Mustapha AFROUKH.

La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est la Cour régionale la moins connue des trois Cours supranationales exclusivement protectrices des droits de l'homme, sans doute parce qu'elle est la plus jeune. Ce n'est qu'en 1998[1] que le principe d'une juridiction de protection des droits dans le système africain a été acté. Et il faudra attendre le 15 décembre 2009 pour que la Cour rende son premier arrêt. La Cour africaine veille au respect et à l'application de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. A l'heure actuelle, trente-un États membres ont ratifié le Protocole portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après Protocole) et seulement six ont déposé la déclaration d'acceptation facultative de la juridiction de la Cour concernant les requêtes introduites par les individus et les organisations non-gouvernementales. Depuis 2019, trois Etats ont retiré cette déclaration de compétence (Bénin, Côte d'Ivoire et la Tanzanie)[2], estimant que la Cour s'immisçait dans des domaines ne relevant pas de sa compétence. C'est dire l'extrême fragilité de sa position.

Une autre raison de ce désintérêt pour la Cour africaine peut être avancée : à savoir le « *tropisme européen qu'exerce la Cour EDH* »[3]. À l'origine du premier système de protection juridictionnelle des droits de l'homme à l'échelle internationale, la Convention européenne est souvent érigée en « modèle », avec même parfois une tendance à l'ethnocentrisme « *qui consiste à jauger l'ensemble du système international à partir du seul cas européen* »[4]. Qui porte crédit au dialogue des juges et aux interactions normatives ne peut plus aujourd'hui retenir une approche cloisonnée des systèmes de protection des droits de l'homme.

L'examen de l'activité judiciaire de la Cour d'Arusha est riche d'enseignements, qu'il s'agisse de sa compétence consultative – bien plus ouverte que celle de la Cour de Strasbourg[5] – ou sa compétence contentieuse qui révèle une omniprésence des questions politiques. Ayant eu à examiner de nombreuses affaires où étaient en cause des atteintes aux droits politiques, la juridiction africaine des droits de l'homme n'a pas hésité à assumer ses responsabilités en affirmant notamment son indifférence face au caractère constitutionnel de la norme dont l'application était remise en cause devant elle.

L'hypothèse selon laquelle la garantie internationale des droits de l'homme limite, au nom de l'effectivité des droits, le pouvoir constituant de l'Etat fait figure de truisme. S'agissant du système conventionnel européen, on sait que la Cour de Strasbourg retient la conception la plus large possible de la norme nationale au regard de sa compétence. Ainsi, a-t-elle souligné que « *c'est par l'ensemble de leur « juridiction » (…) que lesdits Etats répondent de leur*

respect de la Convention » et qu'il ne lui appartient pas d'opérer une « *distinction quant au type de normes ou de mesures en cause* »[6]. De même, la Cour interaméricaine des droits de l'homme ne se laisse pas impressionner par la dimension constitutionnelle des affaires dont elle est saisie. Ainsi, par sa seule existence, une norme constitutionnelle peut engager la responsabilité d'un Etat partie à la

Convention américaine[7].

La Cour africaine s'inscrit résolument dans cette perspective. Le rejet de toute « *exception constitutionnelle* »[8] (I) lui permet d'exercer un contrôle plein et entier du respect de la Charte africaine, un contrôle à la coloration objective et abstraite (II).

I. Le rejet catégorique d'une exception constitutionnelle

Dans les autres systèmes régionaux, la mise sous influence du pouvoir constituant a été tardive. A l'inverse, le récit par lequel la Cour africaine a fait tomber sous sa tutelle le champ constitutionnel montre qu'il n'y a pas eu de retard à l'allumage. Bien avant son entrée en fonction, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples avait déjà inscrit ses pas dans ceux des autres organes régionaux de protection des droits de l'homme en contrôlant des dispositions constitutionnelles définissant la condition de nationalité nécessaire à l'exercice des droits politiques[9].

La comparaison est ici instructive, puisque le premier arrêt par lequel la Cour africaine a contrôlé une disposition constitutionnelle date de 2013, soit moins de dix ans après son entrée en fonction, et quatre années après son premier arrêt. Il s'agit de l'affaire *Rev. Christopher Mtikila vs United c. Tanzanie*(14 juin 2013, n° 011/2011).Les requérants contestaient en l'espèce des modifications constitutionnelles qui les ont empêchés de se porter candidats aux élections présidentielles, législatives et locales. Les amendements à la Constitution interdisaient en effet les candidatures indépendantes. La Cour ne mâcha pas ses mots et constata une violation du droit de participer aux affaires publiques de son pays, de la liberté d'association et du principe de non-discrimination. Afin de justifier cette indifférence face au caractère constitutionnel des normes en cause, l'arrêt mobilisa l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui indique qu'« *une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité* ».

Trois affaires récentes ont permis à la Cour de prendre clairement position sur l'étendue de sa compétence dans ce cas. Ainsi, dans son arrêt *Houngue Éric Noudehouenou c. Bénin*(4 déc. 2020, n° 003/2020), en réponse à l'exception d'irrecevabilité soulevée par l'Etat défendeur qui faisait valoir l'incompétence de la Cour pour contrôler la conventionnalité d'une révision constitutionnelle et d'une loi déclarée conforme à la Constitution, celle-ci « *précise (…) qu'elle a le pouvoir d'examiner toutes les violations alléguées devant elle, incluant la conformité avec les lois nationales, à la lumière de la Charte et d'autres instruments internationaux ratifiés par l'Etat défendeur* ». Plus encore, sur le terrain de la recevabilité, l'arrêt indique conformément aux dispositions de l'article 5(3) du protocole portant création de la Cour africaine que les particuliers ou les ONG n'ont pas à démontrer un intérêt personnel dans une requête « *lorsqu'il s'agit de contentieux de norme* », d'autant que les questions posées sont « *d'intérêt public général* ». Même tonalité dans l'arrêt *Sébastien Germain Marie AikouéAjavon c. Bénin* dans laquelle la Cour devait vérifier si la révision constitutionnelle du 7 novembre 2019 a été faite suivant un consensus national tel que prévu par l'article 10.2 de la CADEG[10] et la conventionnalité d'une loi du 17 septembre

2018 sur les partis politiques. *In specie*, c'est le contrôle de conventionnalité *in abstracto* qui était mis en cause par l'Etat défendeur, en vain, puisque « *la Cour souligne qu'en vertu de l'article 3(1) du Protocole elle a le pouvoird'interpréter et d'appliquer la Charte et tout instrument pertinent ratifié par l'Étatdéfendeur et de conclure à l'existence ou non de violations de droits del'homme, y compris, lorsque celles–ci sont la conséquence de l'applicationd'une norme nationale. A cet égard, la Cour souligne que les Conventionsinternationales ont la primauté sur les normes de droit interne*».

Dernière illustration, dans l'affaire *JebraKambole vs United Republic c. Tanzanie* du 15 juillet 2020 (n°018/2018), le requérant faisait valoir que l'article 41 de la Constitution tanzanienne, interdisant aux juridictions de connaître de l'élection d'un candidat à l'élection présidentielle, après la proclamation du vainqueur par la Commission électorale, violait la Charte africaine. A l'argument selon lequel la Constitution a été promulguée avant que la Tanzanie devienne partie à la Charte africaine et au Protocole, la Cour d'Arusha oppose l'application de ladite disposition qui continue de produire ses effets. Elle rappelle également que le retrait de la déclaration par la Tanzanie (21 nov. 2019) est sans effet, celui-ci n'ayant pas de caractère rétroactif. Le contrôle des normes constitutionnelles a ceci de particulier qu'il a une coloration très abstraite.

II. L'exercice d'un contrôle objectif et abstrait

L'arrêt *JebraKambole vs United Republic c. Tanzanie* (préc) est très clair. Alors certes, la Cour africaine est prête, dans la droite ligne de la jurisprudence de la Commission, à faire sienne la doctrine de la marge nationale d'appréciation, mais celle-ci ne peut cependant pas être utilisée pour faire obstacle à sa compétence. Aussi, le juge africain des droits de l'homme n'entend pas accorder un traitement particulier à la Constitution. Preuve supplémentaire, il se livre à un véritable contrôle objectif et abstrait des normes constitutionnelles, indépendant de leur application. En l'occurrence, c'est l'article 47 de la Constitution qui est jugé contraire à plusieurs dispositions de la Charte. L'argumentation est très vivement critiquée par le juge Blaise Tchikaya qui dénonce une approche sommaire de la marge nationale d'appréciation peu respectueuse de la souveraineté de l'Etat. Le juge dissident regrette également l'absence de démarche comparative qui aurait permis de souligner la diversité des droits internes. On retrouve les mêmes critiques dans le cadre de la Convention européenne. Pour l'ancien juge Lech Garlicki, le juge « *doit agir en ce domaine avec une prudence et une retenue particulières* »[11]. Dans l'affaire *Ajavon*, il est jugé que « *la révision constitutionnelle objet de la loi n°2019-40 du 07 novembre 2019 est contraire au principe du consensus tel qu'édicté par l'article 10(2) de la CADEG* ».

Ce caractère objectif du contrôle permet incidemment à la Cour d'imposer à l'Etat une modification de son droit interne afin de le mettre en conformité avec la Charte africaine. Une telle pratique est courante dans les autres systèmes régionaux, en particulier dans le système interaméricain où les Etats se sont engagés à adopter toutes les mesures nécessaires pour donner effet aux droits garantis (art. 2 de la CADH). L'article 27 § 1 du Protocole portant création de la Cour africaine indique que « *lorsqu'elle estime qu'il y a eu violation d'un droit de l'homme ou des peuples, la Cour ordonne toutes les mesures*

appropriées afin de remédier à la situation, y compris le paiement d'une juste compensation ou l'octroi d'une réparation ». Or, on sait que l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat du fait du pouvoir constituant est sans incidence sur la validité de la norme constitutionnelle dont la « *nullification* » ne peut être que suggérée ou encouragée. C'est en ce sens qu'il faut comprendre la Cour lorsqu'elle affirme dans l'affaire *Ajavon* (préc.) « *qu'au sujet de la demande d'annulation des lois, la Cour considère qu'elle ne peut se substituer au législateur de l'État défendeur. Elle souligne, au demeurant, qu'elle peut ordonner des mesures dont le but sera d'abroger lois ou de modifier ces lois pour qu'elles soient conformes aux normes internationales des droits de l'homme. La Cour estime que de telles mesures qui s'analysent en garanties de non répétition sont les plus appropriées en l'espèce* ». Semblable obligation de non-répétition de l'illicite peut nécessiter des amendements constitutionnels. Aussi, lorsque l'origine de la violation est imputable au pouvoir constituant, la Cour peut ordonner au titre de la réparation à l'Etat d'abroger la norme constitutionnelle litigieuse et/ou d'adopter dans un délai raisonnable des mesures constitutionnelles pour remédier à ladite violation. Il ressort ainsi de l'arrêt *Ajavon* que l'Etat doit abroger la loi constitutionnelle n° 2019 – 40 du 7 Novembre 2019 portant révision de la Constitution et toutes les lois subséquentes, notamment la loi n° 2019 – 43 du 15 novembre 2019 portant code électoral. Aussi, dans l'affaire *JebraKambole vs United Republique c. Tanzanie*, ordonne-t-elle à l'Etat défendeur de rendre conforme l'article 47 de sa Constitution à la Charte.

Ce contrôle objectif et abstrait révèle ses limites quand on envisage ses conséquences concrètes. On est bien obligé de constater que les Etats sont peu enclins à exécuter des arrêts stigmatisant une disposition constitutionnelle. A titre d'illustration, l'arrêt *Rev. Christopher Mtikila*de 2013 n'a toujours pas été exécuté, l'Etat Tanzanien ayant indiqué que les mesures constitutionnelles et législatives à prendre sont subordonnées à la tenue d'un référendum. Surtout, les affaires citées impliquent des Etats – le Bénin et la Tanzanie – qui ont retiré leur déclaration conformément à l'article 34(6) du Protocole portant création de la Cour. La décision de retrait du Bénin fut prise à la suite d'une ordonnance de la Cour suspendant les élections communales du 17 mai 2020. Selon le ministre béninois de la communication, « *il n'est pas dans les prérogatives de la CADHP d'enjoindre à un Etat d'interrompre son processus électoral qui est un acte de souveraineté* ». On voit mal comment les récents arrêts de la Cour africaine pourraient être en mesure de faire rentrer dans le rang un pays autoritaire. En Europe, la période récente est marquée par les réactions de défiance de certains Etats à la suite de décisions de la Cour portant sur des normes constitutionnelles. C'est ce dont témoigne l'affaire *Anchugov et Gladkov c. Russie* (4 juill. 2013) dans lequel la Cour s'est livré à un contrôle abstrait d'une disposition de la Constitution russe privant du droit de vote tous les détenus. Relativement à la question de l'exécution, l'arrêt avait souligné qu'il existe différents moyens de l'exécuter, évoquant plus particulièrement la possibilité pour la Cour constitutionnelle russe d'adopter une interprétation de la Constitution conforme à la Convention. Le 14 juillet 2015, la Cour constitutionnelle russe a directement mis en cause l'autorité de la chose jugée par la Cour européenne en conditionnant l'exécution des arrêts de la Cour à leur conformité à la Constitution.

Ces situations de conflit normatif sont inévitables tant le décalage est grand entre les approches du droit international et du droit interne du principe de primauté. Dès lors parler d'assujettissement du pouvoir constituant n'a aucun sens du point de vue du droit interne, une quelconque limitation du pouvoir

constituant étant inconcevable. Les argumentations développées devant la Cour africaine par les Etats pour exclure les questions constitutionnelles de sa compétence l'illustrent à l'envie. Disons-le-clairement : la Cour africaine ne doit pas renoncer. Elle agit tout à fait dans le cadre de ses compétences en contrôlant la conventionnalité de normes constitutionnelles. La seule véritable question est l'étendue de ce contrôle : il est encore trop tôt pour identifier une méthodologie dans ce domaine. Le juge Blaise Tchikaya l'a très bien expliqué dans son opinion dissidente sous l'arrêt *JebraKambole* : « *La voie de passage de la Cour (dans ce type d'affaires) n'était toutefois pas si simple : conforter une lecture restrictive des marges normatives des Etats ou dire le droit interne de l'Etat (…) La juridiction panafricaine aura à n'en pas douter de nouvelles opportunités pour préciser le contenu de la marge nationale d'appréciation, la subsidiarité, la proportionnalité…* ». On soulignera enfin que ce contrôle de la Constitution s'étend également aux organes constitutionnels. L'arrêt *Ajavon c. Bénin* est en ce sens très illustratif, la Cour y constatant le défaut d'indépendance de la Cour constitutionnelle en raison du caractère renouvelable du mandat de ses membres. Pour ce faire, elle mobilisa notamment les travaux du Professeur D. Rousseau.

Mustapha AFROUKH,
Maître de conférences en droit public, HDR, Université de Montpellier
IDEDH, EA 3976

---

[1] Protocole créant la Cour Africaine adopté à Ouagadougou le 9 juin 1998 et entré en vigueur le 25 janvier 2004.

[2] https://www.african-court.org/wpafc/declarations/?lang=fr

[3] L. Trigeaud, « Le droit international et régional des droits de l'homme face à l'argument souverainiste : réagencer les mécanismes de protection ? » in E. Dubout et S. Touzé (dir.), *Refonderles droits de l'homme. Des critiques aux pratiques*, Pedone, 2019, p. 281.

[4] *Ibid.*

[5] Que l'on songe à l'avis rendu le 4 décembre 2020 (n°001/2018) : compatibilité des lois sur le vagabondage avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et avec les autres instruments internationaux des droits de l'homme applicables en Afrique.

[6] Cour EDH, Gde ch., 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, § 29.

[7] Cour IADH, 5 févr. 2001, *Olmedo Bustos et autres c. Chili*, fond, réparations et frais, § 88, C/73 : à

propos d'articles de la Constitution chilienne organisant un régime de censure préalable des œuvres cinématographiques.

[8] D. Szymczak, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence conventionnelle », in L. Burgorgue-Larsen (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pedone, Paris, 2011, p. 48.

[9] Par exemple, 6 nov. 2000, *John K. Modise c. Botswana*, comm. n° 97/93_14AR.

[10] La Charte africaine de la Démocratie, des Élections et de la Gouvernance.

[11] « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », discours disponible sur le site du Conseil constitutionnel, http://www.conseil-constitutionnel.fr/