



Pour une élaboration jurisprudentielle du droit communautaire pénal dans les espaces juridiques CEDEAO, UEMOA, CEMAC et OHADA

Éric Simo

DANS **REVUE DE L'ERSUMA 2020/2 N° 13**, PAGES 139 À 167

ÉDITIONS **ORGANISATION POUR L'HARMONISATION EN AFRIQUE DU DROIT DES AFFAIRES (OHADA)**

ISSN 1840-8621

DOI 10.3917/ersu.013.0140

Date de mise en ligne : 30/10/2025

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-revue-de-lersuma-2020-2-page-139?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA).

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Pour une élaboration jurisprudentielle du droit communautaire pénal dans les espaces juridiques CEDEAO, UEMOA, CEMAC et OHADA

Par Eric SIMO, Ph. D en Droit Public, Assistant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Yaoundé II (Cameroun)¹

Résumé

La pénalisation des atteintes à l'ordre public communautaire ne peut se faire en marge de l'office du juge. Ce dernier a vocation à jouer un rôle indispensable non seulement, et comme on pourrait le penser, dans la répression mais aussi dans l'incrimination de certains comportements jugés attentatoires aux valeurs fondamentales voire fondatrices des communautés d'intégration comme la CEMAC, la CEDEAO, l'UEMOA et dans une certaine mesure l'OHADA.

A bien observer, une lutte parfaite contre les infractions économiques, financières et constitutionnelles au sein de ces espaces juridiques, invite à plaider en faveur d'une élaboration jurisprudentielle du droit communautaire pénal. L'étude met en avant l'indispensabilité du processus jurisprudentiel dans la construction d'une normativité pénale intégrée et non superposée. La souveraineté pénale des Etats-membres serait dès lors préservée étant donné que ledit processus jurisprudentiel met au-devant de la scène les juridictions nationales, juge de droit commun du droit communautaire. Elles doivent toutefois s'appuyer sur les juridictions communautaires, ce qui permet en retour de sauvegarder les intérêts suprêmes de la communauté.

Abstract

The criminalization of breaches of Community public policy can only be dealt with by the court. The judge has an indispensable role to play not only, as one might think, in the repression but also in the criminalization of certain behavior deemed to be contrary to the fundamental or even founding values of integration communities such as CEMAC, ECOWAS, UEMOA and, to a certain extent, OHADA.

It is worth noting that a perfect fight against economic, financial and constitutional offences within these legal areas calls for the jurisprudence-based development of Community criminal law. The study highlights the essential nature of the jurisprudential process in the construction of an integrated and unoverlapping criminal law. The criminal sovereignty of the Member States would therefore be preserved, since this process of case-law puts the national courts, the ordinary courts of Community law, at the forefront. They must, however, rely on the Community courts, which in turn enable the supreme interests of the Community to be safeguarded.

¹ simoericsimo@gmail.com

Resumo

A criminalização dos atentados (ofensas) à ordem pública comunitária não pode ser feita à margem da intervenção do juiz. Este último tem a vocação de desempenhar um papel essencial não só, e como se poderia pensar, na repressão, mas também na criminalização de certos comportamentos considerados atentatórios aos valores fundamentais ou mesmo fundadores de comunidades de integração como a CEMAC, a CEDEAO, a UEMOA e em certa medida a OHADA.

Se formos observar bem, nos daremos conta que um combate perfeito às infrações económicas, financeiras e constitucionais nestes espaços jurídicos requer um *plaidoyer* à favor de uma elaboração jurisprudencial do direito penal comunitário. O estudo destaca a indispensabilidade do processo jurisprudencial na construção da normatividade penal integrada e não sobreposta. A soberania penal dos Estados-Membros seria, desde logo, preservada, uma vez que o referido processo jurisprudencial colocaria em primeiro plano os tribunais nacionais, os juízes de direito comum do direito comunitário. No entanto, eles devem apoiar-se nas jurisdições comunitárias, o que por sua vez, permite a salvaguarda dos interesses supremos da comunidade.

Resumen

La penalización de las transgresiones al orden público comunitario no puede hacerse al margen de la oficina del juez. Este último tiene la vocación de desempeñar un papel indispensable no sólo, y como cabría pensar, en la represión, sino también en la tipificación de ciertos comportamientos considerados como atentatorios a los valores fundamentales e incluso fundadores de las comunidades de integración, como la CEMAC, la CEDEAO, la UEMOA y, en cierta medida, la OHADA.

Cabe señalar que una lucha perfecta contra las infracciones económicas, financieras y constitucionales en estos espacios jurídicos invita a abogar por una elaboración jurisprudencial del Derecho penal comunitario. El estudio pone de relieve la indispensabilidad del proceso jurisprudencial en la construcción de una normativa penal integrada y no superpuesta. Por consiguiente, se preservaría la soberanía penal de los Estados miembros, ya que dicho proceso jurisprudencial pone ante la escena a los órganos jurisdiccionales nacionales, juez de Derecho común del Derecho comunitario. No obstante, deben basarse en los tribunales comunitarios, lo que a su vez permite salvaguardar los intereses supremos de la comunidad.

* * *

Vers un profil nouveau pour le juge² ? Ce questionnement liminaire et fort révélateur nous plonge *de plano* au cœur du « pouvoir normatif du juge »³.

² ROZES (S.), « Un profil nouveau pour les juges », in *Nouveaux juges, Nouveaux Pouvoirs ? Mélanges Roger PERROT*, Paris, Dalloz, 1996, pp.435-441.

³ MAURY (J.), « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Le Droit privé*

L'interrogation trouve terrain de fertilité lorsqu'on y intègre la matière pénale avec une certaine propension à l'extraterritorialité. Sans pour autant clamer la déterritorialisation⁴ de la compétence pénale, l'option théorique en faveur d'une « élaboration jurisprudentielle du droit communautaire pénal dans les espaces juridiques CEDEAO, UEMOA, CEMAC et OHADA » a de quoi retenir l'attention.

La prise en compte du rôle du juge dans la sécrétion de la normativité pénale est déterminante en ce qui concerne la mise sur pied d'un droit commun⁵. D'emblée, la justice n'est pas rendue dans l'abstrait, mais plutôt dans chaque cas particulier dont le juge est saisi⁶. Elle se concrétise dans la solution du litige que le juge a mission de trancher dans le cadre d'un procès⁷. C'est dire que la justice a pour socle le procès⁸. Bien plus, sous le couvert de la théorie réaliste de l'interprétation⁹, celle qui considère que le droit est ce que dit le juge¹⁰, ou encore qu'avant l'opération d'interprétation la norme n'existe pas¹¹, l'élaboration jurisprudentielle du droit communautaire peut être envisagée ce d'autant plus que la construction communautaire affecte les grandes catégories du droit¹² et touche aux matières qui relevaient jadis des missions régaliennes de l'Etat. Au-delà de la monnaie et de la fiscalité, la matière pénale se trouve fortement communautarisée. C'est ainsi qu'il émerge un droit communautaire pénal foncièrement distinct du droit pénal communautaire.

Le dernier renvoie en effet à « l'ensemble des règles pénales substantielles, procédurales et pénitentiaires communes à divers Etats d'une région dans le souci de mieux lutter contre la criminalité »¹³. Le premier désigne quant à lui, la branche spéciale du droit communautaire qui vise à réprimer spécifiquement les atteintes à l'ordre public communautaire et plus précisément, les infractions commises en violation des valeurs matérielles suprêmes que ledit droit véhicule. Concrètement, et en empruntant la distinction opérée par le professeur Alain

français au Milieu du XXe s, Études offertes à Georges RIPERT, 1950, Paris, LGDJ, pp.28-50 ; MORVAN (P.), « En droit, la jurisprudence est une source du droit », *RRJ-1*, 2001, pp.77-110, ROCHE (J.), « Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence », *JCP, Doctrine*, octobre 1962, pp.532-540.

⁴ Sur la déterritorialisation du droit, voir par exemple MAGGI-GERMAIN (N.), « La territorialisation du droit : l'exemple des politiques de l'emploi et de la formation professionnelle continue », *Droit et société*, 2008/2 n° 69-70, pp. 441-477 ; FAZI (A.), « La territorialisation du pouvoir législatif : un enjeu renouvelé pour la Ve République », Communication au 7^{ème} Congrès français de droit constitutionnel – Paris – septembre 2008.

⁵ DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, Paris, Editions du Seuil, coll. « La Librairie du XXe Siècle », 1994, 186p.

⁶ SALUDEN (M.), « La jurisprudence, phénomène sociologique », in *La Jurisprudence, APD*, t.30, Sirey, 1985, p.198.

⁷ CADIET (L) ; NORMAND (J.) ; ARMANI MEKKI (S.), *Théorie Générale du procès*, Paris, PUF, 2010, p.37.

⁸ FRISSON-ROCHE (M.-A.), « La philosophie du procès, propos introductifs », in *Le Procès, APD*, 1997, p.20.

⁹ TROPER (M.), « Réplique à Denys de Béchillon : L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation », *RRJ*, 1994, n°1, pp.267-274.

¹⁰ SERIAUX (A.), *Le commentaire de textes juridiques : Arrêts et jugements*, Paris, Ellipses, 1997, p.3.

¹¹ MILLARD (E.), « Qu'est-ce qu'une norme juridique », *C.C.C.*, n°21, 2006.

¹² AUBY (J.-B.) (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes & commentaires », 2010, 990 p.

¹³ PRADEL (J.), CORSTENS (G.) et VERMEULEN (G.), *Droit pénal européen*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2009, p.2.

PELLET entre le droit pénal international et le droit international pénal¹⁴, le droit pénal communautaire fait référence au droit national projeté vers le communautaire tandis que le droit communautaire pénal renvoie aux normes communautaires à objet pénal. Ainsi, ce dernier désigne l'ensemble des règles visant à réprimer les violations graves d'obligations découlant d'une norme impérative du droit communautaire¹⁵. Ce type de normes se développe de plus en plus au sein des ensembles juridiques OHADA¹⁶, CEDEAO¹⁷, UEMOA¹⁸ et CEMAC¹⁹ et explique la considération particulière que la doctrine privatiste lui accorde sans toutefois justifier le peu d'attention de la science du droit public.

Cette assertion est vérifiée si l'on prend particulièrement en compte le droit OHADA compte tenu de sa filiation intrinsèque avec le droit des affaires²⁰. Or le droit public des affaires existe et n'échappe pas à la pénétration du droit communautaire. C'est sous cet angle qu'on a néanmoins pu constater l'influence dudit droit sur la commande publique²¹, les entreprises publiques²², les marchés

¹⁴ PELLET (A.), « Préface », in SFDI, *La souveraineté pénale de l'Etat au XXI^e siècle*, Colloque de Lille, Paris, A. Pedone, 2018.

¹⁵ En s'inspirant de la définition du droit international pénal donnée par WYLER (E.), « Du crime d'Etat à la responsabilité pour violation d'obligations découlant de normes impératives du droit international général », in DUPUY (P.-M.) (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des Etats*, Colloque international de Florence, Paris, A. Pedone, 2001, p.114.

¹⁶ L'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique dont le Traité a été signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis et révisé à Québec au Canada, le 17 Octobre 2008 regroupe 16 Etats à savoir : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo.

¹⁷ La Communauté Economique des Etats d'Afrique de l'Ouest existe depuis le 25 mai 1975. Depuis le retrait de la Mauritanie en 2000, elle regroupe les quinze pays suivants : Bénin, Burkina Faso, Cap Vert, Cote d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée Conakry, Guinée Bissau, Libéria, Mali, Niger, Nigéria, Sierra Leone, Sénégal et Togo. En outre, sa superficie et environ de 5 millions de Km² avec une population de près de 260 millions d'habitants.

¹⁸ L'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine. Le Traité UEMOA a été signé le 10 janvier 1994 par le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Togo. La Guinée Bissau va rejoindre l'UEMOA le 2 mai 1997. Cette Communauté a son siège principal à Ouagadougou au Burkina Faso.

¹⁹ La CEMAC est une institution d'intégration monétaire et économique regroupant le Cameroun, le Congo Brazzaville, le Gabon, la Guinée équatoriale, la République centrafricaine et le Tchad. Elle a été créée le 16 mars 1994 à Ndjamena et a pour principale mission de réaliser l'intégration de ses membres en s'appuyant sur ses atouts historiques et culturels. Bien qu'étant la plus petite des Communautés existant actuellement en Afrique dont le taux de croissance avoisine 4,6%, sa population est estimée à environ 44,1 millions d'habitants et reste inégalement répartie sur une superficie de près de 3 millions de km². Cf., CEMAC, Vers une économie régionale intégrée et émergente. Programme Economique Régional 2010-2015, Vol.1, Rapport final de 2009.

²⁰ YAWAGA (S.), « Regard sur l'émergence d'un droit pénal des affaires en Afrique : le cas du droit pénal OHADA », in AKAM AKAM (A.) (dir.), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, Paris, L'Harmattan, 2009.

²¹ SAMB (S.), *Le droit de la commande publique en Afrique noire francophone. Contribution à l'étude des mutations du droit des contrats administratifs au Sénégal, au Burkina Faso, en Côte d'Ivoire et au Cameroun*, Thèse, Université de Bordeaux, 2015, 867 p.

²² SEUMO NGUEFANG (A.S.), *Droit processuel OHADA et personnes morales de droit public*, Thèse de Doctorat en Droit privé, Université de Dschang, 2020.

publics²³ ou encore sur les aides d'Etats²⁴. Ceci revient à dire que l'étude du droit communautaire pénal en Afrique noire francophone ne saurait se réduire à l'OHADA tout comme elle ne saurait être l'apanage des seuls privatistes. Ceci est d'autant vrai dans la stricte mesure où l'OHADA ainsi que l'OAPI²⁵ et la CIMA²⁶ sont de simples organisations d'intégration juridique qui, *stricto sensu*, ne secrètent pas le droit communautaire. La considération du droit OHADA dans la présente étude tient simplement au fait qu'il développe davantage les normes pénales et qu'il peut être mobilisé au sein de la CEMAC et de l'UEMOA²⁷. Aussi, ces derniers ensembles juridiques développent les normes à caractère pénal et à bien observer, le juge y est appelé à jouer un rôle décisif notamment en ce qui concerne leur production et leur circularité.

A l'évidence, le droit pénal est par essence un droit étatique car il est consubstantiel à l'idée de souveraineté²⁸. Par son canal, l'Etat assure la sécurité des personnes et celle de leurs biens sur son territoire et dans une certaine mesure en dehors de celui-ci. Sous cet angle, le droit pénal est couramment défini comme « l'ensemble des règles juridiques qui organisent la réaction de l'Etat vis -à-vis des infractions et des délinquants »²⁹. L'émergence d'un ordre public communautaire a néanmoins facilité la systématisation doctrinale du concept de « droit communautaire pénal »³⁰. Dans les espaces juridiques visés par l'étude,

²³ Voyons par exemple la Directive n° 04/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant *procédures de passation, d'exécution et de règlement des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine*. Voir aussi, dans le même espace juridique, la Directive n° 05/2005/CM/UEMOA du 09 décembre 2005 portant *contrôle et régulation des marchés publics et des délégations de service public dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine*.

²⁴ Règlement n° 4/2002/CM-UEMOA relatif aux aides d'Etat à l'intérieur de l'Union et la directive n° 1/2002/CM/UEMOA relative à la transparence des relations financières d'un côté, entre les Etats membres et les entreprises publiques, et de l'autre, entre les Etats membres et les organisations internationales ou étrangères. Pour une lecture approfondie, voyons KOUTOUAN (A. J. N.), *Contribution à l'étude des droits régionaux de la concurrence en Afrique de l'ouest cas de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine et de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Bordeaux, 2018, 774 p.

²⁵ L'Organisation africaine de la propriété intellectuelle a été instituée par l'Accord de Bangui en date du 2 mars 1977. Elle comprend les États membres suivants : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Congo, Côte d'Ivoire, Djibouti, Gabon, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, Mauritanie, République Centrafricaine, Sénégal, Tchad et Togo. Elle trouve son fondement dans l'article 19 de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, signée en mars 1983. Cette Convention a été révisée en 1999. Depuis son entrée en vigueur, elle est applicable comme loi nationale de chacun des Etats membres et exécutoire de plein droit.

²⁶ La Conférence Internationale des Marchés d'Assurances est créée par le Traité du 10 juillet 1992 lequel fut signé par le Bénin, le Burkina, le Cameroun, le Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, la Guinée Equatoriale, le Gabon, le Mali, le Niger, la République Centrafricaine, le Sénégal, le Tchad et le Togo.

²⁷ En effet les Etats-membres de ces deux communautés sont également membres de l'OHADA.

²⁸ C'est sous cet angle que fut construit le principe de la souveraineté pénale de l'Etat bien que le professeur Alain PELLET mette en garde contre cette manière de voir les choses lorsqu'il considère que : formant un tout et se présentant de ce fait comme une virginité, la souveraineté ne saurait être saucissonnée en souveraineté économique, souveraineté culturelle, souveraineté pénale.... Cf., PELLET (A.), « Préface », *op.cit.*

²⁹ PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 17^e éd., 2008, n° 47. Voir également DESPORTES (F.) et LE GUNHEC (F.), *Droit pénal général*, Paris, Economica, 16^e éd., 2009, n° 17.

³⁰ A titre purement illustratif, lire DELMAS-MARTY (M.), « Vers un droit pénal européen ? », *Archives de Politique Criminelle*, 1997, n°19, p.9 ; PRADEL (J.), CORSTENS (G.) et VERMEULEN (G.), *Droit pénal*

ce droit vise davantage mais pas exclusivement à lutter contre la délinquance financière et économique³¹ en ce sens que les différentes infractions qui la structurent à l'instar du blanchiment de capitaux, du financement du terrorisme et de la corruption, remettent en cause l'ordre public communautaire lequel permet dès lors aux Etats-membres en premier, « *de s'opposer, sous certaines conditions, à l'exercice intégral des libertés reconnues par les traités institutifs* »³². A l'image de l'ordre public international, il s'agit donc d'un instrument « *destiné à assurer (...) la défense des valeurs fondamentales* »³³ de la communauté. C'est du moins le sens retenu par la Cour de Justice Européenne lorsqu'elle indique qu'il s'agit de « *dispositions dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat membre concerné au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet Etat membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci* »³⁴. Il en résulte une certaine volonté visant à concilier la protection des ordres publics étatiques et la préservation des libertés communautaires fondamentales.

Aussi, et c'est sans doute l'une de ses originalités, l'étude intègre dans son champ la notion d'infraction constitutionnelle qui semble d'ailleurs avoir été saisie par les dispositions communautaires. Bien plus, à l'analyse contemporaine des rapports de systèmes³⁵, le droit pénal supranational semble être à l'épreuve des régimes politiques africains³⁶. En tout état de cause, du moment où l'infraction, notion charnière du droit pénal, s'appréhende comme « *tout comportement d'action ou d'omission imputable à un sujet de droit, personne physique ou morale, de droit public ou privé, consistant à enfreindre une norme préétablie* »³⁷, les gouvernants peuvent se rendre coupables d'infraction constitutionnelle. Il en sera ainsi de l'infraction de haute trahison ou de changement anticonstitutionnel de gouvernement qui, à bien des égards, n'échappe point au phénomène de communautarisation³⁸. Au vrai, le constitutionnalisme est à l'épreuve de l'intégration en Afrique³⁹.

européen, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2009 ; TSITSOURA (A.), « Faut-il un droit pénal européen ? », *Pouvoirs* n°55, 1990, p.133 et s.

³¹ DIAKHATE (S. M.), *La lutte contre la délinquance économique et financière dans l'union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) et dans l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) état des lieux et perspectives*, Thèse de Doctorat en Droit privé, Université de Paris I, 2017, 466 p.

³² PICARD (E.), « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, p.57.

³³ ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p.1119.

³⁴ CJCE 23 nov. 1999, *Arblade e.a.* Aff. Jointes C-369/96 et C-376/96, *Rec. CJCE* I-8453, point 30.

³⁵ BONNET (B.) (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, 1821 p.

³⁶ NGAMENI (H.B.), « Le droit international pénal à l'épreuve des régimes politiques africains », *RQDI*, 29 (1), 2016, pp.107-129.

³⁷ CROCQ (J.-C.), *Le guide des infractions : crimes-délits-contraventions*, 16^e éd., Paris, Dalloz, 2015, p.2.

³⁸ En faisant de la paix la valeur suprême de la CEDEAO, le Protocole additionnel sur la démocratie et la bonne gouvernance de 2001 réprime les changements anticonstitutionnels. En son article 1 (c), il pose que « *tout changement anticonstitutionnel est interdit de même que tout mode non démocratique d'accession ou de maintien au pouvoir* ».

³⁹ AMADOU ADAMO (B.), *Le constitutionnalisme à l'épreuve de l'intégration dans l'espace CEDEAO : contribution à l'étude de la protection des droits fondamentaux depuis l'ouverture démocratique en Afrique*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Toulon/Université de Niamey, 2018, 559 p.

C'est ainsi que la Cour de Justice de la CEDEAO ne manque pas de clarifier les règles et principes devant s'appliquer dans le cadre du droit pénal processuel⁴⁰ en interdisant par exemple les arrestations et détentions arbitraires⁴¹ tout comme, dans certains domaines du droit pénal substantiel, elle procède à la qualification des infractions⁴². Il est dès lors indiqué de considérer le juge communautaire, juge à configuration sans doute hétéroclite – juridiction communautaire et juges nationaux –, comme un acteur de l'élaboration du droit communautaire pénal en Afrique. Il participe donc à la création, la construction, à la densification des sources dudit droit⁴³ nonobstant le principe de la légalité des peines et des délits⁴⁴ qui l'aurait pendant longtemps réduit à la « simple bouche qui prononce les paroles de la loi »⁴⁵.

Ce constat en appelle à une question simple : *Comment concevoir l'élaboration jurisprudentielle du droit communautaire pénal dans les espaces CEDEAO, UEMOA, CEMAC et OHADA ?* Un tel questionnement vise d'emblée à rendre compte du processus devant conduire à la sécrétion jurisprudentielle d'une normativité pénale. En réalité, si le terme décision désigne à la fois une action et son résultat, un processus et son aboutissement, la pleine compréhension des décisions de justice ne peut se faire sans une connaissance précise de leurs modes⁴⁶, techniques⁴⁷ ou méthodes⁴⁸ d'élaboration. Ensuite, au plan théorique, le « *fait de connaître la manière dont s'élaborent les décisions peut être un plus pour la démocratie* »⁴⁹.

⁴⁰ CJ/CEDEAO, Affaire *Hissène Habré c/République du Sénégal*, arrêt du 18 novembre 2010 où la Cour rappelle et précise la notion de recours effectif qui fait partie des principes de convergence constitutionnelle consacrés par le Protocole de la CEDEAO sur la Démocratie et la Bonne gouvernance. Il en résulte que ce texte matériellement constitutionnel constitue aussi le fondement du droit communautaire pénal dans le cadre de la CEDEAO. Au vrai, il s'agit d'une constitutionnalisation du droit communautaire pénal.

⁴¹ CJ/CEDEAO, Affaire *Mamadou Tandja c/Son excellence Général Salou Djibo et Etat du Niger*, arrêt du 8 novembre 2010. En l'espèce, la Cour retient que « l'arrestation et la détention du requérant sont arbitraires ; ordonne sa libération par l'Etat du Niger ».

⁴² CJ/CEDEAO, Affaire *Hadjatou Mani KORAOU c/République du Niger*, arrêt du 27 octobre 2008 dans laquelle la haute juridiction définit le traitement esclavagiste en précisant qu'il s'agit d'une infraction au sens pénal du terme.

⁴³ DEGUERGUE (M.), *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité politique*, Paris, LGDJ, 1994, p.1.

⁴⁴ En effet la doctrine a longtemps interprété le principe de la légalité des peines et des délits comme le monopole du législateur dans l'édiction des règles pénales. Cf. SIMON (D.), « Constitution, souveraineté pénale, droit communautaire », *CCC*, n° 26, 2009. Or, à partir du moment où il est incontestable que le droit pénal se communautarise au plan contemporain, l'étude renseigne sur le fait que le juge national, juge de droit commun du droit communautaire, se libère du carcan dans lequel il avait jusqu'ici été enfermé en comblant notamment les carences du droit communautaire pénal.

⁴⁵ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Ed. GF Flammarion, 1979, Tome I, 507 p.

⁴⁶ MALHIÈRE (F.), « Présentation de l'étude », in *L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes*, CREDESPO, mai 2017, p.6.

⁴⁷ RIALS (S.), *Le Juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, 1980, 564 p.

⁴⁸ GAUDEMET (Y.), *Les Méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, 321 p.

⁴⁹ MAESTRACCI (Nicole), Audition devant l'Assemblée nationale, 20 février 2013, cité par MALHIÈRE (F.), « Présentation de l'étude », in *L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes*, CREDESPO, mai 2017, p.6.

Enfin, du moment où le processus d'élaboration du droit communautaire pénal intègre à la fois la juridiction communautaire et le juge national, on pourra à terme se rendre à l'évidence, et contrairement aux idées reçues, que la construction communautaire n'implique pas forcément une alarmante déterritorialisation du droit pénal⁵⁰ encore moins un abandon de la souveraineté⁵¹.

Pour y parvenir, l'option en faveur des méthodes juridique et comparative auxquelles se greffe la démarche prospective⁵² semble déterminante. Il en est ainsi pour la simple raison que l'étude n'entend point se réduire à la restitution du droit tel qu'il est⁵³ mais vise aussi et surtout, à intégrer les techniques par lesquelles le juge pourrait à terme, et dans une logique dialogique, secréter le droit communautaire pénal⁵⁴. Au moyen de cette approche méthodologique, on peut aisément concevoir et défendre la thèse de *l'indispensabilité du processus jurisprudentiel dans la construction d'une normativité pénale intégrée et non superposée*. En effet, l'étude conçoit l'élaboration jurisprudentielle comme gage d'un véritable droit communautaire pénal. Cette idée repose sur *la connexité des vecteurs (I) et la complémentarité des figures (II)* de l'élaboration jurisprudentielle dudit droit.

I. La connexité des vecteurs de l'élaboration jurisprudentielle du droit communautaire pénal

Avec finesse, le professeur Charles LEBEN écrit que la « *justiciabilité des différends est un critère révélateur de l'existence d'un ordre juridique* »⁵⁵. En déterminant les sanctions applicables au plan juridictionnel, les ordres juridiques OHADA, CEDEAO, UEMOA et CEMAC semblent avoir pris en compte cet axiome de la théorie juridique. Spécifiquement en matière pénale, l'indétermination textuelle du droit communautaire pénal (A) débouche sur la sollicitation de l'office du juge communautaire⁵⁶ (B) dans la construction de la sanction devant rendre opérante l'idée de justiciabilité.

⁵⁰ GATSI (E.-A. T.), « L'espace judiciaire pénal CEMAC : regard sur la déterritorialisation du droit pénal », *Revue générale du droit*, 46 (2), pp.379-418.

⁵¹ KENFACK DOUJANI (G.), « L'abandon de souveraineté dans le Traité OHADA », *Revue Penant*, n° 8, 30 mai-août 1999.

⁵² ZAORSKI (J.-M.), MEDUCIN (D.-Y.), « Pour une approche prospective de la recherche juridique », *RRJ- Droit Prospectif*, n°1, 1976, pp. 7 et s.

⁵³ Telle est pourtant l'option des adeptes du positivisme formaliste comme le rappelle la professeure CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologies du droit et sciences du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2014, p.73.

⁵⁴ En effet, l'approche prospective donne la possibilité aux juristes de « *laisser libre cours à leur imagination pour élaborer des conjectures qui seront autant d'images possibles du futur* ». Cf. ZAORSKI (J.-M.), MEDUCIN (D.-Y.), « Pour une approche prospective de la recherche juridique », *op.cit.*, p.7.

⁵⁵ LEBEN (Ch.), « La juridiction internationale », in *La fonction de juger, Droits* n°9, 1989, p.145.

⁵⁶ Rappelons qu'en parlant de juge communautaire, l'étude fait double allusion à la juridiction communautaire et aux juges nationaux, en leur qualité de juges de droit commun du droit communautaire.

A- L'indétermination du droit communautaire pénal d'essence textuelle

Le principe de la légalité des délits et des peines a pendant longtemps fondé la compétence exclusive du législateur dans l'élaboration du droit pénal. Or, au contact du droit communautaire, notamment dans les espaces juridiques visés par l'étude, l'incomplétude de l'œuvre du législateur communautaire (1) et l'incompétence négative du législateur national (2), amènent à considérer ou du moins à militer en faveur du repositionnement du juge dans la chaîne de production de la normativité pénale.

1- L'incomplétude de l'œuvre du législateur communautaire

De plus en plus, le législateur communautaire exerce une compétence pénale. S'il définit les infractions, il détermine difficilement les peines applicables lorsque les infractions prohibées venaient à être commises. Il s'agit dès lors d'une incrimination incomplète.

En théorie juridique, l'incomplétude est révélatrice des lacunes dans le droit⁵⁷. A l'opposé, par complétude, on entend l'absence de lacunes⁵⁸. Concrètement, c'est «*la propriété d'un système normatif (...) qui établit des conséquences normatives pour toute situation ; (...) dans lequel le juge peut trouver la solution de tout différend dans la règle de droit préexistante* »⁵⁹. Il n'en va pas toujours ainsi en droit communautaire en ce que le législateur, notamment en matière pénale, fixe généralement les infractions et renvoie la compétence à d'autres acteurs de la pièce normative pour en déterminer les peines applicables. Sur cette base, et à proprement parler, l'incomplétude vise uniquement l'action du législateur et non le droit dans sa globalité compte tenu de son caractère autopoïétique, c'est-à-dire un système qui produit et reproduit ses propres éléments à partir de leur interaction⁶⁰. Ceci dit, dans l'hypothèse où le législateur communautaire proprement dit n'aurait pas déterminé la peine applicable en matière pénale, et que son homologue étatique serait resté en deçà de sa compétence, l'office du juge permettrait de préserver la complétude du droit communautaire pénal.

⁵⁷ PFERSMANN (O.), « Lacune et complétude » in ALLAND (D.) et RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op.cit., p.911.

⁵⁸ ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, coll. « Quadrige », 1993, p.79.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ ROTTLEURTHNER (H.), « Les métaphores biologiques dans la pensée juridique », in *Archives de philosophie du Droit*, Tome 31, *Le système juridique*, Paris, Editions Sirey, 1986, p.233.

En matière ordinaire, et à simple titre d'exemple⁶¹, il arrive que dans la lutte contre le terrorisme⁶², le législateur de l'UEMOA fixe les peines applicables⁶³. Or, en règle générale, il invite les Etats membres à adopter un cadre législatif approprié pour compléter les normes qu'il pose⁶⁴ et faciliter la coopération judiciaire entre eux⁶⁵. De même, en réprimant l'infraction de corruption, logiquement comme le moyen négatif consistant à « *compromettre le développement économique et la stabilité des institutions démocratiques, en menaçant les valeurs fondamentales que sont les garanties d'une concurrence libre mais équitable, l'égalité entre entreprises et la prééminence du droit* »⁶⁶, le législateur communautaire ne détermine pas toujours la peine applicable⁶⁷ lorsque l'acte répréhensible viendrait à être

⁶¹ Car dans d'autres domaines et au sein des autres ordres juridiques communautaires également, les peines applicables sont également perceptibles. Dans la CEMAC, et à titre d'illustration, le Règlement relatif aux pratiques commerciales et anticoncurrentielles énonce que : « Le Conseil Régional peut infliger à toute entreprise ayant participé à une entente prohibée, une amende dont le montant ne peut dépasser 5% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé dans le marché commun au cours du dernier exercice clos, sur les produits litigieux ou 75% du bénéfice réalisé au cours de l'opération prohibée. Ces pratiques peuvent donner lieu à une peine d'emprisonnement pour toute personne physique qui frauduleusement aura pris une part personnelle et déterminante dans leur conception ou leur mise en œuvre. Le quantum des peines est déterminé conformément aux législations nationales », Cf., Art 27 (2) du Règlement n° 1/99/UEAC-CM-639 relatif aux pratiques commerciales et anticoncurrentielles.

⁶² Il existe un arsenal juridique impressionnant au niveau de l'UEMOA relativement à la lutte contre le terrorisme. De manière évolutive, année après année, on peut constater que le législateur communautaire s'est montré offensif en adoptant les textes ci-après : Règlement n°14/2002/CM/UEMOA relatif au gel des fonds et autres ressources financières dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme, signé à Ouagadougou, le 19 septembre 2002 ; Décision N° 04/2004/CM/UEMOA (portant modification de la Décision N° 06/2003/CM/UEMOA du 26 juin 2003) relative à la liste des personnes, entités ou organismes visés par le gel des fonds et autres ressources financières, dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme dans les Etats membres de l'UEMOA, signée le 5 juillet 2004 ; Directive n°04/2007/CM/UEMOA relative à la lutte contre le financement du terrorisme, signée à Dakar, le 04 juillet 2007 ; Décision n°09/2008/CM/UEMOA relative à la liste des personnes, entités ou organismes visés par le gel des fonds et autres ressources financières dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme (portant modification de la Décision n°09/2007/CM/UEMOA du 06 avril 2007), signée à Dakar, le 28 mars 2008.

⁶³ Il indique par exemple que « *les personnes physiques coupables d'une infraction de blanchiment de capitaux ou d'une tentative, sont punis d'un emprisonnement de trois à sept ans et d'une amende égale au triple de la valeur des biens ou des fonds sur lesquels ont porté les opérations de blanchiment* » ou encore que « *sont punis d'un emprisonnement de six (6) mois à deux (2) ans et d'une amende de cent mille (100.000) à un million cinq cent mille (1.500.000) ou de l'une de ces deux peines seulement, s'il s'agit d'une infraction de blanchiment, et d'un emprisonnement de douze (12) mois à quatre (4) ans et d'une amende de deux cent mille (200.000) à trois millions (3000.000) de francs CFA ou de l'une de ces deux peines seulement celui aurait intentionnellement contribué au financement du terrorisme* ». Cf. Directive UEMOA sur le financement du terrorisme

⁶⁴ Pour une lecture actualisée, cf. BITIE (A. K.), *L'approche contemporaine de la prévention des conflits en Afrique*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Bordeaux, 2016, 658 p.

⁶⁵ CEDEAO, Convention AJP.1fT/relative à l'entraide judiciaire en matière pénale, 29 juillet 1992. Voir également, au niveau de la CEMAC, Règlement n°01/03 CEMAC-UMAC portant prévention et répression du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme en Afrique Centrale et Règlement n° 08/05- UEAC-057-CM-13 portant adoption de la Convention relative à la lutte contre le terrorisme en Afrique Centrale du 04 novembre 2004.

⁶⁶ RIFFAULT-SILK (J.), « La lutte contre la corruption nationale et internationale par les moyens du droit pénal », *R.I.D.C.*, 2002, p.17.

⁶⁷ DIAKHATE (S. M.), *La lutte contre la délinquance économique et financière dans l'union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) et dans l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) état des lieux et perspectives*, Thèse op.cit., 466 p.

commis. Cet indicateur permet de qualifier d'incomplétude l'œuvre pénale du législateur communautaire et par ricochet, de considérer le juge comme un acteur de la production normative en matière pénale car, par définition, une infraction se caractérise par l'existence cumulative d'une incrimination et d'une sanction⁶⁸. Elle est donc régulièrement constituée lorsque la sanction complète l'incrimination⁶⁹. Faute de n'avoir pas toujours consacré cette indissociabilité, le législateur communautaire habilite soit explicitement soit implicitement des acteurs complémentaires dans la sécrétion du droit communautaire pénal.

Par ailleurs, en incriminant les changements anticonstitutionnels de gouvernement, le législateur communautaire s'abstient également du privilège, attitude logique car respectueuse de la souveraineté des Etats, d'en déterminer les peines applicables. S'il est vrai que le Protocole de la CEDEAO relatif à la démocratie et la bonne gouvernance⁷⁰ prévoit que la Conférence des Chefs d'Etat peut édicter des sanctions contre un Etat membre en cas de rupture de la Démocratie par quelque procédé que ce soit, il n'en détermine pas pour autant les sanctions applicables aux auteurs de cette infraction qui porte atteinte aux valeurs inscrites modèles de convergence constitutionnelle. Il revient donc au premier chef à l'Etat membre de combattre cette infraction et de restaurer la légalité constitutionnelle. Sauf que le législateur étatique reste souvent en deçà de sa compétence.

2- L'incompétence négative du législateur national

La communautarisation du droit pénal n'invalide point l'aptitude du Parlement à déterminer les délits et peines. En incriminant les infractions préjudiciables aux valeurs fondamentales de la communauté, le législateur communautaire renvoie généralement aux parlements étatiques la compétence d'en fixer les peines qui seront appliquées par les juridictions nationales, préservant ainsi l'équilibre des pouvoirs⁷¹. Toutefois, en cas d'incompétence négative des premiers, les seconds, en leur qualité de juge de droit commun du droit communautaire, doivent rechercher la peine applicable afin de préserver l'effectivité dudit droit. Autant le dire tout de suite : il y a incompétence négative du Parlement⁷² du moment où il s'est abstenu d'exercer l'une de ses fonctions ou lorsqu'il est resté en deçà de son exercice⁷³. L'incrimination de l'infraction de haute trahison en donne l'illustration.

⁶⁸ MONEBOULOU MIKANDA, p.98.

⁶⁹ CORNUG. Cornu, *op.cit.*, p. 480.

⁷⁰ Article 45 du Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance

⁷¹ GEORGOPOULOS (Th.), *La séparation horizontale des pouvoirs en France et en Allemagne à l'épreuve du droit communautaire : la fonction de contre-pouvoir*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol.44, 2005, 658 p.

⁷² PRIET (F.), « L'incompétence négative du législateur », *RFDC*, 1994, pp.59 et s.

⁷³ Cette forme d'incompétence qui se distingue de l'incompétence positive est juridiquement sanctionnée de nos jours en France par le Conseil constitutionnel. On lira avec intérêt CHAMUSSY (D.), « Procédure parlementaire et qualité de la législation : la contribution du Conseil constitutionnel à la sécurité juridique », in *Etudes et Documents du Conseil d'État, Sécurité et complexité du droit*, Paris, La Documentation française, 2006, pp.349-368.

Elle puiserait désormais son fondement direct dans les textes constitutionnels étatiques ainsi que dans l'ordre juridique communautaire. D'un point de vue substantiel en réalité, elle entretient une filiation étroite avec la notion de « changement anticonstitutionnel de gouvernement »⁷⁴ bien connue du droit communautaire. Cette dernière consiste à « *un changement de gouvernants opérés hors des procédures constitutionnelles en vigueur, par une action entreprise au sein même de l'Etat au niveau de ses dirigeants ou de ses agents* »⁷⁵ ou encore, au « *refus par un gouvernement en place de remettre le pouvoir au parti vainqueur à l'issue d'élections libres, justes et régulières* »⁷⁶. Il s'agit là, à proprement parler, d'un acte de haute trahison dans la mesure où, le Président de la République qui refuse de remettre le pouvoir lorsque son mandat n'a pas été juridiquement renouvelé, viole son serment constitutionnel⁷⁷ tout comme il remet en cause l'autorité de la norme constitutionnelle, vectrice des recettes démocratiques.

Relativement à l'étude, il est donné de constater qu'à cause sans doute du fait majoritaire, le législateur étatique reste souvent en deçà de sa compétence notamment en ce qui concerne la détermination de la peine applicable en cas de haute trahison et partant de là en cas de changement anticonstitutionnel de gouvernement. Il s'agit là d'une attitude contraire au droit communautaire vu qu'en Afrique de l'ouest par exemple, le Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance précise qu'« *en cas de rupture de la Démocratie par quelque procédé que ce soit (...) dans un Etat membre, la CEDEAO peut prononcer à l'encontre de l'Etat concerné des sanctions. Pendant ladite période, la CEDEAO continuera de suivre, d'encourager et de soutenir tout effort mené par l'Etat membre suspendu aux fins de retour à la vie institutionnelle démocratique normale* ». Au rang de ces efforts, figure naturellement la condamnation des auteurs du changement anticonstitutionnel. A l'occasion, le juge doit pouvoir non seulement être saisi mais aussi puiser la solution applicable dans la loi nationale afin de sanctionner les membres du corps exécutif qui auraient commis l'infraction de haute trahison. En les sanctionnant, et cela mérite d'être relevé, le juge national préserve l'ordre public communautaire. En apparence, on croirait que son action pourrait être paralysée s'il est donné de constater l'incompétence négative du législateur dans l'édiction de la loi susvisée. Au Cameroun par exemple, la carence du législateur annihile la procédure devant permettre une telle sanction vu que la loi relative à la haute cour de justice n'a toujours pas vu le jour⁷⁸. Mais au plan substantiel, et sur le fondement du droit communautaire, dans les Etats où la saisine est rendue opérante, le mutisme du législateur national, situation éventuelle et

⁷⁴ TIDIANE LY (A.), « Les changements anticonstitutionnels de gouvernement en Afrique », *Droit sénégalais*, n°9, 2010, pp.293-339. Lire également TCHEUWA (J.-C.), « L'Union africaine et les changements anticonstitutionnels de gouvernement », *RRJ/2009*, Vol. 34, n°127, pp. 995-1022.

⁷⁵ DUHAMEL (O.), MENY (Y.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 240.

⁷⁶ Règlement intérieur de la Conférence de l'Union (africaine) adopté lors de la première session de la Conférence de l'UA qui s'est déroulée à Durban en Afrique du Sud du 9-10 juillet 2002.

⁷⁷ La violation du serment est juridiquement constitutive d'infraction de haute trahison dans le constitutionalisme africain. Elle a été explicitement retenue par le constituant béninois.

⁷⁸ La Constitution camerounaise en son article 53 prévoit qu'une loi détermine l'organisation, la composition, les conditions de saisine ainsi que la procédure suivie devant la haute Cour de Justice.

déplorable, n'enchaîne pas forcément le juge. En mobilisant l'argument de droit communautaire, il peut en effet construire la normativité pénale⁷⁹. Précisons que sous l'influence du droit communautaire⁸⁰, les constitutions des Etats d'Afrique noire francophone font de plus en plus de la lutte contre l'infraction du changement anticonstitutionnel de gouvernement⁸¹ un devoir de tout citoyen⁸² y compris du juge car, « *l'usurpation de la souveraineté par coup d'Etat, rébellion, minuterie ou tout autre procédé non démocratique constitue un crime imprescriptible contre le peuple* »⁸³.

En matière non constitutionnelle, l'incompétence négative du législateur étatique peut également être déplorée bien qu'elle entérine la thèse d'une compétence normative pénale du juge communautaire. En droit OHADA, il est explicité que « *les Actes uniformes peuvent inclure les dispositions d'incriminations pénales. Les Etats parties s'engagent à déterminer les sanctions encourues* »⁸⁴. Comme l'a cependant relevé la doctrine qui s'est intéressée de près à la question, la plupart de ces Etats n'ont pas encore prévu de sanctions pénales contre les atteintes graves portées par les entreprises et les particuliers au droit de la concurrence⁸⁵. A l'exception des pays comme le Burkina Faso⁸⁶ le Cameroun⁸⁷, la Côte d'Ivoire⁸⁸ le Sénégal⁸⁹ auxquels on peut désormais ajouter la Centrafrique, le Bénin et le Gabon⁹⁰, la thèse de l'incompétence négative du législateur national peut prospérer et le juge, dans ce cas de figure peut être interpellé pour corriger le caractère relativement complet du système pénal OHADA⁹¹. Toutefois, on ne s'empêchera pas de faire observer qu'en relevant avec élégance les disparités contenues dans les options législatives nationales relativement à la transposition des normes OHADA en matière pénale, la doctrine⁹² semble avoir manipulé

⁷⁹ Cf. *infra*. Seconde partie.

⁸⁰ Protocole de la CEDEAO sur la démocratie, les élections et la bonne gouvernance.

⁸¹ Voir par exemple les articles 28 (1) de la Constitution de la République centrafricaine du 30 mars 2016 et 45 de la Loi constitutionnelle du Togo du 15 mai 2019.

⁸² Loi constitutionnelle du Togo du 15 mai 2019.

⁸³ Article 28 (1) de la Constitution de la République centrafricaine du 30 mars 2016.

⁸⁴ Article 5 (2) du Traité OHADA.

⁸⁵ DIAKHATE (S. M.), *La lutte contre la délinquance économique et financière dans l'union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) et dans l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) état des lieux et perspectives, op.cit.*, p.80.

⁸⁶ Loi n° 016-2017/AN du 27 avril 2017 portant *organisation de la concurrence*.

⁸⁷ Loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions continues dans certains Actes uniformes OHADA.

⁸⁸ Ordonnance n° 2013-662 du 20 septembre 2013 relative à *la concurrence*, JORCI n° 12 du 25 septembre 2013, pp. 259-264

⁸⁹ Loi n° 98/22 du 26 mars 1998 portant sanctions pénales applicable aux infractions continues dans l'Acte uniforme relative aux droits des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique

⁹⁰ Lire DIAKHATE (S. M.), *La lutte contre la délinquance économique et financière dans l'union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) et dans l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) état des lieux et perspectives, op.cit.*, p.80.

⁹¹ MAHOUE (M.), « Le système pénal OHADA ou l'uniformisation à mi-chemin », *Penant*, n° 846, janvier-mars, 2004.

⁹² KEUBOU (F.) KAMLA FOKA (C.), « La sanction pénale du non-respect des formalités relatives au RCCM dans l'espace OHADA : le cas du Cameroun », *Revue de ERSUMA* n° 1 juin, 2012, pp.188-206 ; KAMENI (L. N.), *Droit OHADA et droit constitutionnel des Etats-parties : Contribution à l'analyse sous le prisme de la pratique camerounaise*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Yaoundé II,

avec peu de rigueur certains concepts de droit communautaire. En réalité, si la transposition en des termes identiques des peines applicables aux infractions prévues par le législateur OHADA aurait davantage crédibilisé la thèse du droit communautaire pénal, on ne doit pas perdre de vue qu'elle n'est pas compatible avec l'idée d'unification qui consiste à imposer des règles identiques auxquelles les Etats sont tenus de se conformer. Au contraire, l'harmonisation qui mobilise davantage l'opération de transposition se contente d'un rapprochement de législation autour d'un ensemble de principes communs⁹³. Elle est par conséquent favorable à l'existence des particularités. La difficulté naît à partir du moment où le traité institutif met formellement sur pied une organisation pour l'harmonisation du droit⁹⁴ en lui assignant substantiellement des objectifs d'uniformisation voire d'unification.

En toute logique, la directive étant l'acte transposable par nature, elle se présente de ce fait comme l'instrument juridique d'harmonisation par excellence en ce qu'il laisse une marge de manœuvre aux Etats-membres, entendue « *comme un droit à la différence, mais aussi comme une limite à ne pas dépasser, un seuil de compatibilité posé et contrôlé par un juge supranational* »⁹⁵. Dès lors que les actes uniformes OHADA habilent les Etats à prendre des mesures d'accompagnement, force est de constater qu'ils remplissent une fonction non pas unificatrice mais harmonisatrice des normes au sein des Etats-membres. Ainsi, dans le domaine pénal, « *si la volonté de l'Etat membre n'est plus absolument libre ou souveraine, l'exercice de la fonction d'exécution n'exclut pas toute manifestation de liberté et de volonté de la part de l'Etat membre* »⁹⁶. En parachevant la normativité pénale par la détermination concrète des peines, le juge national devient l'organe qui exprime la volonté ultime de l'Etat-membre dans la construction communautaire.

B- La sollicitation du juge dans l'édiction du droit communautaire pénal

L'ordre juridique communautaire attribue au juge qu'il institue (1) une compétence générale ne couvrant pas totalement le champ pénal. Parce qu'il est un droit intégré dans les ordres étatiques, dans la plupart des hypothèses, en faisant logiquement primer la démarche dialogique sur une éventuelle approche concurrentielle, il renvoie la compétence au juge national (2).

2018, 2015 ; MONEBOULOU MIKANDA, « p.98.

⁹³ DELMAS-MARTY (M.), « La grande complexité juridique dans le monde », in : *Mélanges en l'honneur de Gérard TIMSIT*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 89 – 105.

⁹⁴ De LAFOND (T. G.), « Le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Gazette du palais*, 21 septembre 1995.

⁹⁵ DELMAS-MARTY (M.), IZORCHE (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun en gestation », *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, Société de législation comparée, 2001, pp. 73-99.

⁹⁶ NABLI (B.), *L'exercice des fonctions d'Etat membre de la Communauté européenne*, op cit, p.315.

1- L'attribution d'une clause générale de compétence à la juridiction communautaire

Par définition, l'ordre juridique désigne un ensemble structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine⁹⁷. L'ordre juridique communautaire répond à cette configuration ce d'autant qu'il institue comme on peut l'observer dans la CEMAC, la CEDEAO et l'UEMOA, une juridiction devant assurer son unité et sa complétude. La création d'une Cour de justice conditionne en réalité son effectivité voire son efficacité car, il n'y a pas à proprement parler « (...) d'intégration économique sans une juridictionnalisation corrélative des différends susceptibles d'en surgir »⁹⁸. Ayant fait de l'intégration économique la voie privilégiée pour relever le défi du développement économique dans un contexte international de plus en plus concurrentiel⁹⁹, les Etats-membres des communautés susmentionnées ont consenti à l'institutionnalisation d'une Cour de justice sans laquelle l'ordre économique et financier se trouverait gangrené¹⁰⁰. Ils lui ont attribué une clause générale de compétence qui couvrirait, du moins en apparence, le champ pénal.

En vertu du Traité CEMAC révisé, la Cour de justice « assure le respect du droit dans l'interprétation et dans l'application du présent Traité et des conventions subséquentes »¹⁰¹. En apparence, elle semble avoir une compétence illimitée vu qui lui revient de veiller au respect des normes communautaires primaires ainsi que de celles qui sont prises en leur application. Cette clause générale de compétence est aussi prévue au sein de l'UEMOA¹⁰². De même, et sans lui confier une compétence exclusive dans tous les domaines, il faut le préciser, le Protocole relatif à la Cour de justice de la CEDEAO précise que celle-ci a pour mission d'assurer le respect du droit et des principes d'équité dans l'interprétation et l'application des dispositions communautaires adoptées par la CEDEAO¹⁰³. Ces cours sont donc gardiennes de la légalité et de l'application uniforme du droit communautaire. Sur ce dernier point, et à titre d'illustration, « la Cour de justice CEMAC statue à titre préjudiciel sur l'interprétation du Traité de la CEMAC et des textes subséquents, sur la légalité et l'interprétation des actes des Institutions,

⁹⁷ LEBEN (C.), « Ordre juridique », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op.cit., p.1113.

⁹⁸ SALL (A.), « Les débuts des Cours de Justice de la CEDEAO et de l'UEMOA : Propos sur la faiblesse du droit jurisprudentiel de l'intégration en Afrique de l'Ouest », *Nouvelles Annales Africaines*, n° 1, 2010, p.82.

⁹⁹ KOUTOUAN (A. J. N.), *Contribution à l'étude des droits régionaux de la concurrence en Afrique de l'ouest cas de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine et de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Bordeaux, 2018, I.

¹⁰⁰ DIAKHATE (S. M.), *La lutte contre la délinquance économique et financière dans l'union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) et dans l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) état des lieux et perspectives*, Thèse op.cit., p.77.

¹⁰¹ Cf. article 48 du Traité CEMAC révisé.

¹⁰² L'article 1^{er} du Protocole additionnel n°1 relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA affirme que la Cour de justice de l'UEMOA « veille au respect du droit quant à l'interprétation et à l'application du traité de l'Union »

¹⁰³ Lire les articles 3 et 4, Protocole A/P.1/7/91 relatif à la Cour de justice de la Communauté (CEDEAO).

Organes et Institutions Spécialisées de la CEMAC, quand une juridiction nationale ou un organisme à fonction juridictionnelle est appelé à en connaître à l'occasion d'un litige »¹⁰⁴. La conséquence en est qu'aucun domaine ne saurait échapper à la compétence de la Cour. En effet, même dans l'hypothèse où les juridictions nationales auraient reçu des compétences exclusives, l'intervention préjudicielle de la Cour ne saurait être minorée. C'est justement la raison pour laquelle, l'étude milite en faveur d'une « élaboration jurisprudentielle dialogique » du droit communautaire pénal.

Au niveau de l'OHADA, il est également établi que « *la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions* »¹⁰⁵. Dans plusieurs espèces, la Cour a eu à rappeler le cadre de sa compétence¹⁰⁶ tout comme elle affirme de manière constante ne pas devoir dépasser les frontières fixées par le traité. Dans l'affaire *WAGUE BOCAR c/ Société Ivoirienne de Ciments et Matériaux en Côte d'Ivoire*¹⁰⁷, elle réitère qu'en application de l'article 14 du Traité, relève de sa compétence, le recours formé, sur des matières relevant des actes uniformes, contre une ordonnance, non susceptible d'appel, rendue par le Premier Président de la Cour Suprême. Aussi, elle s'abstient de connaître des affaires non définitivement jugées au sein des Etats membres comme l'atteste l'espèce *Standard Chartered Bank CAMEROUN*¹⁰⁸. En substance, on peut y lire que : « (...) *Le jugement attaqué ayant été rendu en premier et dernier ressort, celui-ci rentre dans la catégorie des décisions non susceptibles d'appel pouvant être portées devant la Cour de céans en application des dispositions de l'article 14 alinéa 4, du Traité institutif de l'OHADA* ». Fidèle au Traité institutif de l'Organisation, elle refuse aussi et à juste titre, de connaître des matières qui n'entrent pas dans le champ de sa compétence comme on peut le voir dans l'affaire *Société du Millénaire Mutuelle d'Assurance* dans laquelle elle affirme : « (...) *attendu qu'en l'espèce, la question soulevée est relative la validité d'un contrat d'assurance, matière qui ne relève ni des Actes uniformes de l'OHADA, ni des Règlements prévus au Traité, mais plutôt du droit des assurances réglé par le Code CIMA (Conférence Inter africaine des Marchés d'Assurances) ; qu'il échet en conséquence de se déclarer incompétent* »¹⁰⁹.

De ces considérations, il ressort que la juridiction communautaire bénéficie d'une clause générale de compétence lui permettant de contribuer au besoin à l'élaboration du droit communautaire pénal. Son pouvoir d'interprétation des actes juridiques communautaires contenant des dispositions pénales ne saurait

¹⁰⁴ Convention régissant la Cour de justice Communautaire adoptée à Libreville le 30 juin 2009.

¹⁰⁵ Article 14 du Traité OHADA.

¹⁰⁶ MOUDOUDOU (P), « Réflexions sur les fonctions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage », *Revue EDJA*, n 64, janvier-février-mars 2005.

¹⁰⁷ CCJA, Arrêt n° 024/2007 du 31 mai 2007, *Aff. WAGUE BOCAR c/ Société Ivoirienne de Ciments et Matériaux en Côte d'Ivoire*.

¹⁰⁸ CCJA, Arrêt n° 035/2008 du 03 juillet 2008, *Aff. Standard Chartered Bank CAMEROUN S.A. C/ 1°/ Société Industrielle des Tabacs du Cameroun S.A.*

¹⁰⁹ CCJA, Arrêt n° 026/2011 du 06 décembre 2011, *Affaire Société du Millénaire Mutuelle d'Assurance dite SOMAVIE c./ Caisse Nationale des Caisses d'Épargne*.

être négligé¹¹⁰. Elle reconnaît au passage la compétence exclusive de fond, c'est-à-dire le prononcé des peines par les juridictions nationales.

2- L'attribution d'une compétence de fond exclusive à la juridiction nationale

Comme le disait le président Robert LECOURT en 1976, « *tout juge national est aussi juge communautaire* »¹¹¹. Confortant cette vision, le Conseil d'Etat français y précise que la juridiction administrative est « (...) *juge de droit commun de l'application du droit communautaire (...)* »¹¹². Le juge répressif ne saurait être exclu d'une telle considération au moment où il émerge un droit communautaire pénal. Cheville ouvrière dudit droit, c'est à lui qu'il revient de sanctionner les infractions portant atteinte à l'ordre public communautaire. A l'occasion, il est appelé à adapter autant que faire se peut les normes posées à la réalité sociale tant il est vrai qu'il dispose d'une compétence de fond exclusive en la matière, c'est-à-dire qu'il est seul à prononcer les peines dans le cadre du procès pénal.

En Afrique, la jurisprudence communautaire conforte l'idée selon laquelle les juridictions nationales sont « *juges généralistes du droit communautaire* »¹¹³. Elle consolide la compétence contentieuse exclusive de ces juridictions en matière pénale. Dans un *obiter dictum* non moins remarqué, la juridiction de l'OHADA déclinait implicitement sa compétence contentieuse dans le domaine pénal en faisant observer « (...) *qu'au regard des dispositions sus énoncées, la compétence de la Cour de céans s'apprécie, non pas sur le fondement des moyens invoqués à l'appui du pourvoi, mais plutôt en recherchant si l'affaire qui a donné lieu à la décision attaquée soulève des questions relatives à l'application des Actes uniformes ou des règlements prévus au Traité, à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales (...)* »¹¹⁴. L'affaire *ETONDE EKOTTO Edouard C/ c/ Port Autonome de Douala (P.A.D) et Ministère Public*¹¹⁵ lui donnera l'occasion d'explicitier sa position, c'est-à-dire son incompetence à connaître d'un pourvoi dirigé contre une décision appliquant des sanctions pénales, malgré l'évocation des dispositions des actes uniformes. La restitution exacte de ses propos s'impose pour la clarté de l'analyse : « (...) *Attendu qu'il ressort des dispositions sus énoncées que la Cour de céans ne peut connaître, par la voie du recours en cassation, des affaires qui, bien que soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des Règlements prévus au Traité, concernent des décisions appliquant des sanctions pénales ; que l'Arrêt n°38/CRIM du 11 juin 2009 de la Cour d'appel du Littoral, objet*

¹¹⁰ Comme on le verra en effet, ce pouvoir d'interprétation est une figure de l'élaboration jurisprudentielle du droit communautaire pénal. Cf. seconde partie de l'étude.

¹¹¹ LECOURT (R.), *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », pp. 8-9.

¹¹² C.E., Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, AJDA 2009, p.2385.

¹¹³ SIMON (D.), *Le Système juridique communautaire*, 2^{ème} éd., Paris, PUF, 1998, p11.

¹¹⁴ CCJA, Arrêt n° 100/2012 du 20 décembre 2012, Aff. *Agence Judiciaire de l'Etat de Guinée et El Hadj Thierno Aliou NIANE contre Monsieur KABINE KABA, Monsieur NOUKE CONDE, Monsieur EL HADJ Ibrahima KABA, Monsieur Mamady KABA, Monsieur Mamady CONDE, Monsieur ISSA DIALLO et Monsieur Abdoulaye KABA*, *Juridata*, n° J100-12/2012.

¹¹⁵ CCJA, arrêt n° 53/2012 du 07 juin 2012, Aff. *ETONDE EKOTTO Edouard/ Port Autonome de Douala (P.A.D) et Ministère Public*.

du présent pourvoi, a été rendu en matière criminelle et a, entres autres, déclaré l'accusé ETONDE EKOTO coupable de certains faits qui lui sont reprochés et l'a condamné à 15 ans d'emprisonnement ferme ; qu'il s'en suit que la Cour de céans doit se déclarer incompétente»¹¹⁶.

Bien avant, la Cour de justice de la CEMAC avait eu à adopter le même raisonnement. Ainsi précise-t-elle que « (...) les violations alléguées des dispositions des articles 6 de l'annexe de la Convention du 17 janvier 1992 constituent des infractions pénales dont la connaissance relève des juridictions nationales (...) »¹¹⁷. En l'affirmant, la juridiction communautaire évite tout conflit de compétence voire tout désordre juridique. Au plan pédagogique, il va sans dire qu'elle conforte la nature intégrée et non superposée du droit communautaire pénal aux droits pénaux nationaux.

Le plaidoyer en faveur d'une élaboration jurisprudentielle du droit communautaire pénal trouve terrain de fertilité dès lors qu'il a été donné de constater non seulement la défaillance des énoncés communautaires à caractère pénal, mais aussi, la passivité inquiétante du législateur étatique¹¹⁸. Dans une telle situation, la voie jurisprudentielle alliant à la fois juridictions communautaire et nationales a de quoi captiver l'attention. Elle pourrait se matérialiser à travers des techniques théoriquement perceptibles et juridiquement envisageables.

II. La complémentarité des figures de l'élaboration jurisprudentielle du droit communautaire pénal

Le droit communautaire pénal s'en remet aux juridictions nationales pour ce qui est de l'application des peines. A l'occasion, elles sont parfois appelées à faire œuvre de création compte tenu de la dimension incomplète des prescriptions communautaires sans oublier l'incompétence négative dont fait parfois preuve le législateur étatique en la matière.

Au moyen d'une approche univoque (A), chaque juge national à compétence pénale devient de ce fait un artisan de la politique criminelle, ici entendue comme « l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses au phénomène criminel »¹¹⁹. Bien plus, et comme l'a rappelé le juge européen, « si en principe, la législation pénale relève de la compétence des Etats membres, il est de jurisprudence constante que le droit communautaire impose des limites à cette compétence, une telle législation ne pouvant (...) restreindre

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Cf. Arrêt n°003/CJ/CEMAC/CJ/03 du 03 juillet 2003, *Affaire Tasha Loweh Lawrence c/ Décision COBAC D-2000/22*.

¹¹⁸ On nous fera sans doute le reproche d'avoir minoré le fait que dans certains Etats, le législateur a effectivement transposé les normes communautaires en déterminant les peines applicables et que dès lors, la jurisprudence qui a par ailleurs une valeur infra législative ne permettrait pas d'uniformiser le droit pénal. Cette remarque est très vite contournée du moment où d'une part, la jurisprudence qui en résulte est l'œuvre commune des juridictions nationales et de la juridiction communautaire et, d'autre part, les autorités étatiques doivent donner plein effet au principe de primauté de la norme communautaire fut-elle jurisprudentielle.

¹¹⁹ DELMAS-MARTY (M.), *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, 1992, p. 12

les libertés fondamentales garanties par le droit communautaire »¹²⁰. De cette considération, le juge national, bien qu'ayant une compétence contentieuse exclusive en matière pénale, est appelé à dialoguer (B) en permanence avec la juridiction communautaire, véritable juge du contentieux communautaire de la déclaration¹²¹.

A- L'élaboration univoque du droit communautaire pénal

De manière univoque chaque juge national peut contribuer à l'élaboration du droit communautaire pénal. C'est peut être le lieu de rappeler que du point de vue de l'étude, la notion d'élaboration¹²² n'implique pas forcément à une œuvre originale. La technique d'emprunt de solutions jurisprudentielles permet par exemple à un juge de densifier les sources de son ordre juridique. S'agissant du juge répressif, en sa qualité de juge de droit commun du droit communautaire, il peut procéder, et de manière complémentaire, à l'enrichissement formel (1) et matériel (2) du droit communautaire pénal.

1- L'enrichissement formel du droit communautaire pénal

D'emblée, l'enrichissement formel du droit communautaire pénal par le juge renvoie à la possibilité qui lui est offerte de mobiliser les solutions externes à l'ordre juridique communautaire pour sanctionner les infractions dont les peines n'auront pas été déterminées à l'avance. Il ne s'agit nullement d'une simple vue de l'esprit mais d'une possibilité juridique. A titre d'exemple, la Cour de justice de la CEMAC a intégré la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples dans l'ordre juridique sur lequel elle repose¹²³. Aussi, le juge national doit prendre toutes les mesures nécessaires pour permettre à la norme communautaire de produire l'effet escompté¹²⁴. Il doit en rechercher la solution sans laquelle l'effectivité de ladite norme serait illusoire. En matière pénale, comme dit plus haut, le législateur communautaire ne détermine pas toujours les peines applicables bien qu'il fixe les infractions. Il renvoie généralement la compétence au législateur étatique. Or, il peut arriver, et c'est généralement le cas, que ce dernier soit animé par une certaine passivité et ne les détermine point. Que fera le juge national lorsqu'il est saisi et que le requérant mobilise l'argument de droit communautaire ? Sans doute, il ne saurait refuser de dire le droit motif pris du silence des textes quant à la peine à appliquer. Il y va de la responsabilité de l'Etat au plan interne ou encore du manquement à ses obligations communautaires.

En pareilles circonstances, il pourra mobiliser les conventions internationales ou encore les textes pris dans une autre entité juridique comme l'OHADA. En effet, dans bien des domaines, les normes CEMAC, UEMOA et OHADA touchent à

¹²⁰ CJCE, 19 janvier 1999, *Procédure pénale c. D. Calfa*, C-348/96.

¹²¹ Ce contentieux renvoie ici à l'interprétation et l'appréciation de la légalité des normes communautaires.

¹²² Cf. introduction générale de l'étude.

¹²³ CJ/CEMAC, arrêt n°006 du 2 juillet 2009, *Aff. Société Price Water House c/Commission CEMAC et Autorité monétaire du Cameroun*.

¹²⁴ Voyons DUBOS (O.), *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », tome 4, 2001, 1015 p.

la même matière comme l'instar le droit de la concurrence¹²⁵ qui, au sens strict du terme, se conçoit comme un corps de règles permettant « *de réprimer ceux qui de différentes manières, entravent le libre jeu de la concurrence, notamment en constituant des ententes ou en exploitant une position dominante* »¹²⁶. Compte tenu des valeurs que chacune de ces entités juridiques incarne et véhicule, les gouvernants et les particuliers sont astreints au respect d'une certaine éthique dont l'inobservation emporterait effondrement de l'idée de communauté. Pour préserver cet acquis, et étant donné que tous les Etats-membres de la CEMAC et de l'UEMOA sont parties au Traité de Port-Louis instituant l'OHADA, un juge national peut valablement puiser la solution pénale dans l'ordre juridique OHADA afin de sanctionner la remise en cause de la libre concurrence lorsqu'elle viendrait à être observée dans l'un des deux premiers espaces juridiques et surtout lorsque le législateur étatique se serait rendu coupable d'incompétence négative dans la détermination de la peine applicable. Cette construction théorique tient surtout au fait que le droit OHADA semble plus avancé dans la détermination des peines.

Par ailleurs, et cela mérite d'être dit, de manière tout à fait informelle, le juge national peut s'en référer à la jurisprudence pénale élaborée dans l'ordre juridique international ou encore dans un ordre juridique communautaire étranger. Par le biais de son pouvoir d'interprétation, une fois de plus, il peut élaborer ou du moins densifier la normativité pénale. A titre d'exemple, il pourrait emprunter la démarche conciliatrice instituée par la Commission africaine des droits de l'homme dans l'affaire *Law office of Ghazi*¹²⁷. En l'espèce, la Cour a recours au critère de la proportionnalité dans la définition des rapports ordre public-libertés publiques. Selon elle en effet, l'Etat ne doit pas restreindre « de manière disproportionnée » les libertés publiques en ce sens que, précise-t-elle, « toute personne a droit de circuler librement (...) mais la diffusion des opinions peut être limitée (...) »¹²⁸. Aussi, en matière constitutionnelle, rien n'empêche le juge national d'appliquer comme source formelle la jurisprudence de l'Union africaine dans la répression de l'infraction de changement anticonstitutionnel de gouvernement. Ceci est d'autant vrai dans la mesure où les communautés d'intégration en Afrique, bien que reposant sur des ordres juridiques autonomes, du moins en apparence, n'entendent pas déroger à la ligne directrice tracée par l'organisation continentale. Ainsi, au sein des ordres juridiques africains sous régionaux, le juge national peut mobiliser la jurisprudence de la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples dans laquelle elle considère que « *le meilleur gouvernement est celui qui est élu par et responsable devant le peuple* »¹²⁹ et de ce fait, conclut-elle, « *la prise de pouvoir par la force par tout*

¹²⁵ KOUTOUAN (A. J. N.), *Contribution à l'étude des droits régionaux de la concurrence en Afrique de l'ouest cas de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine et de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Bordeaux, 2018, 774 p.

¹²⁶ GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.), *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd., Paris, Dalloz, 2018, pp. 429-430.

¹²⁷ Com. 228/99, *Law Office of Ghazi c./ Soudan*.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples *Résolution sur les régimes militaires*, ACHPR

groupe de civils ou militaires est contraire aux dispositions des articles (...) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ».

En toute hypothèse, l'enrichissement formel du droit communautaire pénal par le juge national ne se réduit pas à la mobilisation jurisprudentielle des sources d'origine externe à un ordre juridique communautaire donné. Il peut aussi et surtout se traduire par la lubrification du droit pénal processuel. Il arrive en effet que le juge clarifie les principes attachés à la procédure pénale. C'est du moins ce qui ressort de la jurisprudence de Cour suprême du Cameroun, statuant comme juridiction de cassation des décisions appliquant une sanction pénale¹³⁰. En rapport avec le droit pénal OHADA, notamment dans la décision rendue dans *l'affaire Tchinda François c/ État du Cameroun (MINATD) du 05 avril 2006*¹³¹, elle martelait la distinction entre la police administrative et la police judiciaire en rappelant que « *les autorités administratives ne doivent pas s'ingérer dans le règlement des procédures judiciaires* »¹³². La précision de cet élément de procédure étant faite, le juge peut être amené à construire la solution de fond lorsqu'elle ne lui est pas expressément donnée par le législateur.

2- L'enrichissement substantiel du communautaire pénal

Dans le procès, « *l'office du juge est, à partir de la connaissance des faits la plus exacte que possible, de trancher les litiges en appliquant la règle adéquate dans une décision la plus juste possible et la mieux acceptée que possible par les parties, y compris par le perdant* »¹³³. Ainsi, au plan substantiel, le juge a une marge de manœuvre qui lui permet de choisir la norme applicable afin que la justice pénale ne soit pas contre-productive. La justice pénale est donc foncièrement tributaire du pouvoir d'interprétation et d'appréciation du juge. Le procès est en effet, et il faut le relever, « *le moyen par lequel se concrétise le droit, à travers notamment les procédés probatoires qui assurent (...) la mise en correspondance des faits concrets de l'espèce et des faits abstraits constitutifs de la première partie de la norme juridique, afin d'opérer dans le jugement le déclenchement de l'effet juridique que la norme attache au constat des faits* »¹³⁴.

Relativement au droit communautaire pénal, ce pouvoir permet au juge de lui adjoindre des compléments normatifs. Aussi, le phénomène jurisprudentiel ne révèle pas seulement l'indétermination des règles en vigueur en ce qui concerne soit leur signification, soit leur validité. Il révèle également leurs lacunes et leurs contradictions. De ce fait, la jurisprudence manifeste « à la fois l'absence de complétude et de cohérence du système juridique »¹³⁵.

/Res.10(XVI) 94, adoptée lors de la 16e Session ordinaire, Banjul (Gambie) du 25 octobre au 03 novembre 1994.

¹³⁰ KAMENI (L. N.), *Droit OHADA et droit constitutionnel des Etats-parties : Contribution à l'analyse sous le prisme de la pratique camerounaise, op.cit.*, p.178.

¹³¹ CS/CA Cameroun, Jugement N°60/05-06 du 05 avril 2006, *Tchinda François c/ État du Cameroun*.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ FRISSON-ROCHE (M-A), « La philosophie du procès ... », in *Le Procès, APD*, 1997, p.20.

¹³⁴ *Ibid.*, p.23.

¹³⁵ VAN DE KERCHOVE (M), « Jurisprudence et rationalité juridique », in *La jurisprudence, APD*, t.30,

Le champ du droit communautaire pénal illustre parfaitement cette conception théorique et fait du juge un artisan réel du processus normatif. D'abord, lorsque le législateur communautaire n'aurait pas déterminé la peine applicable et dans l'hypothèse d'une incompétence négative du législateur national, le juge pourrait de manière souveraine faire application des sanctions préexistantes. En effet, lorsque le législateur étatique accuserait un retard dans la transposition des normes communautaires à contenu pénal, si l'infraction répréhensible existait déjà dans l'ordre interne, le juge peut modeler la peine antérieure et l'appliquer au cas qui lui est soumis afin de préserver l'ordre public communautaire.

Ensuite, même lorsque le législateur communautaire aurait déterminé la peine applicable, le juge reste maître du jeu. Il lui revient d'analyser la situation en considération des circonstances atténuantes ou aggravantes. Statuant en son âme et conscience, il construit voire reconstruit la normativité pénale. A titre d'exemple, l'article 37 de la loi uniforme UEMOA dispose que les personnes physiques coupables d'une infraction de blanchiment de capitaux ou d'une tentative, sont punies d'un emprisonnement de trois à sept ans et d'une amende égale au triple de la valeur des biens ou des fonds sur lesquels ont porté les opérations de blanchiment. La peine est portée au double en cas de récidive avec la prise en compte des condamnations prononcées à l'étranger, ou encore en cas de commission en bande organisée. Au sens de l'article 32 du même texte, ces circonstances aggravantes sont aussi applicables à l'infraction du financement du terrorisme. Le juge jouit en la matière d'un pouvoir d'appréciation et la décision qu'il prendra peut à terme faire œuvre de jurisprudence.

Enfin, il arrive que l'infraction communautaire ne soit pas clairement définie par le législateur. Au plan substantiel donc, et dans le cadre de son office, le juge peut être appelé à clarifier le sens à donner à certaines incriminations. L'infraction de haute trahison permet d'illustrer le propos. En effet, et comme l'a relevé la doctrine, toutes les constitutions des Etats d'Afrique noire francophone ne définissent pas avec clarté et précision l'infraction de haute trahison¹³⁶. Lorsqu'elle renvoie la compétence au législateur, celui-ci, comme c'est le cas au Cameroun, reste passif¹³⁷. De manière tout à fait remarquable et salutaire, la Haute Cour constitutionnelle de Madagascar, dans le cadre de la mise en accusation du Président Hery RAJAONARIMAMPIANINA, non sans avoir rappelé que « *le crime de haute trahison est un crime d'une certaine gravité qui est de nature à porter atteinte à la vie de la nation et de l'État en général (...)* », faisait observer que « *(...) faute de définition par un texte, [elle] juge souverainement si les faits pour lesquels le Président est mis en accusation, sont constitutifs ou non de haute trahison (...)* »¹³⁸. En comblant les lacunes du droit textuel, la Cour procède à n'en

Paris, Sirey, 1985, p.240.

¹³⁶ ABARCHI (D.), « Essai sur la notion de haute trahison en droit positif nigérien », in *Revue de droit africain, doctrine et jurisprudence*, 2003, n°25, p. 68

¹³⁷ L'article 53 de la Constitution du Cameroun précédemment cité renvoie cette compétence au législateur. Mais jusqu'ici, la loi en question n'a pas encore vu le jour.

¹³⁸ Décision n°24-HCC/D3 du 12 juin 2015 relative à la résolution de mise en accusation du Président de la République Hery RAJAONARIMAMPIANINA.

point douter, à l'enrichissement substantiel du droit pénal. Dans un tout autre domaine, la Cour constitutionnelle du Burkina Faso relativise l'immunité des parlementaires¹³⁹ qui veut qu'« aucun député ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé en raison des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions »¹⁴⁰, motif pris de leur participation au changement anticonstitutionnel de gouvernement. Il leur était reproché d'avoir soutenu publiquement le Président de la République dans son désir de modifier les dispositions pertinentes de la Constitution relatives au principe de la limitation du nombre de mandat présidentiel.

En Afrique, dans l'un comme dans l'autre cas, la théorie réaliste qui considère le juge comme un co-législateur du fait de son pouvoir d'impétration¹⁴¹, trouve écho dans l'élaboration du droit communautaire pénal, perçu à juste titre comme un droit en réseau.

B- L'élaboration dialogique du droit communautaire pénal

L'approche contemporaine dans la lutte contre l'insécurité¹⁴² repose sur la coopération judiciaire et plus précisément sur le dialogue des juges. Aussi, l'application-crédation du droit communautaire pénal interpelle la compétence de plusieurs juridictions. Elle met en exergue le dialogue des juges¹⁴³ et partant de là, la production pluraliste du droit pénal. La thèse du droit en réseau¹⁴⁴ trouve dès lors terrain d'application compte tenu de l'internormativité pénale¹⁴⁵ qui se dégage. Le président Bruno GENEVOIS dans ses conclusions à propos de l'affaire *Ministre de l'intérieur c. Cohn BENDIT* rendue par le Conseil d'Etat en date du 6 décembre 1978, n'affirmait-il pas déjà qu'il ne doit y avoir de place « *ni pour le gouvernement des juges, ni pour la guerre des juges, mais pour le dialogue des juges* ».

Au sein des communautés sous régionales visées par l'étude, les juges semblent avoir compris l'importance et la nécessité de l'approche pluraliste dans la sécrétion de la normativité pénale. Dans un effort de conceptualisation mais aussi de projection, on peut entrevoir un double dialogue vertical (1) et horizontal (2).

¹³⁹ Décision n° 2015-025/CC/EL du 26 août 2015 sur la requête de monsieur DICKO Assaleh Moussa aux fins d'invalidation des candidatures de messieurs DICKO Amadou Diemdiouda, MAIGA Issiaka Boukari et MAIGA Hamadou Amadou aux élections législatives du 11 octobre 2015 et Décision n° 2015-027/CC/EL du 26 août 2015 sur la requête de madame KABORE Catherine Sibdou en contestation de l'éligibilité des candidats OUEDRAOGO Gilbert De Bonne Espérance Goulé et 58 autres aux élections législatives du 11 octobre 2015

¹⁴⁰ Article 95 de la Constitution.

¹⁴¹ TROPER (M.), « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, PUF coll. « Léviathan », 2001.

¹⁴² BITIE (A. K.) *L'approche contemporaine de la prévention des conflits en Afrique*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Bordeaux, 2016, 658 p

¹⁴³ *Le Dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Genevois*, Paris, Dalloz, 2009.

¹⁴⁴ OST (F.) et VAN de KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, presses universitaires Saint Louis, Bruxelles 2002, 599 p.

¹⁴⁵ NTONO TSIMI (G.), *Le paradigme du crime contre l'humanité et la renaissance du pluralisme juridique dans les droits pénaux africains. Contribution à une théorie sur l'internormativité des systèmes pénaux en transition*, Thèse de Doctorat, Université de Yaoundé II, 2011-2012, 699 p.

1- Une élaboration dialogique principalement verticale

Le dialogue vertical ici envisagé est un dialogue descendant qui se fait entre le juge pénal national et la juridiction communautaire. Toutefois, il peut aussi s'agir d'un dialogue ascendant, notamment lorsque qu'une Cour de justice communautaire mobilise la solution jurisprudentielle pénale rendue au plan interne.

Le dialogue descendant s'observe dans le cadre du renvoi préjudiciel¹⁴⁶ lequel amène les juridictions nationales suprêmes à appliquer obligatoirement la solution incidente donnée par la juridiction communautaire. En effet, si les juridictions nationales jouissent d'une compétence pénale de fond exclusive, elles ne connaissent pas pour autant du contentieux de l'appréciation et de l'interprétation de la légalité des normes communautaires. Cette compétence relève de la compétence des Cours de justice communautaire. S'agissant par exemple de la Cour de Justice CEMAC, il est précisé qu'elle « assure le respect du droit dans l'interprétation et dans l'application du présent Traité et des Conventions subséquentes »¹⁴⁷. A ce titre, et comme le précise la Convention qui la régit¹⁴⁸, elle est compétente pour statuer « (...) à titre préjudiciel sur l'interprétation du Traité de la CEMAC et des textes subséquents, sur la légalité et l'interprétation des actes des Institutions, Organes et Institutions Spécialisées de la CEMAC, quand une juridiction nationale ou un organisme à fonction juridictionnelle est appelé à en connaître à l'occasion d'un litige »¹⁴⁹. Ainsi, y compris en matière pénale, en cas de difficulté liée à l'interprétation ou à l'appréciation de la légalité des actes juridiques communautaires tant de droit dérivé¹⁵⁰ que de droit primaire¹⁵¹, le juge national doit surseoir à statuer et soumettre l'affaire incidente à la Cour de Justice¹⁵².

En effet, le renvoi préjudiciel est « une demande d'un juge à un autre juge, demande ayant pour objet de solliciter de cet autre juge la signification du texte qu'il doit appliquer à l'affaire en instance ; dans l'attente de la réponse, il suspend le procès,

¹⁴⁶ ANDERSANDE (G.), *Renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 207 p ; LEPOUTRE (N.), « Le renvoi préjudiciel et l'instauration d'un dialogue des juges. Le cas de la Cour de justice de l'Union européenne et du juge administratif français », in *Jurisdoctoria*, n°6, juin 2011, pp.43-74 ; MARTI (G.), « L'avenir de la primauté : le dialogue des juges ? », *Revue de l'Union européenne*, 2015, pp.638 et s.

¹⁴⁷ Cf. art.48.

¹⁴⁸ Il s'agit de Convention régissant la Cour de Justice CEMAC de 2008. En effet, à l'origine, le Traité fondateur de la Communauté avait institué une juridiction composée de deux chambres notamment la Chambre de Justice et la Chambre des comptes. Les révisions opérées en 2008 ont été favorables à l'autonomisation de ces dernières. On distingue depuis lors deux conventions spécifiques : celle qui régit la Cour des comptes et l'autre qui régit la Cour de justice.

¹⁴⁹ Article 17 de la Convention régissant la Cour de Justice CEMAC.

¹⁵⁰ Il désigne l'ensemble des actes émanant des institutions communautaires, adoptés sur la base de traités constitutifs. Voyons, SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2001, 2001, p.372.

¹⁵¹ Il désigne les traités qui ont institué la communauté, les actes qui les complètent et les traités qui les modifient. Cf., SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international*, op.cit., p.372.

¹⁵² Ce fut le cas dans la jurisprudence CJ/CEMAC, arrêt n°001/CJ/CEMAC/10-11 du 25 novembre 2010. *Ecole Inter Etats des douanes c/Djeukam Michel*. Voir au niveau de l'UEMOA, la décision rendue par la Cour de justice dans l'arrêt du 12 janvier, 2005, *Aff. Compagnie Air France contre Syndicat des agents de voyage et de tourisme du Sénégal*.

le reprend quand il la reçoit et juge alors l'affaire sur la base de la signification du texte donnée par cet autre juge »¹⁵³. Comme l'a indiqué le juge européen, cette procédure permet « (...) d'assurer une application uniforme et un développement cohérent du droit communautaire, sans porter atteinte à la souveraineté judiciaire des Etats membres (...) »¹⁵⁴. Elle n'invalide donc pas la compétence pénale de fond du juge national. Partant de ce curseur, il convient d'admettre que le droit communautaire pénal jurisprudentiel ne se réduit pas aux décisions rendues par les juridictions nationales mais qu'il résulte du rapport dialogique, car au vrai, « la jurisprudence, c'est l'autorité de ce qui a été jugé constamment dans le même sens »¹⁵⁵. Pour cette raison, l'idée de supranationalité judiciaire¹⁵⁶ qu'induirait la construction communautaire doit pouvoir céder le pas à la complémentarité juridictionnelle¹⁵⁷ y compris en matière pénale.

Sous l'angle du dialogue ascendant, s'il est vrai que la juridiction communautaire est incompétente pour connaître dans le fond une affaire pénale, il arrive qu'elle reprenne, dans son raisonnement, la solution du juge national. Dans l'affaire *Dame Hadijatou*¹⁵⁸, la Cour de justice de la CEDEAO reprend dans son argumentaire, l'arrêt de la Chambre judiciaire de la cour suprême de Niamey qui casse et annule la décision d'appel du tribunal de grande instance de Konni¹⁵⁹ pour cause de violation de la loi sur l'organisation judiciaire¹⁶⁰. De même, la décision du Tribunal de Konni qui condamne dame Hadijatou Mani Karaou, son frère et Ladan Rabo à 6 mois d'emprisonnement ferme et une amende de 50 000 F CFA pour bigamie est également citée par la Cour de justice. En reprenant la solution du juge interne, cette dernière contribue, de manière ascendante, à l'élaboration du droit communautaire pénal, d'autant plus que sa jurisprudence s'impose aux autres juridictions nationales. Le simple fait de citer et d'appliquer la solution nationale peut donc servir de repère jurisprudentiel aux autres juridictions. Par ailleurs, et sans se positionner comme « (...) une juridiction d'appel ou de cassation des juridictions nationales »¹⁶¹, elle veille à ce que le prononcé national des peines n'édulcore pas la fondamentale des droits reconnue par l'ordre juridique communautaire.

¹⁵³ ROUSSEAU (D.), « Présentation du sixième numéro consacré aux questions préjudicielles en question », *Jurisdoctrina*, n°6, juin 2011, p.13.

¹⁵⁴ Cf., CJCE, 16 janvier 1974, *Rheinmuhlen*, aff. 1 66/73, *Rec.* p.33.

¹⁵⁵ CARBONNIER (J.), *Le procès et le jugement, cours de sociologie juridique*, 1961-1962, Association corporative des étudiants en droit, Paris, 1962, p.262

¹⁵⁶ TCHANTCHOU (H.), *La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'OHADA, Etude à la lumière du système des Communautés européennes*, Paris, L'Harmattan, 2009, 370 p.

¹⁵⁷ Lire SIMON (D.), « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », in *Revue des affaires européennes (RAE)*, 1998, spec. pp. 84-85. Lire également DUPONT-LASSALLE (J.), « La subsidiarité juridictionnelle, instrument de l'intégration communautaire ? », *Droit et Société* 2012/1, n° 80, pp.47-71.

¹⁵⁸ CJ/CEDEAO, Affaire *Hadjatou Mani KOARAOU c/République du Niger*, arrêt du 27 octobre 2008

¹⁵⁹ Jugement n°06 du 20 mars 2006, *Dame Hadijatou Mani Karaou c/ El Hadj Souleyman Naroua*.

¹⁶⁰ AWONO ELOUNDOU (E.), *Le juge interne et le juge international des droits fondamentaux en Afrique : Recherche sur le mécanisme d'articulation des rapports*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Yaoundé II, 2019, p.339.

¹⁶¹ Cour de justice de la CEDEAO, 7 octobre 2005 *Jerry Ugokwe C/République fédérale du Nigeria*, point 32, p.12.

C'est du moins ce qui ressort de sa décision dans l'affaire *Dame Hadjatou Mani KOARAOU* lorsqu'elle sanctionne l'inaction des autorités administratives et judiciaires du Niger dans le traitement esclavagiste dont la requérante a été victime et condamne ledit Etat à payer la somme de dix million de Francs CFA à titre de réparation des dommages subis par la requérante¹⁶².

Dans les faits, en 1996, alors qu'elle n'avait que douze ans, la requérante avait été vendue par le chef de la Tribu Kenouar au Sieur El Hadj Souleyman Naroua, de coutume Haoussa âgé de 46 ans, pour la somme de deux cent quarante milles franc CFA¹⁶³. Pendant environ neuf ans, elle exécutait toutes sortes de tâches domestiques tout comme elle servait de concubine à Sieur El Hadj Souleyman Naroua¹⁶⁴. En rendant cette décision, la juridiction communautaire sauvegarde ainsi l'ordre public communautaire qui avait été dégradé du fait du traitement esclavagiste infligé à la requérante. Il va sans dire que l'acte de bigamie parce que contraire aux bonnes mœurs affectait aussi l'ordre public nigérien mais la prévalence de l'ordre juridique communautaire aura été restituée par le haut et cette solution jurisprudentielle devra guider le raisonnement des autres juridictions nationales en cas de conflits des ordres publics. C'est sur la base de la décision de la Cour de justice qui précisait aussi le sens à donner à la notion d'esclavage que le Tribunal correctionnel de Koni au Niger en date du 31 mars 2009¹⁶⁵ a finalement condamné à un an de prison ferme et au paiement de 500. 000 F CFA d'amende, El hadj Souleymane Naroua, le maître de Hadijatou.

A bien observer, ce dialogue jurisprudentiel dans la production du droit communautaire pénal serait enrichi s'il se fait aussi entre juridictions de même nature, c'est-à-dire sous un plan horizontal.

2- Une élaboration dialogique potentiellement horizontale

En dépit des obstacles liés à la souveraineté, la mobilisation du droit pénal comparé¹⁶⁶ par un juge national devrait davantage se ressentir dans le cadre du droit communautaire pénal. Il est question de préserver les intérêts de la communauté et non ceux de l'Etat-membre. L'intérêt communautaire devrait prendre le dessus et conduire le juge national à se référer à la jurisprudence d'un autre juge de la communauté lorsqu'elle s'avère favorable à la sauvegarde des valeurs de la communauté ou plus globalement à la protection de l'ordre public communautaire. Il s'agit en toile de fond, d'une élaboration en réseau du droit communautaire pénal. Elle s'opérationnalise par la « solution intracommunautaire ».

¹⁶² CJ/CEDEAO, Affaire *Hadjatou Mani KOARAOU c/République du Niger*, arrêt du 27 octobre 2008.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ TGI Koni, jugement du 31 mars 2009, *Dame Hadijatou Mani Koraou c/El hadji Souleymane Naroua*

¹⁶⁶ RADEL (J.), *Droit pénal comparé*, 2^e éd. Paris, Dalloz, 2002, 803 p.

A titre d'illustration, s'il est avéré que la plupart des codes nationaux sont en cohérence avec le code de douanes de l'UEMOA¹⁶⁷, on note cependant des disparités notamment en ce qui concerne la gamme des contraventions et délits douaniers ainsi que dans l'échelle des sanctions applicables¹⁶⁸. Cet état de chose est de nature à créer des « forums shopping »¹⁶⁹. La doctrine a dès lors estimé et non sans raison que, si les actions de lutte contre la fraude ne sont pas harmonisées, l'opérateur économique peut être tenté de diriger sa cargaison vers le pays où le contrôle douanier est le moins contraignant afin d'y faire transiter sa marchandise. A propos du droit OHADA, la doctrine dans son grand ensemble, a développé la thèse des « paradis pénaux »¹⁷⁰ en considérant que l'investisseur peu enclin à respecter la législation communautaire, fera éllection du domicile de son entreprise dans des Etats au régime pénal des affaires moins répressif¹⁷¹. Elle aura de ce fait préféré que l'on donne compétence exclusive à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage pour connaître de tout pourvoi contre des décisions appliquant des sanctions pénales¹⁷². La solution catégorique aurait consisté suivant cette doctrine, à « centraliser les incriminations et les sanctions au niveau de la CCJA pour réduire le risque de lenteurs procédurales »¹⁷³. Sauf qu'une telle mesure n'aurait nullement prospéré étant donné qu'elle porterait atteinte à l'idée de souveraineté pénale. Bien plus, les raisons pratiques notamment l'inexistence des centres d'incarcération au niveau communautaire invalident ce raisonnement. Aussi, et relativement à l'étude, la thèse des « paradis pénaux » n'a de sens que si le juge national se dérobe de sa mission de juge de droit communautaire. La différenciation des peines applicables d'un Etat à un autre n'enchaîne pas le juge national bien qu'il doit statuer en application du principe de la légalité et des peines. L'émergence d'une citoyenneté communautaire voudrait aussi que la peine applicable soit relativement identique d'un Etat-membre à un autre et il revient au juge de réguler, dans une approche dialogique, cette situation en statuant conformément à la loi mais aussi en préservant l'intérêt communautaire. Par ailleurs, bien que le droit communautaire n'entende pas méconnaître l'autonomie procédurale des Etats-membres, il le soumet néanmoins au respect du principe de l'effet utile. Au vrai, la thèse des « paradis pénaux » ne permet pas aux entités ici étudiées de devenir à terme de véritables « communautés des peuples ». Elles se limiteraient à de simples communautés des États. Pour dépasser ce cadre, le citoyen communautaire doit pouvoir se sentir en sécurité dans le territoire de chaque Etat-membre. Sa situation juridique, dans les matières mises en commun, ne devrait pas en effet fondamentalement changer d'un Etat-membre à un autre.

¹⁶⁷ Il s'agit du Règlement n° 09/2001/CM/UEMOA portant adoption du code des douanes.

¹⁶⁸ DIAKHATE (S. M.), *La lutte contre la délinquance économique...*, *op.cit.*, p.129.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ YAWAGA (S.), « Regard sur l'émergence du droit pénal des affaires en Afrique : le cas du droit pénal OHADA », in AKAM AKAM (A.) (dir.), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, *op.cit.*, p. 83.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² KITIO (E.), « Le contentieux du droit pénal des affaires devant les hautes juridictions nationales et devant la CCJA », *Revue de l'ERSUMA*, n°2, Mars 2013, p. 325.

¹⁷³ *Ibidem*.

Il convient également de rappeler avec le Doyen André AKAM AKAM que lorsque le législateur opte pour l'édiction des règles souples, le juge bénéficie d'une liberté importante¹⁷⁴. Relativement à l'étude, il en sera ainsi lorsque le législateur utilise les notions stratégiques touchant au pénal comme celles d'ordre public, de bonnes mœurs ou encore de fraude. Avec « *ces concepts mous, la norme devient simple directive, et la règle de droit un vulgaire élastique grâce auquel, le juge retrouve sa liberté d'appréciation* »¹⁷⁵. C'est justement en vertu de cette liberté qu'il peut faire application des peines prononcées par son homologue au sein d'une même organisation d'intégration. A titre d'illustration, vu que l'infraction de haute trahison n'est pas substantiellement définie dans les Constitutions des Etats d'Afrique noire francophone, à l'exception du Tchad¹⁷⁶, de la Guinée¹⁷⁷, du Bénin, de la Centrafrique¹⁷⁸, ou du Niger¹⁷⁹, rien n'empêche les juges des Etats dont les textes constitutionnels sont restés silencieux de s'en inspirer. Cette hypothèse n'a de sens que si l'acte de haute trahison s'assimile à celui de changement anticonstitutionnel¹⁸⁰ de gouvernement, formellement prohibé par le droit communautaire. La technique d'emprunt ne permet pas dès cet instant de remettre en cause le principe de la légalité des peines et des délits mais de donner plein effet à la norme communautaire. De même, ils peuvent emprunter la jurisprudence de la première catégorie des Etats afin de mieux apprécier et réprimer l'infraction de haute trahison. En le faisant, les juges participeraient à l'enracinement du constitutionnalisme régional.

À l'arrivée, la jurisprudence ne serait pas une source abusive du droit¹⁸¹ communautaire pénal. L'internormativité jurisprudentielle, permettrait de combler les lacunes du droit textuel en la matière.

¹⁷⁴ AKAM AKAM (A.), « La loi et la conscience dans l'office du juge », *Revue de l'ERSUMA*, n°1, Juin, 2012, p.514.

¹⁷⁵ PERROT(R.), cité par AKAM AKAM (A.), « La loi et la conscience dans l'office du juge », *op.cit.*, p.514.

¹⁷⁶ Constitue un crime de haute trahison, tout acte portant atteinte à la forme républicaine, à l'unicité et à la laïcité de l'Etat, à la souveraineté, à l'indépendance et à l'intégrité du territoire national. Sont assimilés à la haute trahison, les violations graves et caractérisées des droits de l'homme, le détournement des fonds publics, la corruption, la concussion, le trafic de drogues et l'introduction de déchets toxiques ou dangereux, en vue de leur transit, dépôt ou stockage sur le territoire national. Article 173 de la Constitution du Tchad.

¹⁷⁷ Il y a haute trahison lorsque le Président de la République a violé son serment, les arrêts de la Cour constitutionnelle, est reconnu auteur, coauteur ou complice de violations graves et caractérisées des droits humains, de cession d'une partie du territoire national ou d'actes attentatoires au maintien d'un environnement sain, durable et favorable au développement ». Cf. article 119 de la Constitution de la Guinée.

¹⁷⁸ Sont considérés comme actes de haute trahison, la violation du serment, les homicides politiques, l'affairisme, toute action contraire aux intérêts supérieurs de la nation : Article 96 de la Constitution de la Centrafrique

¹⁷⁹ « il y a haute trahison lorsque le Président de la République viole son serment, refuse d'obtempérer à un arrêt de la Cour constitutionnelle, est reconnu auteur, coauteur ou complice de violations graves et caractérisées de droits humains, de cession frauduleuse d'une partie du territoire national, de compromission des intérêts nationaux en matière de gestion des ressources naturelles et du sous-sol et d'introduction de déchets toxiques sur le territoire national ».

¹⁸⁰ Le refus de remettre le pouvoir par gouvernement en place à l'issue d'une élection démocratique en est l'illustration. Il y'a violation du serment et changement anticonstitutionnel de gouvernement.

¹⁸¹ DUPEYROUX (O.), « La jurisprudence, source abusive de droit », *Mélanges Jacques MAURY*, Paris, Sirey, 1960, pp. 349-377.

La déduction de la possibilité juridique pour le juge de faire œuvre de « législateur » en matière pénale communautaire implique l'existence des figures ou méthodes susceptibles d'être mobilisées. Celles-ci permettraient au juge communautaire de nature composite - juridiction communautaire et juges nationaux - de se positionner en gardien des valeurs fondamentales voire fondatrices de la communauté. Tel serait, nous semble-t-il, l'« objectif assigné à la justice pénale »¹⁸² dans le cadre de la construction communautaire.

¹⁸² BENNILLOUCHE (M.), « Les objectifs du procès pénal » in GIUDICELLI-DELAGE (G.) (dir.), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Paris, Société de la législation comparée, 2006, pp.19-28.