

Vestiges du droit colonial et droits humains: combler le minimalisme judiciaire de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

*Christian Via Balole**

<https://orcid.org/0009-0006-2880-5179>

*Pacifique Cirhuza Birindwa***

<https://orcid.org/0009-0006-1275-2498>

*Guillain Cirhuza Centwali****

<https://orcid.org/0009-0004-0005-3572>

RÉSUMÉ: Le passé colonial et ses vestiges sont d'une actualité brûlante. Si nombreux de domaines sont concernés par l'héritage colonial, le droit constitue indubitablement l'un de ceux qui en font le plus les frais. Sur demande de l'Union panafricaine des avocats, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a eu l'occasion de se prononcer, pour la première fois, en matière consultative, sur les législations d'origine coloniale, qui réprimant le vagabondage. Dans son avis, la Cour s'est alignée dans le minimalisme judiciaire. Cet article présente les lacunes de cette approche, qui ne permet pas de protéger suffisamment les droits humains face aux lois qui incarnent l'héritage du droit colonial. Il met ainsi en évidence la nécessité d'un activisme judiciaire de la Cour en deux temps. Premièrement, il soutient que, face à ces lois, les obligations positives des Etats devraient comprendre, en général, l'obligation de décoloniser leurs droits internes et, en particulier, de dé penaliser l'infraction de vagabondage et la substituer par des mesures d'effectivité des droits économiques et sociaux. Deuxièmement, il soutient que le constat d'incompatibilité des lois sur le vagabondage avec certains droits humains devrait être étendu au droit au travail.

* Doctorant en sciences juridiques de l'Université Catholique de Louvain – Centre de recherches interdisciplinaires Droit, Entreprise et Société (CRIDES) – Atelier de droit social (Belgique) et de l'Université Catholique de Bukavu (RD Congo), titulaire du diplôme de Master de spécialisation en droits humains de l'Université Catholique de Louvain et du diplôme de Licence en Droit de l'Université Catholique de Bukavu. Boursier FRESH du FRS-FNRS et Chercheur au Centre de Recherche en Sciences Sociales des Grands-Lacs (CRESSO-Grands Lacs); christian.viabalole@uclouvain.be/via.balole@ucbukavu.ac.cd

** Doctorant en sciences politiques et sociales de l'Université Catholique de Louvain – Louvain School of Political and Social Sciences, Assistant de recherche et d'enseignement à la Faculté de sciences sociales de l'Université Catholique de Bukavu, titulaire du diplôme de Master en Leadership et Management des organisations de l'Université Lumière de Bujumbura et d'une Licence en Sciences Sociales (sciences du travail) de l'Université Catholique de Bukavu et Chercheur au Centre de Recherche en Sciences Sociales des Grands-Lacs (CRESSO-Grands Lacs); cirhuza.birindwa@ucbukavu.ac.cd

*** Chef de Travaux à la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Bukavu, titulaire du diplôme de Master de spécialisation en droits de l'homme et d'une Licence en Droit de l'Université Catholique de Bukavu et Chercheur au Centre de Recherche en Sciences Sociales des Grands-Lacs (CRESSO-Grands Lacs); cirhuza.centwali@ucbukavu.ac.cd

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH

Colonial law legacy and human rights: addressing the judicial minimalism of the African Court on Human and Peoples' Rights

ABSTRACT: The colonial past and its remnants remain highly relevant today. While many fields are affected by colonial legacies, law is undoubtedly one of the most impacted. At the request of the Pan-African Lawyers Union, the African Court on Human and Peoples' Rights had the opportunity, for the first time in an advisory opinion, to rule on colonial-era legislation criminalizing vagrancy. In its ruling, the Court adhered to a stance of judicial minimalism. This article highlights the shortcomings of such an approach, which fails to adequately protect human rights against laws that embody the legacy of colonial law. It thus underscores the need for judicial activism by the Court in two key respects. On the one hand, it argues that, in response to these laws, States' positive obligations should generally include the duty to decolonise their domestic legal frameworks and, more specifically, to decriminalise vagrancy and replace its repression with measures ensuring the effectiveness of economic and social rights. On the other hand, it contends that the recognition of the incompatibility of vagrancy laws with certain human rights should be extended to include the right to work.

TÍTULO E RESUMO EM PORTUGUÊS

Remanescências do direito colonial e direitos humanos: preenchendo o minimalismo judicial do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos

RESUMO: O passado colonial e os seus vestígios são um tema quente. Embora muitas áreas sejam afetadas pelo legado colonial, as leis são, sem dúvida, uma das mais visadas. A pedido da União Pan-Africana de Advogados, o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos teve a oportunidade de decidir, pela primeira vez, num parecer consultivo, sobre a legislação de origem colonial que punia a vadiagem. No seu parecer, o Tribunal adotou uma abordagem minimalistica judicial. Este artigo destaca as limitações desta abordagem, que não protege adequadamente os direitos humanos perante leis que incorporam o legado do direito colonial. Assim, destaca a necessidade de ativismo judicial por parte do Tribunal em duas fases. Em primeiro lugar, sustenta que, perante tais leis, as obrigações positivas dos Estados devem incluir, em geral, a obrigação de descolonizar as suas leis internas e, em particular, de descriminalizar o crime e de substituí-lo por medidas que assegurem a eficácia dos direitos económicos e sociais. Em segundo lugar, argumenta que a conclusão de que as leis sobre a vadiagem são incompatíveis com alguns direitos humanos deve ser estendida para a garantia do direito ao trabalho.

MOTS-CLÉS: vestiges; droit colonial; minimalisme judiciaire; droits humains; vagabondage; activisme judiciaire; décolonisation du droit

SOMMAIRE:

1	Introduction.....	5
2	La portée restrictive des obligations positives des etats face aux lois qui incarnent l'héritage du droit colonial.....	8
2.1	Les vestiges du droit colonial et la décolonisation du droit.....	8
2.2	L'absence de dépénalisation de l'infraction de vagabondage et de mesures d'effectivité des droits économiques et sociaux	11
3	Le constat limité d'incompatibilité avec les droits de l'homme: le droit au travail comme parent pauvre des droits protégés.....	15
4	Conclusion	18

1 INTRODUCTION

Bien que la domination coloniale soit formellement terminée, elle n'est pas nécessairement surmontée,¹ car en dépit de l'indépendance, les nouveaux Etats ne sont pas sortis du modèle colonial en raison du poids de l'héritage colonial,² qui cristallise la persistance des effets du colonialisme dans le temps.³ Juridiquement, il s'agit de mettre en relief les vestiges du droit colonial en tant qu'outil de prolongement de la domination.⁴

Cet article s'inscrit dans le sillage de cette problématique en ce qu'il cherche à fournir, autant que se faire se peut, une analyse critique de l'avis consultatif de la Cour africaine des droits de l'homme (la Cour), qui porte sur «la compatibilité des lois sur le vagabondage avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et avec les autres instruments des droits de l'homme applicables en Afrique». L'analyse de cet avis est d'un intérêt évident, car c'est pour la première fois que la Cour statue au fond, en matière consultative, «sur une problématique qui traverse de nombreuses sociétés africaines: l'incrimination de personnes défavorisées, stigmatisées à travers une terminologie remontant à l'époque coloniale».⁵ Son intérêt est aussi lié au surgissement du passé colonial et son héritage, dans la mesure où l'étude vise à décrier la discrimination, l'exploitation et la domination continues dont sont victimes les descendants des personnes qui ont fait les frais de l'injustice et de la violence coloniales. Dès lors, il s'avère nécessaire de cerner la façon dont la Cour s'est positionnée face à cette épineuse question.

En fait, en application de l'article 4(1) du Protocole créant la Cour et de l'article 68 de son Règlement intérieur, l'Union panafricaine des avocats (UPA) a, le 11 mai 2018, déposé au greffe de la Cour une demande d'avis consultatif. Cette demande porte sur la conformité de certaines lois relatives au vagabondage avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (la Charte), la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant et le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes. L'UPA soutient que nombre d'Etats membres de l'Union africaine (UA) conservent des instruments juridiques, qui criminalisent le statut des

¹ P Dann, I Feichtner & J von Bernstorff '(Post)koloniale rechtswissenschaftliche Einleitung' in P Dann, I Feichtner & J von Bernstorff (*Post)Koloniale Rechtswissenschaft: Geschichte und Gegenwart des Kolonialismus in der deutschen Rechtswissenschaft* (2022) 4.

² A Currier & B Gogul 'African anti-sodomy laws as unwanted colonial inheritances' (2020) 48 *Women's Studies Quarterly* 105.

³ V Balole 'Le travail forcé au Congo (1960-2001): entre décolonisation du droit et vestiges du joug du droit colonial belge' (2024) 3-4/92 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Revue d'histoire du droit* 499-531.

⁴ P Dann & F Hanschmann 'Postkoloniale Theorien, Recht und Rechtswissenschaft Einleitung in den Schwerpunkt' (2012) *Kritische Justiz* 128.

⁵ L Burgorgue-Larsen & G Ntwari 'Chronique de jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (2020)' (2021) 32 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 1033.

personnes pauvres, sans abri ou sans emploi et non pas en raison d'actes répréhensibles spécifiques. De manière générale, l'UPA qualifie ces instruments de «lois sur le vagabondage». La demande d'avis soumise à la Cour présente quatre questions. La première résume en substance 3 questions. Elle est libellée ainsi:

a. Les lois et les règlements sur le vagabondage, y compris, sans toutefois s'y limiter, celles qui contiennent des dispositions qui criminalisent le statut d'une personne sans domicile fixe, sans emploi ou sans moyens de subsistance et qui n'exerce aucun métier ni aucune profession et qui est dès lors considéré comme suspect ou voleur connu, qui est oisif et ne peut pas expliquer son statut violent-ils: i) le droit de ne pas subir de discrimination, protégé par l'article 2 de la Charte africaine; ii) le droit à une totale égalité devant la loi et à une égale protection par la loi, protégé par l'article 3 de la Charte africaine; iii) le droit à la dignité et celui de ne pas faire l'objet de peines ou de traitements cruels, inhumains ou dégradant protégé par l'article 5 de la Charte africaine; iv) le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne, protégé par l'article 6 de la Charte africaine; v) le droit à un procès équitable, protégé par l'article 7 de la Charte africaine; vi) le droit de circuler librement et de choisir sa résidence, protégé par l'article 12 de la Charte africaine; iiv) le droit des femmes, des enfants et des personnes souffrant d'un handicap à la protection, protégé par l'article 18 de la Charte africaine.⁶

La quatrième et dernière question consiste à savoir si

Les États parties à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ont-ils l'obligation positive d'abroger ou d'amender leurs lois ou leurs règlements sur le vagabondage, afin de les rendre conformes aux droits protégés par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, par la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant et par le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique? Dans l'affirmative, préciser la nature de ces obligations.⁷

En appui de sa demande, l'UPA fait notamment observer à la Cour que ces infractions ont été introduites à l'époque coloniale et il est inadmissible qu'elles soient maintenues dans les sociétés démocratiques.⁸

Dans son examen, la Cour relève que nombre de pays africains ont maintenu en vigueur des lois, qui répriment le vagabondage. Dans les codes pénaux d'au moins dix-huit d'entre eux⁹ un vagabond est défini comme «toute personne sans domicile fixe ni moyens de subsistance et qui n'exerce ni métier ni profession». Dans au moins huit pays africains,¹⁰ tout «suspect ou voleur réputé ne disposant pas de moyens

⁶ Cour africaine des droits de l'homme, Union panafricaine des avocats (avis consultatif), arrêt du 4 décembre 2020, para 5(a). Voir aussi l'opinion individuelle du juge Tchikaya, para 9, <https://www.african-court.org/cpmt/storage/app/uploads/public/5fd/oc6/53e/5fd653ec0e7417257939.pdf> (consulté 29 août 2025).

⁷ Cour africaine des droits de l'homme (n 6) para 5(d).

⁸ Cour africaine des droits de l'homme (n 6), opinion individuelle du juge Tchikaya para 14.

⁹ Algérie, Burundi, Burkina Faso, Cameroun, Comores, République du Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Madagascar, Mauritanie, Mali, Maroc, Niger, République arabe sahraouie démocratique, Sénégal, Tchad et Togo. Notons également qu'en droit congolais (RDC), l'article 87 de la loi organique n°12/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire dispose que «les Tribunaux de paix peuvent prendre des mesures d'internement de tout individu tombant sous l'application de la législation sur le vagabondage et la mendicité».

¹⁰ Botswana, Gambie, Malawi, Nigeria, Seychelles, Tanzanie, Ouganda et Zambie.

de subsistance visibles et ne pouvant justifier de sa situation» est considéré comme «clochard» ou «vagabond». La Cour note également qu'en Afrique du Sud, notamment, les règlements interdisent aux sans-abris d'errer ou de dormir dans un établissement ou un espace public ou sur la plage. Bien plus, dans au moins trois pays africains,¹¹ la Cour constate que le vagabondage et l'oisiveté sont des infractions définies comme étant commises par des personnes «en état d'errance ou oisives, qui n'ont pas de moyens de subsistance définis et qui ne peuvent pas justifier leur situation».¹²

Pour la Cour, «[c]es lois sur le vagabondage utilisent couramment les termes «voyous», «vagabonds», «oisifs» et «errants» pour désigner les personnes considérées comme des vagabonds». Ces qualifications ne sont qu'une perception coloniale et une négation des droits humains.¹³ Ainsi, après avoir confronté la portée de ces lois aux dispositions pertinentes des instruments africains des droits de l'homme, la Cour, sur le fond, a dit que les lois sur le vagabondage sont incompatibles avec les articles 2, 3, 5, 6, 7, 12 et 18 de la Charte et les Etats ont l'obligation positive, entre autres, d'abroger ou de modifier ces lois afin de se conformer à la Charte, à la Charte des droits de l'enfant et au Protocole relatif aux droits des femmes.¹⁴

Bien que cet avis soit d'un intérêt indéniable, il n'en est pas moins vrai qu'il est symptomatique du minimalisme judiciaire de nature à ne pas garantir suffisamment la protection des droits humains dans ce contexte particulier d'héritage du droit colonial. En effet, la Cour n'a fait que répondre aux questions lui adressées sans en dire plus. Si cette approche est globalement plausible, il est néanmoins de jurisprudence en matière consultative que «la Cour ne pourrait-elle s'acquitter convenablement de l'obligation qui lui incombe...si, dans sa réponse à la requête, elle ne prenait pas en considération tous les aspects juridiques pertinents du sujet sur lequel portent les questions».¹⁵ Dans le cas d'espèce, ces aspects juridiques pertinents ont trait tout d'abord à la portée des obligations positives. La Cour aurait pu étendre cette portée à la décolonisation des droits internes des Etats, à la dé penalisation de l'infraction de vagabondage et sa substitution par des mesures d'effectivité des droits économiques et sociaux (2). Cette extension s'explique au regard du lien entre les lois querellées, le droit colonial et l'ineffectivité des droits économiques et sociaux. Par ailleurs, comme l'a souligné le juge Blaise Tchikaya dans son opinion individuelle, «la Cour aurait pu élargir son analyse du sujet», car «la question à l'étude regorgeait tant d'autres bien cachées».¹⁶ Qui plus est, la Cour elle-même, dans une autre affaire, a eu à souligner que les droits humains ayant un lien avec le passé colonial «ont une pertinence

¹¹ Ile Maurice, Namibie et Sierra Leone.

¹² Cour africaine des droits de l'homme (n 6) para 60.

¹³ Cour africaine des droits de l'homme (n 6) para 79 (nous soulignons).

¹⁴ Cour africaine des droits de l'homme (n 6) para 157.

¹⁵ Cour Internationale de Justice *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte*, Avis consultatif, Recueil 1980, para 35.

¹⁶ Cour africaine des droits de l'homme (n 6) opinion individuelle du juge Tchikaya, para 1 & 55.

particulière pour le continent africain.¹⁷ Partant, cette pertinence particulière devrait également appeler une réponse particulière face à cette problématique de haute importance sociétale pour les Etats africains. Un second aspect juridique pertinent porte sur l'impact des lois querellées sur le droit au travail (3). Si la Cour y a fait allusion tantôt en filigrane, tantôt de façon subsidiaire, elle n'y a attaché aucune conséquence juridique dans son dispositif, en préférant observer religieusement le principe *non ultra petita*.

2 LA PORTÉE RESTRICTIVE DES OBLIGATIONS POSITIVES DES ETATS FACE AUX LOIS QUI INCARNENT L'HÉRITAGE DU DROIT COLONIAL

Fort de son minimalisme judiciaire, la Cour a raté l'occasion, dans le cadre de la problématique de vestiges du droit colonial, d'étendre la portée des obligations positives des Etats à la décolonisation de leur législation nationale (2.1), à la dépénalisation de l'infraction de vagabondage et sa substitution par des mesures de nature à donner effet concret et effectif aux droits économiques et sociaux (2.2).

2.1 Les vestiges du droit colonial et la décolonisation du droit

Pour la Cour,

les lois sur le vagabondage, y compris, sans s'y limiter, celles qui contiennent des dispositions qui criminalisent le statut d'une personne au motif qu'elle est sans domicile fixe, sans emploi ou sans moyens de subsistance, n'exerce aucun métier ni aucune profession, est soupçonnée ou est voleur notoire, qui n'a aucun moyen de subsistance visible et ne peut expliquer sa situation de manière satisfaisante; qui est oisive et n'a pas de revenus et ne peut pas expliquer son statut; de même que les lois qui prévoient l'éloignement ou l'expulsion de toute personne déclarée en état d'errance ainsi que les lois qui autorisent l'arrestation sans mandat de toute personne soupçonnée d'être un vagabond, sont incompatibles avec les articles 2, 3, 5, 6, 7, 12 et 18 de la Charte;

...les États parties à la Charte ont l'obligation positive, entre autres, d'abroger ou de modifier leurs lois sur le vagabondage ainsi que les lois connexes, afin de se conformer à la Charte africaine, à la Charte des droits de l'enfant et au Protocole relatif aux droits des femmes, dans un délai raisonnable; que cette obligation leur impose de prendre toutes les mesures nécessaires, dans les plus brefs délais, pour procéder à une révision de toute leur législation, en particulier les lois qui prévoient des infractions liées au vagabondage, en vue de modifier ou d'abroger ces lois et les aligner avec les dispositions de la Charte, de la Charte des droits de l'enfant et du Protocole relatif aux droits des femmes.¹⁸

¹⁷ Cour africaine des droits de l'homme, *Mornah c. Bénin et autres (Maurice, intervenant)*, Arrêt du 25 septembre 2020, para 19 (nous soulignons).

¹⁸ Cour africaine des droits de l'homme (n 6) para 157.

Si ce dispositif vise à rendre «concrète et effective» l’obligation, qui découle de l’article 1er de la Charte,¹⁹ il est tout de même pourvu de nombre de lacunes en ce qu’il est moins explicite sur l’étendue et la nature de l’obligation positive d’abroger les lois sur le vagabondage.

S’agissant de la nature, la Cour n’a fait usage que d’une formule jugée répétitive, sans plus-value et aux contours évanescents, car elle ne précise pas si cette obligation d’abrogation est de moyens ou de résultat.²⁰ Dans son avis, la Cour souligne ce qui suit:

S’agissant de la nature de cette obligation, la Cour considère que celle-ci impose à tous les États parties de modifier ou d’abroger toutes leurs lois sur le vagabondage, leurs règlements administratifs ainsi que les autres dispositions, afin de les rendre conformes à la Charte africaine, à la Charte des droits de l’enfant et au Protocole relatif aux droits des femmes.²¹

De cette façon, la Cour semble confondre la nature et la portée de l’obligation. En réalité, plutôt que de préciser la nature de cette obligation, elle explique sa portée. Quant à celle-ci, elle est restreinte, car elle ne prend pas en compte tous les aspects juridiques liés à l’ampleur des questions posées à la Cour. En effet, ayant considéré que les lois en litige ont une «perception dépassée et largement coloniale des individus sans aucun droit ...», la Cour aurait pu faire preuve d’activisme judiciaire en formulant son dispositif de sorte à amener les Etats à prendre leur distance face à ces vestiges du droit colonial, qui portent atteinte aux droits humains. Ainsi, elle étendrait la portée des obligations positives des Etats en soulignant *verbatim* qu’elles leur commandent *de décoloniser leurs droits internes*. En plus d’éviter d’autres requêtes ultérieures de même nature, cette démarche aurait permis à la Cour d’assurer la protection d’autres droits humains non concernés par les législations sur le vagabondage, mais qui sont affectés par d’autres instruments juridiques de droit interne entachés des vestiges du droit colonial.²² De même, il est significatif de noter que le fait pour le droit colonial exogène autrefois conçu pour opprimer et subordonner²³ soit resté en place après l’indépendance de pays autrefois colonisés s’apparente quelque peu à une forme d’inertie historique.²⁴ Bien plus, ce droit colonial s’inscrit dans l’idéologie de «civilisation», qui est foncièrement contraire aux préoccupations des

¹⁹ Burgorgue-Larsen & Ntwari (n 5) 1034. Aux termes de cet article, ‘les États membres ... reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s’engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer’.

²⁰ Burgorgue-Larsen & Ntwari (n 5) 1035.

²¹ Cour africaine des droits de l’homme (n 6) para 156.

²² En effet, les lois d’origine coloniale, qui portent atteinte aux droits humains ne se limitent pas aux législations sur le vagabondage. Elles concernent plusieurs branches du droit notamment le droit privé en général (droit foncier spécialement) et le droit public (droit pénal notamment), qui comportent respectivement des dispositions datant de l’époque coloniale et qui continuent de priver les africains de leurs droits fonciers et de les astreindre au travail en violation de la Charte.

²³ A Binagwaho, R Freeman & G Sarriera ‘The persistence of colonial laws: why Rwanda is ready to remove outdated legal barriers to health, human rights, and development’ (2018) *Harvard International Law Journal online* 45.

²⁴ M Kanna ‘Furthering decolonisation: judicial review of colonial criminal laws’ (2020) *Duke Law Journal* 411, 416-417.

droits de l'homme²⁵, dont la Cour est la protectrice attitrée sur le continent africain.²⁶ En effet, face aux lois pourvues d'un héritage colonial, une présomption d'incompatibilité avec les droits de l'homme inscrits dans la Charte peut être soutenue. Cela s'explique par le fait que, en plus d'être oppressif, racialisé et arbitraire,²⁷ le droit colonial a été conçu et utilisé par les puissances coloniales en vue de l'exploitation économique et humaine.²⁸ C'est donc un droit d'exploitation des «indigènes»²⁹ qu'il a soumis à sa domination,³⁰ qui constitue même son fondement.³¹ C'est pourquoi la Cour aurait pu réaffirmer le lien entre la lutte contre le colonialisme et la lutte pour les droits de l'homme,³² car ces droits ne sauraient être protégés suffisamment tant que le droit interne des Etats demeure entaché de vestiges du droit colonial.

Fort pour la Cour de n'avoir pas fait référence à ces aspects et étant donné que l'héritage du colonialisme continue de façonner de manière significative le monde actuel,³³ les Etats africains sont priés d'interpréter leurs obligations positives de «procéder à une révision de toute leur législation» comme une obligation visant à éradiquer les vestiges du droit colonial. Cette obligation est indissociable de la décolonisation, qui demande que l'on se souvienne de l'esclavage et des diverses formes de colonialisme et qu'on y résiste.³⁴ Juridiquement, la décolonisation oblige à questionner l'origine des principes du droit colonial et à se demander s'ils doivent continuer à guider le présent et l'avenir tout en définissant le cadre pour ce faire.³⁵ Ce questionnement

25 Balole (n 3) 512.

26 G Ntwari 'La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples à la croisée des chemins – Bilan des cinq premières années d'activités judiciaires (2009-2014)' (2015) *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 368.

27 F Dumasy 'L'invention d'un droit colonial. Réflexion sur la pluralité des normes et sur les références au droit dans l'administration française en Algérie, 1830-1834' in A Geslin, C Herrera & M Ponthoreau (dir) *Postcolonialisme et droit: perspectives épistémologiques* (2020) 19.

28 B Tamanaha *Legal pluralism explained: history, theory, consequences* (2021) 56.

29 O le Cour Grandmaison 'L'exception et la règle: sur le droit colonial français' (2005) 4 *Diogène* 52.

30 U Schaper 'Law and colonial order: Legal policy in German Cameroon between civilising and public peace' (2009) 19 *Zeitschrift für Globalgeschichte und vergleichende Gesellschaftsforschung* 17-33; E Tourme-jouannet 'Des origines coloniales du droit international: à propos du droit des gens moderne au 18ème siècle' (2014) *The Roots of International Law* 649-651.

31 J Bras 'Introduction' in J Bras (dir) *Faire l'histoire du droit colonial: cinquante ans après l'indépendance de l'Algérie* (2015) 12.

32 K Vasak 'Les droits de l'homme et l'Afrique. Vers les institutions africaines pour la protection internationale des droits de l'homme?' 470, <https://rbdi.brussels.be/modele/rbdi/content/pdf/files/RBDI%201967/RBDI%201967-2/Etudes/RBDI%201967.2%20-%20pp.%20459%20%C3%A0%20478%20-%20Karel%20Vasak.pdf> (consulté 29 août 2025).

33 M Kohn & K McBride 'Introduction: political theory and decolonisation' in M Kohn & K McBride *Political theories of decolonisation: postcolonialism and the problem of foundations* (2011) 3-13.

34 A Blackett 'Introduction: decolonizing labour law. contributions to an emergent transnational labour law' (2018) 33 *Canadian Journal of Law and Society* 111.

35 A Blackett 'Decolonising labour law: a conversation with Professor Adelle Blackett' (2021) 5 *TWAILR: Dialogues* 7.

est important, car un ordre juridique informé de son héritage colonial est mieux placé pour revendiquer la promesse du droit à la liberté et à l'émancipation de toute personne humaine,³⁶ dont les africains ont plus que besoin. Or, cette liberté et cette émancipation sont cruellement mises à rude épreuve par les vestiges du droit colonial et les législations sur le vagabondage, en particulier.

2.2 L'absence de dépénalisation de l'infraction de vagabondage et de mesures d'effectivité des droits économiques et sociaux

Pour la Cour, «les lois sur le vagabondage...reflètent une perception dépassée et largement coloniale des individus sans aucun droit et [utilisent une terminologie qui] déshumanise et rabaisse les individus qui sont perçus comme ayant un statut inférieur»³⁷. Aussi importante qu'apparaisse cette opinion, la Cour n'a pas souligné que les obligations positives des Etats leur commande de dépénaliser l'infraction de vagabondage. Il s'agissait pourtant d'une préoccupation fondamentale de questions lui adressées. Fort de cette lacune, les Etats pourraient «jouer la montre en ne s'engageant pas frontalement dans le lancement de nouvelles politiques pénales».³⁸ Pourtant, comme le note le juge Tchikaya dans son opinion individuelle, la Cour

devrait s'aviser davantage à cerner au plus près le débat conceptuel dans lequel le demandeur l'appelait. Pour ce dernier: «En Afrique, bon nombre d'infractions criminalisent en réalité la pauvreté. Ces infractions ont été introduites durant la période coloniale et il est pour le moins saugrenu que de telles infractions puissent être maintenues dans des démocraties constitutionnelles».³⁹

La Cour a également raté l'occasion de se prononcer sur les obligations positives des Etats à prendre les mesures nécessaires en vue de la mise en œuvre effective des droits humains, en particulier les droits économiques et sociaux. Or, il existe un lien très évident entre l'ineffectivité de ces droits et l'état de vagabondage que répriment les lois en litige. Cette extension d'obligations positives s'explique par le fait qu'un instrument des droits de l'homme «a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs»⁴⁰. Dans cette optique, le rôle du juge des droits de l'homme est de s'assurer que les obligations positives des Etats pour rendre effectifs et concrets leurs engagements en matière des droits de l'homme sont mises en œuvre.⁴¹ Ce rôle de la Cour est crucial, car lorsqu'il n'est pas suffisamment exercé, les droits de l'homme (droits

³⁶ M Pichl 'Die Verrechtlichung der Welt – Ansätze einer postkolonialen Rechtstheorie' (2012) *Kritische Justiz* 143.

³⁷ Cour africaine des droits de l'homme (n 6) para 79 (nous soulignons).

³⁸ Burgorgue-Larsen & Ntwari (n 5) 1035.

³⁹ Cour africaine des droits de l'homme (n 6) opinion individuelle du juge Tchikaya, para 14.

⁴⁰ Cour européenne des droits de l'homme, *Airey c. Irlande*, Arrêt du 9 octobre 1979, para 24.

⁴¹ *Airey c. Irlande* (n 40) para 25 et 32.

économiques et sociaux en l'espèce) risquent de sombrer dans le domaine de la théorie et les instruments juridiques qui les consacrent basculeraient dans une léthargie.

Il est pourtant significatif de constater que la Cour était particulièrement bien placée pour s'inscrire dans cette démarche. En effet, dans ses observations, le Burkina Faso a souligné que nombre des délits de vagabondage nécessitent «un traitement davantage social que pénal».⁴² Il en est de même du Réseau des Institutions Nationales Africaines des Droits de l'Homme (RINADH) qui, en tant qu'*amicus curiae*, a soutenu que les arrestations et la détention pour des infractions liées au vagabondage constituent «une réponse disproportionnée au chômage, à la pauvreté et au manque de logements, ce qui peut causer un préjudice considérable à la personne incriminée et à sa famille».⁴³ La Cour elle-même a estimé que l'application des lois sur le vagabondage «prive souvent les personnes défavorisées et marginalisées de leur dignité en érigent illégalement des obstacles à leurs efforts en vue de maintenir ou de construire une vie décente ou pour jouir du mode de vie qu'elles mènent»⁴⁴. Dans cette perspective, la Cour a mis en évidence le fait que «tous les êtres humains ont le droit de jouir d'une vie décente...ce qui est au cœur du droit à la dignité humaine».⁴⁵ Toutefois, le minimalisme judiciaire de la Cour l'a empêché de tirer les conséquences juridiques de ses propres constatations. A vrai dire, la simple révision ou abrogation de la législation qu'elle commande ne suffit point pour apporter une réponse aux problèmes sociaux et économiques qu'éprouvent les individus dits «vagabonds».

A cet égard, pour combler les lacunes de l'avis de la Cour, il convient de comprendre d'emblée le contexte colonial, qui a poussé les africains dans une situation de vagabondage. En effet, dans les colonies, le droit colonial mis en place visait à contrôler les colonisés,⁴⁶ et à perturber leurs systèmes juridiques tout en leur imposant des limites à leur pouvoir de s'autogouverner⁴⁷ afin de bien les assujettir.⁴⁸ Qui plus est, ce droit les a dépossédés de leurs terres au profit de l'Etat colonial et des capitalistes privés.⁴⁹ Des politiques agricoles coloniales ont aussi

⁴² Cour africaine des droits de l'homme (n 6) para 50.

⁴³ De plus, selon les Principes relatifs à la dépénalisation des infractions mineures en Afrique, qui ont été soumis à la Cour par la Commission africaine des droits de l'homme, 'la répression des infractions mineures a pour effet de réprimer, de discriminer, de contrôler et de compromettre la dignité des personnes sur la base de leur statut socio-économique, perpétuant ainsi la stigmatisation de la pauvreté'. Cour africaine des droits de l'homme (n 6) para 51 et 53.

⁴⁴ Cour africaine des droits de l'homme (n 6) para 80.

⁴⁵ Cour africaine des droits de l'homme (n 6) para 80.

⁴⁶ Kanna (n 24) 416-418.

⁴⁷ N Shawush 'Decolonising the land: revitalising indigenous legal traditions' *Decolonisation and Law* en ligne, <https://opentextbooks.uregina.ca/decolonizingjustice/chapter/chapter-1/> (consulté 29 août 2025).

⁴⁸ O Le Cour Grandmaison (n 29) 52.

⁴⁹ I Utshudi 'La gestion domaniale des terres rurales et des aires protégées au Sud-Kivu: aspects juridiques et pratiques d'acteurs' (2008) *Annuaire de l'Afrique des Grands Lacs* 420-421.

détruit leur économie.⁵⁰ De cette façon, les colonisés ont été privés de moyens de subsistance et de la possibilité du commerce, faute de denrées à vendre.⁵¹ En conséquence, ayant perdu leurs terres et moyens de subsistance, nombre de colonisés se sont retrouvés en défaut de domicile, d'occupation et de moyens de subsistance, qui sont des éléments caractéristiques du vagabondage.

De nos jours, dans nombre d'Etats africains, les droits économiques et sociaux subissent de plein fouet l'ineffectivité au regard notamment du chômage accru⁵² lié en grande partie au manque et/ou à l'insuffisance criante des politiques publiques de création d'emplois et de justice sociale. Dans ce contexte africain des inégalités sociales «révoltantes»,⁵³ il est évident que plusieurs citoyens africains ne peuvent que se retrouver dans les situations où ils sont «sans domicile fixe», «sans emploi», «sans moyens de subsistance» sans «aucun métier ni aucune profession». Ainsi, ils sont potentiellement susceptibles d'être considérés comme «suspects» ou «voleurs», «oisifs» et «incapables d'expliquer leur statut». Or, ce sont justement ces éléments qui sont constitutifs de l'infraction de vagabondage.

A la lumière de ce qui précède, l'on peut soutenir qu'une réponse sociale est plus appropriée au vagabondage qu'une réponse pénale. En effet, on ne devrait pas punir les vagabonds «pour avoir, en sollicitant l'aumône, exercé un droit naturel, celui de pourvoir à la conservation de leur existence. Mais il est de l'intérêt, sinon même du devoir de la société, de secourir ces malheureux»⁵⁴. Juridiquement, cette réponse implique des politiques sociales de nature à donner effet principalement à l'article 15 de la Charte. Cet article dispose que «toute personne a le droit de travailler dans des conditions équitables et satisfaisantes et de percevoir un salaire égal pour un travail égal». S'il est vrai que le droit au travail que consacre cet article n'est pas un droit de réalisation immédiate, la Cour a tout de même souligné qu'il

⁵⁰ M Erpelding *Le droit international antiesclavagiste des 'nations civilisées'*, (1815-1945) (2017) 276; J Seibert 'More continuity than change? New forms of unfree labour in the Belgian Congo, 1908-1930' (2001) 7 *Humanitarian Intervention and Changing Labour Relations* 383.

⁵¹ A Hochchild 'Les fantômes du roi Léopold. La terreur coloniale dans l'Etat du Congo 1884-1908' (2007) 313.

⁵² V Balole 'La protection des normes fondamentales du travail dans le droit de la zone de libre-échange continentale africaine. contribution à l'émergence du régionalisme social dans le commerce régional africain' (2023) *Annuaire africain des droits de l'homme* 239.

⁵³ Il est en effet révoltant le fait pour certains dirigeants africains de demeurer exagérément riches en se partageant le 'gateau national' entre eux et en ne réservant que les 'miettes' aux citoyens. Et, comme si cela ne suffit point, d'arrêter arbitrairement et d'incarcérer leurs citoyens au motif qu'ils sont 'vagabonds' alors que c'est le système de prédatation et d'injustice sociale mis en place par ces dirigeants, qui explique grandement l'état de vagabondage. Ce serait un silence coupable de masquer le caractère odieux de ce système abject et prédateur, qui n'est en réalité qu'une autre forme de 'colonisation-domination' par et contre les africains et constitue une épée de Damoclès pour la paix et la stabilité du continent.

⁵⁴ M Pussemier *La répression de la mendicité et du vagabondage d'après la loi belge du 27 novembre 1891* (1984) 2.

comporte deux composantes que sont «l'accès et la jouissance».55 Cet accès est bien explicité par l'article 6(1) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), qui dispose que les États «reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'à toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit».56 L'élément le plus fondamental est ce droit de toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie qui, lorsqu'il n'est pas garanti, peut potentiellement pousser les individus dans un état de vagabondage. A cet égard, la Cour aurait pu élargir son raisonnement à ces questions en soulignant que les obligations positives des Etats leur commandent, en vue de rendre concrets et effectifs les droits humains, de prendre des mesures visant à éviter que les individus ne tombent dans l'état de vagabondage. Ce faisant, elle aurait pu interpréter ce droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie comme un droit qui implique pour les Etats, entre autres, de mettre en place une politique effective de justice sociale afin de faciliter aux citoyens un plus grand accès aux services sociaux de base. De cette façon, la Cour pouvait tirer les conséquences légales de ses propres constatations suivant lesquelles l'application des lois sur le vagabondage «prive les personnes défavorisées et marginalisées de leur dignité» et du «droit de jouir d'une vie décente». Pour parvenir à cette dignité, la mise en œuvre effective du droit au travail est l'un des puissants moyens. En effet, comme cela ressort de l'observation générale n°18 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, le droit au travail permet aux individus «de vivre dans la dignité».57 Le raisonnement ne saurait cependant se limiter au seul droit au travail bien qu'il nous paraît le plus significatif. De façon générale, la Cour aurait pu souligner que les obligations positives des Etats leur commandaient d'éviter que les individus ne tombent dans un état de vagabondage en garantissant la mise en œuvre effective de droits économiques et sociaux. Il s'agit donc, pour l'Etat, de prendre «des mesures générales dans son ordre juridique interne, afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer les conséquences».58 Ainsi, la violation qu'aurait pu constater la Cour est l'absence et/ou l'insuffisance de mesures de mise en œuvre effective des droits économiques et sociaux, qui conduit au vagabondage comme conséquence à effacer.

55 Cour africaine des droits de l'homme, *Mulindahabi c. Rwanda* (fond et réparations), Arrêt du 26 juin 2020, para 88.

56 Art 6(1) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

57 Comité des droits économiques, sociaux et culturels *Observation générale n° 18. Article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (2005) para 1.

58 Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan*, Arrêt du 29 mai 2019, para 150 (nous soulignons).

3 LE CONSTAT LIMITÉ D'INCOMPATIBILITÉ AVEC LES DROITS DE L'HOMME: LE DROIT AU TRAVAIL COMME PARENT PAUVRE DES DROITS PROTÉGÉS

Pour la Cour, les lois sur le vagabondage sont incompatibles avec plusieurs droits reconnus par la Charte. Parmi ces droits, la Cour ne fait aucunement allusion au droit au travail. Pourtant, l'origine coloniale de l'infraction de vagabondage et ses éléments constitutifs tel que cela ressort de législations de certains pays africains devaient l'amener à prononcer l'incompatibilité des lois sur le vagabondage avec l'article 15 de la Charte.

A l'époque coloniale, comme le note Keba Mbaye, l'une des préoccupations principales du colonisateur était d'obtenir «une main-d'œuvre fixe à bon marché».⁵⁹ La réticence de colonisés à s'impliquer dans le travail colonial n'avait cependant pas permis au colonisateur d'obtenir cette main-d'œuvre.⁶⁰ Pour surmonter ce défi, les puissances coloniales ont, entre autres, considéré les africains dits «primitifs» comme de personnes qui n'aiment pas travailler. Ainsi, en vue de les «civiliser», il fallait leur apprendre à travailler⁶¹ et à apprécier la valeur du travail acharné.⁶² A cet égard, attendu que sans la pression de l'autorité, ces «primitifs» préfèrent leur vie misérable, mais libre et «oisive» au travail rétribué,⁶³ le travail forcé a été perçu comme un effort d'éducation du «nègre paresseux».⁶⁴ Pour ce faire, le

59 K Mbaye *Les droits de l'homme en Afrique* (1992) 57.

60 En effet, bien que cette réticence des africains soit associée à la 'paresse', il importe de souligner que le travail salarié n'était pas une nécessité pour eux. En effet, ils participaient à la vie économique par le truchement de leurs propres canaux, en commercialisant notamment des denrées qu'ils cultivaient eux-mêmes et qui étaient jugés plus sûrs, plus lucratifs et mieux adaptés à leurs besoins ainsi qu'au maintien de leurs liens communautaires et sociaux. B Jewsiwicki 'Zaire enters the world system: its colonial incorporation as the Belgian Congo, 1885-1960' (1979) *Zaire - The Political Economy of Underdevelopment* 29-53. Cette réticence est aussi consubstantielle aux conditions de travail épouvantables qui prévalaient dans le monde du travail colonial. Seibert (n 50) 379-380. *Last but not least*, elle était liée aux souvenirs tragiques de l'époque de l'esclavage, toujours vivaces. Bureau International du Travail *Rapport de la Commission instituée en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail pour examiner la plainte déposée par le gouvernement du Ghana au sujet de l'observation par le gouvernement du Portugal de la convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé*, 1957, (1962) para 103.

61 Bulletin officiel de l'Etat indépendant du Congo (BOEIC), 16e année (1900), n° 7 139.

62 A Keese 'Searching for the reluctant hands: obsession, ambivalence and the practice of organising involuntary labour in colonial Cuanza-Sul and Malange districts, Angola, 1926-1945' (2013) 41 *Journal of Imperial and Commonwealth History* 242.

63 B Fall 'Le travail forcé en Afrique occidentale française (1900-1946)' (1993) 41 *Revue internationale d'anthropologie et de sciences humaines* 2.

64 V Balole 'Le droit du travail antiesclavagiste de l'Etat indépendant du Congo: analyse à l'aune du droit international des nations 'civilisées' (1885-1890)' (2025) 1 *Revue de droit international et de droit comparé* 24 et 25.

colonisateur a mis en place un corps juridique de nature à le contraindre au travail. Ce corps juridique contenait notamment les législations sur le vagabondage, qui sont fondées sur les stéréotypes des Africains «oisifs» ou «paresseux» et qui ont légitimé la répression du vagabondage dans les colonies sous domination française et britannique.⁶⁵

La République démocratique du Congo (RDC), ancienne colonie belge, n'y échappe pas. Dans l'Etat indépendant du Congo (EIC), un décret du 23 mai 1896 relatif à la répression du vagabondage et de la «mendicité» a été adopté. Aux termes de ce décret, «Tout individu de couleur trouvé en état de vagabondage ou mendiant sera arrêté et traduit devant le tribunal répressif de première instance compétent».⁶⁶ Les «vagabonds» étaient constitués des individus valides qui exploitent la charité comme mendiants de profession, et ceux qui, par fainéantise, ivrognerie ou dérèglement de mœurs, vivent en état habituel de vagabondage (article 3 du décret susvisé). Une fois arrêtés et déférés devant le juge, les vagabonds étaient mis à la disposition du Gouvernement pour être internés, pendant un an au moins et sept ans au plus, dans les maisons ou ateliers de travail où ils sont astreints aux travaux prescrits par ces établissements.⁶⁷ Ces ateliers n'ont pas cependant existé comme en témoigne la doctrine coloniale. En conséquence, les vagabonds et mendiants étaient détenus dans les prisons.⁶⁸ Un arrêté du Gouverneur Général de l'EIC du 9 avril 1897 prévoyait que les vagabonds et mendiants habituels sont enchaînés et astreints aux travaux de cultures alors que les vagabonds et mendiants occasionnels sont astreints aux travaux dans une station où le siège le tribunal qui a prononcé l'internement. Les deux types de vagabonds étaient également soumis au règlement sur le service des maisons de détention de gens de couleur établi par l'arrêté du Gouverneur Général du 1er février 1897. Cet arrêté prévoyait des peines disciplinaires à savoir les entraves, le cachot obscur pendant un mois au plus, le fouet de douze à cent coups dont un maximum de 50 coups par jour pour un individu ainsi que la privation d'une partie de la ration.⁶⁹ Le système a été maintenu au Congo belge où tous les «vagabonds» et mendiants étaient astreints notamment à des travaux de voirie, de culture, d'entretien, de nettoyage, de débroussaillement, de constructions de

65 A Keese 'Slow abolition within the colonial mind: British and French debates about "vagrancy", "African laziness", and forced labour in West-Central and South-Central Africa, 1945-1965' (2014) 59 *Internationaal Instituut voor Sociale Geschiedenis*. Voir aussi L Kodou 'La tropicalisation du droit social métropolitain en Afrique occidentale française 1900?1952' 3, <https://afrilex.u-bordeaux.fr/wp-content/uploads/2021/05/La-tropicalisation-du-Droit-du-social-Anonyme.pdf> (10 juin 2023) (consulté 29 août 2025).

66 Article 1er du décret du 23 mai 1896 relatif à la répression du vagabondage et de la mendicité, BOEIC, 12e année, (1896), n°6, 160-161.

67 Décret du 23 mai 1896 relatif à la répression du vagabondage et de la mendicité (n 66) articles 2, 3 et 6.

68 L Bours 'Défense sociale et vagabondage' (1951) 17 *Journal des tribunaux d'outre-mer* 205.

69 A Lycops & G Touchard 'Recueil usuel de la législation de l'Etat indépendant du Congo, 1892-1897' Tome II (1903) 574-575 & 594.

bâtiments et de routes, etc.⁷⁰ Conformément à la jurisprudence du Tribunal d'appel de Boma du 10 mai 1904 et du 29 octobre 1914, le but de la législation sur le vagabondage est de «de décourager les individus qui seraient tentés de mener une vie anormale et oisive, par la menace d'un travail forcé et à préserver la société du danger que le vagabondage constitue pour elle».⁷¹

On constate ainsi que les législations sur le vagabondage sont des outils de contrainte au travail et violent le principe de liberté individuelle en matière de travail. La Cour, dans son avis, en questionnant la *ratio legis* des lois sur le vagabondage, souligne que ces lois visent notamment à «réduire la mobilité des personnes et criminaliser la mendicité, ce qui permet d'assurer ainsi la disponibilité d'une main-d'œuvre bon marché aux propriétaires fonciers et aux industries».⁷² Toutefois, la Cour n'a attaché aucune conséquence juridique à ce constat, car elle n'a pas souligné que les lois sur le vagabondage violent l'article 15 de la Charte, qui consacre la liberté du travail. Cette liberté implique un versant double, le versant positif (liberté de s'engager dans une relation de travail) et le versant négatif (liberté de ne pas s'engager dans une relation de travail). Elle vise aussi à protéger l'un des droits humains fondamentaux au travail, à savoir l'interdiction du travail forcé. La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'Organisation internationale du Travail a eu à souligner que le fait d'incriminer le «simple fait de ne pas travailler» dans le cadre de la répression du vagabondage est contraire à la convention n°29 sur le travail forcé.⁷³ La Cour elle-même a clairement constaté que les lois en litige contiennent des dispositions, qui criminalisent le statut d'une personne au motif qu'elle est «sans emploi» ou «n'exerce aucun métier ni aucune profession». En dépit de ce constat, la Cour n'a de nouveau pas constaté l'incompatibilité de ces lois avec le droit au travail. En conséquence, elle a raté l'occasion de protéger ce droit et l'interdiction du travail forcé qui en découle et qui, en plus d'être une «valeur fondamentale des sociétés démocratiques»,⁷⁴ est devenue une norme de *jus cogens*⁷⁵ et de droit international coutumier.⁷⁶ Cette nature particulière est notamment liée

70 Bulletin officiel du Congo belge, 6e année (1913), n° 9, 799-801.

71 Tribunal d'Appel Boma, 10 mai 1904, Jur. Etat, I, 346 et Appel Boma, 29 oct 1914, Doctr. et Jur. col, 1925, 233, cité par Bours (n 68) 205 (nous soulignons).

72 Cour africaine des droits de l'homme (n 6) para 59.

73 https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/fr/?p=NORMLEXPUB:13100:o::NO::P13_100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:2256404,103460 La recommandation n° 35 de l'OIT retient également les qualifications abusives de vagabondage comme une contrainte indirecte au travail (Principe II, c) de la Recommandation (n° 35) sur la contrainte indirecte au travail, 1930).

74 Cour européenne des droits de l'homme, *Siliadin c. France*, Arrêt du 26 juillet 2005, para 112.

75 A Cancado, (opinion dissidente sous CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État, Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)*), Arrêt du 3 février 2012, Recueil 2012, para 98.

76 Cour suprême du Canada, *Nevsun Resources Ltd. c. Gize Yebeyo Araya, Kesete Tekle Fshazion et Mihretab Yemane Tekle*, Arrêt du 28 février 2020, para 102; C La hovary 'Les droits fondamentaux au travail. Origines, statut et impact en droit international' (2009) 164-165.

aux conséquences inhumaines du travail forcé contre les populations africaines à l'époque coloniale. Elle s'explique aussi par le fait que le travail forcé est une forme d'esclavage et son interdiction vise à protéger la dignité de toute personne humaine⁷⁷ et à garantir le travail décent pour tous.⁷⁸

Fort de ce qui précède, le fait de ne pas travailler ne saurait aucunement être incriminé dans une société démocratique. Même si la Cour ne l'a pas dit dans l'avis sous examen, l'incompatibilité de législations sur le vagabondage avec le droit au travail ne peut qu'être soutenue. Le contraire serait de nature à légitimer la continuité du système colonial d'exploitation des africains et les stéréotypes coloniaux de la «paresse» des africains qui n'ont pas le «goût du travail».

4 CONCLUSION

L'indépendance des Etats africains n'est aucunement allée de pair avec l'abrogation totale du droit colonial⁷⁹ conçu comme un outil d'oppression et d'exploitation. Cette continuité met en évidence une sorte de *legal coloniality*, qui sous-tend la répétition ou la consolidation du système colonial d'exploitation.⁸⁰ En témoignent les législations sur le vagabondage auxquelles la Cour a été appelée à donner son avis quant à leur compatibilité avec certains droits humains.

Ayant eu l'occasion de se prononcer, en matière consultative, sur cette épineuse question, qui met en avant le respect des droits humains face aux lois qui incarnent l'héritage du droit colonial, la Cour s'est alignée dans le minimalisme judiciaire. Cette approche l'a empêché de se prononcer sur certains aspects juridiques pertinents que soulèvent les questions lui adressées. Au nombre de conséquences de ce minimalisme judiciaire, cet article note la portée restrictive que la Cour a donnée aux obligations positives des Etats ainsi que le constat limité de l'incompatibilité des lois sur le vagabondage avec les droits humains.

L'article met ainsi en relief la nécessité d'un activisme judiciaire de bon aloi de la Cour, qui lui permettrait d'inclure la décolonisation des droits internes des Etats au titre de leurs obligations positives face aux lois empreintes de l'héritage du droit colonial et qui violent les droits

⁷⁷ Cour européenne des droits de l'homme, *CN et V c. France*, Arrêt du 11 octobre 2012, para 50.

⁷⁸ J Mulumbe *La garantie d'une rémunération équitable aux travailleurs salariés: étude du droit congolais à la lumière du droit international du travail et des droits français, belge et gabonais* (2016) 91-92.

⁷⁹ E le Roy 'Sur le chemin de Kahnawake. Décolonisations du droit et mondialisations' (2008) 507-508.

⁸⁰ R Bomfim & A Bahia 'Coloniality of law: a historical-institutional pattern of power' (2022) 14 *Revista Videre, Dourados* 122.

humains. Il s'agit donc de se débarrasser du droit empreint du «vestige des inégalités humaines de la domination et du colonialisme».⁸¹ De surcroît, au-delà de souligner expressément la dépénalisation de l'infraction de vagabondage au titre de ces obligations positives, cet activisme judiciaire aurait pu amener la Cour à dire que l'état de vagabondage est une conséquence de l'ineffectivité des droits économiques et sociaux. En conséquence, la réponse à y réserver appelle des mécanismes d'effectivité de ces droits. Il va sans dire que le minimalisme judiciaire de la Cour n'apporte pas grand-chose à cette préoccupation fondamentale des droits humains en Afrique, car la seule abrogation à laquelle il se limite ne peut avoir aucun effet sur la mise en œuvre effective de ces droits. La conséquence pratique de l'approche retenue par la Cour est telle que, même lorsque les Etats abrogeraient les lois sur le vagabondage, les individus jadis «vagabonds» le resteraient de facto, c'est-à-dire dans la privation accrue de l'accès aux services sociaux de base: emploi, logement, protection sociale, etc. En questionnant tous les aspects juridiques pertinents de questions lui posées, la Cour aurait pu faire également le constat d'incompatibilité des lois sur le vagabondage avec le droit au travail et l'interdiction du travail forcé qui en résulte.

Il y a lieu finalement de questionner l'impact de cet activisme judiciaire tant soutenu en matière consultative où la Cour n'a pas pour rôle «de trancher des différends entre parties adverses».⁸² De la sorte, «tout exemple ou illustration utilisés dans le cadre de l'avis consultatif sert simplement à préciser les contours pratiques de l'opinion et ne constitue pas une décision sur une situation factuelle quelconque».⁸³ Toutefois, les avis consultatifs de la Cour «servent de directives à tous les États membres de l'UA».⁸⁴ De même, bien qu'il soit admis de principe que les avis n'ont pas force juridique obligatoire, l'Assemblée générale des Nations Unies a récemment considéré «que le respect de la Cour et des fonctions qu'elle remplit, notamment dans l'exercice de la compétence consultative, est essentiel au droit international, à la justice internationale et à un ordre international fondé sur l'état de droit».⁸⁵ Georges Scelle s'était déjà inscrit dans cette démarche en considérant qu'«un avis consultatif est un exposé de droit; il est contradictoire, et donc *techniquement impossible de déclarer, qu'un sujet de droit [...], quand il sait ce que le droit dit au sujet d'un cas*

⁸¹ International Court of Justice *Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (Southwest Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (Advisory Opinion), Separate Opinion of Vice-President Ammoun, ICJ Reports, 72.

⁸² Art 4(1) du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

⁸³ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Avis consultatif OC-18/03 du 13 septembre 2017, 2003 par United Mexican States sur le Statut juridique et les droits des migrants sans documents*, para 63-65 in Cour africaine des droits de l'homme (n 6) para 36.

⁸⁴ Cour interaméricaine (n 83) para 37.

⁸⁵ Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 22 mai 2019 pour donner suite à l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur les effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965.

concret, peut refuser de s'y conformer».⁸⁶ Sur cette base, si l'on ne saurait pas affirmer totalement que les réponses de la Cour dans le cadre de l'avis ont un effet d'«autorité de la *res interpretata*», l'on peut néanmoins conclure sans doute que les interprétations faites par elle fournissent une meilleure intelligibilité du droit qu'elle appliquerait en matière contentieuse. Ainsi, en précisant la portée des obligations positives, même les Etats dont les législations n'ont pas été citées dans l'avis prendraient les mesures nécessaires pour donner effet à l'interprétation de la Cour. Cela leur permettrait d'éviter d'éventuelles condamnations au cas où ils seraient impliqués dans un différend soumis à la Cour et portant sur les questions déjà interprétées par elle. Le juge national chargé de veiller au respect des droits de l'homme s'appuierait également sur l'interprétation faite par la Cour afin de protéger les droits et libertés fondamentales, en particulier dans ce contexte peu reluisant d'héritage du droit colonial.

En l'absence de cet activisme judiciaire de la Cour, une alternative demeure possible pour protéger les droits humains face aux lois qui incarnent les vestiges coloniaux. En effet, dans nombre d'Etats africains, le principe d'exception d'inconstitutionnalité et le principe de l'autorité supérieure des traités sur les lois sont repris en bonne place dans les constitutions. La mobilisation de ces principes devant le juge national peut aboutir à mettre à néant les législations issues du droit colonial, soit pour leur contrariété à la Constitution, soit pour leur incompatibilité avec les traités internationaux des droits de l'homme.⁸⁷ Une telle mobilisation est aussi nécessaire pour faire face à l'apathie ou à l'inertie des législateurs peu enclins à la problématique de la décolonisation du droit et aux mesures de mise en œuvre effective des droits économiques et sociaux.

⁸⁶ G Scelle 'Règles générales du droit de la paix' (1993) 46 *Recueil des cours de l'Académie de La Haye* 581, <https://www.ilo.org/fr/media/249841/download> Nous soulignons (consulté 29 août 2025).

⁸⁷ A ce sujet, la Haute cour du Malawi a estimé que l'infraction commise du fait de 'fainéanter et être en état de vagabondage était contraire aux droits de l'homme et inconstitutionnelle'. *Mayeso Gwanda c. État du Malawi*, 2017, <https://malawilii.org/mw/judgment/high-court-general-division/2017/23> (consulté 29 août 2025).