 mars 2014, §154.

notamment dans l'affaire *Urban Mkandawire* contre Malawi¹². Dans d'autres cas, sans donner plus de précisions, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples indique simplement que « Pour sa part, la Cour note également que rien dans les documents qui lui ont été soumis par les parties ne révèle que l'une des conditions ci-dessus n'a pas été remplie en l'espèce ¹³ ». Une telle démarche tranche avec celle de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples qui, selon sa jurisprudence bien établie, considère que toutes les conditions de recevabilité que pose l'article 56 de la Charte sont solidaires et doivent toutes être examinées dans toutes les affaires, que la partie défenderesse ait ou non soulevé des objections à cet égard¹⁴.

Le troisième constat est que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, les requérants et les Etats défendeurs attachent une grande importance à la condition de recevabilité relative au délai car dans toutes les décisions sur la recevabilité que nous avons analysées, seule dans une seule décision, cette condition n'a pas été soulevée.

En effet, la décision sur la recevabilité dans laquelle cette juridiction a analysé beaucoup de conditions porte sur la Requête n°001/2012 Frank David Omary et autres contre République Unie de Tanzanie au sujet de laquelle cinq conditions de recevabilité ont été analysées à savoir l'identité des requérants¹⁵, la compatibilité

¹² Voir paragraphe 38 de l'arrêt rendu dans cette affaire.

¹³ Notamment dans l'arrêt Kennedy Onino Onyachi et autres c. République unie de Tanzanie du 28 septembre 2017, § 71.

¹⁴ A DIDIER ODINGA, « La première décision au fond de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (arrêt du 14 juin 2013 sur les affaires jointes Tanganyika Law Society & The Legal and Human Rights Centre c. Tanzanie et Révérend Christopher R. Mtikila c. Tanzanie) », in Revue du centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux, 2014, p.7.

¹⁵ Article 56.1. de la Charte et article 40.1. du Règlement d'ordre intérieur de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

de la requête avec l'Acte constitutif de l'Union africaine et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁶, la requête ne se limite pas à rassembler exclusivement des nouvelles diffusées par des moyens de communication de masse¹⁷, l'épuisement des voies de recours internes¹⁸ ainsi que le délai raisonnable d'introduction de la requête courant depuis l'épuisement des voies de recours internes¹⁹. En suivant le critère du nombre de conditions de recevabilité analysées par la même Cour, les décisions de recevabilité suivantes sont celles dans lesquelles cette juridiction a analysé trois conditions à savoir la compatibilité de la requête avec l'Acte constitutif de l'Union africaine et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, l'épuisement des voies de recours internes et le délai raisonnable d'introduction de la requête courant depuis l'épuisement des voies de recours internes²⁰. Viennent ensuite les décisions sur la recevabilité dans lesquelles la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples n'a analysé que deux conditions de recevabilité dont l'épuisement des voies de recours internes et le délai raisonnable d'introduction de la requête courant depuis l'épuisement des voies de recours internes²¹. Vient enfin la décision de recevabilité dans laquelle la Cour

¹⁶ Article 56.2. de la Charte et article 40.2. du Règlement d'ordre intérieur de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

¹⁷ Article 56.4. de la Charte et article 40.4. du Règlement d'ordre intérieur de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

¹⁸ Article 56.5. de la Charte et article 40.5. du Règlement d'ordre intérieur de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

¹⁹ Article 56.6. de la Charte et article 40.6. du Règlement d'ordre intérieur de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

²⁰ Ce sont les décisions sur la recevabilité prises sur la requête n°003/2012 Peter Joseph Chacha c. République unie de Tanzanie et requête n°005/2013 Alex Thomas c. République unie de Tanzanie.

²¹ Ce sont les décisions sur la recevabilité portant sur les quatre requêtes suivantes : requête n°009&011 :2011 Tanganyika Law Society et The Legal and Human Rights Centre et Révérend Christopher Mtikila c. République unie de Tanzanie ; requête n°013/2011 Abdoulaye Nikiéwa, Ernest Nzongo, Blaise Iiboulo&Mouvement burkinabé des droits de l'homme et des peuples c. Burkina Faso ; requête n° 003/2015 Kennedy Onino Onyachi et autres c. République unie de Tanzanie.

africaine des droits de l'homme et des peuples n'a analysé qu'une seule condition de recevabilité relative à l'épuisement des voies de recours internes²².

Aux termes de cette analyse, nous pouvons répondre à la première question de recherche en affirmant que la condition de recevabilité relative au délai raisonnable que pose l'article 56.6. de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et reprise par l'article 40.6. du Règlement d'ordre intérieur de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples attire véritablement l'attention non seulement de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples mais aussi celle des requérants et des Etats défendeurs. En suivant la fréquence de son analyse, cette condition vient après celle relative à l'épuisement des voies de recours internes parmi les sept conditions de recevabilité exigées dans le système régional africain de protection des droits de l'homme. La réponse à cette première question de recherche nous permet de passer aux questions de recherche suivantes.

II. Le point de départ du délai de saisine dans le système régional africain

L'article 40.6. du Règlement intérieur de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples précise, en ce qui concerne le point de départ du délai de saisine de cette juridiction, que les requêtes doivent « être introduites dans un délai raisonnable courant depuis l'épuisement des voies de recours internes ou depuis la date retenue par la Cour comme faisant commencer à courir le délai de sa propre saisine ». D'après cet article, le point de départ de la saisine est soit la date d'épuisement des voies de recours internes, soit la date retenue par la Cour qui fait

²² C'est la décision sur la requête n°003/2001 Urban Mkandawire c. République unie de Tanzanie.

commencer le délai de sa saisine. Dans sa jurisprudence, la Cour africaine semble adopter la deuxième éventualité mais sans adopter le même principe.

En effet, dans l'affaire *Alex Thomas c. République unie de Tanzanie*, la Cour a fixé le point du départ du délai au jour de la déclaration prévue à l'article 34(6) du Protocole portant création de cette juridiction²³. Cette disposition indique que « A tout moment, à partir de la ratification du présent Protocole, l'Etat doit faire une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir les requêtes énoncées à l'article 5(3) du présent Protocole. La Cour ne reçoit aucune requête en application de l'article 5(3) intéressant un Etat qui n'a pas fait une telle déclaration ».

Ce n'est pas le même point de départ qui a été fixé par la même Cour dans l'affaire *Abdoulaye Nikiema, Ernest Zongo, Blaise Iiboulo & Mouvement burkinabé des droits de l'homme et des peuples c. Burkina Faso* car dans cette affaire, le point du départ a été fixé à l'entrée en vigueur de son Règlement intérieur, précisément le 20 juin 2008. La Cour justifie la position qu'elle a adoptée dans cette affaire dans deux paragraphes qui se succèdent. D'une part, elle indique que « Toutefois, s'agissant des requêtes soumises à la Cour durant les premières années de son existence, celle-ci doit nécessairement prendre en compte, le fait qu'elle-même n'est pas devenue opérationnelle sur le plan judiciaire immédiatement après sa mise en place en juillet 2006. Elle a dû en particulier, en application de l'article 33 du Protocole portant sa création, élaborer elle-même son Règlement intérieur, lequel détermine précisément, entre autres, les modalités de sa saisine par les entités et les personnes ayant qualité pour le faire »²⁴. D'autre part, dans le paragraphe suivant, le même arrêt ajoute « La Cour considère que c'est cette date qui est pertinente

²³ Paragraphe 73 de l'arrêt rendu dans cette affaire.

²⁴ Arrêt sur les exceptions préliminaires rendu dans cette affaire le 21 juin 2013, §119.

parce que c'est seulement à partir d'elle que tous les requérants potentiels ont pu être en mesure de prendre connaissance du contenu de son Règlement intérieur et de songer à saisir la Cour »²⁵.

Dans les deux cas, le point de départ du délai n'a pas été fixé de la même manière mais la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ne s'écarte nullement du prescrit de l'article 40.6. de son Règlement intérieur qui lui donne une marge d'appréciation importante en permettant de fixer le point de départ à la « date retenue par la Cour comme faisant courir le délai de sa propre saisine ». Toutefois, pour bien orienter les requérants, il serait préférable que la Cour africaine des droits de l'homme indique clairement, en usant clairement de la marge d'appréciation que lui donne le Règlement intérieur, les points de départ du délai de la saisine.

Une autre interrogation qui se pose est de savoir sur ce point précis du point de départ de la saisine, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples se conforme ou pas aux autres organes de protection des droits de l'homme. Sur ce, cette juridiction africaine ne se conforme pas aux autres organes de protection des droits de l'homme, en particulier la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dont les instruments respectifs²⁶ fixent le point de départ du délai de saisine obligatoirement à la date de la décision interne définitive. Le fait pour la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples de ne pas se conformer ces derniers sur le point considéré n'est pas mauvais en soi dans

²⁵ Paragraphe 120 du même arrêt.

²⁶ Ce sont les articles :

- 35.1. de la Convention européenne des droits de l'homme : « La Cour ne peut être saisie... à partir de la décision interne définitive » ;
- 46.1. de la Convention interaméricaine des droits de l'homme : « que la pétition ou la communication soit introduite... à compter de la date à laquelle l'individu présumé lésé dans ses droits a pris connaissance de la décision interne définitive ».

la mesure où la juridiction africaine ne fait qu'user de la marge d'appréciation que lui donnent la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et son Règlement d'ordre intérieur.

III. La consistance du délai

Contrairement aux autres instruments des droits de l'homme, ni la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, ni le Règlement d'ordre intérieur de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, ne donnent des précisions sur la consistance du délai dans lequel les requêtes doivent être introduites sous peine d'irrecevabilité.

En effet, lorsque l'on fait une approche comparée avec les autres instruments régionaux des droits de l'homme, on s'aperçoit que seul le système africain des droits de l'homme est celui qui n'a pas indiqué un délai précis qui doit s'écouler depuis le point de départ du délai de saisine et endéans lequel la requête n'est plus recevable. Ainsi, la Convention européenne exige un délai précis de six mois comme l'indique l'article 35.1. de cette Convention qui dispose que :

« La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes tel qu'il est entendu, selon les principes généraux de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la décision interne définitive ».

C'est le même délai de six mois qu'on trouve dans l'article 46 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme qui précise que :

- a) « que la pétition ou communication soit introduite dans les six mois à compter de la date à laquelle l'individu présumé lésé dans ses droits a pris connaissance de la décision interne définitive ».

Contrairement à ces instruments régionaux des droits de l'homme, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que le Règlement d'ordre intérieur de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ne donnent pas un délai précis et parlent seulement d'un délai raisonnable.

Dans ce sens, l'article 56.6. de la Charte africaine précise que les communications doivent :

... «Etre introduites dans un délai raisonnable courant depuis l'épuisement des voies de recours internes ou depuis la date retenue par la Commission comme faisant commencer à courir le délai de sa propre saisine ».

L'article 40.6. du Règlement d'ordre intérieur de cette juridiction reprend *mutatis mutandis* cette formulation en disposant que les requêtes doivent ...« Etre introduites dans un délai raisonnable courant depuis l'épuisement des voies de recours internes ou depuis la date retenue par la Cour comme faisant commencer à courir le délai de sa propre saisine ».

De la sorte, lorsque la Charte africaine ou le Règlement d'ordre intérieur de la Cour africaine parle d'un délai raisonnable, en quoi consiste ce délai ou quels sont les critères qui permettent de déterminer ce délai ?

La réponse à cette question n'est pas facile à donner dans la mesure où la jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ne donne pas d'indications claires à ce sujet et que ce délai varie d'un cas à un autre.

En effet, de jurisprudence constante, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples affirme « qu'il n'existe pas de délai précis pour saisir la Cour et que chaque affaire sera tranchée en fonction de ses propres faits et circonstances »²⁷ ou que « le caractère raisonnable d'un délai de sa saisine dépend des circonstances particulières de chaque affaire, et doit être apprécié au cas par cas »²⁸.

Ainsi, en se basant sur cette position de principe, cette Cour a décidé, dans l'arrêt *Abdoulaye Nikiema, Ernest Zongo, Blaise Iiboulo & Mouvement Burkinabé des droits de l'homme et des peuples c. Burkina Faso* du 21 juin 2013, qu'un délai d'environ trois ans est raisonnable²⁹. Dans l'arrêt *Rev. Christopher Mtikila c. République Unie de Tanzanie* du 14 juin 2013, la même juridiction affirme que « Compte tenu des circonstances, la période de près de trois-cent soixante (360) jours (soit environ un an) qui s'est écoulée entre le jugement et le dépôt des requêtes n'a pas été prolongée de manière non raisonnable »³⁰. Dans l'arrêt *Alex Thomas c. République unie de Tanzanie*, la Cour a jugé qu'un délai de trois ans et cinq mois est raisonnable³¹.

²⁷ Notamment dans l'affaire *Peter Joseph Chacha c. République unie de Tanzanie*, décision sur la recevabilité du 28 mars 2014, paragraphe 154.

²⁸ Notamment dans l'arrêt *Abdoulaye Nikiema, Ernest Zongo, Blaise Iiboulo & Mouvement Burkinabé des droits de l'homme et des peuples c. Burkina Faso* du 21 juin 2013, Paragraphe 121 ; Arrêt *Alex Thomas c. République unie de Tanzanie*, paragraphe 73.

²⁹ Paragraphe 124 du même arrêt.

³⁰ Paragraphe 83 de cet arrêt.

³¹ Paragraphe 74 de cet arrêt.

Dans l'arrêt Christopher Jonas c. République unie de Tanzanie du 28 septembre 2017, la Cour a conclu que « le délai de cinq ans, un mois et douze jours est raisonnable au sens de l'article 56.6. de la Charte ». ³² Dans l'arrêt Kennedy Onyachi et autres c. République unie de Tanzanie du 28 septembre 2017, la Cour a estimé que « le délai de sept mois n'est pas déraisonnable » ³³ pour le premier requérant et pour le deuxième requérant, elle a affirmé que le délai de trois ans et deux mois est raisonnable ³⁴.

Il découle de tous ces arrêts que la Cour africaine apprécie différemment la consistance du délai d'introduction des requêtes car un délai d'environ trois ans un et demi ; un délai de 360 jours soit environ un an ; un délai trois ans et cinq mois ; un délai de cinq ans, un mois et douze jours ; un délai de sept mois, un délai de trois ans et deux mois, etc. sont tous des délais raisonnables.

Nous invitons la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples à donner un délai fixe en deans lequel les requêtes individuelles doivent être présentées, pour deux raisons.

La première raison est le souci de se conformer aux prescrits des autres instruments régionaux des droits de l'homme susvisés qui exigent un délai précis de six mois.

La deuxième raison est le souci d'éviter l'arbitraire dans l'appréciation que fait la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples de ce qu'est le délai raisonnable. Les critères d'appréciation de la consistance du délai qu'indique la Cour africaine sont d'une part difficiles à déterminer de manière objective et d'autre part elle place cette juridiction dans l'impossibilité de rejeter une requête pour le

³² Paragraphe 54 de cet arrêt.

³³ Paragraphe 67 de cet arrêt.

³⁴ Paragraphe 68 du même arrêt.

non respect de ce délai³⁵ dans la mesure où ces critères concernent la plupart des requérants individuels potentiels de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

Ainsi, dans l'arrêt *Christopher Jonas c. République unie de Tanzanie*, avant de décider qu'un délai de cinq ans, un mois et douze jours est raisonnable, la Cour a justifié sa position en indiquant que « le fait pour un requérant d'être incarcéré, le fait d'être indigent, le fait de ne pas avoir bénéficié de l'assistance gratuite d'un avocat durant toute la procédure au niveau national, le fait d'être un illettré, le fait d'ignorer la présente Cour en raison de sa mise en place relativement récente, sont toutes des circonstances qui peuvent plaider en faveur d'une certaine souplesse dans l'évaluation du caractère raisonnable du délai de saisine de la Cour »³⁶.

Dans l'arrêt *Kennedy Onino Onyachi et autres c. République unie de Tanzanie*, avant de décider qu'un délai de trois ans et deux mois n'est pas déraisonnable pour le premier requérant, elle a avancé comme argument qu'« il s'agit d'une personne profane incarcérée, indigente, sans formation juridique et sans assistance judiciaire jusqu'au moment où la Cour de céans lui a commis l'UPA pour lui fournir une assistance gratuite »³⁷. Pour le deuxième requérant, la même juridiction a estimé qu'un délai de sept mois n'est pas déraisonnable en considérant qu'« il s'agit d'une personne profane en la matière, incarcérée, indigente et sans assistance judiciaire »³⁸.

³⁵ Dans tous les arrêts que nous avons consultés, aucune requête n'a été déclarée irrecevable pour le non respect de cette condition du délai raisonnable.

³⁶ Paragraphe 53 de cet arrêt.

³⁷ Paragraphe 68 de cet arrêt.

³⁸ Paragraphe 67 du même arrêt.

Sur base de ces deux exemples, il apparaît que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples fait une appréciation trop large du délai raisonnable et devrait, pour éviter l'arbitraire dans l'appréciation qu'elle fait, fixer un délai précis au-delà duquel les requêtes individuelles ne seraient plus recevables.

CONCLUSION GENERALE

L'étude dont les développements vont bientôt toucher à leur fin portait sur l'analyse du délai raisonnable d'introduction des requêtes individuelles au sens de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Elle avait pour but de démontrer, sur le point considéré, dans quelle mesure cette juridiction africaine des droits de l'homme s'écarte ou se conforme à la jurisprudence des autres organes de protection des droits de l'homme ou aux autres instruments des droits de l'homme auxquels cette Cour pourrait se référer en vertu de l'article 61 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Pour ce faire, nous nous sommes posé les questions de recherche suivantes : Est-ce que cette condition de recevabilité attire l'attention de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples dans les décisions qu'elle rend sur la recevabilité ? Si oui, quel est le point de départ de ce délai ? Quelle est la consistance de ce délai ? Les développements relatifs à cette étude permettent de retenir les enseignements suivants sur chacune des questions considérées.

Sur la question de savoir si la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples attache un grand intérêt à cette condition de recevabilité, la réponse est affirmative. L'analyse de la jurisprudence permet de retenir que cette condition est analysée dans presque toutes les requêtes et que même elle vient en deuxième lieu dans le classement des conditions de recevabilité qui attirent véritablement l'attention de cette juridiction après celle de l'épuisement des voies de recours internes.

Au sujet de la deuxième question de recherche, il faut noter que d'après l'article 40.6. du Règlement d'ordre intérieur de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, le point de départ de la saisine est soit la date d'épuisement des voies de recours internes, soit la date retenue par la Cour qui fait commencer à courir le

délai de sa propre saisine. Dans sa jurisprudence, la Cour africaine semble adopter la deuxième éventualité mais sans adopter le même principe : tantôt elle fixe le point de départ à la date du dépôt par l'Etat défendeur de la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour prévue à l'article 34.6. du Protocole d'Ouagadougou, tantôt elle fixe le point départ à la date d'entrée en vigueur de son Règlement d'ordre intérieur. Sur ce point, nous avons constaté que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples s'écarte de la jurisprudence des autres organes de protection des droits de l'homme, en particulier la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dont les instruments respectifs leur exigent de retenir comme point de départ la date de l'obtention de la décision interne définitive. Toutefois, nous avons affirmé qu'en agissant de la sorte, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ne connaît aucune violation dans la mesure où elle ne fait qu'user de la marge d'appréciation que lui confère l'article 40.6. de son Règlement d'ordre intérieur. Néanmoins, pour une bonne lisibilité de sa jurisprudence notamment pour bien orienter les requérants, nous avons invité cette juridiction à annoncer clairement quelles sont les dates à retenir qui font courir le délai de sa propre saisine.

S'agissant de la troisième question de recherche, nous avons constaté que ni la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, ni le Règlement d'ordre intérieur de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, ne donnent des précisions sur la consistance du délai dans lequel les requêtes doivent être introduites sous peine d'irrecevabilité. La jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ne donne aucune indication sur les critères qui peuvent servir à apprécier objectivement en quoi consiste un délai raisonnable. Sur ce, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples s'écarte des autres juridictions des droits de l'homme en l'occurrence la Cour européenne des droits

de l'homme ainsi que la Cour interaméricaine des droits de l'homme dont les instruments respectifs et leur jurisprudence constante fixent un délai de six mois³⁹ au-delà duquel la requête devient irrecevable. Nous avons proposé d'une part, que dans le souci d'éviter l'arbitraire dans l'appréciation que fait la Cour africaine des droits de l'homme de ce qui est un délai raisonnable et d'autre part, dans le but de se conformer aux prescrits des autres instruments des droits de l'homme auxquels la Cour africaine se réfère assez souvent dans sa jurisprudence en vertu de l'article 61 de la Charte, la juridiction sous analyse devrait fixer un délai précis d'introduction des requêtes individuelles courant depuis le point de départ du délai de sa propre saisine au –delà duquel les requêtes devraient être déclarées irrecevables.

³⁹ Dans les deux systèmes, ce délai de six mois a une justification processuelle et une justification substantielle, voir à ce sujet : E PICARD, « Commentaire de l'article 26 de la Convention européenne des droits de l'homme, (article 35.1. de la Convention européenne des droits de l'homme dans sa version actuelle) », in E. DECAUX et P-H. IMBERT (sous la direction de), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^{ème} édition, 1999, pp. 593-594.

BIBLIOGRAPHIE

I. INSTRUMENTS JURIDIQUES INTERNATIONAUX

1. Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, disponible sur le site des Nations Unies : http://www.unhcr.ch/french/html/intlinst_fr.htm;
2. Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, disponible sur le site Nations Unies : http://www.unhcr.ch/french/html/intlinst_fr.htm;
3. Convention interaméricaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969, disponible sur le site de l'Organisation des Etats américains : <http://www.Cidh.oas.org/docdebase.htm>
4. Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 disponible sur le site de l'Union africaine : http://www.africa-union.org/official_documents/treaties_%conventions_%protocols/fmtreaties_conventions_&protocols_fr.htm;
5. Protocole du 10 juin 1998 portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, disponible sur le site l'Union africaine : http://www.africa-union.org/official_documents/treaties_%conventions_%protocols/fmtreaties_conventions_&protocols_fr.htm;
6. Convention européenne des droits de l'homme, telle que modifiée après le Protocole n°14 du 13 mai 2004, disponible sur le site du Conseil de l'Europe : <http://conventions.coe.int/treaty/FR/cadreprincipal.htm>;

7. Règlement d'ordre intérieur de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, disponible sur le site de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : www.africa-court.org

II. DOCTRINE

1. DIDIER ODINGA A., « La première décision au fond de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (arrêt du 14 juin 2013 sur les affaires jointes Tanganyika Law Society & The Legal and Human Rights Centre c. Tanzanie et Révérend Christopher R. Mtikila c. Tanzanie) », in *Revue du centre de recherche et d'études sur les droits fondamentaux*, 2014, 24 p.
2. FIDH, *Plaintes et admissibilité devant la Cour africaine, Guide pratique*, juin 2016, 86 p.
3. MANIRAKIZA E., « L'épuisement des voies de recours internes au sens de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », in *Revue Droit et société*, Vol.I, n°1, février 2015, pp.71-94.
4. PICARD E., « Commentaire de l'article 26 de la Convention européenne des droits de l'homme, (article 35.1. de la Convention européenne des droits de l'homme dans sa version actuelle) », in E. DECAUX et P-H. IMBERT (sous la direction de), *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^{ème} édition, 1999, pp. 591-621..

III. JURISPRUDENCE

1. Arrêt Christopher Mtikila c. République unie de Tanzanie du 14 juin 2013, Requête n°011/2011 ;
2. Arrêt Tanganyika Law Society et The Legal and Human Rights Centre et Rev Christopher Mtilika c. République Unie de Tanzanie du 14 juin 2013, Requête n°009&011/2011.
3. Arrêt Abdoulaye Nikiewa, Ernest Nzongo, Blaise Iiboudo & Mouvement burkinabé des droits de l'homme et des peuples c. Burkina Faso du 21 juin 2013, arrêt sur les exceptions préliminaires, Requête n°013/2011 ;
4. Arrêt Urban Mkandawire c. République du Malawi, Décision d'irrecevabilité du 21 juin 2013 ;
5. Arrêt Frank David Omary et autres c. République unie de Tanzanie, arrêt sur la recevabilité du 28 mars 2014, Requête n°001/2012 ;
6. Arrêt Alex Thomas c. République unie de Tanzanie, Requête n°005/2013 ; Peter Joseph Chacha c. République unie de Tanzanie, Décision sur la recevabilité du 28 mars 2014, Requête n°003/2012 ;
7. Arrêt Jonas c. République unie de Tanzanie du 28 septembre 2017, Requête n° 11/2015;
8. Arrêt Mamadou Diakité and Habibata B Guindo c. République du Mali du 28 septembre 2017, Requête n° 009/2016 ;
9. Arrêt Kennedy Onino Onyachi et autres c. République unie de Tanzanie du 28 septembre 2017, Requête n°003/2015 ;

IV. SITOLOGIE

www.africa-court.org

LEGISLATION

LE SYSTEME AFRICAIN DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME D'APRES LE PROTOCOLE DE MALABO DE 2014

Par Egide MANIRAKIZA¹

INTRODUCTION GENERALE

01. Contexte et justification de l'étude

Le 27 juin 2014, les Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'Union Africaine ont adopté à Malabo (Guinée Equatoriale) le Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme². La nouvelle juridiction africaine que crée ce Protocole a été dénommée Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples, une appellation qui est relativement nouvelle au regard des autres dénominations que les Protocoles antérieurs à celui de 2014 avaient adoptées.

En effet, au niveau régional africain, l'instrument principal des droits de l'homme qu'est la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a été adopté le 27 juin 1981 et entré en vigueur le 21 octobre 1986. Conformément à l'article 30 de Cette Charte, celle-ci a été placée sous la protection de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples qui a démarré ses activités en 1987, année d'élection des premiers Commissaires. Tout au long de son fonctionnement, cette

¹ Professeur à l'Université du Burundi, Faculté de Droit.

² Il faut préciser que ce Protocole n'est pas encore entré en vigueur car les 15 ratifications exigées pour son entrée en vigueur n'ont pas encore été obtenues (article 11 du Protocole).

Commission n'a cessé d'être critiquée pour plusieurs raisons fondées³ au point qu'un certain nombre de mesures concrètes et efficaces, notamment la restructuration du mécanisme de contrôle lui-même, sont apparues nécessaires pour augmenter son rendement et sa crédibilité. C'est pour donner suite à cette conviction que les Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'Organisation de l'Unité Africaine (O.U.A. en sigle), actuelle Union Africaine (U.A. en sigle), réunis à Tunis en juin 1994, ont adopté une résolution⁴ qui demandait au Secrétaire général de l'O.U.A. de convoquer une réunion des experts gouvernementaux pour examiner les possibilités de renforcer l'efficacité du travail de la Commission, particulièrement la création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. C'est dans cette perspective que les Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'OUA ont adopté, le 10 juin 1998, le Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Ce Protocole est entré en vigueur le 25 janvier 2004 après avoir réuni les 15 ratifications exigées en son article 35 §3.

Avec la transformation de l'Organisation de l'Unité Africaine en l'actuelle Union Africaine, l'Acte constitutif⁵ de cette dernière organisation prévoit, parmi les organes, la Cour de Justice. Le Protocole relatif à cette Cour a été adopté le 11 juillet 2003 à Maputo (Mozambique) et est entré en vigueur le 11 février 2009. Seuls 16 Etats l'ont ratifié. La compétence de la Cour, laquelle représente l'organe judiciaire principal de l'UA, s'étend sur l'ensemble des litiges et des demandes relatifs à

³ C'est notamment le caractère non permanent et le rythme des sessions, le nombre insuffisant des commissaires, la procédure de désignation et l'indépendance des commissaires, les conditions de recevabilité des communications individuelles, la surcharge du travail, le régime linguistique, le caractère non contraignant des décisions de cette Commission.

⁴ C'est la Résolution n° AHG230 (xxx), voir doc.OUA/LE/EXP/AFC/HPR, septembre 1995.

⁵ Cet Acte constitutif a été adopté le 11 juillet 2000 à Lomé (Togo).

l'Acte constitutif de l'UA ainsi qu'à d'autres traités et lois annexes adoptés dans le cadre de l'UA. Cette Cour n'existe actuellement que sur papier, elle n'est pas encore fonctionnelle. Les Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'U.A. ont par après annoncé qu'ils n'ont pas les moyens de faire fonctionner deux juridictions africaines en l'occurrence la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ainsi que la Cour de Justice de l'U.A. et ont décidé de fusionner les deux juridictions⁶. C'est dans cette perspective que les mêmes Chefs d'Etat et de Gouvernement ont adopté le 1^{er} juillet 2008 le Protocole⁷ portant fusion de ces deux juridictions en une juridiction unique dénommée Cour africaine de justice et des droits de l'homme et dont l'article 1 abroge les Protocoles susvisés de 1998 et 2003. Ce Protocole nécessite 15 ratifications pour entrer en vigueur et il n'a reçu que 5 ratifications, raison pour laquelle il n'est pas entré en vigueur jusqu'à l'heure actuelle.

Le fait que ce Protocole n'est pas entré en vigueur n'a pas empêché les Chefs d'Etat et de Gouvernement africains d'adopter, le 27 juin 2014, à Malabo en Guinée Equatoriale⁸, le Protocole portant amendements au Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme et créant une nouvelle juridiction dénommée Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples.

⁶ Voy. Les décisions Assembly/AU/Déc.45(III) et Assembly/AU/Déc.83(V) de la Conférence de l'Union africaine adoptées respectivement à ses troisième (6-7juillet 2004 à Addis-Abeba) et cinquième (4-5 juillet 2005 à Syrte en Libye). Pour plus de précisions sur le processus de fusion de ces deux juridictions, voy. AMNESTY INTERNATIONAL, « Protocole de Malabo, incidences juridiques et institutionnelles de la Cour africaine issue d'une fusion et à compétence élargie, janvier 2016, pp. 9 et 32.

⁷ C'est le Protocole adopté en date du 1^{er} juillet 2008 à Sharm-El-Sheikh en Egypte couramment désigné Protocole de Sharm-El- Sheikh.

⁸ C'est pour cette raison que ce Protocole est couramment appelé Protocole de Malabo.

Dans cette étude, nous voulons analyser si les éléments introduits par ce dernier Protocole lèvent les défis longtemps relevés contre le système africain de protection des droits de l'homme afin d'en garantir la crédibilité et l'efficacité. Dans cette perspective, la question principale de notre recherche est la suivante : **Est-ce que les éléments introduits par le Protocole du 27 juin 2014 sont de nature à garantir la crédibilité et l'efficacité du système africain de protection des droits de l'homme ?**

02. Approche méthodologique

Au cours de notre réflexion, nous exploiterons plusieurs sources, principalement les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme tant dans le cadre universel (principalement le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et son Protocole facultatif du 16 décembre 1966) qu'au niveau régional (principalement la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention interaméricaine des droits de l'homme, les instruments juridiques pertinents adoptés par l'O.U.A. ou l'U.A. notamment la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, le Statut de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, le Statut de la Cour de justice de l'Union africaine, le Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme ainsi que le Protocole de Malabo portant Statut de la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples), la jurisprudence des organes de protection de ces différents instruments relatifs aux droits de l'homme ainsi que la doctrine. Dans cette dernière source, nous exploiterons les travaux de recherche universitaires, des documents, des rapports, des commentaires et des réflexions d'individus provenant d'acteurs clés au niveau international, régional ou national.

03. Enoncé du plan

Une lecture à première vue des dispositions du Protocole sous examen permet de dégager deux constats : d'une part le Protocole garde le statu quo sur un certain nombre de lacunes longtemps reprochées au système africain de protection des droits de l'homme et d'autre part, il attribue une compétence internationale pénale, à cette nouvelle juridiction africaine. Parmi les deux constats, notre étude telle qu'intitulée, se focalisera sur le premier constat relatif aux droits de l'homme et relèvera les lacunes que le Protocole de Malabo n'a pas levées alors qu'elles sont essentielles pour la crédibilité et l'efficacité du système africain de protection des droits de l'homme. L'autre constat sera effleuré sans pourtant y consacrer des développements conséquents, lesquels pourraient faire l'objet d'une autre étude.

Dans cette perspective, les lacunes importantes que le Protocole de Malabo n'a pas levées qui seront systématiquement analysées sont le caractère non permanent de la nouvelle juridiction (I), la problématique de l'accès des individus et des ONG à la nouvelle Cour (II), le nombre insuffisant des juges (III), les procédures de sélection et l'indépendance des juges (IV) ainsi que les conditions de recevabilité des requêtes individuelles (V).

I. Le caractère non permanent de la Cour que crée le Protocole de Malabo

Le caractère non permanent des organes de protection des droits de l'homme en Afrique est un défi de taille que ni la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, ni les différents Protocoles additionnels à cette Charte qui se sont succédés, jusqu'au dernier Protocole de Malabo, n'ont levé. En effet, dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, la Commission africaine des droits de

l'homme et des peuples n'a pas été conçue comme un organe permanent. Aussi bien la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples que le Règlement d'Ordre intérieur de cette Commission prévoient que celle-ci siégera en deux sessions ordinaires par an et en sessions extraordinaires qui seront convoquées chaque fois que de besoin⁹.

Le Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a maintenu le même caractère. L'article 15 de ce Protocole précise à ce sujet que « Tous les juges, à l'exception du Président, exerceront leurs fonctions à temps partiel ».

Le Protocole portant création de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme a gardé le statu quo. L'article 8.4. du Statut de cette juridiction annonce clairement que « Tous les juges, exceptés le Président et le Vice-président, exerceront leurs fonctions à temps partiel ». En ce qui concerne le régime des sessions, le même Statut prévoit que les sessions ordinaires seront arrêtées par la Cour elle-même tandis que les sessions extraordinaires seront convoquées par le Président ou sur demande de la majorité des juges¹⁰.

Le Protocole de Malabo portant création de la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples n'a pas changé ce caractère. L'article 5.4. du Statut de cette juridiction précise que « Tous les juges, exceptés le Président et le Vice-président, exerceront leurs fonctions à temps partiel ».

⁹ Article 2 du Règlement d'ordre intérieur de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples

¹⁰ Article 20 du Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme.

Le caractère non permanent des organes africains chargés de la protection des droits de l'homme a été décrié depuis longtemps¹¹. Il rend difficile l'exercice des missions qui sont confiées à ces organes, il entraîne l'impossibilité de ces organes de parvenir à prendre des décisions en raison du renvoi incessant des affaires d'une session à une autre et il jette des doutes sur la qualité de leur jurisprudence¹².

La justification qui est couramment avancée pour le maintien de ce caractère non permanent est l'insuffisance des moyens financiers mais beaucoup d'observateurs¹³ y voient par contre un manque de volonté des dirigeants africains pour asseoir une bonne justice des droits de l'homme en Afrique.

Il est regrettable que le Protocole de Malabo ait maintenu le caractère non permanent de la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples malgré les conséquences néfastes susvisées qu'il entraîne. Une telle juridiction non permanente ne peut pas remplir convenablement les missions qui lui sont assignées et ceci aura certainement des répercussions sur son rendement et par voie de conséquence sur son efficacité et sa crédibilité. Les succès que la Cour européenne des droits de l'homme a déjà enregistrés dus notamment au fait que cette juridiction fonctionne en permanence pourraient être un bon exemple d'inspiration.

¹¹ Voir à ce sujet l'inquiétude qui a été exprimée par les membres de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples au cours de la 11^{ème} session.

¹² Voy. A ce sujet par exemples les affaires qui sont renvoyées d'une session à une autre dans le cadre de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples sur le site de cette commission : www.achpr.org

¹³ Notamment les ONG ayant un statut d'observateurs au près de cette Commission.

II. La problématique de l'accès des individus et des ONG à cette Cour

Les difficultés d'accès des individus aux organes de protection de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ne datent pas d'hier.

En effet, tout d'abord, dans la terminologie employée par la Charte, les communications individuelles ne sont pas dénommées comme telles. Il a fallu que la Commission, usant de son pouvoir d'interprétation que lui confie l'article 45. 3. de la Charte, parte de la formulation utilisée par l'article 55 de la même Charte « autres communications » pour en déduire les communications individuelles¹⁴.

C'est à partir de cette étape que la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a commencé à recevoir les plaintes individuelles.

Les mêmes difficultés d'accès ont été accrues dans le Protocole d'Ouagadougou portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples dans ses articles 5(3) et 34(6). En effet, l'article 5(3) de ce Protocole dispose que « La Cour peut permettre aux individus ainsi qu'aux organisations non-gouvernementales (ONG) dotées du Statut d'observateurs auprès de la Commission d'introduire des requêtes directement devant elle conformément à l'article 34(6) de ce Protocole.

L'article 34(6) de ce Protocole précise quant à lui qu'« A tout moment à partir de la ratification du présent Protocole, l'Etat doit faire une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir les requêtes énoncées à l'article 5(3) du présent Protocole. La Cour ne reçoit aucune requête en application de l'article 5(3)

¹⁴ J-F FLAUSS (sous la direction de), *L'application nationale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 224.

qui n'a pas encore fait une telle déclaration ». Cette déclaration d'acceptation de la compétence bloque le droit de recours des individus et des ONG car les Etats africains ne sont pas enthousiastes à la faire.

En effet, depuis mars 2003 et jusqu'à l'heure actuelle, huit pays se sont conformés à cette disposition en faisant la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour¹⁵ dont le Bénin, le Burkina Faso, le Ghana, le Malawi, le Mali, la Côte d'Ivoire, la Tanzanie et la Tunisie. Le Rwanda avait déjà fait cette déclaration et l'a par après retirée. En conséquence, beaucoup d'affaires qui sont soumises à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples sont déclarées irrecevables en application de cette disposition¹⁶.

Ces mêmes obstacles aux requêtes individuelles ont été reproduites comme telles dans les articles 8 et 30 du Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme. Le Protocole de Malabo abonde dans le même sens en son article 16(f) et prévoit le droit de recours individuel dans ces termes « Les individus africains ou les organisations non-gouvernementales africaines ayant le statut d'observateur au près de l'Union africaine ou de ses organes et institutions, mais seulement à l'égard de l'Etat ayant fait la Déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir des affaires et des requêtes qui lui sont soumises directement. La Cour ne peut pas recevoir une affaire ou une requête impliquant un Etat partie qui n'a pas fait cette déclaration conformément à l'article 9(3) de ce Protocole ».

¹⁵ Source : Voy. Site de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : www.african-court.org

¹⁶ Voy. A ce sujet G. NIYUNGEKO, « *La problématique de l'accès des particuliers à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples en matière contentieuse* », in. A.ALEN, V. JOOSTEN, R.LEYSEN, W.VERRIJDT, Liber amicorum M. BOSSUYT, Intersentia, 2013, pp. 8 et ss.

Au-delà du maintien de l'exigence de cette déclaration, il faut noter que le Protocole de Malabo est encore plus restrictif dans la mesure où il permet seulement « aux individus africains ou aux organisations non gouvernementales africaines ayant le statut d'observateur auprès de l'Union africaine ou de ses organes ou institutions » de déposer une affaire ou de faire des requêtes devant la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples. Les « organisations non gouvernementales africaines » sont définies dans le Protocole comme une organisation non gouvernementale aux niveaux sous-régional, régional ou interafricain y compris celles de la diaspora telles que définies par le Conseil exécutif »¹⁷. Tel que libellé, ceci appelle deux commentaires. D'une part, on peut se demander si les ONG internationales sont incluses dans cette définition. D'autre part, les termes « individus africains » ne sont pas définis dans le Protocole de Malabo et on peut se demander si les ressortissants étrangers pourraient saisir cette Cour.

Avec ces interrogations, le Protocole risque d'empêcher les ressortissants et les ONG d'origine étrangère d'avoir accès à cette Cour dans les cas portant sur des obligations et des violations extraterritoriales.

Le Statut de la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples limite encore les acteurs qui peuvent demander un avis consultatif auprès de cette juridiction dans son article 53 qui dispose que « La Cour peut donner un avis consultatif sur toute question juridique, à la demande de la Conférence, du Parlement, du Conseil exécutif, du Conseil de paix et de sécurité, du conseil économique, social et culturel(ECOSOCC), des institutions financières ou de tout autre organe de l'Union autorisé par la Conférence ». Il découle de cette disposition

¹⁷ Article 30.f. du Statut de cette juridiction.

que seuls les organes ou institutions de l'Union africaine seront autorisés à solliciter un avis consultatif et que les ONG ont perdu l'accès dont elles jouissaient avant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

Il est regrettable que le Protocole de Malabo ait maintenu ces obstacles à la saisine par les particuliers ou les ONG car comme dans le cadre de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, les africains resteront pour la plupart bloqués pour accéder à la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples. Par rapport aux Protocoles antérieurs, le Protocole de Malabo fait marche arrière car en plus de l'exigence de la déclaration d'acceptation de la compétence, il interdit aux individus et aux ONG de saisir la Cour en matière consultative.

III. Le nombre insuffisant des juges

Depuis la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples jusqu'au Protocole de Malabo, tous les organes de protection des droits de l'homme qui ont été systématiquement prévus accusent un déficit des membres dans leurs compositions. En effet, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples est composée de 11 membres¹⁸. Afin de permettre à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples de s'acquitter convenablement de ses missions, il avait été proposé que le nombre de commissaires soit revu à la hausse¹⁹ pour passer par exemple entre 15 et 18.

¹⁸ Articles 31 et 33 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et article 11 du Règlement d'ordre intérieur de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.

¹⁹ Rapport de la réunion de réflexion de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 9-10 mai 2006, Corinthia Atlantic Hotel, Banjul, Gambie.

Le Protocole portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a maintenu le même effectif de onze comme l'indique son article 11.

Le Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme prévoyait quant à lui que celle-ci devrait être composée de 16 juges dont 8 pour la Section des droits de l'homme et 8 pour la Section des affaires générales²⁰. Dans ce sens, le nombre de juges qui seraient chargés de la protection des droits de l'homme et des peuples baisse car il passe de 11 à 8.

Le Protocole de Malabo a maintenu le même nombre de seize juges²¹ dont cinq juges de la Section des affaires générales, cinq juges de la Section des droits de l'homme et six juges de la Section du droit international pénal.

Il est surprenant que le Protocole ait prévu que cette nouvelle juridiction sera composée de seize juges car ces effectifs sont indéniablement insuffisants pour le bon fonctionnement de cette juridiction. Les raisons suivantes peuvent être avancées pour justifier notre position.

D'une part, les attributions de cette Cour ont été considérablement augmentées.

En effet, outre que les juges s'occuperont des affaires relatives aux violations des droits de l'homme, des affaires relatives au Droit international pénal et celles relatives aux affaires générales, ils connaîtront également d'autres questions ou appels similaires qui leur seront référés dans tous autres accords que les Etats membres, les Communautés économiques régionales ou toutes autres organisations internationales reconnues par l'Union africaine pourraient conclure entre eux-

²⁰ Article 3.1. de ce Statut.

²¹ Article 6.3. du Statut de cette juridiction.

mêmes ou avec l'Union²². Elle sera la première cour régionale et internationale à détenir une compétence aussi étendue.

Dans le même sens, en ce qui concerne la compétence internationale pénale, la Section du droit international pénal qui sera composée de six juges ne pourra pas s'acquitter convenablement de sa mission. L'expérience de la Cour pénale internationale peut être invoquée pour justifier ces propos. La CPI fonctionne avec d'importantes ressources humaines (18 juges) et financières avec une compétence étroite (elle ne connaît que de trois crimes internationaux alors que la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples connaîtra de quatorze crimes internationaux²³). La CPI n'a pu mener en 2016 que quatre à cinq enquêtes et tenir des audiences que pour quatre affaires. Cet exemple montre à suffisance que cette Section nécessite inévitablement un nombre accru de juges.

En ce qui concerne la Section des droits de l'homme, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est composée de onze juges et ne traite ni de questions de droit international général ni de crimes internationaux. Le Protocole de Malabo réduit ce nombre et le ramène à cinq juges qui s'occuperont des questions relatives aux droits de l'homme et des peuples. Cet effectif diminué de juges aura un impact négatif sur la capacité de cette Section et partant de la nouvelle juridiction à traiter efficacement les affaires relatives aux violations des droits de l'homme et des peuples.

En somme, il est difficile de comprendre comment la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples, dotée d'une compétence couvrant trois domaines

²² Article 3.2. du Protocole de Malabo.

²³ Article 28 litera A-M du Statut de cette juridiction.

du droit international et composée de seize juges conformément au Protocole de Malabo puisse avoir la capacité de remplir son mandat de façon efficace et efficiente.

IV. Les procédures de sélection et l'indépendance des juges

Aussi bien pour la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples que pour toutes les Cours africaines que les différents Protocoles susvisés ont progressivement prévues, les modalités de désignation des membres de tous ces organes ne sont pas de nature à garantir leur indépendance pour deux raisons principales. D'une part, les Chefs d'Etat et de Gouvernement africains gardent un pouvoir discrétionnaire depuis la présentation des candidatures jusqu'à l'élection. D'autre part, le fait que les personnes élues continuent à exercer leurs fonctions dans leurs gouvernements respectifs²⁴. En ce qui concerne la première raison, il suffit, pour s'en convaincre, de regarder les textes constitutifs de ces différents organes.

En effet, en ce qui concerne la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, l'article 33 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples dispose que « Les membres de la Commission sont élus par la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement, sur une liste de personnes présentées à cet effet, par les Etats parties à la présente Charte ».

²⁴ Dans le cadre de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, les parties prenantes avaient soulevé à maintes reprises cette critique. Voy. A ce sujet, F. VIJOEN, 'Promising profiles : An interview with the four new members of the African Commission on Human and Peoples 'rights (2006) 6 African Human Rights Law Journal, p.243.

S'agissant de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, les candidatures sont également présentées par les Etats²⁵ et les juges sont élus au scrutin secret par la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement²⁶.

Il en est de même pour les juges de Cour africaine de justice et des droits de l'homme car les candidatures seront présentées par les Etats²⁷ et les juges seront élus par le Conseil exécutif de l'Union Africaine²⁸ et nommés par la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement²⁹.

Le Protocole de Malabo portant Statut de la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples garde le *statu quo*³⁰. Une lecture combinée des articles 16.3. et 22.3., particulièrement l'article 6.2. du même Statut qui dispose que c'est le Président de la Commission de l'Union Africaine qui va classer la liste des candidats selon les différentes sections avant leur élection, entraîne que la détermination des juges siégeant dans les différentes sections sera donc en pratique décidée non pas par la Cour mais par l'Union africaine. Ceci est une contradiction et une ingérence politique de taille de l'Union africaine dans l'administration de la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples. Pour éviter ces critiques, il serait bon de s'inspirer, comme l'a proposé Amnesty international³¹, du système du Statut de Rome qui fournit un modèle permettant que les candidats les plus qualifiés soient élus dans le cadre d'un processus électoral basé sur le mérite.

²⁵ Article 12.1. du Protocole portant création de cette juridiction.

²⁶ Article 14.1. du même Protocole.

²⁷ Article 5.2. du Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme

²⁸ Le Conseil exécutif de l'Union africaine est l'un des organes de l'Union qui est composé des Ministres des Affaires étrangères ou de tous autres ministres ou autorités désignés par les gouvernements des Etats membres (article 10 de l'Acte constitutif de l'Union africaine).

²⁹ Article 7 du même Statut.

³⁰ Article 4.2 ; 4.4. du Statut de la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples.

³¹ AMNESTY INTERNATIONAL, op.cit., p. 22.

Selon l'article 36.4. du Statut de Rome, il est prévu de créer une « Commission consultative pour l'examen des candidatures » afin d'examiner de façon indépendante les candidats aux fonctions judiciaires à chaque élection des juges de la CPI. Cette Commission consultative de la CPI est composée de 9 membres qui ont « une vaste expérience dans les domaines pertinents de la justice internationale » et des compétences et de l'expérience dans le droit pénal et international. Les membres de cette Commission siègent à titre personnel et ne reçoivent d'instructions d'aucun gouvernement.

En pratique cette Commission consultative se réunit avant toute élection de juges de la CPI et conduit des entretiens avec les candidats juges de la CPI, de même qu'elle évalue leurs compétences en s'appuyant sur les critères requis pour élire un juge de la CPI conformément à l'article 36 du Statut de Rome. Bien que les conclusions établies par la Commission consultative ne soient absolument pas contraignantes pour les Etats parties, la pratique a montré que les Etats parties suivaient leurs recommandations.

De plus, sans jamais avoir, jusqu'à présent, complètement discrédité un candidat pour les élections judiciaires, la Commission formule des avis éclairés sur les candidats³². Un tel mécanisme indépendant dans le cadre de l'évaluation des candidats pourrait être adopté dans le cas de la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples pour garantir l'élection des candidats les plus qualifiés. L'efficacité et l'efficience de la Cour dépendront, en grande partie, des capacités personnelles et professionnelles des juges, de leurs compétences et de leurs expériences de même que de leur engagement et de leur intégrité. Il aurait été

³² Rapport du Bureau sur l'établissement de la Commission consultative sur les nominations des juges de la Cour pénale internationale, ICC-ASP/10/36.

préférable que le Protocole de Malabo puisse prévoir dans ses dispositions un processus électoral de désignation des juges qui met en avant le mérite car la crédibilité et l'efficacité du système africain de protection des droits de l'homme en dépend énormément.

V. Les conditions de recevabilité des requêtes individuelles

Les différents Protocoles qui se sont succédés dans le système africain de protection des droits de l'homme n'ont apporté aucun changement sur les conditions de recevabilité des communications individuelles. Ces conditions de recevabilité restent celles que pose l'article 56 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui dispose que :

« Les communications visées à l'article 55 reçues à la Commission et relatives aux droits de l'homme et des peuples doivent nécessairement, pour être examinées, remplir les conditions ci-après :

- 1° Indiquer l'identité de son auteur même si celui-ci demande à la Commission de garder l'anonymat ;
- 2° Etre compatible avec la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine ou avec la présente Charte ;
- 3° Ne pas contenir des termes outrageants ou insultants à l'égard de l'Etat mis en cause, de ses institutions ou de l'O.U.A ;
- 4° Ne pas se limiter à rassembler des nouvelles diffusées par des moyens de communication de masse ;

- 5° Etre postérieures à l'épuisement des voies de recours internes s'ils existent, à moins qu'il ne soit manifeste à la Commission que la procédure de ces recours se prolonge d'une façon anormale ;
- 6° Etre introduites dans un délai raisonnable courant depuis l'épuisement des voies de recours internes ou depuis la date retenue par la Commission comme faisant commencer à courir le délai de sa propre saisine ;
- 7° Ne pas concerner des cas qui ont été réglés conformément, soit aux principes de la Charte des Nations Unies³³, soit de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine et soit des dispositions de la présente Charte ».

Lorsqu'on analyse toutes ces conditions en suivant une approche comparative avec les conditions de recevabilité qu'exigent d'autres instruments internationaux des droits de l'homme³⁴, il apparaît que, dans le but de favoriser le droit de recours individuel devant les organes africains de protection des droits de l'homme, certaines de ces conditions devraient être supprimées, d'autres maintenues avec des fois certaines améliorations.

Ainsi, la première condition que pose l'article 56 (1) de la Charte au sujet de laquelle l'auteur de la communication doit indiquer son identité devrait être maintenue comme telle dans la mesure où c'est une condition classique qui se

³³ Voir communication 15/88 où le Comité des droits de l'homme des Nations Unies avait statué en faveur de la victime et l'auteur a soumis le cas à la Commission. La communication a été déclarée irrecevable.

³⁴ A ce sujet, nous ferons systématiquement une approche comparative de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples avec le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que la Convention interaméricaine des droits de l'homme.

trouve même dans les autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme³⁵.

La deuxième condition que pose l'article 56(2) de la Charte africaine selon laquelle la communication doit être compatible avec la Charte de l'OUA ou la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples devrait être maintenue moyennant suppression de l'exigence de la compatibilité de la communication avec la Charte de l'OUA pour deux raisons. La première est que cette condition n'est plus à jour dans la mesure où l'OUA n'est plus et qu'elle a été remplacée par l'Union africaine³⁶. La deuxième raison est que la compatibilité d'une communication avec l'Acte constitutif de l'organisation au sein duquel l'instrument international des droits de l'homme a été adopté n'a pas de raison d'être car la communication est introduite non en vertu de cet acte constitutif mais en vertu de l'instrument des droits de l'homme qui reconnaît cette possibilité des recours individuels. C'est même la raison pour laquelle cette exigence ne se trouve uniquement que dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples³⁷.

La troisième condition que pose l'article 56(3) de la Charte africaine d'après laquelle la communication ne doit pas contenir des termes outrageants ou insultants à l'égard de l'Etat mis en cause, de ses institutions ou de l'OUA devrait être supprimée car d'une part, elle ne se trouve dans aucun autre instrument des droits

³⁵ Cette condition est posée par les articles 3 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 35.2.(a) de la Convention européenne des droits de l'homme et 46(d) de la Convention interaméricaine des droits de l'homme.

³⁶ Voy. Acte Constitutif de l'Union africaine adopté le 11 juillet 2000

³⁷ L'article 3 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'exige que la compatibilité de la communication avec ce Pacte ; l'article 34.3. de la Convention européenne des droits de l'homme avec cette même Convention et l'article 47(b) de la Convention interaméricaine des droits de l'homme n'exige que la compatibilité de la pétition avec cette même Convention.

de l'homme et d'autre part, la formulation de cette condition est dangereuse dans la mesure où elle peut conduire à des divergences d'interprétation. En guise d'exemple, la décision d'irrecevabilité prise par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples sur la communication n°65/92 au motif que les requérants avaient utilisé dans leurs requêtes, les expressions « régime de torture » et de « gouvernement de barbarisme » montre à quel point le maniement de cette condition peut conduire à des dérives³⁸.

La quatrième condition que pose l'article 56(4) de la Charte africaine qui exige que la communication ne doit pas se limiter à rassembler exclusivement des nouvelles diffusées par des moyens de communication de masse devrait être supprimée car l'information sur les violations des droits de l'homme provient très souvent des moyens de communications de masse et il serait très délicat de priver totalement les auteurs des communications d'un tel moyen d'information. La jurisprudence de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples est éclairante sur cette proposition.

En effet, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a dégagé la portée de cette condition dans une communication qui lui a été soumise au sujet de laquelle elle a précisé que cette condition signifie que l'auteur de la communication doit être capable de mener les enquêtes et d'établir la véracité des faits avant de demander l'intervention de la Commission dans ces termes « la question ne devrait pas être de savoir si l'information provient des moyens de communications de masse, mais plutôt si cette information est correcte ; il s'agit de savoir si le requérant

³⁸ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (...), Fiche d'information n°3, Procédure d'examen des communications, Organisation de l'unité africaine, Banjul, 1998, P.5.

a vérifié la véracité de ses allégations et s'il a pu le faire étant donné les circonstances dans lesquelles il se trouve »³⁹.

Au fond la troisième et la quatrième conditions que nous proposons de supprimer signifient la même chose que la communication doit être fondée ou non abusive comme l'indiquent notamment l'article 3 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques « Le Comité déclare irrecevable toute communication... qu'il considère être un abus du droit de présenter de telles communications... » ou l'article 35.3. de la Convention européenne des droits de l'homme « La Cour déclare irrecevable toute requête individuelle... manifestement mal fondée ou abusive... ».

Ces deux conditions que nous proposons de supprimer devraient être remplacées par une seule qui indiquerait seulement que la communication doit être fondée et non abusive.

La cinquième condition que pose l'article 56.5. de la Charte africaine d'après laquelle l'auteur de la communication doit épuiser toutes les voies de recours internes est commune à tous les instruments internationaux et devrait être maintenue. Toutefois, nous proposons, pour rejoindre les formulations utilisées par les autres instruments, que cette disposition soit reformulée pour y intégrer que cette règle doit être entendue selon les principes de droit international généralement reconnus. C'est la formulation utilisée notamment dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques « Le comité ne peut connaître d'une affaire qui lui est soumise qu'après s'être assuré que tous les recours internes et disponibles ont été

³⁹ Décision rendue sur les communications 147/95 et 149/96, Sir Dawda Jawara/Gambie, 13^{ème} Rapport d'activités de la Commission, p.94 ; §26.

utilisés et épuisés, conformément aux principes de droit international généralement reconnus⁴⁰», dans la Convention européenne des droits de l'homme «La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus...⁴¹» ou dans la Convention interaméricaine des droits de l'homme « La Commission ne retient une pétition ou une communication présentée conformément aux articles 44 ou 45 que sous les conditions suivantes à savoir :

- a) que toutes les voies de recours internes aient été dûment utilisées et épuisées conformément aux principes du droit international généralement reconnus... ».

La sixième condition que pose l'article 56.6. de la Charte africaine aux termes de laquelle la communication doit être introduite dans un délai raisonnable courant depuis l'épuisement des recours internes ou depuis la date retenue par la Commission comme faisant commencer à courir le délai de sa propre saisine, devrait être maintenue mais moyennant deux améliorations.

D'une part, il doit y être précisé le délai dans lequel les communications doivent être présentées depuis l'épuisement des voies de recours internes. Dans cette perspective, nous proposons de s'inspirer des Conventions européenne et interaméricaine des droits de l'homme qui prévoient un délai de six mois⁴².

⁴⁰ Article 41(c) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

⁴¹ Article 35.1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁴² Articles 35.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et 46 b) de la Convention interaméricaine des droits de l'homme.

D'autre part, la deuxième branche du libellé de cet article « ou depuis la date retenue par la Commission comme faisant commencer à courir le délai de sa propre saisine » devrait être soit supprimée soit changée parce que la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples qui y est visée n'est plus, depuis le Protocole d'Ouagadougou de 1998, le seul organe de protection des droits garantis par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

La septième et dernière condition de recevabilité que pose l'article 56.7. de la Charte africaine aux termes de laquelle les communications ne doivent pas concerner des cas qui ont été réglés conformément soit aux principes de la Charte des Nations Unies, soit de la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine et soit les dispositions de la présente Charte devrait être maintenue moyennant, comme la précédente, deux améliorations.

D'un côté, il faut y enlever la référence à l' l'Organisation de l'Unité Africaine car depuis l'année 2000, cette organisation a été remplacée par l'Union africaine.

De l'autre côté, pour couvrir un champ d'application large des cas qui ont été réglés qu'il ne faut pas soumettre à un nouvel examen, cette disposition devrait être reformulée, comme les dispositions du genre des autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, pour y ajouter toute question qui est déjà tranchée ou en cours d'examen devant une autre instance internationale d'enquête ou de règlement. C'est cette formulation que l'on trouve dans le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques « La même question n'est pas déjà en cours d'examen devant une autre instance internationale

d'enquête ou de règlement »⁴³ ; dans la Convention européenne des droits de l'homme « elle est essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée par la Cour ou déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement , et si elle ne contient pas de faits nouveaux»⁴⁴ ainsi que dans la Convention interaméricaine des droits de l'homme « que l'objet de la pétition ou de la communication ne soit pas en cours d'examen devant une autre instance internationale »⁴⁵.

⁴³ Article 5.2.a) de ce Protocole

⁴⁴ Article 35.2.b) de cette Convention

⁴⁵ Article 46 c) de cette Convention.

CONCLUSION GENERALE

La question centrale de notre recherche était de savoir si les éléments introduits par le Protocole de Malabo du 27 juin 2014 sont de nature à garantir la crédibilité et l'efficacité du système africain de protection des droits de l'homme. Les développements faits dans cette étude permettent de répondre négativement à cette question.. L'analyse y relative a mis en lumière que le Protocole prévoit que la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples sera, comme les organes antérieurs de protection de la Charte africaine, non permanente ; avec un nombre insuffisant des juges et dont l'indépendance n'est pas garantie. De même, le Protocole garde intactes les difficultés d'accès par les individus et les ONG à cette nouvelle juridiction comme il en était dans le cadre de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et de surcroît, il interdit les individus et les ONG à saisir la Cour en matière consultative.

De plus, le Protocole ne dit rien sur les conditions de recevabilité des requêtes individuelles dont certaines devraient être supprimées ou mises à jour. Les conséquences qu'entraîne le maintien de ces différentes lacunes par le Protocole ont systématiquement été montrées.

Avec ces conséquences, nous pouvons affirmer que les éléments introduits par le Protocole de Malabo ne sont pas de nature à garantir la crédibilité et l'efficacité du système africain de protection des droits de l'homme. Le Protocole en question n'a fait que conférer la compétence internationale pénale à la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples sans avoir le moindre souci de remédier aux lacunes qui handicapent depuis longtemps la protection des droits de l'homme en

Afrique. Pour rendre le système africain de protection des droits de l'homme crédible et efficace, nous proposons ce qui suit :

- 1°/ de rendre cette juridiction permanente ;
- 2°/ d'enlever la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour et amender les articles 30.f. et 53 du Statut de cette juridiction qui restreignent le droit d'accès des individus et des organisations de la société civile ;
- 3°/ de mener une réflexion approfondie au sujet de l'expertise, des ressources et des capacités nécessaires à la Cour pour répondre aux exigences du champ élargi de compétences et prévoir en conséquence un nombre suffisant de juges;
- 4°/ de prévoir un comité sur les nominations composé d'un nombre impair d'individus dotés d'une vaste expérience dans les trois domaines couverts par la compétence de cette cour afin d'avoir les juges les plus qualifiés, élus dans le cadre d'un processus électoral basé sur le mérite et de nature à garantir l'indépendance ;
- 5°/ Enfin, de supprimer ou de mettre à jour certaines conditions de recevabilité des requêtes individuelles que pose l'article 56 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples que les différents Protocoles successifs n'ont pas touchés et dans les sens indiqués dans les développements de notre étude.

BIBLIOGRAPHIE

I. INSTRUMENTS JURIDIQUES INTERNATIONAUX

1. Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, disponible sur le site des Nations Unies : http://www.unhcr.ch/french/html/intlinst_fr.htm;
2. Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, disponible sur le site Nations Unies : http://www.unhcr.ch/french/html/intlinst_fr.htm;
3. Convention interaméricaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969, disponible sur le site de l'Organisation des Etats américains : <http://www.Cidh.oas.org/docdebase.htm>
4. Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 disponible sur le site de l'Union africaine : http://www.africa-union.org/official_documents/treaties_%conventions_%protocols/fmtreaties_conventions_&protocols_fr.htm;
5. Protocole du 10 juin 1998 portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, disponible sur le site l'Union africaine : http://www.africa-union.org/official_documents/treaties_%conventions_%protocols/fmtreaties_conventions_&protocols_fr.htm;
6. Acte constitutif de l'Union africaine été adopté le 11 juillet 2000 à Lomé (Togo), disponible sur le site de l'Union africaine http://www.africa-union.org/official_documents/treaties_%conventions_%protocols/fmtreaties_conventions_&protocols_fr.htm;

7. Convention européenne des droits de l'homme, telle que modifiée après le Protocole n°14 du 13 mai 2004, disponible sur le site du Conseil de l'Europe : <http://conventions.coe.int/treaty/FR/cadreprincipal.htm>;
8. Protocole du 27 juin 2014 portant création de la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples disponible sur le site de l'Union africaine : http://www.africanunion.org/official_documents/treaties_%conventions_%protocols/fmtreaties_conventions_&protocols_fr.htm.

II. DECISIONS DE LA CONFERENCE DES CHEFS D'ETAT ET DE GOUVERNEMENT DE L'U.A./O.U.A.

1. Règlement d'ordre intérieur de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples ;
2. Résolution n° AHG230 (xxx), voir doc.OUA/LE/EXP/AFC/HPR, septembre 1995
3. Les décisions Assembly/AU/Déc.45(III) et Assembly/AU/Déc.83(V) de la Conférence de l'Union africaine adoptées respectivement à ses troisième (6-7 juillet 2004 à Addis-Abeba) et cinquième (4-5 juillet 2005 à Syrte en Libye).

III. DOCTRINE

1. AMNESTY INTERNATIONAL, « *Protocole de Malabo, incidences juridiques et institutionnelles de la Cour africaine issue d'une fusion et à compétence élargie* », janvier 2016, disponible sur le site : www.amnesty.org consulté le 28 septembre 2017, 39 pages.

2. FLAUSS J-F (sous la direction de), *L'application nationale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 450 pages.
3. NIYUNGEKO G., « *La problématique de l'accès des particuliers à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples en matière contentieuse* », in. A.ALEN, V. JOOSTEN, R.LEYSEN, W.VERRIJDT, *Liber amicorum M. BOSSUYT*, Intersentia, 2013, pp. 8 et ss.

IV. JURISPRUDENCE

1. Décision rendue sur la communication 15/88, Comité des droits de l'homme des Nations Unies
2. Décision rendue sur les communications 147/95 et 149/96, Sir Dawda Jawara/Gambie, 13^{ème} Rapport d'activités de la Commission, p.94 ; §26.

V. AUTRES DOCUMENTS

1. Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (...), Fiche d'information n°3, Procédure d'examen des communications, Organisation de l'unité africaine, Banjul, 1998, disponible sur le site de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples : www.achpr.org
2. Rapport de la réunion de réflexion de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 9-10 mai 2006, Corinthia Atlantic Hotel, Banjul, Gambie, disponible sur le site de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples : www.achpr.org

3. Rapport du Bureau sur l'établissement de la Commission consultative sur les nominations des juges de la Cour pénale internationale, ICC-ASP/10/36.
4. VIJOEN F. , 'Promising profiles : An interview with the four new members of the African Commission on Human and Peoples 'rights (2006) 6 African Human Rights Law Journal, p.243.

IV. VARIA

**L'ACCES A LA JUSTICE PAR LES PRISONNIERS :
CAS DES PRISONNIERS DE LA PRISON CENTRALE DE MPIMBA**

Par Farley IRIMBERE et Dorine MUCO MURYANGO¹

INTRODUCTION GENERALE

La présentation a abordé les principaux points suivants :

1. Les grands principes qui gouvernent la justice tels que consacrés par la loi burundaise ;
2. L'état des lieux de l'accès à la justice par les prisonniers de la prison centrale de Mpimba ;
3. La contribution de la CNIDH dans l'application des principes d'accès à la justice ;
4. Les recommandations pour l'amélioration de l'accès à la justice des prisonniers.

¹ Bacheliers de la Faculté de Droit, Université du Burundi

I. LES GRANDS PRINCIPES QUI GOUVERNENT LA JUSTICE TEL QUE CONSACRES PAR LA LOI BURUNDAISE

Les grands principes qui gouvernent la justice sont :

1. Le principe d'égalité devant la loi: C'est un principe primordial qui ressort de la Loi N°1/018 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi². Ce principe permet aux prisonniers de plaider en la même forme, devant les mêmes juges et dans les mêmes cas.
2. Le principe de neutralité : C'est un principe corollaire de l'exigence d'impartialité des juges burundais³.
3. Le principe de la gratuité : Ce principe signifie que les magistrats ne sont pas rémunérés par les justiciables mais plutôt par l'Etat. Cela n'exclut pas le paiement des frais de justice par les justiciables.
4. Le principe de la légalité des délits et des peines : Ce principe ressort de l'article 41 de la Loi N°1/018 du 18 mars 2005 portant promulgation de la

²Article 22 de la Loi N°1/018 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi : « *Tous les citoyens sont égaux devant la loi, qui leur assure une protection égale.*

Nul ne peut être l'objet de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son ethnie, de son sexe, de sa couleur, de sa langue, de sa situation sociale, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ou du fait d'un handicap physique ou mental ou du fait d'être porteur du VIH/SIDA ou toute autre maladie incurable».

³Article 209 de la Constitution du Burundi : « *Le pouvoir judiciaire est impartial et indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Dans l'exercice de ses fonctions, le juge n'est soumis qu'à la Constitution et à la loi. Le Président de la République, Chef de l'Etat, est garant de l'indépendance de la Magistrature. Il est assisté dans cette mission par le Conseil Supérieur de la Magistrature* ».

Constitution de la République du Burundi⁴ et de l'article 2 de la Loi N°1/05 portant révision du code pénal du Burundi⁵. Il est traduit par l'adage « *nullum crimen nulla poena sine lege* » qui prévoit qu'en matière pénale, l'infraction et la peine y applicable doivent être prévues par la loi. C'est un moyen d'écartier tout arbitraire dont pourrait user le Ministère public qui accuse les prévenus ou les juges qui tranchent les différends.

5. Le principe de la non-rétroactivité de la loi tel qu'il ressort de l'article 39 al.2 de la Loi N°1/018 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi : « *Nul ne peut être inculpé, arrêté, détenu ou jugé que dans les cas déterminés parla loi promulguée antérieurement aux faits qui lui sont reprochés* ».

6. Le principe de la défense appelé aussi « droit de la défense » reconnu par les articles 38⁶ et 39 al. 3 de la Loi N°1/018 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi⁷.

Tous ces principes couvrent un ensemble de garanties reconnues à la personne poursuivie tout au long de la chaîne pénale. Il s'agit entre autres :

⁴Article 41 de la Constitution du Burundi : « *Nul ne sera condamné pour des actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, ne constituaient pas une infraction* ».

⁵ Article 2 de la Loi N°1/05 du 22 avril 2009 portant révision du code pénal du Burundi : « *Seule la loi définit les éléments constitutifs de l'infraction et détermine les peines applicables* ».

⁶ Article 38 de la Loi N°1/018 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi : « *Toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit entendue équitablement et à être jugée dans un délai raisonnable* ».

⁷ Article 39 al. 3 de la Loi N°1/018 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi : « *Le droit de la défense est garanti devant toutes les juridictions* ».

- ✓ Du droit à un tribunal impartial et indépendant: l'exigence d'indépendance du tribunal signifie que celui-ci ne doit pas pouvoir être l'objet des pressions politiques ou des parties au procès.
- ✓ De la présomption d'innocence : elle suppose que toute personne est présumée innocente jusqu'à ce qu'elle soit condamnée. Ainsi, ce principe impose le magistrat instructeur d'instruire à charge et à décharge.
- ✓ Du droit à un avocat : Toute personne a droit à ce qu'elle soit assistée par un avocat pour la défense de ses intérêts au cours du procès. Ainsi, elle dispose d'une prérogative appelée « droit au silence » selon laquelle elle peut refuser de parler de quoi que ce soit sans l'assistance d'un avocat.
- ✓ Du droit à un débat contradictoire : les preuves légalement acquises par le Parquet et présentées par le Ministère public doivent être sujettes à une discussion au cours du procès même sans l'assistance d'un avocat.
- ✓ Du droit d'exercer un recours : tout justiciable a droit de faire examiner sa cause au moins deux fois par des juges et des juridictions différentes et placées dans une structure hiérarchisée.

Après la mise en exergue des grands principes qui gouvernent la justice au Burundi, il sied d'analyser la manière dont ils sont appliqués au Burundi.

II. L'ETAT DES LIEUX: CAS DES PRISONNIERS DE LA PRISON CENTRALE DE MPIMBA(PCM)

A. DESCRIPTION DE LA PRISON CENTRALE DE MPIMBA (PCM)

La P.C.M. date de la tutelle Belge car elle a été construite en 1959. Le premier texte qui l'a régie fut l'ordonnance N°4/127 du 30 mai 1961 qui organisait les prisons du Ruanda-Urundi. Cette dernière fut abrogée par un arrêté ministériel N°100/325 du 15 novembre 1963 portant organisation du service pénitentiaire et plus tard celui-ci sera abrogée par la loi N°1/16 du 22 septembre 2003 portant régime pénitentiaire.

La P.C.M. est située dans la Commune urbaine Muha, zone Musaga, 3^{eme} avenue.

A l'Ouest de la PCM se trouve la Brigade logistique des Forces de défense nationale et au nord la PCM est bordée par la rivière Mpimba.

B. ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DE LA PCM

L'ordonnance N°550/782 du 30 juin 2004 portant Règlement d'ordre intérieur des établissements pénitentiaires prévoit que la P.C.M. est dirigée par un Directeur et un Directeur-adjoint. Elle indique également que la P.C.M. a à son intérieur 6 services: le service juridique (art 8), le service social (art. 9), le service de production (art 10), le service logistique (art. 11), le service de santé (art. 12) et le Service Enfants et Mères Incarcérés (art. 13).

Cependant, le service de santé est actuellement un département du service social et le Service Enfants et Mères Incarcérés n'existe plus. Les mineurs sont internés dans

de centres de rééducation se trouvant soit à Rumonge, soit à Ruyigi. Ce service avait pour attribution l'encadrement des enfants et mères incarcérés et le suivi de leur santé. En outre, il existe aussi un corps de garde chargé de la sécurité de la P.C.M., du contrôle des mouvements des détenus et veille pour éviter les évasions de ceux-ci.

Il sied de noter que la principale activité du service juridique de la PCM est le suivi journalier des dossiers judiciaires et pénitentiaires des détenus grâce au classement de ces dossiers et la tenue de certains registres.

C. COMMENT SE FAIT L'ACCUEIL D'UN DETENU A LA PCM ?

Lorsqu'une personne est amenée au sein d'un établissement pénitentiaire, on vérifie s'il est dans la catégorie des prévenus ou des condamnés. Dans cette première catégorie, on vérifie s'il est sous mandat d'arrêt (art. 338 du CPP burundais) et dans la deuxième catégorie, on vérifie s'il est sous réquisition à fin d'emprisonnement (art. 345 du CPP burundais) ou sous mandat de prise de corps (Art 340 du CPP burundais).

On vérifie, ensuite, si le détenu est un mineur ou un adulte. Si c'est un mineur, il n'est pas accueilli dans l'établissement pénitentiaire de Mpimba et il doit être renvoyé dans un centre de rééducation (à Ruyigi ou à Rumonge).

Si c'est un majeur, il est retenu à l'établissement pénitentiaire de Mpimba. On procède enfin à la fouille de celle-ci pour voir s'il n'est pas en possession des armes ou tout autre objet prohibé par le Règlement d'ordre intérieur des établissements pénitentiaires avant d'entrer dans la prison (art.43 de l'ordonnance N° 550/782

portant Règlement d'ordre intérieur des établissements pénitentiaires du 30 juin 2004).

Chaque détenu a deux dossiers à savoir le dossier judiciaire et le dossier pénitentiaire.

Le dossier judiciaire reste dans les mains des magistrats tandis que le dossier pénitentiaire est établi par l'établissement pénitentiaire qui accueille le détenu. Les dossiers pénitentiaires sont remplis sur base des éléments se trouvant sur les pièces qui ont conduit les détenus à la prison: On enregistre ainsi les mentions du mandat d'arrêt à savoir l'identification, l'infraction pour laquelle il est poursuivi, l'OMP qui l'a arrêté, l'établissement pénitentiaire qui les ont accueillis. Après avoir complété le dossier pénitentiaire d'un détenu, on met dedans la pièce qui l'a amené soit le mandat d'arrêt s'il est un prévenu, soit la réquisition à fin d'emprisonnement ou mandat de prise de corps s'il est un condamné. On mettra dans le dossier toutes les pièces qui viendront au cours de l'évolution du dossier du détenu notamment la signification de l'ordonnance motivée: l'ordonnance de mise en liberté provisoire et l'ordonnance de mise en détention préventive.

Il sied également de signaler que toutes les indications se trouvant sur ces pièces sont également mises dans le registre d'écrou afin d'assurer la sécurité des documents conservés.

D. Le classement des dossiers des détenus

A l'établissement pénitentiaire de MPIMBA, le classement se fait selon les juridictions et selon les catégories des détenus.

D.1. Classement des dossiers selon les juridictions

Dans ce type de classement, les dossiers des détenus sont classés selon les juridictions de leurs ressorts. Il s'agit notamment du Tribunal de grande instance de Bujumbura Rural, de Bujumbura Mairie (MUHA, MUKAZA, NTAHANGWA), de Cibitoke, la Cour d'appel de Bujumbura, la Cour anticorruption, les cours militaires et la Cour suprême.

D.2. Classement des dossiers selon les catégories des détenus

Ici, les dossiers pénitentiaires des détenus sont aussi classés selon qu'ils sont soit prévenus soit condamnés. Toutefois, les dossiers des femmes, policiers, des militaires et des étrangers sont classés à part.

E. Elargissement des détenus

Généralement, si un détenu préventif bénéficie une liberté provisoire, s'il est acquitté ou lorsqu'un condamné purge sa peine, il doit être élargi de la prison (art. 145 de la loi N° 1/026 portant régime pénitentiaire du 22 septembre 2003) suivant la procédure suivante :

Après le prononcé de la décision de liberté provisoire par le Tribunal ou le Procureur ou de l'acquittement de détenu préventif par le tribunal ou lorsque le condamné purge sa peine, le parquet va quant à lui produire un mandat d'élargissement.

Quand ce mandat arrive à la Direction de la prison, celle-ci établit pour le détenu préventif ou condamné un billet d'élargissement. Ensuite, le service juridique procède à son identification. Enfin, le concerné signe dans le registre d'écrou et quitte l'établissement pénitentiaire.

F. L'intérieur de la PCM

La prison est subdivisée en deux parties, une pour les femmes et une autre pour les hommes. Il y existe une organisation interne avec des représentants des prisonniers à tous niveaux (les généraux représentant les prisonniers suivant les quartiers, leurs adjoints, les chefs de sécurité, ceux qui sont chargés de la discipline, de la logistique, etc.). On y trouve également un terrain de football, un marché, les églises, les champs, etc.

G. Observations

La prison centrale de MPIMBA possède un nombre élevé des détenus. Elle a été construite avec une capacité d'accueil de 800 personnes, mais actuellement elle en compte plus de 3000. Selon les données recueillies auprès de l'administration pénitentiaire, au 08 mai 2017, la PCM comptait 2432 prévenus hommes, 75 femmes, 12 nourrissons, 610 condamnés hommes et 44 condamnées femmes. Le 08 juin 2017, la PCM comptait 2470 prévenus hommes, 85 femmes, 13 nourrissons, 663 condamnés hommes et 43 condamnées femmes. Le 25 octobre 2017, la PCM comptait 2502 prévenus hommes, 102 femmes, 22 nourrissons, 925 condamnés hommes et 41 condamnée femmes.

On y observe des cas des détenus qui dépassent les délais prévus par la loi sous mandat d'arrêt, des ralentissements dans la signification des jugements rendus par les cours et tribunaux ou des décisions des parquets, des remises, des reports des procès pour défaut de carburant ainsi que des manques de descentes sur terrains (à la P.C.M.) des juges ou des procureurs.

Les prévenus sont évalués à plus de 2000 et il y en a qui sont là juste par le fait d'un mandat d'arrêt sans avoir été présentés devant le juge. Il y en a qui ont déjà passé plus de 10, voire même 15 ans sans voir le juge pour voir s'ils pourraient obtenir au moins une liberté provisoire ou bien être emprisonnés en vertu d'un jugement.

D'autres ignorent que la durée de l'emprisonnement prévue par l'ordonnance de mise en détention préventive ne dépasse pas 30 jours maximum et qu'ils devraient demander à se présenter encore devant la chambre de conseil pour savoir qu'ils peuvent obtenir une liberté provisoire ou pas.

Certains prisonniers disent souvent qu'ils n'ont pas de dossiers. Leurs dossiers ont été constitués mais les parquets près les cours et tribunaux en charge de leurs dossiers ont tardé à les faire parvenir à la prison conséquemment à la subdivision du parquet de la Mairie en trois aires juridiques où chaque commune a désormais son parquet.

D'autres ont pu bénéficier de la liberté provisoire ou ont été acquittés mais sont encore en prison. En effet, après le prononcé et la signification du jugement, le parquet sort une décision de mettre en application ce jugement (mandat d'élargissement). Le personnel du service juridique attend que cette décision lui

parvienne, prépare le dossier du prisonnier concerné et le présente au Directeur de la prison pour que ce dernier mette sa signature sur la décision de libérer le prisonnier (billet d'élargissement) et que celui-ci puisse sortir.

Autre chose à signaler, c'est que le parquet sort cette décision lorsqu'il n'y a pas eu appel. Quand il ya appel, le parquet le signifie au prisonnier et met au courant le service juridique à travers un document appelé acte d'appel.

Il y a une incompréhension du travail effectué par la commission permanente chargée des dossiers des détenus. La commission écoute les détenus dans le but de constater les irrégularités et les signaler afin qu'on les corrige. Elle donne ses rapports au ministre de la justice, aux tribunaux et parquets ayant les dossiers des prisonniers en main. Le personnel du service juridique suit de près également cette question afin d'aider dans la correction de ces irrégularités.

III. LA CONTRIBUTION DE LA CNIDH DANS L'APPLICATION DES PRINCIPES DE LA JUSTICE

Cette contribution de la CNIDH consiste à visiter les lieux de détention pour suivre le respect des principes d'accès à la justice des prisonniers. Une vidéo sur le travail de la CNIDH a été projeté pour illustrer son travail. La CNIDH devrait multiplier ses visites et activités de suivi pour un meilleur respect des droits de prisonniers.

IV. RECOMMANDATIONS

Des recommandations ont été formulées pour l'amélioration du respect de l'accès à la justice et des droits des prisonniers :

- **A tous les prisonniers :**
 - D'observer les règles de disciplines applicables dans les établissements pénitentiaires sous peine de sanctions disciplinaires et éventuellement de poursuites judiciaires.

- **Au personnel administratif de la P.C.M:**
 - De faciliter l'accès à la justice des prisonniers en assurant comme il faut leurs responsabilités.
 - D'effectuer les descentes à l'intérieur de la P.C.M. pour bien s'enquérir de la vie et de la situation des prisonniers.

- **Au personnel du Ministère de la justice :**
 - Sensibiliser la population sur leurs droits et leurs devoirs par la vulgarisation des textes de loi de manière à les rendre accessibles à tous ;
 - Organiser les ateliers de renforcement des capacités des acteurs de la chaîne pénale en vue de corriger la lenteur du traitement des dossiers pour éviter les illégalités et irrégularités des détentions ;
 - Effectuer régulièrement l'inspection et les descentes sur terrain ;
 - Assurer une communication rapide des pièces entre les cours et tribunaux, d'une part et, d'autre part, entre ces derniers et les parquets ;
 - Effectuer les descentes dans les établissements pénitentiaires pour bien s'enquérir de la vie et de la situation des prisonniers ;
 - Veiller à l'augmentation et à la formation du personnel de la PCM.

A la faculté de droit de l'Université du Burundi:

- Voir dans quelle mesure les étudiants finalistes et les professeurs de la Faculté pourraient consacrer une demi journée de travail en appuyant le service juridique de la prison par la mise en état des dossiers pour que au moins il n'y ait pas de prisonnier sans dossier ou qui n'ait pas eu accès à un juge.

En guise de conclusion, l'accès à la justice des prisonniers est primordial pour une justice protectrice, accessible et proche des citoyens, celle à laquelle tous les citoyens aspirent.

TABLE DES MATIÈRES	Pages
SOMMAIRE.....	1
AVANT- PROPOS.....	3
DOCTRINE	
La réalité du pouvoir financier du parlement en droit budgétaire burundais	8
Introduction générale.....	8
I. L'élaboration du budget: prépondérance de l'exécutif	11
II. L'effacement du parlement et la prépondérance de l'exécutif dans l'exécution du budget	31
III. Le contrôle de l'exécution du budget: un contrôle à portée limitée	44
Conclusion générale.....	53
Bibliographie.....	56
Les nouvelles licences obligatoires et leur incapacité à résoudre le problème d'accès aux médicaments dans les pays les moins avancés.....	58
Introduction générale.....	58
I. Le mécanisme général des licences obligatoires	60

II. La version révisée des licences obligatoires pour les médicaments uniquement.....	69
--	----

Conclusion générale.....	86
---------------------------------	-----------

Bibliographie.....	80
---------------------------	-----------

JURISPRUDENCE

Le délai raisonnable d'introduction des requêtes individuelles d'après la jurisprudence de la cour africaine des droits de l'homme et des peuples.....	93
---	-----------

Introduction générale.....	93
-----------------------------------	-----------

I. Est-ce que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples attache ou non un intérêt évident sur le délai raisonnable d'introduction des requêtes individuelles au stade de la recevabilité des requêtes ?.....	98
---	----

II. Le point de départ du délai de saisine dans le système régional africain.....	101
---	-----

III. La consistance du délai.....	104
-----------------------------------	-----

Conclusion générale.....	100
---------------------------------	------------

Bibliographie.....	113
---------------------------	------------

LEGISLATION

Le système africain de protection des droits de l'homme d'après le protocole de Malabo de 2014.....	116
--	------------

Introduction générale.....	116
I. Le caractère non permanent de la Cour que crée le Protocole de Malabo.....	120
II. La problématique de l'accès des individus et des ONG à cette Cour.....	123
III. Le nombre insuffisant des juges.....	126
IV. Les procédures de sélection et l'indépendance des juges.....	129
V. Les conditions de recevabilité des requêtes individuelles.....	132
Conclusion générale.....	140
Bibliographie	142
 VARIA	
 L'accès à la justice par les prisonniers :	
Cas des prisonniers de la Prison Centrale de Mpimba.....	146
 Introduction générale.....	146
I. Les grands principes qui gouvernent la justice tel que consacrés par la loi burundaise.....	146
II. L'état des lieux: cas des prisonniers de la Prison Centrale de Mpimba(PCM).....	150
III. La contribution de la CNIDH dans l'application des principes de la justice...	157
IV. Recommandations.....	157
 TABLE DES MATIÈRES.....	159