

L'EFFECTIVITE DE LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX EN AFRIQUE SUBSAHARIENNE FRANCOPHONE

Par

John Richard KEUDJEU DE KEUDJEU*

Docteur/Ph.D en Droit Public

Maître-assistant - FSJP - Université de Dschang

« *Le règne du droit, écrit Maurice KAMTO, tient (...) du rêve, si l'on admet que l'effectivité de la règle de droit est la condition nécessaire de l'existence de l'Etat de droit* »¹. Comment comprendre cette assertion ? Elle tirerait fondement de ce que l'étude du droit en Afrique est souvent faite à partir du seul prisme de l'énoncé de la règle de droit. L'effectivité de la règle de droit se réduisant dans ce registre au seul droit posé par le légiste et justifiant toutes les analyses. La notion d'effectivité, entendue du « *degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* »², induit un dépassement du rêve pour la matérialité du règne du droit et interpelle à ce titre quant à la prise en compte du rapport au social, des différentes pesanteurs intervenant dans l'application du droit³. Elle appellerait

ainsi à la validité de la norme en termes d'effets juridiques que leurs acteurs entendent leur conférer⁴ et dans une certaine mesure à son efficacité en tant que « *mode d'appréciation des conséquences des normes et de leur adéquation aux fins qu'elles visent* »⁵.

La consubstantialité entre ces trois notions trouve davantage son soubassement dans la notion d'effectivité en ce qu'elle se présente aujourd'hui en des termes nouveaux en raison du double phénomène d'instrumentalisation et de spécialisation du droit. Elle a ainsi vocation à mesurer les écarts entre le droit et son application. L'effectivité désignerait donc les modalités d'application du droit et ne recouvrerait que les effets sociaux (juridiques et non juridiques) directement assignables à une règle de droit⁶, même si l'on peut y voir avec Hans Kelsen l'absence d'un rapport de conformité entre effectivité, validité et efficacité⁷. L'effectivité du droit exprimerait par conséquent, du point de vue juridique, la relation qui existe entre un certain état de fait, une certaine réalité et une règle ou une situation juridique. Luc SINDJOUN écrit dans ce sens que l'analyse des démocratisations africaines aux fortunes diverses s'enrichit nécessairement d'une

* Mode de citation : John Richard KEUDJEU DE KEUDJEU « L'effectivité de la protection des droits fondamentaux en Afrique subsaharienne francophone », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2017, p. 99-129

¹ M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire*, Paris, LGDJ, 1986, p. 441.

² A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LDGJ, 2^e éd. 1993, p. 217.

³ L'on peut à ce titre comprendre la difficulté qui entoure le questionnement sur l'institutionnalisation du constitutionnalisme et de l'Etat de droit en Afrique. Voir : M.-A. GLELE, « Pour l'Etat de droit en Afrique », in *Mélanges offerts à P.-F. GONIDEC, L'Etat moderne : Horizon 2000, Aspects internes et externes*, Paris, LGDJ ; 1985, pp. 181-193 ; A. MOYRAND, « Réflexions sur l'introduction de l'Etat de droit en Afrique noire », *RIDC*, vol. 43, n° 4, Octobre-décembre 1991, pp. 853-878 ; P.-F. GONIDEC, « A quoi servent les constitutions africaines ? Réflexions sur le

constitutionnalisme africain », *RJPIC.*, n°4, Octobre-décembre 1988, pp. 849-866.

⁴ A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique précité*, p. 635.

⁵ *Ibid.*, p. 219.

⁶ F. RANGEON, « Réflexion sur l'effectivité du droit », <https://www.u-picardie.fr> ; 1^{er} décembre 2016 : 15 : 37, p. 128.

⁷ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 282.

économie des pratiques qui donnent sens aux normes et valeurs et qui vice versa, indiquent la légitimité sociale du régime de pouvoir⁸. L'effectivité s'entendrait suivant cette logique, comme l'exprime Jean TOUSCOZ, de « *la qualité d'un titre juridique qui remplit objectivement sa fonction sociale* »⁹.

La prise en compte de la notion d'effectivité donne ainsi un fondement nouveau à l'analyse du droit et notamment en Afrique¹⁰. En effet, partant du postulat d'introduction du constitutionnalisme en Afrique comme moyen de limiter le pouvoir des gouvernants¹¹, un ressenti subsiste sur l'effectivité de cette limitation¹². Il trouve matière au regard de la prégnance avérée du politique sur le social et les institutions comme tend à le démontrer la crise de la séparation des pouvoirs¹³. Keba MBAYE le relevait déjà au début de la décennie 1990 en mettant en exergue un certain nombre d'éléments justifiant ce ressenti dont la prégnance du politique sur les appareils de l'Etat pour la conservation d'un certain ordre et où divers instruments d'affermissement du

pouvoir des gouvernants y compris le droit, ont souvent été mis à contribution. Ce qui lui permet de qualifier la situation en présence de « *dictature légale* »¹⁴. Et encore, a-t-elle cessé ? Il nous semble que globalement, elle s'est seulement affinée. Ce n'est donc pas un fait du hasard si le 27^{ème} sommet de l'Union Africaine¹⁵ a eu pour clef de voûte la protection des droits de l'homme – même si la focale a été mise sur la protection des femmes et les droits des minorités – en dépit de tous les instruments juridiques déjà adoptés et des institutions mises sur pied.

L'analyse du droit en Afrique ne saurait se limiter au premier degré, à l'énoncé du droit. Le degré de réalisation dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit devrait être un indicateur à prendre en compte. La démarche épistémologique adéquate impose le dépassement du positivisme, spécifiquement celui normativiste qui définit l'attitude des juristes à leur limitation à la description purement technique des règles en vigueur en évitant toute réflexion sur leur fondement¹⁶. Le rendu sur la vie du droit en Afrique serait substantiel par le recours au positivisme sociologique, lequel prend en compte, au-delà du droit posé, son adéquation au social par l'intégration des pratiques sociales qui appellent un autre ordre de logique. Il s'agit davantage du positivisme factualiste qui considère que c'est dans le milieu social qu'il convient, soit de découvrir les règles de droit (usages, coutumes, règles corporatives), soit de puiser les sources d'inspiration du législateur, soit enfin de vérifier l'effectivité de l'application du droit

⁸ L. SINDJOUN, « Les pratiques sociales dans les régimes politiques africains en voie de démocratisation : hypothèses théoriques et empiriques sur la paraconstitution », *RCSP*, Vol. 40 : 2, Jan/juin 2007, p. 465.

⁹ J. TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de Droit Public, 1962, p. 1.

¹⁰ G. CONAC, « Les constitutions des Etats d'Afrique et leur effectivité », in G. CONAC (dir.), *Dynamiques et finalités du droit africain*, Paris, Economica, 1990, pp. 385-413.

¹¹ P.-F. GONIDEC, « Constitutionnalismes africains », *RJPIC*, Octobre-décembre 1994, p. 23

¹² D. F. MELEDJE, « Faire, défaire et refaire la Constitution en Côte d'Ivoire : Un exemple d'instabilité chronique », <http://ancl-radc.org.za>, 02 décembre 2016, 9 : 24, pp. 16 et s.

¹³ L'actualité au Cameroun – avec l'opération « *Epervier* » –, au Gabon – avec la manifestation des juges pour réclamer leur indépendance comme ce fut le cas ce début de mois de juillet 2016 –, en Côte d'Ivoire actuelle en dépit du vent de démocratisation. Sur le plan doctrinal, voir : F. HOUQUERBIE, « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *Les cahiers de la justice*, 2012/2, pp. 41-60.

¹⁴K. MBAYE « Droits de l'homme et pays en développement », in *Humanité et droit international*, Mélanges René-Jean DUPUY, Paris, A. Pedone, 1991, pp. 215-216.

¹⁵ Ce sommet s'est tenu à Kigali au Rwanda et les travaux ont couru à partir du 10 juillet 2016 et clos les 17 et 18 juillet 2016 par la session ordinaire de la Conférence des Chefs d'Etat et de gouvernement.

¹⁶ M. TROPER, « Positivisme », in O DUHAMMEL et Y. MENY, (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 769.

formel, et par la-même son adéquation aux besoins de la société¹⁷. Cette démarche épistémologique dans le rendu qu'il y a lieu de faire du droit constitutionnel substantiel¹⁸ en Afrique subsaharienne francophone sous le prisme de l'effectivité de la protection des droits fondamentaux, tire son origine à partir du questionnement sur le droit fondé sur la solidarité sociale ou des transformations du droit public tel qu'entrepris par Léon DUGUIT. En effet, le droit comme toutes choses sociales est un état perpétuel de transformation. La saisie du droit en Afrique s'inscrit donc un temps soit peu en déphasage vis-à-vis de son acception occidentale dont il s'origine.

Parce que liés à l'Homme, les droits de l'Homme peuvent renvoyer à ceux d'êtres semblables, égaux en dignité et ne peuvent, au moins théoriquement, pour reprendre Georges VEDEL, n'être que ceux de tous les Hommes en quelques temps et en quelques lieux qu'ils y vivent¹⁹. Les droits de l'Homme pouvant être ramenés aux droits fondamentaux, ils désignent au plan substantiel, « *les droits et libertés attachés à l'individu qui fondent le primat ontologique de l'être humain sur la société*

¹⁷ Léon DUGUIT est le précurseur de ce courant (*Manuel de droit constitutionnel, Théorie générale de l'Etat, libertés publiques-organisation politique*, Paris, Fontemoing et Cie, 2^e éd., 1911, pp. 10-13 ; *Les transformations du droit public*, Paris, Armand COLIN, 1913, 285p.). Pour un résumé de cet ancrage épistémologique à partir de l'héritage scientifique du Professeur Roger Gabriel NLEP, L. DONFACK SOKENG, « Un juriste au cœur de la Cité, Hommage au Professeur Roger Gabriel NLEP », *Janus, RCSP*, Juin 2005, pp. 32-33, spéc., note 33.

¹⁸ Le droit constitutionnel substantiel, constitue le troisième objet du droit constitutionnel et est celui qui traite des droits fondamentaux et des libertés suivant Louis FAVOREU. Il se distingue des deux autres objets dudit droit : celui relatif aux institutions politiques d'une part et celui relatif au système normatif d'autre part. V. O. DUHAMMEL, « Droit constitutionnel », in O. DUHAMMEL et Y. MENY, (dir.), *Dictionnaire précité*, p. 321.

¹⁹ G. VEDEL, « Les droits de l'homme : quels droits ? Quel homme ? », in *Humanité et droit international, Mélanges en l'honneur de René-Jean DUPUY*, Paris, Ed. A. Pedone, 1991, p. 352.

et le groupe » et au plan formel, « *les droits et libertés qui s'imposent aux pouvoirs législatif, exécutif et juridictionnel parce qu'ils sont protégés par la Constitution de l'Etat et les traités auxquels celui-ci est partie* »²⁰. Saisis à partir du pôle géographique qu'est l'Afrique²¹ et spécifiquement la partie subsaharienne francophone, les droits de l'homme donnent un fondement à cette orientation méthodologique car, comme l'écrit Léopold DONFACK SOKENG, le « *recours au relativisme ne saurait (...) être écarté, moyennant les nuances et les critiques d'usage dès lors qu'il s'agit d'envisager la mise en œuvre des droits de l'homme à travers le continent noir, terre par excellence des spécificités sociales, politiques et culturelles* »²².

Suite à leur internationalisation croissante, les droits de l'Homme se sont imposés en Afrique²³. Ils ont ainsi été généralement au cœur des réflexions²⁴.

²⁰ O. DORD, « Droits fondamentaux (notion de – et théorie des –) in J. ANDRIANTSIBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS et F. SUDRE, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 332.

²¹ K. MBAYE, *Les droits de l'homme en Afrique*, Paris, A. Pedone, 2002, 386p.

²² L. DONFACK SOKENG, « Mondialisation et droits de l'homme en Afrique », *Revue camerounaise d'études internationales*, n° 001, 1^{er} semestre, 2007, p. 104.

²³ Ce peut être le fait de l'imposition par les bailleurs de fonds internationaux en termes de conditionnalité de l'aide (J. L. ATANGANA AMOUGOU, « La conditionnalité juridique des aides et respect des droits fondamentaux », <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/>; 1^{er} décembre 2016, 18 : 43, 13p.) ou de l'internationalisation des constitutions (A. ONDOUA, « L'internationalisation des Constitutions en Afrique subsaharienne francophone et la protection des droits fondamentaux », *Rev. trim. dr. h.*, n°98, 2014, pp. 437- 457).

²⁴ Sur les instruments juridiques : A. B. FALL, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples : entre universalisme et régionalisme », *Pouvoirs*, n°129, 2009, pp. 77-100 ; M. KAMTO, (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme, commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 1628p. Sur leurs prises avec le

Seulement, leur appréhension à partir du prisme de l'effectivité de leur protection²⁵ - entendue comme la garantie - n'a pas suffisamment été mise à contribution. L'intégration de l'effectivité dans l'analyse de la protection des droits fondamentaux ne devrait pas se limiter au premier tenant de ladite protection qui renverrait au droit posé ; lequel prescrirait des droits, instituerait des mécanismes et des institutions de garantie desdits droits, mais devrait s'étendre au caractère concret du résultat attendu. L'effectivité n'est donc pas un vœu pieux et ne saurait inscrire la garantie des droits fondamentaux dans un registre transitoire²⁶ imprécis. Ainsi, le rendu sur la protection des droits fondamentaux devrait connaître une acception nouvelle suite au réformisme constitutionnel de la décennie 1990 en

développement : S. MADANI SY, « Développement et droits humains : l'expérience africaine », *Les cahiers du droits*, n°3, vol. 28, septembre 1987, pp. 675-687. Sur les institutions de leur encadrement : F. OUGUERGOUZ, « La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples : présentation et bilan d'activités (1988-1989) », *AFDI*, vol. 35, 1989, pp. 557-571 ; J.-L. ATANGANA AMOUGOU, « La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples », *Droits fondamentaux*, n° 1, juillet- décembre 2001, pp. 61-117 ; A. SOMA, « Le jeu des protocoles dans le processus juridique de construction d'une Cour africaine de protection des droits de l'homme », *Revue du CAMES/SJP*, 2015, n°002, pp. 1-18.

²⁵ Ch. KAIS, « Evolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains », *Revue du Conseil constitutionnel*, n°4, 2014, pp. 233-254, spéc., pp. 240-250 ; A. DIARRA, « La protection constitutionnelle des droits et libertés en Afrique noire francophone depuis 1990, le cas du Mali et du Bénin », *Afrilex*, Septembre 2001, 27p. ; R. DEGNI-SEGUI, « Etat de droit, droits de l'homme : bilan de dix années », <http://democratie.francophonie.org>; 17 décembre 2016, 21 : 32, 29p.

²⁶ P.-Y. GAHDOUN, « L'émergence d'un droit transitoire constitutionnel », *RDP*, 2016-1-012, pp. 1-23 ; M. ONDOA, « La Constitution duale : recherches sur les dispositions constitutionnelles transitoires au Cameroun », *RASJ*, Vol. 1 et 2, 2000, pp. 20-56.

Afrique²⁷ qui donna lieu à l'introduction de l'Etat de droit. L'inscription des Etats africains sous le signe de l'Etat de droit devrait impliquer l'avènement d'un Etat moderne qui se manifesterait par « *la limitation du pouvoir par le pouvoir dans le cadre d'une organisation politique et sociale et reposant sur quelques postulats fondamentaux que sont la séparation des pouvoirs, la séparation de la société civile et de l'Etat, le pluralisme et la contradiction des intérêts, la nécessité du débat public, la primauté du droit et des libertés individuelles* »²⁸.

L'ajustement libéral, conséquent de ce réformisme constitutionnel, s'est traduit par l'émergence d'une justice constitutionnelle²⁹, l'érection de l'autorité judiciaire en Pouvoir³⁰ et la consécration de la séparation des pouvoirs. Les constituants africains, ayant reçu et incorporés les instruments juridiques internationaux dans les constitutions de leurs Etats ont du même coup intégrés les principes qu'ils posent. C'est le cas notamment de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 qui dispose de manière expresse en son article 16 que « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Les Constituants africains le reprendront expressément ou

²⁷ K. AHADZI, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des Etats d'Afrique noire francophone », *Afrique Juridique Politique, La Revue du CERDIP*, vol. 1, n°2, juillet-décembre 2002, pp. 34-86.

²⁸ L. DONFACK SOKENG, « Etat de droit en Afrique », *Afrique Juridique et Politique, La Revue du CERDIP*, Vol. 1, n° 2, juillet-décembre 2002, p. 89.

²⁹ Th. HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, n°129, 2009, pp. 101-114.

³⁰ Ce fut notamment le cas au Bénin, au Burkina Faso, au Cameroun, en Guinée où la justice est élevée au rang d'un pouvoir constitutionnel aux côtés du législatif et de l'exécutif. V. M. KAMTO, « Les mutations de la justice camerounaise à la lumière des développements constitutionnels de 1996 », *RASJ*, n°1, 2000, pp. 10-11.

tacitement. C'est le cas de la Constitution de Madagascar qui prescrit explicitement en son article 41 que « *les trois fonctions de l'Etat – exécutive, législative et juridictionnelle – obéissent au principe de la séparation des pouvoirs et sont exercés par des organes distincts* ». L'on peut en dire autant de la Constitution du Gabon du 26 mars 1991 en son article 5, de la Constitution du Niger du 9 août 1999 en son article 4. Les autres constituants en font autant en organisant directement les fonctions de l'Etat de manière séparée, spécifiant dans la même lancée les organes les ayant en charge. Il en est ainsi de la loi constitutionnelle du Cameroun du 18 janvier 1996, de la Constitution de Côte d'Ivoire du 23 juillet 2000, de la Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001, de celle du Bénin du 10 décembre 1990, qui consacrent des titres distincts aux pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire.

La justice, contre-pouvoir, a été mise à contribution dans l'optique d'une garantie des droits fondamentaux³¹ ; ce qui justifie les rapports entre justice et droits de

³¹ Voir entre autres : **Décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002, Du Code des personnes et de la famille devant la Cour constitutionnelle du Bénin ; Décision DCC 10-117 du 08 septembre 2010, Loi n° 2010-35 portant règles particulières pour l'élection des membres de l'Assemblée nationale ; Décision DCC 01-005 du 11 janvier 2001, De la discrimination dans l'accès à la Fonction publique. Pour les observations sur ces décisions, J.-L. ATANGANA AMOUGOU, « égalité et discrimination » in Association béninoise de droit constitutionnel/Centre de droit constitutionnel, *Annuaire béninois de justice constitutionnelle*, Dossier spécial, 21 ans de jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin (1991-2012), Cotonou, PUB, 2013, pp. 431-479 ; G. BADET, *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Préface de Théodore HOLO, Cotonou, FES, 2013, pp. 37-134. Dans le même esprit, Arrêt n° 1/C/2007, texte de la décision du Conseil constitutionnel du Sénégal en date du 27 avril 2007, Observations L. SINDJOUN, in L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 432-434.**

l'homme³², voire atteste de l'évolution du constitutionnalisme africain du formalisme à l'effectivité³³. Cette dynamique interne est inscrite en droite ligne de l'entreprise menée au niveau supranational avec l'adoption d'instruments juridiques³⁴ encadrant les droits de l'homme et des peuples et la définition d'un certain nombre d'institutions en charge de leur garantie³⁵. Seulement, l'énoncé de la protection des droits fondamentaux, induit-il pour autant son effectivité ? Le nœud de cette contribution demeure non celui du régime de la protection, mais celui de son

³² E. DECAUX, « Justice et droits de l'homme », *Droits fondamentaux*, n°2, Janvier-décembre 2002, pp. 77-82.

³³ A. BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *RFDC*, n°52, 2002/4, pp. 121-148.

³⁴ Voir : H. OBERDORFF et J. ROBERT, *Libertés fondamentales et droits de l'homme, Textes français et internationaux*, Paris, Montchrestien/Lextenso éditions, 9^{ème} éd., 2011, 957p. ; J.-B. NIYIZURUGO, *La protection des droits fondamentaux en Afrique, Recueil des textes*, Genève, APT, 2006, 391p. ; Organisation Internationale de la Francophonie, *Francophonie et démocratie, Texte de référence*, Préface de Boutros Boutros-Ghali, Paris, A. Pedone, 2003, 612p.

³⁵ C'est le cas de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Deuxième partie : Des mesures de sauvegarde, article 30 et s., Charte africaine des droits de l'homme et des peuples), de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples) et aujourd'hui, de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme adopté par la onzième session ordinaire de la Conférence de l'Union tenue le 1^{er} juillet 2008 à Sharm El Sheik en Egypte). L'on peut en dire autant des différentes Cours mises sur pied par les différents organismes d'intégration sous-régionale qui apportent leur contribution à la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux. C'est le cas entre autres de la Cour de Justice de la CEDEAO, de la Cour de justice de l'UEMOA, de la Cour de justice de la CEMAC, etc. Voir : M. MUBIALA, *Le système régional africain de protection des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 209p. ; S. S. KUATE TAMEGHE, *La justice ses métiers, ses procédures*, Paris, l'Harmattan, 2016, 735p., spéc., pp. 27-405.

effectivité. En effet, il faut partir de l'ambivalence du constitutionnalisme entre droit et politique³⁶ auquel les droits de l'Homme³⁷ n'y échappent guère. Le recours à la notion d'effectivité dans le rendu qu'il y a lieu de faire de la protection de ces droits est d'autant fondamental qu'elle est substantiellement liée aux notions de validité et d'efficacité. L'inefficacité peut induire l'absence d'effectivité de la garantie des droits fondamentaux. L'on se doit donc de tenir compte de la finalité, du contenu et de la portée des normes³⁸ relatives à la protection des droits fondamentaux aux fins de nous accorder sur les caractères certain de la protection par la formalisation (I), d'une part et relative par la matérialisation de ladite protection, d'autre part (II).

I) UNE EFFECTIVITE CERTAINE DE LA PROTECTION PAR LA FORMALISATION

L'institutionnalisation de la protection des droits fondamentaux s'opère en principe par la médiation de la règle de droit qui en assure l'organisation. Le recours à l'effectivité induit le caractère certain de la protection des droits fondamentaux de par l'énoncé du droit qui le prescrit (A) et dont le contenu met en

exergue non seulement ces droits, mais aussi les institutions en charge de leur garantie (B).

A) Une effectivité normative

La norme peut être envisagée comme un « énoncé impératif ou prescriptif appartenant à un ordre ou système normatif, et obligatoire dans ce système »³⁹. Ainsi, les règles relatives à la protection des droits fondamentaux découlent tant des ordres juridiques des Etats (1) que de l'échelon supranational (2).

1) Au niveau des ordres juridiques des différents Etats

L'ordre juridique, relativement à une entité, peut se résumer à l'ensemble des règles de droit qui la gouvernent⁴⁰. Ramené à l'Etat et par rapport aux droits de l'Homme, il renverrait aux instruments juridiques normatifs produits par les Etats d'Afrique subsaharienne francophone qui encadrent la protection des droits fondamentaux. Au sommet de l'édifice normatif interne des Etats, se trouve la Constitution cadre et mesure du droit, qui fonde et définit l'Etat. Introduite par un préambule qui précède le dispositif, les constitutions de ces Etats en ont fait, de par la valeur constitutionnelle qui lui est

³⁶ M. TROPER, « Le constitutionnalisme entre droit et politique », <https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/29/troper.pdf> ; 1er décembre, 15 : 13 pp. 82-94 ; D. F. MELEDJE, « Constitution et urgence ou le lien entre contestations violentes de l'ordre constitutionnel et la régularisation constitutionnelle des ordres », *Revue ivoirienne de droit*, n°42, 2011, pp. 11-33 ; C. KEUTCHA TCHAPNGA, « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les Etats francophones d'Afrique noire », *RFDC*, 2005/3, n°63, pp. 451-491.

³⁷ S. GUILLET, « Dialogues droits de l'homme, dialogue politique : éléments de synthèse », *Droits fondamentaux*, n°6, Janvier-décembre 2006, pp. 1-31.

³⁸ G. CONAC, « Les Constitutions des Etats d'Afrique noire et leur effectivité », *op.cit.*, p. 387 ; A. BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *op.cit.*, p. 722.

³⁹ A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie précité*, p. 399.

⁴⁰ G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, 2012, p. 713. Il est vrai que cette acception peut varier en fonction des écoles. Santi ROMANO estime par exemple que la notion d'ordre juridique n'est pas seulement un ensemble de normes, mais consiste aussi en d'autres éléments. Au titre de ces autres éléments, se trouve l'institution, prise ici dans sa dimension sociétale qui dépasse la seule sphère de relations entre individus pour la saisir en termes d'entités distincte de celle des individus qui la composent et la constituent de façon concrète une unité. V. S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, D., 2002, pp. 9 et s. ; puis, pp. 17-18 ; pp. 25 et s. Voir aussi : S. GOYARD-FABRE, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, 1992, 387p.

reconnue, plus qu'un simple réceptacle de principes philosophiques et idéologiques, le support d'un ensemble de droits fondamentaux et de principes généraux de droit relatifs à leur protection. La décompression autoritaire qui conduisit à ce réformisme tient pour soubassement sociopolitique dans plusieurs Etats africains (tels le Bénin, le Cameroun, l'ex-Zaïre (aujourd'hui RDC), la Guinée Conakry, le Tchad) une instabilité chronique liée à divers facteurs dont l'existence d'une classe politique extrêmement versatile, composée d'acteurs sans grand sens de l'Etat, plus souvent préoccupés de leur promotion sociale que du service public, d'une part et d'autre part, d'une violation massive des droits humains contre la lettre et l'esprit des textes qui consacrent abondamment dans l'ordre constitutionnel les droits de la personne humaine comme fondement de la dignité humaine⁴¹.

La loi constitutionnelle camerounaise du 18 janvier 1996, prescrit en son préambule que « *le Peuple camerounais proclame que l'être humain, sans distinction de race, de religion, de sexe, de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* ». Il affirme de même l'attachement du Cameroun aux libertés fondamentales inscrites dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Charte des Nations-Unies, la Charte africaine des droits de l'homme et de peuples et toutes les conventions internationales y relatives. Ce préambule va plus loin en posant certaines modalités de protection des droits fondamentaux. Dans cette logique, un ensemble de principes sont convoqués tel celui de

⁴¹ Th. HOLO, Préface à Gilles BADET, *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin*, op.cit, pp. 9-12. Dans le même esprit, se référer aux écrits introductifs de René DEGNI-SEGUI dans sa contribution sur « Etat de droit, droits de l'homme ... », Contribution précitée. Sur la dignité humaine, lire notamment : Ch. GIRAD et S. HENNETTE-VAUCHEZ, *La dignité de la personne humaine, Recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, PUF, 2006, 318p.

l'égalité de tous les hommes en droits et en devoirs⁴². La liberté et la sécurité sont garanties à chaque individu dans le respect des droits d'autrui et dans l'intérêt supérieur de l'Etat. Tout homme a le droit de se fixer en tout lieu et de se déplacer librement, sous réserve des prescriptions légales relatives à l'ordre, à la sécurité et à la tranquillité publiques. Le domicile est inviolable. Nulle perquisition ne peut avoir lieu qu'en vertu de la loi ; nul ne peut être contraint de faire ce que la loi n'autorise pas ; nul ne peut être poursuivi, arrêté ou détenu que dans les cas et selon les formes déterminées par la loi ; la loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice. Tout prévenu est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie au cours d'un procès dans le strict respect des droits de la défense ; toute personne a droit à la vie et à l'intégrité physique et morale. Elle doit être traitée en toute circonstance avec humanité. En aucun cas, elle ne peut être soumise à la torture, à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Nul ne peut être inquiété en raison de ses origines, de ses opinions ou croyances en matière religieuse, philosophique ou politique sous réserve du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. La liberté de culte et le libre exercice de sa pratique sont garantis, etc.

Dans le même registre, le constituant béninois⁴³ accorde une place de choix au frontispice de sa Constitution aux droits fondamentaux. C'est à ce titre que le préambule fait état de l'opposition fondamentale du peuple béninois, à tout

⁴² Pour une lecture de cette question d'égalité en Afrique devant la haute juridiction constitutionnelle, voir : G. BADET, *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin*, op.cit, pp. 41-70. A titre de droit comparé en référence au droit français, Conseil constitutionnel, *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Table d'analyse au 6 août 2009, 2182p., spéc., pp. 736-863. ; F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica-PUAM, 1997, 390p.

⁴³ Cf. Loi n°90-32 du 11 décembre 1990, portant Constitution de la République du Bénin.

régime politique fondé sur l'arbitraire, la dictature, la corruption, l'injustice, la concussion, le régionalisme, le népotisme, la confiscation du pouvoir et le pouvoir personnel. Il affirme aussi solennellement la détermination du peuple par la présente Constitution de créer, un Etat de droit et une démocratie pluraliste, dans laquelle les droits fondamentaux de l'homme, la liberté publique, la dignité de la personne humaine et la justice sont garantis, protégés et promus comme la condition nécessaire au développement véritable et harmonieux de chaque béninois tant dans sa dimension temporelle, culturelle que spirituelle. Ce préambule réaffirme le rattachement du peuple béninois aux principes de la démocratie et des droits de l'homme tels qu'ils ont été définis par la Charte des Nations-Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et dont les dispositions font partie intégrante de la présente Constitution.

L'on peut en dire autant de la Constitution togolaise de la IV^e République qui dans son préambule, pose que le peuple togolais est décidé à bâtir un Etat de droit dans lequel les droits fondamentaux de l'homme, les libertés publiques et la dignité de la personne humaine doivent être garantis et protégés. Convaincu qu'un tel Etat ne peut être fondé que sur le pluralisme politique, il préconise et instruit les principes de la démocratie et de protection des droits de l'homme tel que défini par la Charte des Nations-Unies, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ; affirme la ferme volonté du peuple à combattre tout régime politique fondé sur l'arbitraire, la dictature, l'injustice.

La République du Congo, dans le préambule de sa Constitution du 20 janvier 2002 énonce comme en écho, sa ferme volonté de bâtir un Etat de droit et une Nation fraternelle et solidaire, condamne l'exercice tyrannique du pouvoir et l'usage de la violence politique sous toutes ses

formes comme moyens d'accès au pouvoir ; son adhésion aux valeurs universelles de paix, de liberté, d'égalité, de justice, de tolérance, de probité et aux vertus de dialogue, comme référence cardinales de la nouvelle culture politique ; réaffirme le caractère sacré de la vie humaine, le droit de propriété et le droit à la différence. Le constituant congolais marque aussi son adhésion à la Charte des Nations-Unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et à tous les textes internationaux pertinents dument ratifiés, relatifs aux droits humains.

Dans la suite logique des prescriptions faites à partir du préambule de la Constitution, certains constituants africains, comme pour marquer d'une empreinte spécifique l'accent mis sur les droits fondamentaux, leur donnent un fondement juridique directement dans le corpus de la Constitution. L'on peut à ce titre prendre le cas de la Constitution de Côte d'Ivoire du 23 juillet 2000 qui consacre tout un titre⁴⁴ aux droits et libertés; de la Constitution du Burkina Faso⁴⁵ ; de la Constitution de la République gabonaise⁴⁶ ; de la Constitution de la République centrafricaine qui en plus de faire une référence forte dans son préambule aux différents instruments juridiques internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme, consacre tout un titre aux bases fondamentales de la société⁴⁷ dont le titre 1^{er} dispose clairement que « *la personne humaine est sacrée et inviolable* ». L'internationalisation des constitutions qui traduit le mouvement d'emprise du droit international sur les ordres juridiques nationaux et renvoie

⁴⁴ Cf. Titre 1^{er} : des libertés, des droits et des devoirs.

⁴⁵ Voir notamment, le Titre 1 : Des droits et libertés fondamentaux ; Loi n° 002/97/DDF du 27 janvier 1997 portant constitution du Burkina Faso.

⁴⁶ Titre préliminaire : Des principes et des droits fondamentaux ; révisée par la loi n° 13/2003 du 19 août 2003.

⁴⁷ Cf. Titre 1 : Des bases fondamentales de la société.

davantage au « phénomène de rapprochement et d'harmonisation progressive entre le droit constitutionnel et le droit international »⁴⁸, donne un soubassement nouveau à ces droits. L'accent est mis sur les clauses constitutionnelles de caractère international permettant d'apprécier l'étroite corrélation qui existe entre le droit constitutionnel des Etats et le droit international⁴⁹. Pour ce qui est des droits fondamentaux⁵⁰, les constituants des Etats d'Afrique subsaharienne francophone ont par cette adéquation, marqué leur fort attachement à leur protection par l'inscription dans leurs lois fondamentales des instruments juridiques internationaux y relatifs⁵¹. Cet ancrage des droits fondamentaux en Afrique subsaharienne francophone par l'entremise de la constitution tout comme des textes législatifs et règlementaires⁵² est conforté au niveau supranational par l'adoption d'un ensemble de règles y relatives.

⁴⁸ A. ONDOUA, « L'internationalisation des Constitutions des Etats d'Afrique subsaharienne ... », *op.cit.*, p. 428.

⁴⁹ K. F. NDJIMBA, *L'internationalisation des constitutions des Etats en crise, Réflexions sur les rapports entre Droit international et Droit constitutionnel*, Thèse de Doctorat, Université de Nancy, 26 février 2011, 663p.

⁵⁰ L. DONFACK SOKENG, « Mondialisation des droits de l'homme en Afrique », *op.cit.*, pp. 121-123.

⁵¹ Pour une synthèse de l'évolution sur la question, A. ONDOUA, « L'internationalisation des Constitutions des Etats d'Afrique subsaharienne francophone et la garantie des droits fondamentaux », *op.cit.* p. 441.

⁵² L'on peut avoir à titre illustratif au plan démocratique, les différents codes électoraux marquant la transition vers le pluralisme politique. Cf. : la loi organique n° 014/2000/an portant Code électoral de la République du Burkina Faso ; de la loi n° 06-044 du 4 septembre 2006 portant loi électorale du Mali ; la loi n° 2012-01 abrogeant la loi n° 92-16 du 16 février 1992 relative au Code électoral de la République du Sénégal ; de la loi portant code électoral de la République du Togo, fruit de la IV^e législature en 2012.

2) Au niveau supranational

L'Afrique subsaharienne francophone connaît des préoccupations liées aux droits fondamentaux. Un ensemble d'instruments juridiques y ont été consacrés tant à l'échelle continentale qu'au niveau des ordres juridiques sous-régionaux.

A l'échelle continentale, l'on peut identifier en termes d'instruments juridiques participant de l'encadrement des droits fondamentaux : la Charte de l'Organisation de l'Unité Africaine du 25 mai 1963 qui en son article 2 vise entre autres objectifs, la définition de meilleures conditions d'existence des peuples d'Afrique ; la Convention du 10 septembre 1969 régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique ; la Charte culturelle de l'Afrique du 5 juillet 1976 dont l'article 1 prescrit entre autres objectifs, l'affirmation de la dignité de l'homme africain et les fondements populaires de sa culture, favoriser dans chaque pays la maîtrise par tout peuple de la science et de la technique, condition de la nécessaire de la maîtrise de la nature ; la Convention du 3 juillet 1977 pour l'élimination du mercenariat en Afrique ; la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 7 juin 1981 ; la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant du 11 juillet 1990. L'on peut en dire autant du : Traité instituant la Communauté économique africaine du 3 juin 1991 dont l'article 3 témoigne de l'engagement des Hautes Parties contractantes à respecter un certain nombre de principes fondamentaux parmi lesquels, celui du respect de la promotion et de la protection des droits de l'homme et de peuples ; Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples du 9 juin 1998. D'autres instruments juridiques sont aussi mis à contribution à ce niveau. C'est le cas de l'Acte constitutif de l'Union Africaine du 11 juillet 2000 dont l'article 4 prescrit le

respect d'un certain nombre de principes parmi lesquels, la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes, le respect des principes démocratiques, des droits de l'homme, de l'Etat de droit et la bonne gouvernance ; du Protocole à la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples relatifs aux droits de la femme du 12 juillet 2003 ; de la Convention de l'Union Africaine sur la protection et la lutte contre la corruption du 11 juillet 2003, pour ne citer que ces textes.

Suivant la même optique, d'autres instruments non contraignants seront mobilisés. Il s'agit de déclarations. L'on a ainsi, entre autres, les déclarations : du Caire du 5 août 1990 ; de Grand Baie (Maurice) du 16 avril 1999 qui fut la première Conférence ministérielle de l'OUA sur les droits de l'homme en Afrique et qui réitéra la nécessité de considérer les questions des droits de l'homme de manière constructive dans un esprit de justice, d'impartialité et de non-sélective, loin de toute instrumentalisation politique ; de Syrte du 9 septembre 1999 qui visait à accélérer le processus de mise en œuvre du Traité instituant la Communauté économique africaine et en particulier, assurer la création rapide de toutes les institutions prévues dans le Traité au nombre desquelles la Cour de justice. La Déclaration de Bamako du 3 novembre 2000 relative à la démocratie, aux droits et libertés dans l'espace francophone et celle de Kigali du 8 mai 2003 sur le fléau du terrorisme en tant que source de violations graves des droits de l'Homme viendront sous-tendre cet ancrage supranational relatif aux droits de l'homme.

Au niveau sous-régional, l'Afrique subsaharienne francophone intègre en termes de communautés, la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) et la Communauté Economique et des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) auxquelles l'on se doit d'adjoindre les différentes institutions qui les accompagnent dans leurs missions. Si

de manière directe, un encadrement juridique n'est pas défini au titre des droits fondamentaux, un soubassement peut cependant être trouvé dans les traités instituant ces différentes communautés. C'est ainsi qu'au titre de l'article 2 du traité révisé instituant la CEMAC, la mission essentielle de la Communauté est de promouvoir la paix et le développement harmonieux des Etats membres. L'article 4 de ce traité vient le renforcer en intégrant dans la réalisation de cet objectif majeur, la contribution des Etats membres qui doivent apporter leur concours à la réalisation des objectifs de la Communauté. Si le traité révisé de la CEDEAO est inscrit dans la même logique, il est un peu plus précis. En effet, son article 3 alinéa 1 dispose que : *« la Communauté vise à promouvoir la coopération et l'intégration dans la perspective d'une Union Economique de l'Afrique de l'Ouest en vue d'élever le niveau de vie de ses peuples (...) »*. Cet article va plus loin en apportant un certain nombre de précisions dans son alinéa 2. C'est le cas, entre autres : de la suppression entre les Etats membres des obstacles à la libre circulation des personnes, des biens et des marchandises, la promotion et le renforcement des relations et de la circulation de l'information en particulier entre les populations rurales, les organisations de femmes et de jeunes, l'adoption d'une politique communautaire en matière de population qui prenne en compte la nécessité d'établir un équilibre entre les facteurs démographiques et le développement socio-économique. L'Union Economique et Monétaire de l'Afrique de l'Ouest (UEMOA) pour sa part, sera même davantage précis sur la question des droits fondamentaux en réservant dans son dispositif des articles qui portent directement sur les droits fondamentaux. L'article 3 du Traité instituant l'Union dispose dans ce sens que : *« l'Union respecte dans son action les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et la Charte africaine des*

droits de l'homme et des peuples de 1981 ».

Le regard posé sur les traités instituant ces communautés sous-régionales donne un aperçu de la prise en compte de manière directe et indirecte de l'encadrement des droits et libertés individuels dans ses deux grands ensembles que sont les droits civils et politiques, d'une part et les droits économiques et sociaux, d'autre part. L'effectivité de la garantie des droits fondamentaux se trouve ainsi assurée par la définition, au-delà de cet encadrement, d'institutions participant de ladite garantie.

B) Une effectivité institutionnelle

L'effectivité de la protection des droits fondamentaux en Afrique subsaharienne francophone s'est traduite au-delà du droit posé par la mise sur pied d'un ensemble d'institutions et de mécanismes en charge de la garantie desdits droits tant au niveau des Etats (1) qu'au niveau supranational (2).

1) Au niveau des Etats

Dans la dialectique justice et droits de l'homme, Emmanuel DECAUX soulignait que « *les droits de l'homme ne sont pas seulement un idéal abstrait, ils constituent des droits réels, des droits "justiciables"* »⁵³. Renvoyant à la sécurisation des droits, la question de la garantie des droits se pose et s'impose comme le rappelle l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ce qui devrait se traduire par la garantie par la Constitution, la garantie par la loi et la garantie par le juge⁵⁴. L'effectivité de la protection des droits fondamentaux en Afrique

⁵³ E. DECAUX, « Justice et droits de l'homme », *op.cit.*, p. 78.

⁵⁴ Th.-S. RENOUX, « Garantie des droits (au sens de l'article 16 de la DDHC) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE, *Dictionnaire des droits de l'homme*, *op.cit.*, pp. 447-451.

subsaharienne francophone, prise sous cet angle ramène à l'ordre du jour la garantie normative par la consécration de ces droits et libertés et la garantie matérielle qui renvoie au juge comme gardien des libertés et de l'Etat de droit⁵⁵. Mais, sur le plan matériel, la question de la garantie des droits ne saurait se limiter au seul juge. La véritable préoccupation est en réalité celle des institutions et mécanismes qui protègent réellement ces droits. Il ne s'agit plus d'affirmer la finalité abstraite et générale de l'Etat moderne⁵⁶ et de la vie du droit en Afrique mais, d'aménager des modalités concrètes de garanties non juridictionnelles desdits droits⁵⁷. Cette précision permet d'appréhender l'effectivité de la protection des droits fondamentaux sur le plan institutionnel en termes de modalités juridictionnelles et non juridictionnelles.

Relativement à la garantie non juridictionnelle, dans nombre de pays africains, des institutions ont été mises sur pied pour garantir le respect des droits fondamentaux. Ces institutions peuvent être des personnes morales de droit public comme de droit privé. Il est fait mention au titre des personnes morales de droit privé, des organisations non gouvernementales⁵⁸ qu'elles soient internationales ou non. Au titre des personnes morales de droit public, l'on a des autorités administratives

⁵⁵ D. COHEN, « Le juge, gardien des libertés ? », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, pp. 113-125 ; G. CONAC, « Le juge et la construction de l'Etat de droit en Afrique francophone », in *Mélanges Guy BRAIBANT*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 105-119.

⁵⁶ F. MELIN-SOUCRAMANIEN et P. PACTET, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 34^{ème} éd. 2015, p. 108.

⁵⁷ P. ROLLAND, « Garanties des droits », *Droits fondamentaux*, n° 3, janvier-décembre 2003, p. 199.

⁵⁸ G. PIROTTE, « Société civile importée et nouvelle gouvernance. Le nouveau secteur ONG au Bénin », in P. QUANTIN, (dir.), *Gouverner les sociétés africaines, Acteurs et institutions*, Paris, Karthala, 2005, pp. 27-45 ; M.-Th. MENGUE, « Société civile au Cameroun et promotion des droits de l'homme », in D. MAUGUENEST et J. D. BOKONGOU, (dir.), *Vers une société de droit en Afrique Centrale (1990-2000)*, Yaoundé, Presses de l'UCAC, 2001, pp. 27-65.

indépendantes. C'est le cas de la Commission nationale des droits de l'homme⁵⁹, des différentes commissions en matière de libertés de la presse, consacrées soit par les constituants directement, soit par le législateur⁶⁰. L'institutionnalisation de garanties non juridictionnelles s'étend aussi en matière électorale. L'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne dispose-t-il pas que « *le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en n'émane* ». Ce qui permet de faire de la démocratie, un « *Pouvoir Constitué* » pour reprendre Olivier DUHAMMEL⁶¹. Le droit de choisir ses gouvernants tout comme le droit à des élections libres se posent désormais comme des droits fondamentaux et appellent à ce titre à garantie⁶². Les légistes des Etats d'Afrique subsaharienne francophone ont dans cette optique, institué un ensemble d'organismes compétents en matière électorale aux fins d'offrir à l'opinion une garantie renforcée d'impartialité des interventions et

⁵⁹ Au Cameroun, une Commission nationale des droits de l'homme a été instituée et a pour objectif de garantir les droits et libertés de l'homme (loi n°2004/016 du 22 juillet 2004 portant création, organisation et fonctionnement de la Commission nationale des droits de l'homme et des libertés). L'on peut en dire autant du Togo avec la mise sur pied de la Commission nationale des droits de l'homme et du médiateur de la République (Titre XV, Constitution de la IV^e République du Togo du 31 décembre 2002), du Niger ou au sens de l'article 33 de la Constitution du 18 juillet 1999, une Commission nationale veillera à la promotion et à l'effectivité des droits et libertés.

⁶⁰ En termes de consécration constitutionnelle, c'est le cas au Bénin (Art 24, 142 et 143 de la Constitution), au Niger (Titre VIII de la Constitution), au Togo (Titre IX, Constitution) et au Gabon (Titre VII, Constitution). Pour ce qui est de la consécration législative, elle est ainsi traduite au Sénégal, en Guinée, au Mali, ou au Cameroun.

⁶¹ O. DUHAMMEL, *Droits constitutionnels et institutions politiques*, Paris, Seuil, 2009, p.15.

⁶² J. KOUSSANGOUGA, « Elections libres (droit -) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 362.

permettre une participation accrue de personnes d'origines et de compétences diverses à la régulation d'un patrimoine d'activité avec impartialité, objectivité et indépendance⁶³. Des autorités administratives indépendantes ont ainsi été instituées en matière électorale⁶⁴ comme l'atteste la situation au Cameroun avec Elections Cameroon (ELECAM)⁶⁵; au Sénégal avec la Commission Electorale Nationale Autonome (CENA)⁶⁶; au Mali avec la Commission Electorale Nationale Indépendante (CENI)⁶⁷; au Niger avec la Commission Electorale Nationale Indépendante (CENI)⁶⁸ ou au Bénin avec la Commission Electorale Nationale Autonome (CENA)⁶⁹.

Le Parlement n'est pas en reste dans le cadre de cette garantie non juridictionnelle des droits fondamentaux. En effet, autant la loi est l'expression de la volonté générale au sens de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, autant le Parlement contrôle l'action du gouvernement et évalue les politiques publiques relativement aux droits et libertés fondamentaux. C'est le cas à l'occasion des questions aux

⁶³ Th. HOLO, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? », *RBSJA*, n°16, p. 30 ; Cl. MOMO, « L'Administration électorale en Afrique subsaharienne francophone », *Politeia*, n°12, 2007, p. 423.

⁶⁴ Voir : A. ONDOUA, « Vers une modernisation du système institutionnel de régulation des élections au Cameroun ? A propos de la mise en place d'« Elections Cameroon », in *Les voyages du droit - Mélanges Dominique BREILLAT*, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2011, pp. 485-497 ; M. GAZIBO, « La force des institutions. La Commission électorale nationale indépendante comme site d'institutionnalisation au Niger », in P. QUANTIN, *Gouverner les sociétés africaines*, op.cit, pp. 65-84 ; A. DIARRA, « Les autorités administratives indépendantes », op.cit, pp. 6 et s.

⁶⁵ Cf. Loi n° 2006/011 du 29 décembre 2006 portant création d'Elections Cameroon.

⁶⁶ Cf. Loi n° 2012-01 abrogeant et remplaçant la loi n° 92-16 du 07 février 1992 relative au Code électoral (partie législative), modifiée.

⁶⁷ Cf. Loi n°97-008 du 14 janvier 1997 portant loi électorale du Mali.

⁶⁸ Cf. Article 6 de la Constitution.

⁶⁹ Cf. Loi n°94-16 du 17 juillet 1995.

membres du Gouvernement ou de commissions d'enquêtes parlementaires sur des sujets y ayant trait.

A cette modalité de garantie non juridictionnelle par des institutions-organes, une autre alternative focalisée sur l'action citoyenne existe. Il est question de la prise en compte du rôle du citoyen en tant qu'acteur direct et concret de la garantie des droits fondamentaux⁷⁰. L'action citoyenne ici convoquée, est juridiquement encadrée. En effet, les personnes qui estiment que des atteintes ont été faites à leurs droits et libertés, peuvent avant d'entamer une procédure contentieuse devant le juge, utiliser des moyens non juridictionnels pour faire entendre leurs plaintes ou leurs revendications⁷¹. Elles peuvent exercer des recours administratifs (recours hiérarchique et recours gracieux préalable)⁷² et le droit de pétition. Si ces recours administratifs peuvent être critiqués, il faut néanmoins relever qu'ils constituent « *en droit, en opportunité et en équité, une solution qui satisfait, à la fois les intérêts de l'administration et ceux de l'administré* »⁷³. La pétition peut désigner usuellement en droit interne, une demande, généralement écrite et assortie d'une certaine publicité, formulée par un ou des particuliers ou des personnes morales, et adressée à une autorité publique pour

solliciter une intervention en faveur de ses auteurs ou de la cause qu'ils défendent. Elle a cependant acquis au fil de l'histoire force de par l'ascendant naturel de recours au souverain⁷⁴ perçu comme « *un redresseur de torts, par-dessus les intermédiaires* ». Il s'agit donc d'un appel suprême, de l'*ultima ratio* pour reprendre Hélène SURREL et permettant à l'individu de s'opposer à l'arbitraire étatique⁷⁵.

Dans son acception contemporaine, la pétition renvoie à ce qu'il est convenu de qualifier de « *résistance à l'oppression* »⁷⁶. S'il ne semble pas en soi évident dans un Etat de droit d'organiser ce type de droit comme le relève Henri OBERDORFF⁷⁷, il n'en demeure pas moins qu'il reste envisageable et admis. Suivant la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont : la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ». Partant du postulat de la pérennisation de cette déclaration par la quasi-totalité des constitutions africaines, cette prescription trouve un fondement juridique, ceci en marge du fait que certains constituants ont souligné de manière ferme la détermination du peuple à lutter contre l'arbitraire, l'exercice

⁷⁰ P. ROLLAND, « La garantie des droits », *op.cit.*, p. 189.

⁷¹ H. OBERDORFF, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 161.

⁷² Le recours administratif relève de la procédure administrative non contentieuse. Le recours hiérarchique consiste à adresser une demande au supérieur hiérarchique de l'auteur de l'acte. La demande dans le cadre du recours gracieux est dirigée vers l'auteur même de l'acte. La nuance entre les deux variantes tient de ce que si le recours hiérarchique ne peut conduire au contentieux, celui gracieux préalable au contraire, est un recours précontentieux. Lire : A. VAN LANG, G. GONDOUIN et V. INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de Droit administratif*, Paris, Sirey, 7^e éd., 2015, p. 390.

⁷³ H. OBERDORFF, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, *op.cit.*, p. 162.

⁷⁴ La notion de souverain ici renvoie non à l'acception contemporaine qui fait du peuple le souverain dans l'Etat, mais à l'appréhension bodinienne car, pour Jean BODIN dans la conception de la souveraineté, elle revenait à l'empereur en tant que détenteur suprême d'un pouvoir absolu, illimité et inconditionné sur son peuple. Il n'a dans ce registre, suivant l'origine théocratique de la souveraineté systématisée par Saint Thomas d'AQUIN, de compte à rendre qu'à Dieu.

⁷⁵ H. SURREL, « Pétition », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE, *Dictionnaire des droits de l'homme*, *op.cit.*, p. 759.

⁷⁶ H. OBERDORFF, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, *op.cit.*, pp. 167-169 ; G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 197.

⁷⁷ H. OBERDORFF, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, *op.cit.*, p. 167.

tyrannique du pouvoir et la violence politique⁷⁸. Il s'agit en soi d'un ultime recours pour les citoyens contre l'arbitraire ou contre une violation extrême des droits et libertés fondamentaux. C'est le cas lorsqu'il n'existe plus de voies de recours possibles⁷⁹. La résistance à l'oppression devient alors le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs face à la manipulation des populations, à l'absence de réels pouvoirs des partis politiques, du fait de l'instrumentalisation du droit, voire de la remise en cause de la légitimité des gouvernants⁸⁰. Ces modalités de garantie non juridictionnelle des droits fondamentaux, n'occulent en rien, l'éventualité de la garantie juridictionnelle.

La garantie juridictionnelle, conséquente de la théorie de la séparation des pouvoirs, est le fondement de l'instruction faite au juge de garantir le respect des droits fondamentaux. Le réformisme constitutionnel de la décennie 1990 qui consacra l'avènement de l'Etat de droit donna lieu à des mutations qui firent du pouvoir judiciaire le véritable garant de la liberté individuelle et de l'Etat de droit⁸¹. La justice, garante des droits de

l'homme, a aussi connu l'institutionnalisation d'un nouvel organe dans l'ordre constitutionnel africain : le conseil constitutionnel.

Dans l'optique de garantir les droits fondamentaux, l'on assiste à l'émergence de la justice constitutionnelle en tant que fonction juridictionnelle ayant pour but d'assurer la suprématie et le respect des règles constitutionnelles essentiellement, mais non exclusivement, par les personnes politiques⁸². Le pouvoir judiciaire va se présenter désormais comme une fédération d'ordres juridictionnels au sein de laquelle l'on aura en plus du juge judiciaire protecteur naturel de la liberté individuelle⁸³, le juge administratif garant des droits des individus contre l'administration⁸⁴. C'est fort de cela que Koffi AHADZI relèvera qu'« *outre les juridictions constitutionnelles (...), d'autres juridictions dont l'organisation varie suivant les pays (seront mises à contribution)* »⁸⁵. Suivant cette logique, l'article 125 de la Constitution béninoise dispose que le Pouvoir judiciaire est exercé par la Cour Suprême, les Cours et tribunaux. L'article 133 de la Constitution congolaise prescrit pour sa part que le Pouvoir judiciaire est exercé par la Cour suprême, la Cour des comptes et de discipline budgétaire, les Cours d'appel et les autres juridictions ordinaires. Au sens de l'article 88 de la Constitution Sénégalaise, le Pouvoir judiciaire est exercé par le Conseil constitutionnel, la Cour suprême, la Cour des Comptes et les Cours et tribunaux. Au sens de l'article 149 de la Constitution de la République Démocratique du Congo, le pouvoir judiciaire est dévolu aux Cours et Tribunaux que sont la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation, le

⁷⁸ Voir notamment, le préambule de la Constitution béninoise ; celui de la Constitution du Congo, etc.

⁷⁹ Ce droit a été mobilisé en Afrique comme le traduit la situation en Afrique du Nord qualifié de « Printemps arabe » ou le cas récent au Burkina Faso. Se référer au Numéro spécial de la Revue juridique et politique des Etats francophones, *Spécial Printemps arabe*, n° 3-4, Juillet-Décembre 2011 ; A. SOMA, « Réflexions sur le changement insurrectionnel au Burkina Faso », *Revue du CAMES/SJP*, 2015, pp. 1-14.

⁸⁰ Cf. J.-Y. HELENDRE, (dir.), *Le Pouvoir, concepts, lieux, dynamiques*, Paris, Sciences humaines, 2014. Pour quelques cas spécifiques, se référer dans cet ouvrage aux contributions de : R.-Y JOULE et J.-L. BEAUVOIS, « Influence et manipulation », pp. 101-134 ; F. SAWICKI, « “Les partis politiques” ont-ils (encore) du pouvoir ? », pp. 182-194.. Dans le même registre, D. KOKOROKO, « Les élections disputées », *Pouvoirs*, n° 129, pp. 115-124, spéc., pp. 117-121.

⁸¹ Ce fut notamment le cas au Bénin, au Burkina Faso, au Cameroun, en Guinée où la justice est élevée au rang d'un pouvoir constitutionnel aux côtés du législatif et de l'exécutif.

⁸² Th. HOLO, « L'émergence de la justice constitutionnelle », *op.cit*, p. 101.

⁸³ H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, *op.cit*, p. 187.

⁸⁴ G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'homme*, *op.cit*, pp. 213-228.

⁸⁵ K. AHADZI, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain... », *op.cit*, p.54.

Conseil d'Etat, la Haute Cour militaire, les Cours et Tribunaux civils et militaires ainsi que les parquets rattachés à ces juridictions. L'article 67 de la Constitution gabonaise n'est pas en reste et dispose que la justice est rendue au nom du peuple par « *la Cour suprême, les cours et tribunaux créés conformément à la Constitution* ». Dans ce registre, le Cameroun n'est pas en reste, car conformément à l'article 37 alinéa 2 de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996, le Pouvoir judiciaire est exercé par la Cour Suprême, les Cours d'appel, les Tribunaux. Le Constituant camerounais y consacra en plus un titre au Conseil constitutionnel⁸⁶ dont la mission est la garantie de la constitutionnalité des lois, de même qu'il est le régulateur du fonctionnement des institutions⁸⁷. Le constituant togolais s'inscrit dans un registre similaire, car s'il consacre un titre au Pouvoir judiciaire⁸⁸, garant au sens de l'article 113 des libertés individuelles et des droits fondamentaux, un titre distinct est réservé à la Cour des Comptes⁸⁹ et un autre à la Cour constitutionnelle⁹⁰ qui est au sens de l'article 99 de ladite Constitution, la plus haute juridiction de l'Etat en matière constitutionnelle. Elle est à ce titre juge de la constitutionnalité de la loi et elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés individuelles. Le constat fait à l'issue de l'apport de ces institutions au niveau interne, permet d'entrevoir la nature de la garantie des droits fondamentaux au niveau continental.

2) Au niveau supranational

Au cœur de la francophonie juridique, pour reprendre Emmanuel DECAUX, se pose le problème de la garantie des droits fondamentaux. Jacques CHIRAC

soulignait qu'« *il n'est pas d'authentique dialogue de cultures sans libertés, sans démocratie, sans affirmation des valeurs universelles de la déclaration de 1948. Il est temps de mettre pleinement en œuvre notre déclaration de Bamako, par l'observation courageuse et lucide de la situation des droits de l'homme dans nos pays et par l'application des mécanismes que nous avons créés* »⁹¹. Cet extrait, traduit à suffisance l'idée suivant laquelle les droits fondamentaux demeurent en quête de protection. Il s'est donc posé au-delà des Etats pris « *intuitu personae* », le souci d'une garantie supranationale de ces droits aux fins de leur accorder une pleine effectivité. L'on assistera ainsi à une garantie tant au niveau continental qu'au niveau sous-régional.

La saisine par l'organisation continentale – aujourd'hui l'Union Africaine – de la protection des droits fondamentaux⁹², s'est traduite par la mise sur pied d'un certain nombre d'institutions dans l'optique de garantir lesdits droits. C'est le cas avec la création de la Commission africaine des droits de l'homme, de la cour africaine des droits de l'homme et des peuples et aujourd'hui de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme⁹³.

La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (la Commission africaine ou la Commission au sens de l'article 30 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples) est la principale institution régionale chargée de la promotion et de la protection des droits humains en Afrique. Elle a été créée en 1987 par l'OUA en vertu de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples en tant que organe indépendant.

⁸⁶ Titre VII : Du Conseil constitutionnel.

⁸⁷ Cf. Article 46, Loi n°96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 02 juin 1972.

⁸⁸ Titre VIII-Du pouvoir judiciaire

⁸⁹ Cf. Titre VII – de la Cour des Comptes.

⁹⁰ Cf. Titre VI – De la Cour constitutionnelle.

⁹¹ E. DECAUX, « Justice et droits de l'homme », *op.cit.*, p. 78.

⁹² M. MUBIALA, *Le système régional africain de protection des droits de l'homme*, *op.cit.*, pp. 59-111.

⁹³ A. SOMA, « Le jeu des protocoles dans le processus juridique de construction ... », *op.cit.*, pp. 1-18.

Elle est revêtue d'un double mandat⁹⁴ : un mandat de promotion et un mandat de protection des peuples à travers le continent africain. Elle y procède par l'interprétation des dispositions législatives de la Charte qui relèvent aussi de son mandat. Suivant l'article 45 de la Charte africaine, le rôle de protection de la Commission lui confère la mission de protéger les droits garantis par la Charte africaine et ses instruments complémentaires⁹⁵. L'accomplissement de ce rôle est sous-tendu par l'institutionnalisation d'un mécanisme de communication ou plainte. En vertu de ce mécanisme, un individu, une organisation non gouvernementale ou un groupe d'individus qui estime que ses droits ou ceux d'autres parties ont été ou sont violés, peut faire une réclamation (formule une plainte concernant les violations auprès de la Commission)⁹⁶. Dans ce rôle de protection, la Commission peut adopter deux positions. La première, conséquente au mécanisme de communication, donne la possibilité à la Commission d'adopter des mesures provisoires si elle juge que la mise en place de telles mesures est nécessaire pour éviter qu'un préjudice irréparable soit causé à la victime qui allègue une ou plusieurs violations de ses droits et dont la Communication est entrain d'être examinée⁹⁷. La seconde position que la Commission peut adopter dans le cadre du mécanisme de Communication, est celle d'émettre des appels urgents. Ces appels se font le plus souvent par le biais de lettres aux Chefs d'Etat et aux Ministres de la

justice et des droits humains des différents pays. Sur demande de la société civile, la Commission évalue la situation et émet son appel urgent au besoin. Le but de cette procédure est de prévenir ou d'amenuiser les dommages⁹⁸.

L'action de la Commission dans le cadre de la protection des droits de l'homme est aujourd'hui complétée par les actions de *la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et la désormais Cour africaine de justice et des droits de l'homme*. En effet, il s'est avéré que la Commission à elle seule de par sa nature et de par son pouvoir ne pouvait garantir l'effectivité et la crédibilité du système de protection des droits de l'homme sur le continent ; ce qui a justifié l'institutionnalisation de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples en tant qu'organe juridictionnel au service des droits de l'homme et des peuples en Afrique⁹⁹. La Cour africaine dont le protocole a été adopté par la Conférence des Ministres de la justice des Etats membres de l'OUA contribue à l'effectivité de la protection des droits de l'Homme parce qu'ayant vocation à interpréter et à appliquer la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples ou le protocole créant la Cour et de tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'Homme ; ceci conformément à l'article 3 du protocole. La Cour est à ce titre le fruit d'un processus dont la création revêt une solennité particulière. La Cour a

⁹⁴ Cf. Article 45 de la Charte.

⁹⁵ C'est le cas du Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme.

⁹⁶ Il faut relever que ce rôle sera dorénavant joué de manière complémentaire avec la Cour Africaine des droits de l'homme et des peuples. Voir le Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

⁹⁷ M. NGUELE ABADA, « Article 30 », in M. KAMTO, (dir.), *La Charte africaine...*, Ouvrage précité, p. 766.

⁹⁸ De manière générale, sur la Commission et la Communication, Voir M. NGUELE ABADA, « Article 30 », *op.cit.*, pp. 766-768. De manière spécifique sur les résolutions de la Commission africaine et notamment la contribution de la pratique de ces résolutions à l'entreprise de protection des droits de l'homme sur le plan africain, lire : A. D. OLINGA, « Les résolutions de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Une tentative de systématisation », *Afrique juridique et politique*, vol. 1, n°2, Juillet-Décembre 2002, pp. 126-160.

⁹⁹ H. BOUKRIF, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : un organe judiciaire au service des droits de l'homme et des peuples en Afrique », *RADIC.*, n°10, pp. 60-87.

vocation tant à assurer la promotion que la protection des droits de l'homme face aux infractions dont seraient coupables les Etats envers leurs propres populations ou citoyens. C'est fort de cela qu'il est permis de croire que « *la Cour dresse devant la Communauté des Etats, une barrière dont toute violation des conventions universelles et du présent protocole est justiciable* »¹⁰⁰. En effet, en tant qu'instrument fondamental de promotion et de protection des droits de l'homme et des peuples, la Cour établit les droits essentiels de la personne humaine en même temps qu'elle garantit le respect et la mise en œuvre¹⁰¹. La Cour, en tant qu'organe judiciaire, vient donc garantir l'effectivité et même la crédibilité du système de protection des droits de l'homme¹⁰². De par cette mission, elle vise ainsi à accompagner la Commission dans les obligations qui sont les siennes. L'article 2 du protocole relatif à la Charte portant création de la Cour dispose à cet effet que : « *la Cour (...) complète les fonctions de protection que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a conféré à la Commission* ».

L'effectivité de l'action de la Cour dans la garantie des droits fondamentaux est aussi avérée au-delà de la mission qui est la sienne telle que posée par l'article 3 du Protocole, par des mécanismes et procédés institués¹⁰³. En effet, au sens de l'article 5 du Protocole, l'Etat a la possibilité de saisir la Cour de manière directe aussi bien en tant que défenseur qu'en tant que partie dont le ressortissant est victime d'une violation des droits de l'homme ou lorsqu'il estime avoir un intérêt dans une

affaire. Des mesures de mise en œuvre à la disposition des individus et des ONG ont été définies. Ainsi, la Cour peut permettre aux individus et aux ONG dotées d'un titre d'observateur auprès de la Commission, d'introduire des requêtes directement devant elle, à condition que l'Etat mis en cause ait préalablement fait une déclaration d'acceptation conformément à l'article 34 (6) du Protocole l'instituant qui fait interdiction à la Cour de recevoir des requêtes ou de connaître d'une affaire intéressant un Etat partie si elle n'a pas formellement reçue la déclaration sus mentionnée.

La Cour africaine de justice et des droits de l'homme, fruit de la fusion de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et la Cour de justice de l'Union africaine, suite au Protocole de Sharm El Sheik, comporte trois sections conformément à l'article 17 du protocole portant amendement au protocole relatif au statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme. Suivant cet article, la nouvelle Cour comporte : une section des affaires générales, une section des droits de l'homme et une section relative au droit international pénal. Cette nouvelle structuration tend ainsi vers l'institutionnalisation d'une meilleure garantie des droits de l'homme dans les différents aspects susceptibles de porter atteinte aux droits fondamentaux.

L'action en garantie des droits fondamentaux au niveau régional est confortée par l'action des institutions communautaires dans les différentes sous-régions. En effet, la définition d'un cadre général de garantie des droits fondamentaux dans les traités instituant les communautés sous-régionales en Afrique Centrale et en Afrique de l'Ouest est assortie de l'institutionnalisation de juridictions y relatives. Que l'on soit dans la CEMAC, dans la CEDEAO ou même dans l'Union Economique et Monétaire de l'Afrique de l'Ouest (UEMOA), se

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 6.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 6. Voir dans ce sens sa toute récente décision : Affaire Action pour la protection des droits de l'homme (APDH) c. la République de Côte d'Ivoire, Requête n° 001/2014, Arrêt de la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des peuples du 18 novembre 2016, 36p.

¹⁰² A. SOMA, « Le jeu des protocoles... », *op.cit.*, p.3.

¹⁰³ H. BOUKKRIF, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ... », *op.cit.*, pp. 71-75.

trouvent institués des Cours de Justice¹⁰⁴. Elles participent au titre de leurs compétences, à la préservation de la paix et de l'harmonie au sein des Etats membres de ces institutions d'intégration et de la garantie des droits fondamentaux. La jurisprudence de ces institutions dont bon nombre porte sur la protection des droits et libertés individuels¹⁰⁵ donne à voir de manière progressive de l'édification d'un droit jurisprudentiel communautaire et mieux, de principes directeurs en matière de protection des droits fondamentaux au niveau communautaire.

L'ensemble de ces éléments participant du respect du principe d'humanité en Afrique subsaharienne

¹⁰⁴ Voir : Convention régissant la Cour de justice de CEMAC adopté le 5 juillet 1996 et modifiée le 30 janvier 2009, conformément aux articles 2, 3 et 5 du Traité instituant la CEMAC ; Protocole additionnel n°1 relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA dont le chapitre 1 porte sur la Cour de justice de l'UEMOA ; L'Acte additionnel n°10/96 portant statut de la Cour de justice de l'UEMOA ; Article 15 du Traité instituant la CEDEAO qui met sur pied la Cour de justice de la CEDEAO. Voir à ce titre : Le Protocole A/P.1/7/91, adopté, à Abuja le 6 juillet 1991, et relatif à la Cour de Justice de la Communauté.

¹⁰⁵ Se référer entre autres aux décisions suivantes : Arrêt n°013/2011 du 31/03/2011, Dame Danielle MBADINGA MATSIENDI C/ E.I.E.D. de la CEMAC & Commission CEMAC (Requête et indemnité) ; Arrêt n°015/2011 du 12/05/2011, A. E. Didier SAMBA C/ CICOS et Commission CEMAC (Requête en Annulation et en paiement des droits légaux et dommages intérêts) ; Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/06/08 du 27 octobre 2008, Dame HADIJATOU Mani Koraou C/ République du Niger (Violation des droits fondamentaux et dommages et intérêts) ; Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/12/15 du 20 avril 2015, Les Etablissements VAMO et KUEKIA Pascal C/ République du Bénin (rupture abusive de bail et dommages et intérêts) ; Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/06/10 du 18 Novembre 2010, Hussein HABRE C/ République du Sénégal (Violations de droits fondamentaux, Non respect de principes généraux de droit, Arrêt des poursuites par l'Etat sénégalais). De même, UEMOA, *Textes fondamentaux et jurisprudence*, GIRAF/Agence intergouvernementale de la francophonie, 2003, pp. 79 et s.

francophone¹⁰⁶ n'est pas de nature à attester de l'évolution de la protection des droits fondamentaux du formalisme à l'effectivité. Ce qui tend à traduire une effectivité relative de ladite protection.

II) UNE EFFECTIVITE RELATIVE DE LA PROTECTION DANS LA MATERIALISATION

L'effectivité du droit ne se résume pas au seul droit posé par les légistes. En effet, le problème de l'applicabilité des droits fondamentaux, écrit Louis FAVOREU et sa suite, conditionne l'effectivité de ces normes. Ils vont plus loin en précisant, relativement au plan interne que « *c'est seulement dans la mesure où l'ensemble des droits constitutionnellement garantis pourront être mis en œuvre, par les organes juridictionnels, que la proclamation constitutionnelle sera pleinement efficace* »¹⁰⁷. Ce penchant est d'autant substantiel pour cette étude qui milite en faveur d'un certain dépassement de l'approche strictement positiviste normativiste dans l'étude de la vie du droit en Afrique marqué par un ensemble de pesanteurs sociopolitiques qui ont un impact sur l'application de la norme. C'est en cela que l'effectivité ne peut être réelle que si l'on assiste à la validité des normes, voire à leur efficacité. D'où le lien qui unit l'effectivité à la validité et fait de l'inefficacité de la norme, une condition de relative effectivité. C'est à ce niveau que la protection des droits fondamentaux trouve son « *talon d'Achille* ». L'effectivité de la règle de droit en tant que résultante d'une opération complexe, réunissant des éléments très divers qui donnent au système juridique sa cohérence est soumise

¹⁰⁶ J. F. WANDJI K., « L'organisation panafricaine dans son rapport au principe d'humanité », *Revue juridique et politique des Etats francophones*, n°4, Octobre-Décembre, 2013, pp. 395-431.

¹⁰⁷ L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, A. PENA, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI et J. TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, D., 2016, 7^e éd, p. 122.

à conditions. La condition fondamentale s'en trouve l'application réelle de la règle de droit¹⁰⁸. Si la constante est l'énoncé des droits fondamentaux, il s'est agi d'une « *révolution passive* » et dans une certaine mesure d'une « *adaptation conservatrice* »¹⁰⁹.

Rendre hommage au principe de la suprématie du droit dans un texte constitutionnel, note Gérard CONAC, ne suffit pas pour que le droit joue un rôle effectif dans la régulation des pouvoirs publics et la protection des citoyens vis-à-vis du pouvoir¹¹⁰. D'où, le questionnement constant sur la garantie de l'Etat de droit en Afrique subsaharienne francophone. La pratique renseigne sur le brin de scepticisme qui entoure la capacité institutionnelle de l'Afrique subsaharienne francophone à soumettre l'Etat au respect du droit. L'ajustement libéral conséquent du réformisme constitutionnel de la décennie 1990 a fait les frais du contrôle des entrepreneurs politiques nationaux, justifiant la relative effectivité de la protection des droits fondamentaux. La focale sur la relativité de la protection des droits fondamentaux est mise sur le procès fait à la justice en Afrique francophone¹¹¹.

¹⁰⁸R. DEGNI-SEGUI, « Etat de droit, droits de l'homme... », Contribution précitée ; J.-P. HENRY, « Vers la fin de l'Etat de droit », *RDJ*, 1977, p. 1211.

¹⁰⁹ La révolution passive est la traduction d'un « *changement bricolé par lequel le régime et ses acteurs dominants, confrontés à la « revanche de la société », des dominés, parviennent à la relative émasculature révolutionnaire de celle-ci ou de ceux-ci à travers les réformes politiques (multipartisme, reconnaissance et protection des libertés publiques, dilution des aspects répressifs, etc.), de cooptation gouvernementale de certaines élites de l'opposition, de canalisation institutionnelle de l'opposition* ». L. SINDJOUN, « Présentation générale : éléments pour une problématique de la révolution passive », in L. SINDJOUN, (dir.), *La révolution passive*, Dakar, CODESRIA, 1999, p. 3.

¹¹⁰ G. CONAC, « Le juge de l'Etat en Afrique francophone », *AC*, n° 156, 1990, 4^e trimestre, p. 14.

¹¹¹F. J. AÏVO, « Contribution à l'étude la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux »,

au travers de : l'absence d'un pouvoir judiciaire indépendant, la subordination de la justice au pouvoir politique, la vénalité des juges, l'insuffisance et l'inadéquation de la formation des magistrats, etc. Ceci justifie la prise en compte de la dimension fonctionnelle (B) dans l'analyse même s'il est souhaitable, comme le suggère les hommages au seigneur de la procédure Serges GUINCHARD¹¹², d'y inclure la dimension structurelle (A)¹¹³.

A) Une effectivité relative au plan structurel

La structuration de la garantie des droits fondamentaux fait référence à l'organisation du paysage institutionnel y relatif. Il en existe tant sur le plan juridictionnel que sur le plan non juridictionnel. Seulement, l'organisation de ces institutions est de nature à limiter leurs actions dans la garantie des droits fondamentaux. Ce qui interpelle quant à leur efficacité qui sera appréciée à partir de deux boucles de déclinaisons, celle étatique (1) et celle supranationale (2).

1) La relativité de l'organisation structurelle au niveau étatique

Au sommet de l'édifice normatif, se trouve la Constitution. C'est donc en son sein que toute institution trouve sa source. Elle consacre ainsi la séparation des pouvoirs et définit un ensemble d'institutions en charge de la garantie des droits fondés. Mais, la

<http://afrilex.u-bordeaux4.fr/articles.html>; 16 décembre 2016, 12 : 10, p. 2 ; J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique francophone », *AC*, 1990, 4^e trimestre, p. 6.

¹¹²*Justices et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges en l'honneur de Serges GUINCHARD, Paris, Dalloz, 2010, 1105p.

¹¹³ G. DE LEVAL, « Le rapport GUINCHARD ou la réponse idoine aux attentes du justiciable belge », in *Justices et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mélanges précités, pp. 128-154.

constitutionnalisation de la garantie des droits ne suffit pas. La Constitution elle-même mérite aide et protection¹¹⁴ tant il est vrai que la garantie de la Constitution n'est pas seulement nécessaire pour assurer la cohérence et la validité du système normatif, elle vise aussi à protéger les droits et libertés des individus contre le législateur¹¹⁵.

La garantie juridictionnelle est l'élément fondamental à prendre en compte dans cette étude. De manière structurelle, le Pouvoir judiciaire dans les Etats d'Afrique subsaharienne francophone répond à un continuum commun : l'unité juridictionnelle. En effet, l'organisation judiciaire de ces Etats étant issue des colonisations française et belge, elle a fait l'objet d'un legs commun indépendamment des pesanteurs socioculturelles de ces différents Etats. Il y a eu à quelques exceptions près, transmission tant du droit que des institutions en vigueur de la métropole aux anciennes colonies devenues des Etats au sortir des indépendances¹¹⁶.

La plupart des systèmes judiciaires mis en place par les Etats africains revêtent un aspect assez classique. On ne trouve que peu de différences et d'originalité d'un pays à l'autre en dépit du fait que l'ex-Zaïre – aujourd'hui RDC – le Rwanda – même s'il faut noter pour ce dernier qu'il a basculé dans le système anglo-saxon en décidant de rejoindre le Commonwealth au détriment de la francophonie – et le Burundi ont été sous la coupole de la Belgique. La structuration institutionnelle

du Pouvoir judiciaire donne une pyramide pour reprendre Gilbert MANGIN constituée à sa base par les juridictions d'instance et de premier degré (tribunaux de première instance ou tribunaux de grande instance, tribunaux de premier degré). Au deuxième degré, la justice est rendue, en général, par une seule Cour d'Appel. Le contrôle supérieur de la légalité est assuré dans presque tous les Etats par une juridiction portant le nom de Cour suprême. Ces Cours suprêmes ont généralement des attributions constitutionnelles, administratives, financières et judiciaires. Autrement dit, elles regroupent les compétences d'un Conseil constitutionnel, d'un Conseil d'Etat, d'une Cour des comptes et d'une Cour de cassation. Aux côtés de cet ordre juridictionnel, fonctionnent dans tous les Etats des juridictions spéciales destinées à juger les infractions politiques, économiques ou portant atteinte aux deniers publics. Il s'agit de Cours de sûreté de l'Etat, de tribunaux spéciaux de différents ordres, de cours révolutionnaires, etc. De même, des juridictions militaires sont établies dans tous les Etats¹¹⁷.

Cette structuration institutionnelle n'a pas particulièrement changé. Le Pouvoir judiciaire demeure dans l'ensemble sous une forme pyramidale avec au sommet la Cour suprême qui connaît des différents domaines de compétences en matière contentieuse. La Constitution béninoise prescrit ainsi en son article 125 que le Pouvoir judiciaire est exercé par la Cour Suprême, les Cours et Tribunaux créés conformément à la présente Constitution. Il est stipulé clairement en son article 131 que la Cour Suprême est la plus haute juridiction de l'Etat en matière administrative, judiciaire et des comptes de l'Etat. Elle est également compétente en ce qui concerne le contentieux des élections locales. L'article 37 de la loi constitutionnelle camerounaise du 18

¹¹⁴ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *RDP*, pp. 197-257 ; F. HOURQUEBIE, « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *op.cit.*, pp. 43-44.

¹¹⁵ A. ROUX, « Contrôle de constitutionnalité. Organisation juridictionnelle », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD, (dir.), *Traité international de Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, Tome 3, 2012, p. 108.

¹¹⁶ G. MANGIN, « Quelques points de repères dans l'histoire de la justice en Afrique francophone », *AC*, n° 156, 4^e trimestre, 1990, pp. 21-26.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 25.

janvier 1996 ne prévoit pas autre chose. Il dispose dans les mêmes termes que le pouvoir judiciaire est exercé par la Cour Suprême, les Cours d'appel, les Tribunaux. L'article 38 de ladite loi constitutionnelle conforte cette unité juridictionnelle en disposant que la Cour Suprême est la plus haute juridiction de l'Etat en matière judiciaire, administrative et de jugement des comptes. L'on peut en dire autant de la Constitution malienne suivant ses articles 81 et 83, de la Constitution de Madagascar suivant ses articles 102 et 117, de la Constitution du Togo suivant ses articles 120 et 123 et dans une certaine mesure de l'Article 88 de la Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001¹¹⁸. Cette unité juridictionnelle n'exclut pas l'existence d'autres juridictions spécialisées. C'est le cas de la Haute cour de justice au Cameroun (conformément au titre VIII de la Constitution), à Madagascar (conformément au Chapitre IV du sous-titre III de la fonction juridictionnelle de la Constitution), au Mali (conformément au titre X de la Constitution), etc.

La structuration ci-dessus mise en exergue est de nature à poser de sérieux problèmes dans la mission qui est celle de garantir le respect des droits et libertés. La dualité, voire la multiplicité fonctionnelle induit une définition de procédures qui varient en fonction de la nature du contentieux en présence. La chambre administrative, compétente pour connaître des litiges opposant l'administration – l'Etat, les Collectivités territoriales décentralisées et les différents établissements publics – aux particuliers connaît ainsi un droit et une procédure spécifiques de ceux qui ont cours dans les rapports de particulier à particulier. Cette procédure est donc différente de celle qui est appliquée devant les juridictions civiles pour des litiges opposant des personnes physique ou morale de droit privé et soumises aux règles de droit privé, qu'elles

soient civiles ou pénales. L'atteinte éventuelle à la garantie des droits fondamentaux qui en résulte tient au peu d'édification des populations sur les différents domaines de contentieux et de règles y relatives, tout comme la nature des tribunaux à la base. Même pour les auxiliaires de la justice – notamment les avocats – et dans une certaine mesure les magistrats, la tâche n'est guère aisée. Alioune Badara FALL y faisant allusion, parlait de « *l'isolement du juge par les règles de procédure et de forme* »¹¹⁹. Le problème serait donc dans la définition certes d'une unité juridictionnelle, mais dans l'application d'une dualité voire, d'une multiplicité fonctionnelle. Les procédures variant en fonction de la nature du contentieux en présence. Si tous ces juges ont pour optique de garantir *in fine* les droits et libertés des citoyens, le domaine de compétence et la procédure lient le juge et l'issue du procès. Il aurait encore été souhaitable de faire l'option du système américain qui ne conçoit le Pouvoir judiciaire qu'en un seul ordre juridictionnel et fonctionnel. L'unité juridictionnelle étant consubstantiellement liée à l'unité fonctionnelle. C'est donc à bon droit que fût justifié le Colloque de Cotonou sur l'« *opportunité de l'éclatement ou non des Cours suprêmes ouest-africaines en plusieurs juridictions distinctes* » des 14-16 Mai 2002.

Un certain nombre d'Etats francophones d'Afrique subsaharienne ont opté pour une spécification juridictionnelle dès la base en fonction de la nature du contentieux. C'est notamment le cas au Gabon où le constituant ne laisse pas planer le doute. Dès la Constitution, la spécification est posée de manière opératoire entre les différents ordres de juridictions. Les articles 73 à 77 instituent ainsi la Cour judiciaire, la Cour administrative et la Cour

¹¹⁸Loi n°2014-26 du 03 novembre 2014 abrogeant et remplaçant la loi n°84-19 du 02 février 1984 fixant l'organisation judiciaire.

¹¹⁹ A. B. FALL, « Le juge, les justiciables et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », <http://www.bibliotheque.auf.org>; 12 décembre 2016, 12 : 54, pp. 315- 320, spéc., p. 316.

des comptes. Il en est de même avec la République Démocratique du Congo suivant la section 4, du Pouvoir judiciaire de la Constitution. L'article 149 plante le décor en disposant que le pouvoir judiciaire est dévolu aux Cours et Tribunaux que sont : la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation, le Conseil d'Etat, la Haute Cour militaire, les cours et tribunaux civils et militaires ainsi que les parquets rattachés à ces juridictions. Le constituant ivoirien s'est inscrit dans le même registre en posant dans le corpus de la Constitution en son article 102 que la Justice est rendue sur toute l'étendue du territoire national au nom du peuple par des Juridictions suprêmes : Cour de Cassation, Conseil d'Etat, Cour des Comptes, et par des Cours d'Appel et des tribunaux.

Si cette édification juridictionnelle en plusieurs ordres en fonction de la nature du contentieux semble intéressante sur le plan structurel, relevons néanmoins que le problème spécifique à la garantie des droits demeure. Car dans l'ensemble, que l'on soit dans les cas où le constituant a milité pour une unité juridictionnelle et une dualité, voire d'une multiplicité fonctionnelle ou dans celui où il a opté pour une spécification juridictionnelle, la Cour constitutionnelle assure de manière contemporaine, au-delà de la traditionnelle garantie de la constitutionnalité des normes, la garantie des droits fondamentaux. C'est en cela que Frédéric Joël AÏVO écrit qu'« *aujourd'hui, inséparable de la justice constitutionnelle, la garantie des droits fondamentaux s'inscrit parfaitement au cœur de la mission de toute juridiction constitutionnelle* »¹²⁰. La jurisprudence constitutionnelle béninoise renseigne sur cette orientation¹²¹.

¹²⁰ F. J. AÏVO, « Contribution à l'étude de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux », *op.cit.*, p. 2.

¹²¹ Pour un commentaire de certaines décisions du juge constitutionnel relatives aux droits fondamentaux à partir du schéma béninois, voir : J.-

Les droits fondamentaux connaissent des difficultés dans leur garantie au plan structurel au-delà de l'appareil judiciaire dans la définition des éléments structurants de l'administration de la justice. L'administration de la Justice est assurée par trois institutions : Le Président de la République, Le Ministre de la Justice, garde des Sceaux et le Conseil supérieur de la magistrature. La quasi-totalité des Constitutions des Etats d'Afrique subsaharienne francophone, font du Président de la République, le garant de la Constitution, de l'indépendance de la justice tout comme c'est lui qui nomme aux hauts emplois civils et militaires, les magistrats, y compris ceux des Cours et même ceux de juridictions spécifiques telles que le Conseil ou la Cour constitutionnelle, la Cour Suprême, la Cour de Cassation, etc. Il préside le Conseil supérieur de la Magistrature¹²². A ce titre, le Président de la République peut être perçu, sinon présenté comme le Léviathan constitutionnel en matière juridictionnelle.

Le Président de la République est assisté dans cette tâche par le Conseil supérieur de la magistrature qui donne son avis sur les propositions de nomination de magistrats, les sanctions de magistrats, voire statue comme conseil de discipline des magistrats et étudie les dossiers de

L. ATANGANA AMOUGOU, « égalité et discrimination », *op.cit.*, pp. 431-479 ; G. BADET, *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin*, *op.cit.*, pp. 37-134.

¹²² Se référer aux articles 41, 115, 133 de la Constitution du Bénin du 11 décembre 1990 ; 42, 44, 89, 90 de la Constitution de la République du Sénégal du 22 janvier 2001 ; 34, 46, 49, 90, 91, 104 de la Constitution de Côte d'Ivoire du 23 juillet 2000 ; 5, 8, 37, 51 de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996 du Cameroun ; 29, 45, 47, 82, 84, 91 de la Constitution du Mali ; 58, 100, 108, 115 de la Constitution du Togo ; 56, 77, 139, 141, 144 de la Constitution de la République du Congo du 20 Janvier 2002 ; 60, 146, 149, 154 de la Constitution du Tchad du 31 mars 1996 révisée ; 44, 54, 57, 103, 104 de la loi constitutionnelle n° 2007-001 du 27 avril 2007 portant révision de la Constitution de la République de Madagascar , etc.

grâce¹²³. Le Ministre de la Justice, Garde des Sceaux, n'est pas en reste. Il est membre du Conseil supérieur de la magistrature, participe au recrutement et à la nomination des magistrats¹²⁴. La présence marquée et l'intervention substantielle de l'Exécutif dans l'organisation de la justice, le recrutement, la nomination et la dévolution de la carrière des magistrats, tout comme la garantie du Pouvoir Judiciaire, tendent à impacter sur l'idée de justice. Le juge en tant qu'organe de l'Etat tout comme la justice en tant qu'institution, subissent ainsi la prégnance de l'exécutif, ce qui est de nature à induire une remise en cause de l'indépendance de la justice et par ricochet de l'Etat de droit. En effet, « *quelle que soit la manière dont on envisage le problème du juge en Afrique, on ne peut éviter de partir d'un constat malheureusement bien amer : le juge africain, et par là même la justice en Afrique, est « en panne » (...). Le juge africain ne bénéficie guère de nos jours de l'idée que l'on se fait habituellement et légitimement d'un organe chargé de dire le droit, de rendre la justice. Sa crédibilité est sérieusement battue en brèche* »¹²⁵.

Ces éléments ont partie liée avec l'approche fonctionnelle de la garantie des droits fondamentaux par la relativisation de l'indépendance de la justice, même s'il faut

s'accorder sur les éléments relatifs à l'organisation structurelle au niveau supranational.

2) La relativité de l'organisation structurelle au niveau supranational

La garantie des droits fondamentaux au plan structurel se trouve au milieu du guet au niveau supranational. Ceci est dû au foisonnement des institutions en charge de la garantie desdits droits. Si l'on se limite à l'Afrique Centrale et de l'Ouest pour une bonne frange de la zone Afrique subsaharienne francophone, l'on note sur le plan juridictionnel, l'existence dans chacune de ces sous-régions de juridictions qui viennent compléter l'action des juridictions internes aux Etats.

En Afrique Centrale, l'on a au sein des institutions qui composent la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC), la Cour de Justice Communautaire suivant l'article 10 du Traité révisé de la CEMAC. La Cour de justice est au sens de l'article 2 de la Convention révisé instituant la Cour de 2009, chargée d'assurer le respect du droit communautaire quant à l'interprétation et l'application du Traité de la CEMAC et des textes subséquents. Suivant l'article 23 de la Convention révisée de 2009, dans son rôle juridictionnel, la Cour connaît entre autres non seulement des cas d'atteinte aux droits des fonctionnaires de la CEMAC d'une part, mais aussi de tout litige relatif à la réparation des dommages causés par les institutions, les organes ou institutions spécialisées de la CEMAC ou par les fonctionnaires ou agents contractuels de celle-ci dans l'exercice de leurs fonctions. C'est dire que la Cour participe ainsi à la garantie des droits fondamentaux par le souci de protéger les divers sujets de droits contre les agissements illégaux ou dommageables des institutions communautaires.

La situation en Afrique de l'Ouest n'est guère différente. La Communauté Economique des Etats de l'Afrique de

¹²³ Voir les articles 117 de la Constitution du Togo ; 127 à 130 de la Constitution du Bénin ; 37 alinéa 3 de la loi constitutionnelle du 18 janvier 1996 du Cameroun ; 82 de la Constitution du Mali ; 90 de la Constitution du Sénégal ; 69, 152 de la Constitution de la RDC ; 56, 139, 140 de la Constitution de la République du Congo ; 146, 147, 148 de la Constitution du Tchad ; 106 de la Constitution de Côte d'Ivoire ; 106, 109 de la loi constitutionnelle malgache du 27 avril 2007 ; etc.

¹²⁴ Voir les articles 146 de la Constitution du Tchad ; 103 de la loi constitutionnelle malgache du 27 avril 2007 ; 118 de la Constitution du Togo ; 129 de la Constitution du Bénin ; 132 de la Constitution du Burkina Faso, etc.

¹²⁵ A. B. FALL, « Le juge, les justiciables et les pouvoirs publics ... », *op.cit.*, p. 300. Dans le même esprit, Ch. KAIS, « Evolution et consécration des droits de l'homme... », *op.cit.*, pp. 244-250.

l'Ouest (CEDEAO) a aussi une Cour de Justice conformément à l'article 15 du Traité révisé de la CEDEAO. Elle a quasiment les mêmes attributions que la Cour de Justice de la CEMAC suivant l'article 3 du Protocole additionnel à l'Acte instituant la CEDEAO. Elle est à ce titre l'organe de contrôle et de sanction de la législation communautaire, elle arbitre les conflits entre les Etats membres ou entre la Communauté et ses agents, elle est juge de la responsabilité des institutions de la Communauté et de ses agents et désormais, la Cour est compétente pour connaître des cas de violation des droits de l'homme dans tous les Etats membres¹²⁶. A cette juridiction majeure en Afrique de l'Ouest qui a un ancrage particulièrement marqué sur les droits de l'homme, une autre institution y a cours : la Cour de Justice de l'UEMOA¹²⁷ dont l'article 3 du Protocole additionnel fixe le domaine, lequel ne s'éloigne pas outre mesure de celui de la Cour de la CEDEAO.

Il faudrait ajouter à ces juridictions déjà existantes dans ces différentes sous-régions du continent, la Cour commune de justice et d'arbitrage suivant le traité relatif à l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires qui à son niveau intègre des pans relatifs à la garantie des droits fondamentaux et comprend des Etats tant d'Afrique de l'Ouest que du Centre. L'on peut en dire autant, mais de manière spécifique de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples dont l'Article 30 de la Charte africaine des droits de

l'homme et des peuples dispose qu'« *il est crée auprès de l'Organisation de l'Unité Africaine une Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples ci-dessous dénommée "la Commission", chargée de promouvoir les droits de l'homme et des peuples et d'assurer leur protection en Afrique* », de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples qui a compétence au titre de son article 5 pour garantir l'application du Protocole l'instituant et de la désormais Cour africaine de justice et des droits de l'homme issue de la fusion entre la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et de la Cour de l'Union africaine¹²⁸.

Le constat qui s'impose à l'analyse s'agissant de la structuration institutionnelle de la garantie des droits fondamentaux est celui tant du foisonnement que de la concurrence des institutions de garantie des droits fondamentaux en Afrique subsaharienne francophone. Ce qui est de nature à attester de l'éventualité d'un potentiel conflit de compétences entre ces juridictions, d'une part et d'autre part, de celui d'un conflit de normes¹²⁹. L'autre élément déjà mis en exergue est l'isolement sur le plan des procédures et des formes du juge du fait tant du manque de maîtrise de ces dernières par les citoyens, que de la distance et du coût généré par ces

¹²⁶ Voir le Protocole a/sp1/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance additionnel au protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité, Article 39 « *le Protocole A/P.1/7/91, adopté, à Abuja le 6 juillet 1991, et relatif à la Cour de Justice de la Communauté qui sera modifié aux fins de l'extension de la compétence de la Cour, entre autres, aux violations des droits de l'Homme après épuisement, sans succès, des recours internes.* »

¹²⁷ Voir l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA.

¹²⁸ A. SOMA, « Le jeu des protocoles dans le processus juridique de création d'une Cour ... », *op.cit.*, pp. 1-18.

¹²⁹ D. C. SOSSA, « Les concurrences de compétence entre les hautes juridictions communautaires de l'Afrique de l'Ouest et du Centre : réalités et approches de solution », in *De l'esprit du droit africain*, Mélanges en l'honneur de Paul Gérard POUGOUE, Wolters Kluwer/CREDIJ, 2014, p. 686-703 ; L. M. IBRIGA, « Compétence des Cours de justice des Communautés africaines », *Intégration économique et exercice du métier d'avocat Cotonou*, Actes du Séminaire organisé par l'UIA/Ordre des Avocats du Bénin, [file:///C:/Users/Administrator/Downloads/IBRIGA%20%20Luc%20Marius%20-%20RAPPORT2%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Administrator/Downloads/IBRIGA%20%20Luc%20Marius%20-%20RAPPORT2%20(1).pdf); 13 décembre 2016, 00 : 23, 18p.

procédures. Ce qui tend à ouvrir la voie à un autre élément notable de relativisation de l'effectivité de la garantie des droits fondamentaux au plan matériel : la dimension fonctionnelle.

B) Une effectivité relative au plan fonctionnel

La saisie de la relativité de la protection des droits fondamentaux au plan fonctionnel postule pour la prise en compte des facteurs matériels, extra-juridiques qui ont une incidence sur l'action des institutions dans la garantie des desdits droits. La mise en exergue de cette relativité est perceptible tant au niveau des Etats (1) qu'au niveau supranational (2).

1) Au niveau des Etats

La relative effectivité de la protection des droits fondamentaux au niveau fonctionnel est mise en exergue tant au niveau des institutions que des mécanismes institués dans l'optique de garantir ces droits.

Relativement aux institutions, contre-pouvoir censées constituer une garantie structurelle du pouvoir modéré¹³⁰, si elles sont d'ordres juridictionnel et non juridictionnel, elles subissent toutes, quasiment, la même limitation : la dépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif. Si l'indépendance renvoie à un système de valeurs et serait une exigence éthique tant du juge que des autorités de régulation dans les différentes facettes relatives aux droits fondamentaux, elle constitue aussi, suivant Fabrice HOURQUEBIE, une garantie tant pour l'institution que pour le citoyen et un devoir pour l'institution¹³¹. C'est à ce titre qu'elle mérite d'être

¹³⁰ F. HOURQUEBIE, « Quelques observations sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel en France »,

www.diretio.usp.br/pos/arquivos/cardenos/caderno_15_2012.pdf, 16 juin 2016, 20 : 19, p. 1.

¹³¹ F. HOURQUEBIE, « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *op.cit.*, pp. 41-42.

protégée. Mais, l'est-elle ? Nous dirons sans débat au fond qu'elle est consacrée mais relative comme l'ont démontré nombre d'auteurs pour ce qui est des juridictions des pays francophones¹³². Ce qui est de nature à remettre en cause la qualité de la garantie des droits fondamentaux. En effet, c'est moins l'indépendance en elle-même que la nature du devoir qui est celui de la justice qui est ici mis en avant. L'indépendance a pour optique de guider le comportement du juge, lequel se doit d'être indépendant¹³³ et donc impartial dans l'exercice de son office¹³⁴. Les constitutions africaines accordent aujourd'hui une place autonome aux juridictions constitutionnelles en tant que garantes desdites constitutions et des droits et libertés des citoyens¹³⁵. Seulement, leur situation n'est guère différente. L'indépendance de l'institution tout comme celle des juges est certes consacrée mais, il n'en demeure pas moins que la condition statutaire de ces derniers est de nature à remettre en cause leur indépendance vis-à-vis du pouvoir politique¹³⁶ et par ricochet, la légitimité de

¹³² Voir entre autres sur la question : F. HOURQUEBIE, « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *op.cit.*, pp. 41-60 ; K. AHADZI, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain ... », *op.cit.*, p. 57-59 ; M. KAMTO, « Les mutations de la justice camerounaise ... », *op.cit.*, pp. 14-19.

¹³³ J.-D. BREDIN, « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », *Justice*, n°3, Janvier/Juin 1996, pp. 161-166.

¹³⁴ F. HOURQUEBIE, « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *op.cit.*, p. 42.

¹³⁵ Se référer notamment aux articles : 83 de la Constitution du Gabon ; 99 de la Constitution du Togo ; 114 de la Constitution du Bénin, etc. Lire : R. S. M. DOSSOU, « La Cour constitutionnelle du Bénin : l'influence de la jurisprudence sur le constitutionnalisme et les droits et libertés », Conférence mondiale sur la Justice constitutionnelle, Cap Town en Afrique du Sud, 23-24 janvier 2009, pp. 1-13.

¹³⁶ J. F. WANDJI K., « le contrôle de constitutionnalité des lois au Cameroun et le modèle africain francophone de justice constitutionnelle », *Politeia*, n°11, 2007, pp. 312-317.

l'institution¹³⁷ au regard de la fonction d'édification d'un Etat de droit qui est la sienne.

Le constat est le même pour la quasi-totalité des pays africains et notamment ceux francophones. La justice constitutionnelle comme du reste les autres ordres juridictionnels font l'objet de la domination fonctionnelle et organique par l'exécutif et le politique. Les membres de la juridiction constitutionnelle sont nommés parfois par une seule autorité politique, en l'occurrence le président de la République. C'est le cas dans bien de pays africains : Sénégal, RDC, Cameroun, etc. Selon Charles EISENMANN, la nomination n'est pas en soi une compromission de l'indépendance, il demeure qu'en Afrique, ce mode de désignation est un point critique du statut du juge constitutionnel, du fait de l'insuffisante institutionnalisation des fonctions nominatives. Dans ses relations avec le pouvoir politique, le juge constitutionnel doit bénéficier d'un régime particulier lui permettant de réaliser effectivement son indépendance. Or, cette indépendance est entendue de façon relative comme une prérogative acceptée par le pouvoir politique lui-même. C'est justement à cet égard que l'indépendance du juge constitutionnel africain francophone est véritablement en cause. La dissolution de la Cour constitutionnelle du Niger le 29 juin 2009, par le Président de la République pour avoir donné un avis contre le projet présidentiel de révision de la Constitution de la Ve République, puis pour avoir déclaré l'adoption dudit projet contraire à la Constitution, en est l'illustration parfaite. L'on peut en dire autant des pressions politiques lors du rendu de la décision proclamant le candidat élu par le Conseil constitutionnel ivoirien à l'issue de l'élection présidentielle de 2010.

¹³⁷Th. HOLO, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? ... », *op.cit.*, p. 27 ; I. DIALLO, « La légitimité du juge constitutionnel africain », *Revue du C.A.M.E.S.*, n°1, 2015, pp. 167-171.

Ces pressions ont donné suite à des décisions différentes, l'une déclarant Laurent GBAGBO élu et l'autre Alassane OUATARA, ceci pour un organe dont les décisions sont insusceptibles de tout recours. Ces exemples donnent à voir du juge constitutionnel africain comme d'un « valet » du pouvoir politique. Ceci résulte de l'utilisation dont il fait l'objet aux fins de stratégie politique. A cet égard, il est clairement tout aussi politisé qu'instrumentalisé. En effet, dans les Etats africains francophones, le juge constitutionnel n'échappe que très rarement à la logique de politisation structurelle. D'emblée, comme nous le présentons dans la nomination, le pouvoir politique a une forte propension à désigner, du moins en apparence, des personnalités sensibles à ses obédiences politiques.

L'indépendance des juges n'est pas conquise ni acquise de manière parfaite. Proclamer l'indépendance des juges dans les textes ou discours est une étape importante, mais cela ne saurait suffire pour mettre les juges à l'abri des pressions ou de l'autocensure. C'est justement à cet égard que Jean DU BOIS DE GAUDUSSON affirme que la caractéristique du statut du juge, constitutionnel soit-il, en Afrique découle de l'écart existant entre les principes juridiques et leur application¹³⁸. En effet, on peut bien constater qu'en dépit des garanties statutaires d'indépendance formelle, le juge constitutionnel dans certains pays centre et ouest-africains, est en réalité placé dans un rapport de dépendance et de subordination statutaires à l'égard du pouvoir politique. Dans certains cas, un comportement d'allégeance s'installe remettant ainsi en cause toute idée d'émancipation.

Relativement aux mécanismes de garantie des droits, la garantie juridictionnelle des droits ne réside pas uniquement dans l'indépendance de la

¹³⁸ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique francophone », *op.cit.*, p. 7

justice ou des juges mais aussi dans les mécanismes de garantie des droits fondamentaux contre les gouvernants¹³⁹. Si l'accès au juge est un droit fondamental, il reste qu'il demeure sujet à caution¹⁴⁰. Si la saisine des juges judiciaire et administratif semble quasi naturelle aujourd'hui, leurs actions restent néanmoins limitées. Le domaine de compétence matérielle des actes de ces juges ne porte que sur les actes de l'Exécutif et jamais contre les lois. La loi, pouvant par principe tout faire, elle peut même autoriser à l'Exécutif de porter atteinte aux droits fondamentaux¹⁴¹. Le juge constitutionnel se présente donc comme le principal garant des droits fondamentaux.

Sa saisine¹⁴², est cependant caractérisée par une ambivalence. Dans certains Etats d'Afrique subsaharienne francophone, la saisine du juge constitutionnel est ouverte aux citoyens en cas de violation des droits fondamentaux¹⁴³. Ce n'est pas pour autant la chose la mieux partagée. En effet,

malgré le caractère progressiste de certains constituants qui sont allés jusqu'à consacrer l'exception d'inconstitutionnalité¹⁴⁴ au profit de tout plaideur devant une juridiction quelconque, prêtant ainsi le flanc à l'édification de l'Etat de droit par l'avènement du droit constitutionnel jurisprudentiel, grand nombre d'Etats africains jouent encore la résistance face au développement du constitutionnalisme. Il s'en trouve qu'il est d'une faible effectivité. Non seulement, la saisine est réservée à un nombre limité d'autorités publiques¹⁴⁵ mais en plus, exception faite du contentieux électoral¹⁴⁶, son contentieux est mince¹⁴⁷. Ces

¹³⁹ B. GUEYE, « La démocratie en Afrique, succès et résistances », *Pouvoirs* n° 129, 2009, p. 13.

¹⁴⁰ B.-R. GUIMDO D., « Le droit d'accès à la justice administrative au Cameroun (Contribution à l'étude d'un droit fondamental) », *RRJ*, 2008-1, pp. 453-497 ; M. KANE, « La protection des droits et libertés de l'individu par le juge administratif », *Rapport général du VIIe Congrès de l'Association internationale des hautes juridictions administratives*, Dakar, 23-25 avril 2001, 35p. ; R. DEGNI-SEGUI, « L'accès à la justice et ses obstacles », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Aupelf-Uref, 1994, pp. 241-256.

¹⁴¹ F. LUCHAIRE, « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux », in L. FAVOREU, (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica, 1981, p. 56.

¹⁴² Sur la question, lire : F. LUCHAIRE, « La saisine du Conseil constitutionnel et ses problèmes », *RDP*, Chronique constitutionnelle, pp. 1141- 1153 ; H. ROUSSILLON, « La saisine du Conseil constitutionnel, contribution à un débat », *RIDC*, vol. 54, n°2, Avril-juin 2002, pp. 487-511.

¹⁴³ Cf. Art. 122 de la Constitution du Bénin, Art. 149 de la Constitution du Congo Brazzaville, Art. 113 de la Constitution du Niger, Art. 162 de la Constitution de la RDC, Art. 96 de la Constitution du Sénégal.

¹⁴⁴ C'est le cas notamment de la Constitution de Cote d'Ivoire (article 96) de la Constitution du Togo (article 104), de la Constitution du Tchad (article 167), de la Constitution de Madagascar (article 114), de la Constitution du Congo (article 149), etc.

¹⁴⁵ C'est le cas notamment, du Cameroun (article 47 alinéa 2 de la Constitution), du Burkina Faso (article 157 de la Constitution) où le constituant ferme la saisine du Conseil constitutionnel, au Président de la République, au Président de l'Assemblée Nationale, au Président du Sénat, à un-tiers des députés, un-tiers des sénateurs et au Président de l'Exécutif régional lorsque les intérêts de la région sont menacés pour le Cameroun ou au Président de la République, au Premier Ministre, au Président de l'Assemblée Nationale, au Président de la Chambre des représentants et à un-cinquième des membres de l'Assemblée Nationale au Burkina Faso.

¹⁴⁶ J. Cl. TCHEUWA », « *Les principes directeurs du contentieux électoral camerounais : à propos de "l'influence significative sur le résultat du scrutin"* dans sa mise en œuvre à propos des élections législatives et municipales du 22 juillet 2007 », *RFDC*, Chroniques, 2011/2, n°86, pp. 1-29.

¹⁴⁷ Le Cameroun tend à ce titre à se présenter comme un sujet atypique de ce point de vue. Se référer à l'ouvrage *les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine* du Professeur Luc SINDJOUN dans lequel aucune référence n'est faite des décisions du Conseil constitutionnel camerounais qui matériellement n'existe même pas encore. Dans le même esprit, relativement à la lente évolution du contrôle de constitutionnalité des lois au Cameroun, Cl. MOMO, « Heurs et malheurs de la justice constitutionnelle au Cameroun », *Politeia*, n°8, 2005, pp. 33-38. La situation des pays comme le Bénin, le Mali, le Sénégal est fort intéressante du fait de l'évolution notable du droit constitutionnel

constituants ramènent la modalité de saisine du Conseil constitutionnel au seul contrôle par voie d'action¹⁴⁸. Ceci est de nature à prêter le flanc à l'entrée en vigueur des lois inconstitutionnelles et à l'absence de justiciabilité des droits des citoyens. Comment ne pas l'entrevoir ainsi si les Constitutions de certains Etats ferment la saisine et de surcroît, prévoient que le contrôle de la loi intervienne avant sa promulgation¹⁴⁹. Si cela semble se justifier par le désir d'empêcher qu'une loi contraire à la Constitution ne soit mise en application, c'est malheureusement ce qui est évident dans les faits. Certains constituants qui consacrent la même disposition¹⁵⁰ protègent en revanche le citoyen par la consécration de l'exception d'inconstitutionnalité. L'accent est ainsi mis tant sur le contrôle par voie d'action que sur l'importance du respect du délai constitutionnel de promulgation des lois¹⁵¹. La combinaison du contrôle par voie d'action et de celui par voie d'exception comme l'entrevoit le constituant togolais¹⁵² auquel un encadrement par des délais de l'action du juge constitutionnel serait une

jurisprudenciel. Pour s'en convaincre, lire : Association béninoise de droit constitutionnel/Centre de Droit Constitutionnel/Université d'Abomey-Calavi (Bénin), *Annuaire béninois de justice constitutionnelle*, Ouvrage précité, 735p.

¹⁴⁸ Th. Di MANNO, « Recours devant le Conseil constitutionnel par voie d'action », *JurisClasseur Libertés*, Fasc. 200, 31 octobre 2009, 61p.

¹⁴⁹ Cf. Article 47 alinéa 3, Constitution du Cameroun ; Article 155, Constitution du Burkina Faso.

¹⁵⁰ Cf. Article 117 alinéa 1 de la Constitution du Bénin ; Article 148 de la Constitution du Congo.

¹⁵¹ R. S. M. DOSSOU, « La Cour constitutionnelle du Bénin ... », *op.cit.*, p. 4.

¹⁵² L'article 104 de la Constitution du Togo dispose que « *les lois peuvent avant leur promulgation, (...) être déferées (à la Cour constitutionnelle) par le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale ou un-cinquième des membres de l'Assemblée Nationale* ». Le même article va plus loin en conférant la faculté à toute personne physique ou morale de soulever l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi au cours d'une instance.

meilleure garantie du respect des droits fondamentaux. Une tentative dans ce sens peut être appréciée à travers les prescriptions de délais par les constituants togolais et maliens¹⁵³.

La relativité dans la garantie non juridictionnelle des droits fondamentaux n'est pas loin de celle en cours dans la garantie juridictionnelle. S'il est vrai que des autorités administratives indépendantes en charge de ladite garantie ont été instituées, la remarque de Théodore HOLO¹⁵⁴ doit être prise en compte. Elle tend à traduire le conditionnement qui se doit de sous-tendre la structuration et l'action de ces organismes. Mais, en dépit du mandat qui leur a été confié, ces institutions ne sont pas de nature à donner entièrement satisfaction¹⁵⁵. La situation des administrations électorales¹⁵⁶ tout comme les comités/commissions de droits de l'homme¹⁵⁷ dans les Etats d'Afrique subsaharienne francophone est assez illustrative de la mise sous tutelle de ces autorités administratives vis-à-vis du

¹⁵³ L'article 104 de la Constitution du Togo prescrit que « *la Cour constitutionnelle doit statuer dans un délai d'un mois, ce délai peut être réduit à huit (08) jours en cas d'urgence* ». L'article 89 de la Constitution malienne s'inscrit dans le même registre en disposant que « *la Cour Constitutionnelle statue dans un délai d'un mois selon une procédure dont les modalités sont fixées par une loi organique. Toutefois, à la demande du Gouvernement et en cas d'urgence, ce délai est ramenée à huit jours* ».

¹⁵⁴ Pour Théodore HOLO, un organisme non juridictionnel ne peut véritablement contribuer à la garantie des droits fondamentaux que si la composition et le fonctionnement de ces commissions sont consensuels, ce qui est de nature à rassurer les citoyens dans l'exercice et la jouissance de leurs droits. Th. HOLO, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? ... », *op.cit.*, p. 30.

¹⁵⁵ K. AHADZI, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain ... », *op.cit.*, p. 57.

¹⁵⁶ Cf. MOMO, « L'Administration électorale en Afrique subsaharienne francophone », *Politeia*, n°12, 2007, pp. 423-424 ; A. ONDOUA, « Vers une modernisation du système institutionnel ... », *op.cit.*, pp. 496-497.

¹⁵⁷ K. AHADZI, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain ... », *op.cit.*, p. 58.

pouvoir politique¹⁵⁸ et dans une certaine mesure de l'exécutif. Suivant ce registre, en quoi la contribution de ces organismes à la garantie des droits fondamentaux peut-elle être réelle ? Quid de la situation au niveau supranational ?

2) Au niveau supranational

Si des bienfaits peuvent être trouvés dans la mise sur pied des institutions de garantie des droits fondamentaux au niveau supranational¹⁵⁹, l'action de ces institutions manque d'efficacité.

La Commission, malgré la mise sur pied de véritables organes juridictionnels de garantie des droits fondamentaux, continue d'agir en la matière. Au sens de l'article 30 de la Charte, elle est chargée de promouvoir les droits de l'homme et des peuples et d'assurer leur protection. L'article 45¹⁶⁰ en son paragraphe 2 le précise davantage. Si la compétence qui lui échoit peut être salvatrice en matière de garantie des droits de l'homme, les mécanismes de ladite garantie et les relations qu'elle entretient avec la Cour sont de nature ambiguë. En effet, au sens de l'article 47¹⁶¹ de la Charte, « *si un Etat partie à la présente Charte a de bonnes raisons de croire qu'un autre Etat également partie à cette Charte a violé les dispositions de celle-ci, il peut appeler par communication écrite, l'attention de l'Etat sur la question. Cette communication sera également adressée au Secrétaire général de l'OUA et au Président de la Commission* ». L'article 49 n'est pas loin

de celui 48 et prescrit la « *communication* » comme mode de saisine de la Commission sans occulter la prescription de l'article 48 au sens duquel la résolution de différends entre Etats doit se faire par voie de négociations bilatérales ou par toute autre procédure pacifique. Si l'on peut se permettre de se référer à la langue et notamment celle française, le vocable « *communication* » utilisé, serait différent de l'expression juridique requête ou plainte et renverrait davantage à la diffusion d'une information. Si au sens « *lato sensu* », l'on peut avoir la prétention de les assimiler, la communication, mise en avant, renvoie moins au caractère contraignant. Ce qui est de nature à traduire la faiblesse de la Commission dans la garantie des droits fondamentaux.

Si un certain caractère inquisitorial peut être reconnu à la Commission de par la faculté dont elle dispose de demander, conformément à l'article 51 de la Charte, aux Etats intéressés de lui fournir toute information pertinente, là s'arrête le caractère quasi-juridictionnel. La Commission n'assume pas ses responsabilités jusqu'au bout par la prise de décisions, voire de sanctions véritables. Au sens de l'article 52¹⁶² en effet, après avoir relevé les éléments nécessaires à sa prise de décisions, « *la Commission établit, dans un délai raisonnable, (...) un rapport relatant les faits et les conclusions auxquelles elle a abouti* ». Ainsi, non seulement la Commission sanctionne son enquête par un rapport et non par une mesure répressive, ce rapport est en plus transmis à la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement. Ledit rapport, pouvant être assorti de recommandations. Non seulement, la Commission ne dispose pas de la faculté de prendre de véritables mesures, mais de surcroît, c'est à un organe politique, la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement qu'échoit cette

¹⁵⁸ Cl. MOMO, « L'Administration électorale en Afrique subsaharienne francophone », *op.cit.*, pp. 406-418.

¹⁵⁹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les bienfaits de la « juridictionnalisation » de la protection supranationale des droits de l'homme », *RFDA*, 2009, p. 294.

¹⁶⁰¹⁶⁰ Pour le commentaire, F. OUGUERGOUZ, « Article 45 », in M. KAMTO, (dir.) *La Charte africaine...*, Ouvrage précité, pp. 881-900.

¹⁶¹ Pour le commentaire, M. L. GUEUYOU, « Article 47 », in M. KAMTO, (dir.), *La Charte africaine...*, Ouvrage précité, pp. 918-928.

¹⁶² Pour le commentaire y relatif, J.-L. ATANGANA AMOUGOU, « Article 52 », in M. KAMTO (dir.), *La Charte africaine...*, Ouvrage précité, pp. 984-995.

responsabilité. Et, cette compétence qui lui est transférée est d'autant absolue qu'elle n'est pas liée par les recommandations de la Commission ; lesquelles ne sont ni obligatoires ni contraignantes. Dès lors, comment ne pas considérer comme un vœu pieux, l'action de protection des droits fondamentaux qui incombe à la Commission ?

L'ensemble de ces éléments relevés relativement à la Commission, traduit l'insuffisance de la protection du principe d'humanité, car « *c'est la satisfaction de la victime qui différencie une procédure efficace de celle qui ne l'est pas* »¹⁶³. Si l'on part de ce postulat processuel, il semble que l'on peut être fondé à relativiser l'action de la Commission dans la garantie des droits fondamentaux. Non seulement, elle se présente dans son action plus comme médiateur et s'apparente à un organe politique, mais en plus, ses mesures sont sans véritable caractère contraignant¹⁶⁴. Ceci, même si une tentative de systématisation des résolutions peut être entreprise.

Si l'institutionnalisation de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme semble salvatrice de par ses missions, à l'instar de la Commission, son action tend à rendre flexible la garantie de la protection des droits fondamentaux. La consécration du caractère concurrentiel des compétences entre la Cour et la Commission au sens de l'article 2¹⁶⁵ du protocole instituant la Cour est de nature à poser problème. De même, le refus d'ouverture de la saisine tel que préconisé

par Keba MBAYE¹⁶⁶ plombe davantage la Cour. S'il y a eu mise sur pied d'une Cour, son accès est demeuré l'apanage des Etats¹⁶⁷ en dépit de l'institutionnalisation de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme. Un autre élément et non des moindres qui pourra mettre en branle l'action de la Cour, c'est le caractère aléatoire des sanctions, conséquent à la prégnance du souverainisme des Etats¹⁶⁸.

La garantie des droits fondamentaux, objet à perpétuel débat, se présente de manière quasi-constante comme un « *serpent de mer* ». L'effectivité, ici prise comme substrat de cette analyse renvoyait à saisir au-delà de la validité de la norme, son efficacité par le degré d'application de la norme, la réalité des résultats escomptés. Un constat s'impose, les droits fondamentaux ainsi que les mécanismes de leur garantie sont énoncés parce que posés par les instruments juridiques nationaux et supranationaux, justifiant que l'on ait à parler d'une effectivité par la formalisation de la protection. Mais a-t-on dépassé le simple énoncé desdits droits pour saisir leur opérationnalité et l'application des normes y relatives, transcrites en termes de résultats concrets. La mise sur pied d'institutions de garantie de ces droits et la maîtrise de leurs missions ont contribué

¹⁶³ J. F. WANDJI K., « L'Organisation panafricaine dans son rapport au principe d'humanité », *op.cit.*, 421-424.

¹⁶⁴ Sur un certain nombre d'extraits de résolutions relatives à la situation des droits de l'homme sur le territoire d'Etats africains parties ou non à la Charte africaine, lire F. OUGUERGOUZ, « Article 45 », *op.cit.*, pp. 891-900.

¹⁶⁵ Pour le commentaire, M. K. KAMGA, « Article 2 » du protocole instituant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, in M. KAMTO, (dir.), *'La Charte africaine...*, Ouvrage précité, pp. 1242-1251.

¹⁶⁶ Pour une effectivité de la protection des droits fondamentaux, Keba MBAYE militait pour l'institutionnalisation d'« *un tribunal africain approprié et des voies de recours ouvertes à toutes les personnes relevant de la juridiction des Etats signataires* ». Voir : *Les droits de l'homme en Afrique*, Cité par J. MOUANGUE. KOBILA, Commentaire de l'article 1 du Protocole portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, in M. KAMTO, (dir.), *La Charte africaine...*, ouvrage précité, p. 1222.

¹⁶⁷ J. F. WANDJI K., « L'Organisation panafricaine dans son rapport au principe d'humanité », *op.cit.*, pp. 427-431.

¹⁶⁸ Se référer notamment au contexte de création de ladite Cour. Voir : J. MOUANGUE. KOBILA, Commentaire de l'article 1 du Protocole portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, in M. KAMTO, (dir.), *La Charte africaine, ...*, pp. 1221-1233 ; J. F. WANDJI K., « L'Organisation panafricaine dans son rapport au principe d'humanité », *op.cit.*, pp. 425-427.

substantiellement à l'évolution de l'Etat de droit en Afrique subsaharienne francophone. Cependant, certains Etats demeurent jusqu'alors dans un registre transitionnel par l'absence de matérialisation de certaines institutions – comme c'est le cas du Conseil constitutionnel – au-delà de la simple inscription constitutionnelle. De même, en dépit de l'édification jurisprudentielle du droit dans l'Etat, la définition des pouvoirs au profit des dirigeants tout comme leur prégnance sur l'évolution normative et institutionnelle des Etats en Afrique subsaharienne francophone est de nature à prêter le flanc à la relative effectivité de la garantie des droits fondamentaux. Ce qui tend à induire dans l'analyse, un autre débat sur l'élaboration et l'application des normes au regard des pratiques constitutionnelles.

L'effectivité de la protection des droits fondamentaux est à ce titre perfectible. Mais la nature de la mesure réside moins dans la norme posée ou les institutions mises sur pied à cet effet que dans les hommes qui les incarnent. Ce qui ramène à l'esprit la nuance imprimée par Hans KELSEN entre le « *Sollen* » et le « *Sein* », c'est-à-dire entre la norme qui se résume en un « *devoir être* » (*Sollen*) et l'acte de volonté dont elle est la signification qui est un « *être* » (*Sein*)¹⁶⁹. Le recours à l'acte de volonté, à la responsabilité des serviteurs de la loi, n'est-elle pas de nature à interpeller¹⁷⁰ quant à la redécouverte des

institutions¹⁷¹ pour dépasser la dialectique constante entre les sociétés africaines face à l'Etat ou les Etats face aux institutions communautaires ? Cette dialectique, notamment celle relative aux Etats face aux communautés régionale et sous-régionales, voire à l'ordre international appelle aussi au questionnement sur la souveraineté de l'Etat comme élément structurant de la relativité de la préservation des droits fondamentaux en dépit des mutations de l'ordre international.

¹⁶⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op.cit, p. 7. Dans le même esprit, A. VIALA, « De la dualité du *sein* et du *sollen* pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée », *RDP*, n°3, 2001, pp. 68-76.

¹⁷⁰ A titre illustratif, le vent de démocratisation qui a donné lieu au réformisme constitutionnel de la décennie 1990 est conséquent à la volonté de certains hommes à la prise de conscience de leurs responsabilités. V. M. KAMTO, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », in D. DARBON et J. Du B. de GAUDUSSON, *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, pp. 177-195.

¹⁷¹ P. QUANTIN, « La redécouverte des institutions », in P. QUANTIN, (dir.), *Gouverner les sociétés africaines : acteurs et institutions*, Paris, Karthala, 2005, pp. 9-26.