

# La règle de l'épuisement des voies de recours internes devant les juridictions internationales : le cas de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

Abdou Khadre Diop

Volume 62, numéro 1, mars 2021

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1076010ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1076010ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Khadre Diop, A. (2021). La règle de l'épuisement des voies de recours internes devant les juridictions internationales : le cas de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. *Les Cahiers de droit*, 62(1), 239–276.  
<https://doi.org/10.7202/1076010ar>

Résumé de l'article

La règle de l'épuisement des voies de recours internes est une règle coutumière de droit international procédural, que l'on retrouve particulièrement en matière de protection diplomatique, en matière d'arbitrage international, mais aussi dans le contentieux international des droits de la personne. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, plus jeune juridiction internationale de protection des droits de l'homme, a développé une jurisprudence quantitativement importante, dans laquelle elle interprète la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Dans le présent texte, l'auteur analyse l'approche élaborée par la Cour africaine afin de voir, d'une part, dans quelle mesure elle s'éloigne des approches traditionnelles et, d'autre part, si elle est prompte à promouvoir l'accès des particuliers au prétoire du juge international africain.

# La règle de l'épuisement des voies de recours internes devant les juridictions internationales : le cas de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

---

Abdou Khadre DIOP\*

*La règle de l'épuisement des voies de recours internes est une règle coutumière de droit international procédural, que l'on retrouve particulièrement en matière de protection diplomatique, en matière d'arbitrage international, mais aussi dans le contentieux international des droits de la personne. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, plus jeune juridiction internationale de protection des droits de l'homme, a développé une jurisprudence quantitativement importante, dans laquelle elle interprète la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Dans le présent texte, l'auteur analyse l'approche élaborée par la Cour africaine afin de voir, d'une part, dans quelle mesure elle s'éloigne des approches traditionnelles et, d'autre part, si elle est prompte à promouvoir l'accès des particuliers au prétoire du juge international africain.*

---

*The rule of exhaustion of local remedies is a customary rule of international procedural law that is found particularly in the field of diplomatic protection, international arbitration and international human rights litigation. The African Court on Human and Peoples' Rights, which is the youngest international court for the protection of human rights, has developed substantial jurisprudence regarding its interpretation of*

---

\* Enseignant-chercheur en droit public, Université virtuelle du Sénégal ; docteur en droit, Université Laval et Université de Bordeaux.

*exhaustion of domestic remedies. This paper seeks to analyse the African Court's approach in order to see to what extent it departs from traditional approaches and whether it is quick to promote individual access to the African international courtroom.*

---

*La regla para agotar las vías de los recursos internos es una regla consuetudinaria en el derecho procesal internacional que se encuentra particularmente en materia de protección diplomática, en materia de arbitraje internacional y también en materia contenciosa internacional de derechos humanos. La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos es la jurisdicción internacional más reciente para la protección de los derechos humanos y ha desarrollado una jurisprudencia cuantitativamente importante en la cual se interpreta la regla del agotamiento de las vías de recursos internos. El artículo persigue igualmente analizar el enfoque desarrollado por la Corte Africana con la finalidad de observar, por una parte, en qué medida se aleja de las perspectivas tradicionales, y por otra parte, si está dispuesta a promover el acceso a particulares al tribunal internacional africano.*

---

	Pages
<b>1 Une approche structurelle protectrice des États</b> .....	247
1.1 La règle et la structure du système .....	247
1.1.1 La règle au service de la souveraineté comme qualité.....	247
1.1.2 La règle au service de la souveraineté comme responsabilité.....	250
1.2 La règle et la structure du contentieux.....	252
1.2.1 L'examen de la règle de l'épuisement des voies de recours internes ..	253
1.2.2 La preuve de la règle de l'épuisement des voies de recours internes ....	255
<b>2 Une approche substantielle promotrice de l'accès des particuliers au prétoire de la Courafricaine des droits de l'homme et des peuples</b> .....	258
2.1 La nature du recours .....	258
2.1.1 La nature judiciaire du recours.....	258
2.1.2 La nature ordinaire du recours .....	261
2.2 Les critères du recours .....	266

2.2.1 Le critère de la prolongation anormale de la procédure des recours....	266
2.2.2 Les critères de disponibilité, d'efficacité et de suffisance. ....	270
<b>Conclusion</b> .....	275

La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est une juridiction internationale chargée de la protection des droits de l'homme en Afrique<sup>1</sup>. Bien qu'elle partage cette fonction avec d'autres juridictions sous-régionales<sup>2</sup> et même nationales<sup>3</sup>, il n'en demeure pas moins qu'elle est un «faiseur de système<sup>4</sup>», du moins du système continental de protection des droits de l'homme<sup>5</sup>. Par sa jurisprudence, elle interprète la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* et tout autre instrument pertinent de droits de l'homme ratifié par les États visés<sup>6</sup>. C'est ainsi qu'elle

1. Voir: Marielle DEBOS, «La création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Les dessous d'une ingénierie institutionnelle multicentrée», *Cultures et Conflits*, n° 60, 2005, p. 159; Fatsah OUGUERGOUZ, «La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: chronique d'une métamorphose annoncée», dans Maurice KAMGA et Makane Moïse MBENGUE (dir.), *Liber Amicorum Raymond Ranjeva. L'Afrique et le droit international. Variations sur l'organisation internationale*, Paris, Pedone, 2013, p. 283, à la page 365; Fatsah OUGUERGOUZ, «La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples – Gros plan sur le premier organe judiciaire africain à vocation continentale», (2006) 52 *A.F.D.I.* 213; Gérard NIYUNGEKO, «La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples: défis et perspectives», R.T.D.H. 2009.731; Abdou-Khadre DIOP, «La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ou le miroir stendhalien du système africain de protection des droits de l'homme», (2014) 55 *C. de D.* 529.
2. Voir Alioune SALL, *Le contentieux de la violation des droits de l'homme devant la Cour de justice de la CEDEAO*, Paris, L'Harmattan, 2019.
3. Voir Abdoulaye SOMA, «Modélisation d'un système de justice constitutionnelle pour une meilleure protection des droits de l'homme: trans-constitutionnalisme et droit constitutionnel comparé», R.T.D.H. 2009.437; John Richard KEUDJEU DE KEUDJEU, «L'effectivité de la protection des droits fondamentaux en Afrique subsaharienne francophone», (2017) 71 *Revue juridique et politique des États francophones* 192.
4. Jean RIVERO, «Apologie des faiseurs de système», D. 1951.chr.23.99.
5. Mutoy MUBIALA, *Le système régional africain de protection des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 33; Robert YUGBARÉ, «Le mécanisme de garantie des droits de l'homme de la CEDEAO: entre emprunt et appropriation des instruments du système continental», (2018) 2 *Annuaire africain des droits de l'homme* 259.
6. Conformément à l'article 3 du *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*, 9 juin 1998, Doc. OAU/LEG/EXP/AFCHPR/PROT (III) (ci-après «Protocole de Ouagadougou»). Pour une analyse de cette compétence extensive

parvient à faire « ressortir le sens des mots<sup>7</sup> », en cherchant un équilibre fonctionnel entre universalité<sup>8</sup> et particularisme<sup>9</sup>. Dans cette optique, il est utile de s'interroger sur l'approche développée par la Cour africaine dans l'analyse de la règle centrale de l'épuisement des voies de recours internes.

La règle de l'épuisement des voies de recours internes est une règle procédurale de droit international selon laquelle, « préalablement à la saisine d'une juridiction internationale pour une affaire donnée, il pèse sur le requérant l'obligation de soulever ladite affaire, au moins en substance, devant les instances nationales<sup>10</sup> ». Une telle obligation est considérée comme une règle coutumière de droit international. C'est ce qui ressort de la jurisprudence de la Cour internationale de justice (CIJ) dans l'*Affaire de l'Interhandel (Suisse c. États-Unis d'Amérique)*<sup>11</sup>. Plus largement, tous les textes internationaux qui prévoient une telle règle la décrivent comme un principe de droit international généralement reconnu<sup>12</sup>. La Commission de droit international (CDI) y voit un « principe du droit international général étayé par la jurisprudence, la pratique des États, les traités et la doctrine<sup>13</sup> ».

---

de la Cour, voir Yakaré Oule JANSEN REVENTLOW et Rosa CURLING, « The Unique Jurisdiction of the African Court on Human and People's Rights: Protection of Human Rights beyond the African Charter », (2019) 33 *Emory Int'l. L. Rev.* 203.

7. Jean SALMON, *Droit international et argumentation*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 33.
8. Voir Jean DHOMMEAUX, « De l'universalité du droit international des droits de l'Homme : du pactum ferendum au pactum latum », (1989) 35 *A.F.D.I.* 399, 421 et suiv.
9. Telesphore ONDO, « La jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : entre particularisme et universalité », (2017) 1 *Annuaire africain des droits de l'homme* 244.
10. Sébastien Germain Ajavon c. Benin, n° 013/2017, 29 mars 2019, par. 98.
11. *Affaire de l'Interhandel (Suisse c. États-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires du 21 mars 1959, *C.I.J Recueil 1959*, p. 27 (ci-après « *Affaire de l'Interhandel* ») : « La règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés avant qu'une procédure internationale puisse être engagée est une règle bien établie du droit international coutumier. » Même bien avant la CIJ, des instances arbitrales ont confirmé la nature coutumière de la règle, notamment dans l'affaire *Finnish shipowners against Great Britain in respect of the use of certain Finnish vessels during the war (Finlande c. Grande Bretagne)*, 9 mai 1934, R.S.A., vol. III, p. 1479, et l'affaire de la *Sentence Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni)*, 6 mars 1956, R.S.A., vol. XII, p. 83.
12. Voir l'article 35 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221 (ci-après « *Convention européenne des droits de l'homme* ») ainsi que l'article 41 (1) c) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, et l'article 41 (2) du *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 302.
13. Projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique dans *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session*

En droit international général, c'est essentiellement en matière de protection diplomatique et d'arbitrage international que la règle de l'épuisement des voies de recours internes trouve une place particulière. La protection diplomatique peut être définie comme la protection que peut exercer un État au profit de ses ressortissants, victimes d'un préjudice à l'origine duquel se trouve un autre État<sup>14</sup>. Ainsi, dans l'exercice de la protection diplomatique, l'État dont la victime est ressortissante joue le rôle de la partie demanderesse. Son action est dirigée contre l'État responsable. Dans ce cas, la règle de l'épuisement des voies de recours internes est opposable à l'État demandeur. Autrement dit, on conditionne l'action étatique internationale à l'épuisement préalable, par la victime, des voies de recours que l'ordre interne de l'État défendeur met à sa disposition. Cette exigence est, d'ailleurs, rappelée par la CIJ qui faisait remarquer dans l'*Affaire de l'Interhandel* que la « règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés avant qu'une procédure internationale puisse être engagée [...] a été généralement observée dans les cas où un État prend fait et cause pour son ressortissant dont les droits auraient été lésés dans un autre État en violation du droit international<sup>15</sup> ». Cette position sera confirmée dans l'*Affaire de l'Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)* du 20 juillet 1989<sup>16</sup>. La règle de l'épuisement des voies de recours internes devient, dès lors, une condition préalable à l'exercice d'une protection diplomatique. C'est donc logiquement que la CDI l'a codifiée à l'article 14 de son projet d'articles<sup>17</sup>. Concernant l'arbitrage international, qui s'est aujourd'hui imposé comme moyen privilégié de règlement des litiges, notamment en matière d'investissements internationaux<sup>18</sup>, la règle de l'épuisement des voies de recours internes y est souvent invoquée<sup>19</sup>. Toutefois, en la matière, la pratique n'est pas uniforme.

---

(1<sup>er</sup> mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006), Doc. N.U. A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2) (2012), art. 14, commentaire 1.

14. Anna Maria SMOLINSKA et autres, *Droit international des relations diplomatiques et consulaires*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 114.
15. *Affaire de l'Interhandel*, préc., note 11, p. 27.
16. *Affaire de l'Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt du 20 juillet 1989, *C.I.J. Recueil 1989*, par. 50.
17. *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session (1<sup>er</sup> mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006)*, préc., note 13; voir, à ce propos, l'analyse d'Alain PELLET, « La seconde mort d'Euripide Mavrommatis ? Notes sur le projet de la C.D.I. sur la protection diplomatique », dans *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1359.
18. Arnaud de NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, p. 215.
19. Voir, à ce propos, Stephen M. SCHEWEL, *Justice in International Law. Selected Readings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 171.

Alors que certains traités bilatéraux d'investissement exigent la règle de l'épuisement des voies de recours internes ou y renoncent explicitement, d'autres restent silencieux sur la question, ce qui laisse la voie ouverte aux interprétations multiples. Prenons l'exemple de la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États* instituant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) : on note en son article 26 que « [l]e consentement des parties à l'arbitrage dans le cadre de la présente convention est, sauf stipulation contraire, considéré comme impliquant renonciation à l'exercice de tout autre recours. Comme condition à son consentement à l'arbitrage dans le cadre de la présente convention, un État contractant peut exiger que les recours administratifs ou judiciaires internes soient épuisés<sup>20</sup> ». Cette disposition, pour le moins obscure, a été interprétée par le CIRDI comme comportant une présomption de renonciation à la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans l'arbitrage international. En d'autres termes, pour que la règle soit opérationnelle au sens de l'article 26, il faudrait que l'État l'ait expressément mentionné dans l'instrument dans lequel il exprime son consentement à l'arbitrage<sup>21</sup>.

Plus précisément, c'est dans le contentieux du droit international des droits de l'homme que la règle de l'épuisement des voies de recours internes trouve une fortune particulière. Permettant aux particuliers de saisir des organes juridictionnels ou quasi juridictionnels au niveau international contre leur propre État, le droit international des droits de l'homme conduit à un changement de paradigme, pour le moins iconoclaste, et remet en cause la « statolâtrie » qui jusque-là était la marque de fabrique du droit international public. Désormais, l'individu est aussi sujet de droit international<sup>22</sup>. Néanmoins, le droit international des droits de l'homme, quelle que soit sa spécificité, reste une branche du droit international public et, en tant que telle, puise dans ses sources et ses règles de base, parmi lesquelles la règle de l'épuisement des voies de recours internes<sup>23</sup>. La règle figure en

---

20. *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 R.T.N.U. 159.

21. Voir : *Lanco Internationa Inc. c. Argentine*, n° ARB/97/6, 8 décembre 1998, par. 37 ; *Génération Ukraine Inc. c. Ukraine*, n° ARB/00/9, 16 septembre 2003, par. 13.5.

22. Thomas MARGUERITTE et Rémy PROUVÈZE, « Le droit international et la doctrine saisis par le fait : la diversification des sujets du droit international sous l'effet de la pratique », (2016) hors série *R.Q.D.I.* 159.

23. Jean CHAPPEZ, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Paris, Pedone, 1972.

effet dans presque tous les textes internationaux de protection des droits de l'homme à vocation mondiale<sup>24</sup> ou régionale<sup>25</sup>.

Dans ce mouvement, la Cour, qui est la plus jeune juridiction africaine de protection des droits de l'homme, ne peut connaître des requêtes présentées devant elle qu'à la condition que les voies de recours internes soient épuisées<sup>26</sup>. C'est ce qui ressort de la lecture combinée de l'article 56 (5) de la Charte africaine et de l'article 6 (2) du Protocole de Ouagadougou créant ladite cour<sup>27</sup>. De fait, l'article 6 (2) du Protocole renvoie à l'article 56 de la Charte en ce qui concerne les conditions de recevabilité des requêtes devant la Cour. Ce renvoi est opportun, car l'article 56 ne visait que la recevabilité des communications devant la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Ainsi, les deux organes (Commission et Cour) sont liés par les mêmes règles de recevabilité. Selon l'article 56 (5), les requêtes doivent « [ê]tre postérieures à l'épuisement des recours internes s'ils existent, à moins qu'il ne soit manifeste [...] que la procédure de ces recours se prolonge d'une façon anormale ».

L'analyse de la règle de l'épuisement des voies de recours internes devant la juridiction continentale de protection des droits de l'homme présente une importance fondamentale. Du point de vue de la recherche, peu de travaux sont consacrés à cette règle centrale dans le contentieux international africain des droits de l'homme. Une seule étude a été répertoriée jusqu'à présent et elle est orientée sur l'articulation entre la règle de l'épuisement des voies de recours internes et ce qui est appelé dans les systèmes de common law les « clauses d'exclusion » (*ouster clauses*<sup>28</sup>). Toutes les autres études se focalisent non pas sur la Cour, mais sur la

24. Voir l'article 41 (1) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 12, et l'article 5 du *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 12.

25. Voir : Convention européenne des droits de l'homme, art. 53 (1) ; *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 R.T.N.U. 123, art. 46 (1) ; *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 27 juin 1981, 1520 R.T.N.U. 217, art. 56 (6). Il convient de noter à ce propos l'approche *sui generis* développée par la Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) qui n'exige pas l'observation d'une telle règle : voir l'affaire *Hadijatou Mani Koraou c. Niger*, n° ECW/CCJ/JUD/06/08, 27 octobre 2008.

26. Entre autres conditions de recevabilité des requêtes comme le délai raisonnable, l'identification de l'auteur de la demande, le fait de ne pas contenir des termes outrageants, la conformité à la Charte.

27. Voir l'article 40 (5) du *Règlement intérieur de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*.

28. Voir Lilian CHENWI, « Exhaustion of Local Remedies Rule in the Jurisprudence of the African Court on Human and People's Rights », (2019) 41 *Hum. Rts. Q.* 374.



Commission<sup>29</sup>. Or, une analyse statistique et substantielle de la jurisprudence de la Cour montre tout l'intérêt théorique et pratique que revêt une telle étude. Ce tribunal a rendu, à ce jour, 32 décisions dans lesquelles il a eu à se pencher sur la règle de l'épuisement des voies de recours internes<sup>30</sup>. Parmi ces 32 décisions, seuls 6 rejets sont dénombrés en raison du non-respect de la règle en question. Pour toutes les autres affaires, les requérants ont réussi le test de l'article 56 (5) de la Charte. Il y a donc matière à réflexion afin de voir s'il existe une approche africaine de la règle de droit international coutumier.

La problématique de l'approche de la règle de l'épuisement des voies de recours internes par la Cour soulève un certain nombre d'interrogations. En effet, cela permet de répondre aux questions suivantes : l'approche est-elle favorable au droit à un recours effectif ? Quelle importance la Cour accorde-t-elle à la règle ? Comment la Cour analyse-t-elle les critères et la nature des recours à épuiser ? Comment la Cour considère-t-elle la preuve de l'épuisement des voies de recours internes ? Dans quelle mesure la Cour s'éloigne-t-elle des approches retenues en droit international général et de celles qui ont été privilégiées par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme, voire par la Commission africaine ?

Notre recherche s'emploie à apporter les éléments de réponse à ces questions à partir d'une analyse juridique qui se fondera essentiellement sur les textes internationaux pertinents, sur la jurisprudence de la Cour ainsi que sur les opinions dissidentes de ses juges. Nous ferons aussi appel à une analyse comparative, notamment au regard de la jurisprudence de la Commission, des autres cours régionales ayant le même mandat et plus généralement des juridictions internationales ou instances arbitrales examinant la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Ainsi, notre étude s'inscrit principalement dans le champ du droit international, plus précisément dans le droit international des droits de l'homme. Cependant, bien qu'il soit situé, pour l'essentiel, dans un champ disciplinaire, ce sujet déborde sur des questions plus ou moins liées à des considérations de droit interne, soit le contentieux constitutionnel, le contentieux administratif, le contentieux judiciaire, etc.

---

29. Voir Henri ONORIA, « The African Commission on Human and People's Rights and the Exhaustion of Local Remedies under the African Charter », (2003) 3 *African Human Rights Law Journal* 1 ; Nsongurua J. UDOMBANA, « So Far, So Fair : The Local Remedies Rule in the Jurisprudence of the African Commission on Human and People's Rights », (2003) 97 *A.J.I.L.* 1.

30. Nous avons rédigé notre texte après la 53<sup>e</sup> session de la Cour, soit du 10 juin au 5 juillet 2019.

À cet égard, à la lecture des textes et de la jurisprudence pertinente, on se rend compte que la Cour analyse la règle de l'épuisement des voies de recours internes selon une double approche : une approche structurelle et une approche substantielle. La première permet de situer la règle dans le système africain de protection des droits de l'homme et se révèle protectrice des États. La seconde, quant à elle, place la règle dans la pratique jurisprudentielle de la Cour et met l'accent sur la promotion du droit d'accès à la justice internationale de protection des droits de l'homme.

## 1 Une approche structurelle protectrice des États

Dans sa jurisprudence, la Cour développe une vision structurelle de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Pour tout dire, elle cherche toujours à replacer la règle dans un ensemble systémique et lui donne ce faisant une valeur cardinale, voire centrale. Telle est du moins la conclusion qui résulte de l'analyse de la règle au regard de la structure du système africain de protection des droits de l'homme (1.1) et du contentieux africain des droits de l'homme (1.2).

### 1.1 La règle et la structure du système

Dans l'affaire *Mkandawire c. Malawi* du 21 juin 2013<sup>31</sup>, la Cour a mis en avant l'idée de souveraineté comme facteur structurel explicatif de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. À son avis, « [l']épuisement des recours internes est une règle fondamentale dans la relation entre les États Parties avec le Protocole et la Charte et avec les juridictions nationales d'une part, et avec la Cour d'autre part. Les États Parties ratifient le Protocole en tenant pour acquis que les recours internes doivent être épuisés avant que la Cour ne soit saisie<sup>32</sup> ». Elle ajoute, dans un *obiter dictum*, que « la déclaration prévue à l'article 34 (6) est également faite sur cette base<sup>33</sup> ». Cette position de la Cour nous permet d'émettre deux hypothèses : la règle de l'épuisement des voies de recours internes fait appel au concept de souveraineté à titre de qualité, mais aussi et surtout de souveraineté en tant que responsabilité.

#### 1.1.1 La règle au service de la souveraineté comme qualité

Concernant l'aspect de la souveraineté comme qualité, nous proposons deux niveaux d'analyse. Le premier renvoie tout simplement au

31. *Mkandawire c. Malawi*, n° 003/2011, 21 juin 2013, (2013) 1 RJCA 291 (ci-après « affaire *Mkandawire* »).

32. *Id.*, par. 37.

33. *Id.*

volontarisme bien connu en droit international public. Lorsque la Cour évoque « les relations entre États parties avec le Protocole et la Charte » ou lorsqu'elle dit que « les États parties ratifient le Protocole en tenant pour acquis... », on voit tout simplement le truisme selon lequel l'érection de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le système africain de protection des droits de l'homme n'est rien d'autre que le produit de la volonté des États. Cette position trouve un appui confortable dans la jurisprudence internationale. On se rappelle encore du « petit crochet doctrinal » dans l'*Affaire du Lotus (France c. Turquie)*, sous l'impulsion probable du juriste italien Dionisio Anzilotti<sup>34</sup>, selon qui « [I]es règles de droit liant les États procèdent [...] de la volonté de ceux-ci<sup>35</sup> ». C'est dans cette optique que Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre-Henri Imbert ont relevé que le principe de la souveraineté sert de fondement immédiat à la règle de l'épuisement des voies de recours internes<sup>36</sup>.

Par contre, en renvoyant à l'article 34 (6) de la Charte à travers l'*obiter dictum* relevé dans l'affaire *Mkandawire*, le juge émet l'idée de souveraineté défensive comme facteur explicatif de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Dans le fond, la règle, outre qu'elle est un produit de la souveraineté des États (premier niveau d'analyse), a pour vocation de défendre la souveraineté des États (second niveau d'analyse). Voilà en tout cas ce qui ressort de l'article 34 (6)<sup>37</sup> qui matérialise l'exigence d'une déclaration facultative préalable de la part des États pour un accès effectif des individus et des organisations non gouvernementales (ONG) à la Cour<sup>38</sup>.

34. Alain PELLET, « Lotus que de sottises on profère en ton nom ! Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale », dans *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Puissochet*, Paris, Pedone, 2008, p. 215, à la page 216.

35. *Affaire du Lotus (France c. Turquie)*, C.P.J.I. Recueil (série A), n° 10, p. 18 (7 septembre 1927).

36. Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX et Pierre-Henri IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 592.

37. Selon l'article 34 (6) du Protocole de Ouagadougou, « [à] tout moment à partir de la ratification du présent Protocole, l'État doit faire une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir les requêtes énoncées à l'article 5 (3) du présent Protocole. La Cour ne reçoit aucune requête en application de l'article 5 (3) intéressant un État partie qui n'a pas fait une telle déclaration ».

38. Voir : Mamadou F. DIOP, « Plaidoyer pour l'accès direct des individus à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et à la future Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples », R.D.P. 2016.653 ; Carole V.N. KEMKENG, « La déclaration de l'article 34 (6) du Protocole de Ouagadougou dans le système africain des droits de l'homme : entre régressions continentales et progressions régionales », (2018) 2 *Annuaire africain des droits de l'homme* 179.

Cette clause a été qualifiée de talon d'Achille du système<sup>39</sup>, et une grande majorité des ONG la considère non seulement comme un obstacle majeur à la garantie des droits de l'homme par la Cour africaine, mais aussi tel un facteur à l'origine de l'atrophie fonctionnelle de celle-ci<sup>40</sup>. Si, du moins, on peut admettre cette perception des choses, il ne faut pas se méprendre outre mesure. Il convient surtout de se rappeler que cette disposition est bel et bien le fruit d'un compromis judicieux entre l'existence d'une cour africaine des droits de l'homme et la prudence affichée par les États qui sont encore fortement jaloux de leur souveraineté et qui, visiblement, ne sont pas prêts à « lâcher du lest » en permettant à ladite cour, pourrait-on dire, « de leur taper dessus<sup>41</sup> ». Comme le soulignent Laurence Boisson de Chazournes et Makane Moïse Mbengue, « [l']avantage d'une telle formule est qu'elle rassure les États quant à une multitude de requêtes individuelles contre eux en cas de déclaration d'acceptation<sup>42</sup> ». Alors, dire que la *ratio legis* de la règle de l'épuisement des voies de recours internes se trouve « faite sur la même base que l'article 34 (6)<sup>43</sup> », c'est reconnaître qu'elle représente également un moyen pour les États de préserver leur souveraineté. Cette position que semble développer la Cour dans son *obiter dictum* trouve un écho favorable en doctrine. De son côté, Jean Chappez faisait justement observer en 1972 que « [l]a règle de l'épuisement des recours internes s'explique essentiellement par la défense de la souveraineté des États<sup>44</sup> ». Elle tendrait, dès lors, à « éviter l'affrontement des souverainetés étatiques qui est latente dans les litiges internationaux<sup>45</sup> ». Cette observation est partagée par Laurence Bourgogne-Larsen et Frédéric Sudre. Selon ces derniers, la règle qui suppose que le requérant s'adresse d'abord au « souverain territorial » pour obtenir justice a principalement pour objet de protéger les souverainetés nationales contre toute procédure internationale

---

39. A.-K. DIOP, préc., note 1, 544.

40. Stéphane DOUMBÉ-BILLÉ, « Le mécanisme de saisine de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est-il approprié à sa fonction ? », dans *Réciprocité et universalité. Sources et régimes du droit international des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur d'Emmanuel Decaux*, Paris, Pedone, 2017, p. 587.

41. A.-K. DIOP, préc., note 1, 544.

42. Laurence Boisson DE CHAZOURNES et Makane Moïse MBENGUE, « Article 34. Ratification », dans Maurice 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 et des peuples : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 236.

43. De l'avis de la Cour dans l'affaire *Mkandawire*, préc., note 31.

44. J. CHAPPEZ, préc., note 23, p. 25.

45. *Id.*

intempestive<sup>46</sup>. Ludovic Hennebel n'a pas manqué non plus de relever que la règle vise en réalité à préserver la souveraineté des États<sup>47</sup>. Ainsi, il ressort clairement de l'analyse doctrinale et jurisprudentielle que la règle a pour objet de préserver la souveraineté de l'État « autorité judiciaire<sup>48</sup> ». Néanmoins, elle concerne aussi cette conception particulière et moderne de la souveraineté vue comme une responsabilité spécifique de l'État.

### 1.1.2 La règle au service de la souveraineté comme responsabilité

La règle de l'épuisement des voies de recours internes s'explique également à travers la notion de souveraineté-responsabilité. Une telle notion s'est, aujourd'hui, imposée dans la doctrine<sup>49</sup> tout comme dans la pratique internationale<sup>50</sup>. Elle est le fruit d'un changement de paradigme au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. De toute évidence, le procès de l'État au lendemain de cette guerre a débouché sur la prise de conscience d'une nécessaire réflexion sur le sens de la souveraineté. Même si la théorie de la souveraineté absolue n'obtient pas droit de cité en droit international, la conception de la souveraineté comme qualité de l'État, s'interprétant en termes de droits et de capacités de l'État sur la scène internationale, ne suffisait plus à rendre compte de la notion dans la nouvelle configuration intellectuelle du monde de l'après-guerre. En réalité, cette configuration présente désormais l'individu, et non plus uniquement l'État, au centre de

46. Laurence BOURGOGUE-LARSEN et Amaya UBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 154; Frédéric SUDRE, avec la collab. de Laure MILANO et Hélène SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14<sup>e</sup> éd., Paris, Presses universitaires de France, 2019, p. 757.

47. Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 168.

48. Voir Abdou K. DIOP, *La notion fonctionnelle d'État en droit international et en droit européen. De l'impossible approche conceptuelle à la nécessaire approche fonctionnelle*, thèse de doctorat, Québec et Bordeaux, Université Laval et Université de Bordeaux, 2017, p. 78.

49. Voir à ce propos : Patrick DAILLIER, « La "responsabilité de protéger", corollaire ou remise en cause de la souveraineté ? », dans SOCIÉTÉ FRANÇAISE DE DROIT INTERNATIONAL, *La responsabilité de protéger*, Paris, Pedone, 2008, p. 41; Jean-Jacques LAVENUE, « Élection présidentielle ivoirienne de 2010, droit international et droit constitutionnel : vers une définition fonctionnelle de la souveraineté ? », R.R.J. 2012.401.

50. Voir la COMMISSION INTERNATIONALE DE L'INTERVENTION ET DE LA SOUVERAINÉTÉ DES ÉTATS, *La responsabilité de protéger. Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États*, Doc. C2001-980328-1 (décembre 2001); voir aussi : CONSEIL DE SÉCURITÉ DES NATIONS UNIES, *Paix et sécurité en Afrique*, Doc. N.U. S/RES/1970 (26 février 2011); CONSEIL DE SÉCURITÉ DES NATIONS UNIES, *La situation en Jamahiriya arabe libyenne*, Doc. N.U. S/RES/1973 (17 mars 2011).

la réflexion<sup>51</sup> et fait émerger, à côté de la souveraineté-qualité, l'idée d'une souveraineté-obligation ou responsabilité. En ce sens, la souveraineté ne s'interprète plus seulement en termes de droits de l'État sur la scène internationale, mais elle englobe en outre des obligations internes. Ainsi, le droit international définit la souveraineté en tenant compte de sa finalité protectrice. «Souveraineté en tant que responsabilité<sup>52</sup>» ou «souveraineté en vertu du droit<sup>53</sup>», quelle que soit la terminologie employée, la souveraineté de l'État est, selon cette perception, un pouvoir de gouvernance au service de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit.

C'est cette conception que traduit aussi la règle de l'épuisement des voies de recours internes selon l'interprétation de la Cour. Celle-ci met en avant l'idée de responsabilité première des États afin de redresser les violations des droits de l'homme relevant de leur juridiction et la combine avec celle de subsidiarité<sup>54</sup>. Indubitablement, il appartient de prime abord aux États parties et à leurs appareils exécutifs et législatifs d'assurer l'application effective des dispositions de la Charte africaine. En cas de violation de leurs obligations, il revient alors à leurs appareils judiciaires de redresser la situation. Ce n'est qu'après l'échec des actes de procédure judiciaire interne, et donc à titre subsidiaire, que la Charte africaine et son protocole prévoient l'intervention des organes qu'ils instituent. Dans l'arrêt *Lohé Issa Konaté c. Burkina Faso*, la Cour fait remarquer que «[l]e recours à ces juridictions est en effet un recours subsidiaire par rapport aux recours disponibles dans l'ordre juridique interne des États<sup>55</sup>». Les mécanismes internationaux ne sont donc pas des mécanismes de substitution pour la mise en œuvre des droits de l'homme au niveau national, mais devraient être considérés comme des outils qui servent à assister les autorités nationales dans l'établissement d'une protection suffisante des droits de l'homme sur leur territoire. Il ressort clairement de la jurisprudence

51. Voir, à ce propos, Bérandère TAXIL, *Recherches sur la personnalité juridique internationale : l'individu, entre ordre interne et ordre international*, thèse de doctorat, Paris, Université de Paris I, 2005.

52. Francis M. DENG et autres, *Sovereignty as Responsibility. Conflict Management in Africa*, Washington, Brookings Institution Press, 1996.

53. COMMISSION DES QUESTIONS JURIDIQUES ET DES DROITS DE L'HOMME, *La souveraineté nationale et le statut d'État dans le droit international : nécessité d'une clarification*, par Marina SCHUSTER, Doc. 12689, 12 juillet 2011, p. 6.

54. Voir : Paolo G. CAROZZA, «Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law», (2003) 97 *A.J.I.L.* 38 ; Massimo LUCIANO, «La subsidiarité et le rapport entre les ordres juridiques protecteurs des droits fondamentaux», dans Francis DELPERÉE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 343.

55. *Lohé Issa Konaté c. Burkina Faso*, n° 004/2013, 5 décembre 2014, (2014) 1 *RJCA* 324, par. 78 (ci-après «affaire *Lohé Issa Konaté*»).

de la Commission africaine que «les États ne sont pas considérés comme ayant violé leurs obligations eu égard aux droits humains s'ils offrent des recours véritables et efficaces aux victimes de violation de leurs droits humains<sup>56</sup>». Les États ont donc la responsabilité de mettre en place des structures permettant aux individus de trouver les recours appropriés, et ce, chaque fois que leurs droits sont violés<sup>57</sup>. Il ne saurait en être autrement, dans la mesure où, comme le note Nsongura J. Udomana, les recours internes s'avèrent davantage efficaces et plus enclins à répondre aux défis de protection des droits de l'homme<sup>58</sup>. Une cour d'appel peut, par exemple, renverser une décision de première instance avec autorité de la chose jugée, ce qui n'est pas le cas d'une cour internationale qui ne peut qu'engager la responsabilité de l'État, sans véritable pouvoir d'injonction ou d'astreinte<sup>59</sup>.

Cette vision de la règle de l'épuisement des voies de recours internes renseigne donc, par ailleurs, sur la nature de la Cour qui n'est pas «une juridiction de première instance<sup>60</sup>» ni «une juridiction d'appel», mais un outil subsidiaire de protection des droits de l'homme sur le continent. À ce titre, l'ancrage de la règle dans le système africain de protection des droits de l'homme témoigne de sa fonction protectrice des États, et non pas forcément promotrice du droit individuel d'accès aux juridictions internationales, ce qui manifestement contraste avec la conception retenue par la Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)<sup>61</sup>. La même logique guide la Cour africaine lorsqu'elle replace la règle dans la structure du contentieux africain de protection des droits de l'homme et des peuples.

## 1.2 La règle et la structure du contentieux

Si l'on considère la dimension strictement contentieuse, la règle de l'épuisement des voies de recours internes y occupe une place centrale. Cet aspect renseigne plus exactement sur l'importance de la règle dans

56. *Zimbabwe Lawyers for Human Rights c. Zimbabwe*, n° 293/2004, 22 mai 2008, par. 60.

57. *Sir Dawda K. Jawara c. Gambie*, n°s 147/95 et 149/96, 11 mai 2000.

58. N.J. UDOMBANA, préc., note 29, 9, note que «local remedies are normally quicker, cheaper, and more effective than international ones. They can be more effective in the sense that an appellate court can reverse the decision of a lower court, whereas the decision of an international organ does not have that effect, although it will engage the international responsibility of the state concerned».

59. Mamadou HÉBIÉ, «L'exécution des décisions de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples», (2017) 121 *R.G.D.I.P.* 689.

60. *Commission nationale des droits de l'homme et des libertés c. Tchad*, n° 74/92, 11 octobre 1995, par. 28.

61. Voir l'affaire *Hadijatou Mani Koraou c. Niger*, préc., note 25.



la structure contentieuse devant la Cour. À cet égard, force nous est de constater que cette règle procédurale se révèle capitale. Sa nature procédurale même ne fait aucun doute. La règle est invoquée ou analysée à la phase de l'examen de la recevabilité des requêtes. Certes, il y a des domaines du droit international dans lesquels la règle peut être soulevée au moment de l'examen de la compétence<sup>62</sup>. Toutefois, dans le système africain de protection des droits de l'homme, elle constitue une règle de recevabilité et non de compétence ni de fond<sup>63</sup>. En tant que telle, cette règle se distingue des autres conditions de recevabilité de par sa place centrale. Voilà ce qui permet d'expliquer que le juge accorde une importance particulière à l'examen de la règle de l'épuisement des voies de recours internes (1.2.1) et à la preuve dudit épuisement (1.2.2).

### 1.2.1 L'examen de la règle de l'épuisement des voies de recours internes

Concernant l'examen de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, les arrêts de la Cour contiennent l'un des passages où il y a le plus de développements dans la phase de l'examen de recevabilité de la requête. Mieux, chaque fois que la Cour procède à l'examen de la recevabilité, la règle est analysée, qu'elle soit ou non soulevée par le défendeur, ce qui contraste avec la solution retenue en droit international général<sup>64</sup>. Tout bien considéré, même en l'absence d'exception d'irrecevabilité soulevée par le défendeur pour non-épuisement des voies de recours internes, le juge analyse la question *proprio motu*<sup>65</sup>. Cela trouve une base légale dans l'article 39 du Règlement intérieur de la Cour<sup>66</sup> et vient conforter ce que disait la Cour dans l'affaire *Peter Joseph Chacha c. Tanzanie* : « [I]'épuisement des voies de recours internes est une exigence du droit international et non

62. C'est parfois le cas en matière d'arbitrage international. Voir Yas BANIFATEMI et Emmanuel JACOMY, « Compétence et recevabilité dans le droit de l'arbitrage en matière d'investissement », dans Charles LEBEN (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, p. 773.

63. Voir l'article 56 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*.

64. Voir, par exemple, l'*Affaire de l'Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, préc., note 16 : dans cet arrêt, la Cour reconnaît la possibilité pour les parties de révoquer expressément la règle de l'épuisement des voies de recours internes (par. 50). Cette possibilité est aussi présente dans l'arbitrage international : voir, à ce propos, Andrea K. BJORKLUND, « Waiver of Local Remedies and Limitation Period », dans Meg KINNEAR et autres (dir.), *Building International Investment Law. The First 50 Years of ICSID*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2015, p. 237.

65. Voir L. CHENWI, préc., note 28, 386.

66. Selon l'article 39 du *Règlement intérieur intérimaire de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples du 20 juin 2008* :



une question de choix<sup>67</sup> ». Cependant, qu'en est-il lorsque l'État défendeur reconnaît lui-même que les voies de recours internes ont été épuisées par le requérant ? La Cour peut-elle être plus royaliste que le roi (l'État défendeur) ? C'est tout l'intérêt de l'affaire *Mkandawire*<sup>68</sup>, premier arrêt dans lequel la Cour a conclu à l'irrecevabilité de la requête pour non-épuisement des voies de recours internes. Dans cette affaire, l'aspect intéressant est que le requérant avait d'abord saisi la Commission avant de s'adresser à la Cour. Devant la première, l'État défendeur avait déclaré qu'« il n'y avait pas à discuter sur le fait que le requérant a épuisé toutes les voies de recours du Malawi<sup>69</sup> ». En se fondant sur le fait que l'État admet l'épuisement des voies de recours internes, la Commission a conclu à la recevabilité de la requête<sup>70</sup>. Toutefois, avant qu'elle ne puisse se prononcer sur le fond, le requérant avait retiré sa plainte et en avait saisi la Cour<sup>71</sup>. Devant cette dernière, l'État défendeur n'a pas soulevé d'exception de non-épuisement des recours internes, mais la Cour a considéré de son devoir de faire respecter les dispositions du Protocole et de la Charte. À ses yeux, « [l]e fait pour le Défendeur de ne pas soulever la question [...] ne peut pas rendre recevable une requête qui est autrement irrecevable<sup>72</sup> ». Elle a ainsi décidé de procéder *proprio motu* à l'examen de la recevabilité de la requête au regard de la règle de l'épuisement des voies de recours internes et a conclu au non-respect de cette exigence conduisant au rejet de la requête. À noter que la Cour ne mentionne nullement la position de l'État défendeur devant la Commission qui reconnaissait que les voies de recours internes sont épuisées. Dès lors, deux lectures peuvent être faites : soit la Cour estime qu'elle n'a pas à tenir compte de cet aspect dans sa procédure interne, soit elle considère que, peu importe la position de l'État défendeur, elle a le devoir de se prononcer sur la règle de l'épuisement des voies de recours

---

1. La Cour procède à un examen préliminaire de sa compétence et des conditions de recevabilité de la requête telles que prévues par les articles 50 et 56 de la Charte et l'article 40 du présent Règlement. 2. À cette fin, la Cour peut demander aux parties de lui soumettre tous renseignements relatifs aux faits, tous documents ou tous autres éléments qu'elle juge pertinents.

67. *Peter Joseph Chacha c. Tanzanie*, n° 003/2012, 28 mars 2014, (2014) 1 RJCA 413, par. 142 (ci-après « affaire *Peter Joseph Chacha* »).

68. Affaire *Mkandawire*, préc., note 31.

69. *Mkandawire c. Malawi*, n° 357/2008, par. 102.

70. *Id.*, en effet, de l'avis de la Commission, « there is no contention regarding the exhaustion of local remedies by the Complainant from the respondent State. In this regard, article 56 (5) has been duly complied with ».

71. Voir l'affaire *Mkandawire*, préc., note 31, par. 4.

72. *Id.*, par. 37.

internes. Cette seconde version semble l'emporter au regard de l'opinion dissidente conjointe des juges Nyugeko et Guissé<sup>73</sup> :

Sans doute la Cour a-t-elle le pouvoir et même le devoir, en vertu de l'article 39 de son Règlement intérieur, d'examiner d'office la recevabilité de la requête, même lorsque l'État défendeur n'a pas soulevé d'exception préliminaire à cet égard. Mais lorsque l'État défendeur lui-même – qui est censé bien connaître les voies de recours de son système judiciaire interne, et qui a intérêt à soulever une exception d'irrecevabilité de la requête – reconnaît que les voies de recours internes ont été épuisées, lorsque la Commission, au terme d'un examen des circonstances de l'affaire aboutit à la même conclusion, la Cour doit avoir de sérieuses raisons pour passer outre cet accord général, et conclure au non-épuisement des voies de recours internes<sup>74</sup>.

Au final, la Cour se met dans une posture hautement protectrice des États en faisant passer le message selon lequel la règle de l'épuisement des voies de recours internes couvre l'État, même si ce dernier ne la soulève pas ou n'y émet aucune objection, voire y renonce, ce qui contraste avec la solution retenue en droit international de la protection diplomatique<sup>75</sup>, en droit international des investissements internationaux<sup>76</sup> et dans la position de la Commission<sup>77</sup>. Une dynamique protectrice identique est aussi présente au moment de l'analyse de la preuve de l'épuisement des voies de recours internes.

### 1.2.2 La preuve de la règle de l'épuisement des voies de recours internes

Pour sa part, la preuve de l'épuisement des voies de recours internes repose, selon la Cour, sur le requérant. Ce dernier doit apporter la preuve d'avoir épuisé ou essayé d'épuiser toutes les voies de recours internes mises à sa disposition. L'absence d'une telle preuve conduit à l'irrecevabilité de la requête. La présence et l'analyse des éléments de preuve par la Cour constituent donc une opération importante dans la procédure contentieuse. Comme le note la Cour, dans l'affaire *Diakité c. Mali*, « il appartient au plaignant d'entreprendre toutes les démarches nécessaires pour épuiser ou au moins essayer d'épuiser les recours internes [...] il ne suffit pas que le plaignant mette en doute l'efficacité des recours internes de l'État du fait

73. *Id.* (jj. Nyugeko et Guissé, motifs dissidents). Voir Telesphore ONDO, « Les opinions séparées des juges à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », R.T.D.H. 2015.941.

74. Affaire *Mkandawire*, préc., note 31, (jj. Nyugeko et Guissé, motifs dissidents), par. 13.

75. Voir l'article 15 du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique dans le *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session (1<sup>er</sup> mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006)*, préc., note 13.

76. Voir l'affaire *Emilio Agustin Maffezini c. Royaume d'Espagne*, n° ARB/97/7, par. 22.

77. *Mkandawire c. Malawi*, préc., note 69.

d'incidences isolées<sup>78</sup> ». Ainsi, concrètement, les requérants doivent joindre tous les éléments de preuve pertinents attestant l'épuisement des voies de recours internes (copies du jugement, des mémoires, d'ordonnances d'*habeas corpus*, etc.)<sup>79</sup>. Telle est l'essence de l'article 34 (4) du Règlement intérieur de la Cour selon lequel « la requête doit [...] comporter la preuve de l'épuisement des voies de recours internes ou de leur prolongation anormale ». Dans l'affaire *Franck David Omary et autres c. Tanzanie*, la Cour a, par exemple, fait observer que les requérants n'ont pas fourni la preuve de la clôture de leur action devant les juridictions internes<sup>80</sup>. De même, en vertu de l'article 39 du Règlement intérieur de la Cour, cette dernière peut, *suo motu*, demander aux parties de lui fournir tout document ou tout élément de preuve qu'elle juge pertinent.

La charge de la preuve incombant au requérant ne devrait toutefois pas être interprétée de manière restrictive, au point de vider le droit d'accès effectif à la Cour de sa substance et de son sens. Elle doit être interprétée en tenant compte du contexte juridique et politique général, ainsi que de la situation personnelle du requérant. Dans l'affaire *Peter Joseph Chacha*<sup>81</sup>, la Cour a conclu que le requérant n'a pas apporté la preuve de l'épuisement des voies de recours internes, malgré toutes les tentatives de recours devant différentes juridictions tanzaniennes. Cette position de la majorité n'a pas convaincu, outre mesure, les juges Akufo, Thomson, Kioko et Ouguerouz. Ce dernier a dénoncé, dans ses opinions dissidentes, une vision très formaliste de la Cour<sup>82</sup> et, par conséquent, hautement protectrice des États. Il a invité la Cour, en tenant compte des circonstances spécifiques de l'affaire, à aller plus loin dans l'analyse et dans la répartition de la charge de la preuve. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pourrait, à cet égard, servir de référence. Selon celle-ci, « l'article 35 § 1 de la Convention prévoit une répartition de la charge de la preuve. Pour ce qui concerne le Gouvernement, lorsqu'il excipe du non-épuisement, il doit convaincre la Cour que le recours était effectif et disponible tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits<sup>83</sup> ». À vrai dire, lorsque le défendeur soulève l'exception de non-épuisement des voies de recours internes, il doit apporter la preuve de la disponibilité et de l'efficacité de ses voies de recours internes. À partir de ce moment, il

78. *Diakité c. Mali*, n° 009/2016, 28 septembre 2017, (2017) 2 RJCA 122, par. 53.

79. N.J. UDOMBANA, préc., note 29, 17.

80. *Franck David Omary et autres c. Tanzanie*, n° 001/2012, 28 mars 2014, (2014) 1 RJCA 371, par. 135.

81. Affaire *Peter Joseph Chacha*, préc., note 67.

82. *Id.*, (j. Ouguerouz, motifs dissidents), par. 20.

83. *Affaire Scoppola c. Italie (N° 2)*, CEDH n° 10249/03, 17 septembre 2009, § 71.

incombe au requérant de démontrer que cette voie de recours a été épuisée ou qu'elle est inappropriée. Une telle démarche conduirait à une répartition équitable de la charge de la preuve. De l'avis du juge Ouguerouz dans l'affaire *Peter Joseph Chacha*, «la Cour a formulé ses conclusions [...] en se concentrant exclusivement sur le comportement du requérant. Elle n'a pas procédé, comme elle aurait dû le faire, à une évaluation du comportement des autorités judiciaires de l'État défendeur et, ce faisant, elle n'a pas reparti équitablement le fardeau de la preuve entre les Parties à l'instance<sup>84</sup>». Bien que le principe reste que la charge de la preuve incombe au demandeur, le juge peut donc décider, au regard du contexte général de l'affaire, de la répartir équitablement entre les parties au procès. Une telle interprétation dynamique permettrait de contourner parfois les difficultés procédurales systémiques auxquelles peuvent faire face les individus et les ONG devant les juridictions internes. Comme on le voit, l'analyse de la charge de la preuve de l'épuisement des voies de recours internes n'est pas forcément en faveur de la promotion du droit d'accès des individus au prétoire de la Cour, mais se révèle plutôt une posture protectrice des États, ce qui contraste avec la position de la Cour européenne des droits de l'homme qui milite pour une répartition équitable de la charge de la preuve.

L'analyse structurelle de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le contentieux montre sa place importante en tant que règle procédurale, à travers l'examen de la règle et de la preuve de l'épuisement des voies de recours internes. Elle illustre aussi que l'approche de la Cour à ce niveau est hautement protectrice des États, en ce sens qu'elle fait de l'examen de la règle une exigence, même si l'État ne la soulève pas ou y renonce, et parce qu'elle ne répartit pas équitablement la charge de la preuve de l'épuisement des voies de recours internes. Également, en replaçant la règle dans le système, on se rend compte que la Cour l'interprète comme une illustration et une défense de la souveraineté des États. On peut dès lors se demander si l'analyse de la règle ne renforce pas les difficultés d'accès au prétoire de la Cour pour les particuliers, d'autant plus que les contraintes de l'article 34 (6) pèsent encore sur le système<sup>85</sup>. Quoi qu'il en soit, la Cour développe également une approche substantielle qui, quant à elle, est promotrice de l'accès des particuliers à la justice continentale de protection des droits de l'homme.

84. Affaire *Peter Joseph Chacha*, préc., note 67, (j. Ouguerouz, motifs dissidents), par. 31 ; voir aussi le paragraphe 27 (jj. Akuffo, Thomson et Kioko, opinions dissidentes communes).

85. Voir S. DOUMBÉ-BILLÉ, préc., note 40, à la page 587.

## 2 Une approche substantielle promotrice de l'accès des particuliers au prétoire de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

Tandis que l'approche *structurelle* est très largement en faveur du respect de la souveraineté des États, l'approche *substantielle* permet de mieux garantir l'accès à la justice internationale pour les particuliers. Par ailleurs, l'approche structurelle s'intéresse à l'importance ou à la place de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans la structure du système et dans le contentieux des droits de l'homme devant la Cour, alors que l'approche substantielle a été développée dans le contexte de l'application de la règle. Elle s'intéresse aux questions liées à la nature du recours (2.1) et aux critères sur la base desquels le juge considère que la règle est applicable ou non (2.2).

### 2.1 La nature du recours

La notion de recours peut être appréhendée selon une double approche. L'approche *extensive* permet de voir dans la notion de recours toute possibilité offerte au requérant de s'adresser à une autorité, quelle qu'elle soit, pour obtenir réparation quant à une violation des droits de l'homme. L'approche *restrictive* met en avant un contenu précis de la notion de recours au sens de la Charte. À remarquer que la Cour a adhéré à la seconde approche, ce qui permet de mieux garantir l'accès des particuliers à la justice internationale. Comme la Cour l'a relevé récemment, dans une formule synthétique, dans l'affaire *Sébastien Germain Ajavon c. Bénin*, «pour que la règle de l'épuisement des voies de recours [internes] soit remplie, les recours qui devaient être épuisés doivent être des recours judiciaires ordinaires<sup>86</sup>». Les recours visés par la Cour doivent donc répondre à une double condition cumulative : il doit être question de recours judiciaires (2.1.1) et de recours ordinaires (2.1.2).

#### 2.1.1 La nature judiciaire du recours

En droit international général, on a pu relever que les voies de recours à épuiser ne sont pas des recours uniquement de nature judiciaire<sup>87</sup>, mais également de nature administrative, dès l'instant qu'ils permettent de donner satisfaction pour redresser une situation de violation des droits de l'homme<sup>88</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a aussi adopté une telle interprétation dans l'affaire *Klaas c. Allemagne*<sup>89</sup>. La Cour africaine,

86. *Sébastien Germain Ajavon c. Bénin*, préc., note 10, par. 97.

87. Voir N.J. UDOMBANA, préc., note 29, 27.

88. Voir l'*Affaire de l'Interhandel*, préc., note 11.

89. *Klaas c. Allemagne*, n° 15473/89, 22 septembre 1993.

pour sa part, a adopté très tôt la vision restrictive et absolutiste ne reconnaissant comme recours à épuiser que les recours de nature judiciaire. À noter que la Cour s'en tient alors à reprendre la position de la Commission sur la question, selon laquelle « les recours internes dont fait mention l'article 56 (5) [de la Charte] s'entendent des recours introduits devant les tribunaux de l'ordre judiciaire<sup>90</sup> ». Le fait que la juridiction est administrative ou constitutionnelle ou encore qu'elle relève de l'ordre judiciaire *stricto sensu* importe peu. L'essentiel est qu'elle appartienne au troisième pouvoir, érudé dans la théorie classique de la séparation des pouvoirs<sup>91</sup>. C'est ainsi que la Cour exclut toutes les voies de recours qui ne sont pas de nature judiciaire. Telle a été sa position dans son premier arrêt de fond. Dans l'affaire *Tanganyika Law Society, the Legal and Human Rights Centre et Reverend Christopher R. Mtikila c. Tanzanie*<sup>92</sup>, la Cour avait à apprécier une disposition constitutionnelle interdisant les candidatures indépendantes qui voulaient se présenter à un mandat électif (ici les élections présidentielles)<sup>93</sup>. Dans ses exceptions préliminaires, l'État défendeur soulève que la question, conformément à la position de la plus haute juridiction du pays, doit être réglée par le Parlement. Cette voie est donc, selon le défendeur, inexplorée, d'autant plus qu'une commission parlementaire a été mise sur place pour recueillir l'avis du grand public sur la question. Le requérant serait donc en mesure de se prononcer et d'attendre l'issue de cette voie de recours<sup>94</sup>. Se fondant sur les acquis jurisprudentiels en matière de protection des droits de l'homme, la Cour balaie d'un revers de main cet argument de l'État défendeur. C'est d'ailleurs, à juste titre, qu'Alain D. Olinga qualifie d'« étrange » l'insistance de l'État défendeur sur le processus parlementaire qui aurait eu lieu<sup>95</sup>. La Cour caractérise naturellement un tel processus de politique et non judiciaire. Ainsi, « [q]uelle que soit la nature démocratique du processus parlementaire, [celle-ci] ne peut équivaloir à un processus judiciaire indépendant devant lequel on peut faire valoir des droits consacrés par la Charte<sup>96</sup> ». La position de la Cour est donc sans équivoque à ce niveau. Elle repose sur une distinction

90. *Alfred B. Cudjoe c. Ghana*, n° 221/98, 5 mai 1999, par. 14.

91. Voir : MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748 ; JOHN LOCKES, *Traité du gouvernement civil*, 1690.

92. *Tanganyika Law Society, the Legal and Human Rights Centre et Reverend Christopher R. Mtikila c. Tanzanie*, n° 011/2011, 14 juin 2013, (2013) 1 RJCA 34 (ci-après « affaire *Tanganyika Law Society* »).

93. Voir Alain Didier OLINGA, « La première décision au fond de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », R.D.H. 2014.5.6.

94. Affaire *Tanganyika Law Society*, préc., note 92, par. 80.1.

95. A.D. OLINGA, préc., note 93, par. 14.

96. Affaire *Tanganyika Law Society*, préc., note 92, par. 82.3.

claire entre organes politiques et organes juridictionnels. Tandis que les premiers ne rendent pas de véritables décisions et statuent en opportunité, les seconds jugent en droit, et leurs décisions ont vocation à mettre fin à un litige<sup>97</sup>.

Dans un même ordre d'idées, nous pouvons avancer que les recours de nature purement administrative (recours gracieux, recours disciplinaires, etc.) ne sont pas des voies de recours à épuiser au sens de la règle de l'article 56 (5) de la Charte, suivant l'approche restrictive et absolutiste que semble adopter la Cour. Cette dernière l'a d'ailleurs laissé entendre dans l'affaire *Lucien Ikili Rashidi c. Tanzanie*<sup>98</sup>, dans laquelle l'État défendeur exigeait du requérant, se trouvant hors du territoire, qu'il adresse une demande de levée d'interdiction au ministère de l'Intérieur avant de pouvoir saisir les juridictions. Comme le requérant ne l'a pas fait, l'État défendeur a considéré que les voies de recours n'étaient pas épuisées. En effet, on se trouve alors dans une hypothèse de recours administratif préalable obligatoire avant de pouvoir saisir les juridictions compétentes. Toutefois, la Cour refuse d'envisager une demande formulée à une autorité administrative comme un recours au sens de l'article 56 (5) de la Charte. Selon la Cour, la « demande adressée au ministère de l'Intérieur » n'est pas un recours judiciaire<sup>99</sup>.

Toutefois, il convient de noter, à ce niveau, que la Commission a abandonné une telle vision absolutiste que la Cour fait sienne, et ce, au profit d'une vision utilitariste ou fonctionnelle. Dans les affaires *Hammadi Kammoun c. Tunisie*<sup>100</sup> et *Geneviève Mbiankeu c. Cameroun*<sup>101</sup>, la Commission a reconnu que les recours de nature administrative ou autre, dès lors qu'ils sont prévus et fonctionnent dans l'ordre interne, entrent dans la catégorie des recours à épuiser. Selon la Commission, dans l'hypothèse où les recours administratifs seraient prévus par le droit interne, de tels recours sont à épuiser s'ils demeurent disponibles et efficaces<sup>102</sup>. De même, dans l'affaire *Mouvement des réfugiés mauritaniens au Sénégal pour la défense des droits de l'homme c. Sénégal*<sup>103</sup>, la Commission a admis que

97. Jean GUINAND, «La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme», (1968) *R.B.D.I.* 471,474.

98. *Lucien Ikili Rashidi c. Tanzanie*, n° 009/2015, 28 mars 2019.

99. *Id.*, par. 44.

100. *Hammadi Kammoun c. Tunisie*, n° 366/09, 2014.

101. *Geneviève Mbiankeu c. Cameroun*, n° 389/10, 2015.

102. *Id.*, par. 66.

103. *Mouvement des réfugiés mauritaniens au Sénégal pour la défense des droits de l'homme c. Sénégal*, n° 254/02, 29 mai 2003, par. 19-21.



les recours administratifs préalables devant le gouverneur, le ministre de l'Intérieur et le premier ministre sont des recours à épuiser au sens de l'article 56 (5), bien qu'ils soient de nature purement administrative et non judiciaire. En effet, dans le droit de l'État en question (et c'est généralement le cas dans les États de tradition civiliste), ces recours administratifs constituent un préalable obligatoire avant de saisir les juridictions<sup>104</sup>. À cet égard, la Commission ne saurait les ignorer pour ne viser que les recours judiciaires<sup>105</sup>. La Cour, quant à elle, reste encore dans la vision absolutiste et restrictive<sup>106</sup>, ne reconnaissant que les recours de nature judiciaire, ce qui lui permet de garantir au mieux le droit d'accès à la juridiction continentale de protection des droits de l'homme.

Il est donc établi que les recours à épuiser s'avèrent de nature judiciaire. Pourtant, toutes les voies de recours judiciaires ne sont pas à épuiser. Il faut en outre qu'elles soient ordinaires.

### 2.1.2 La nature ordinaire du recours

La Cour exige, en plus de la nature judiciaire, la nature ordinaire des voies de recours internes au sens de l'article 56 (5) de la Charte. Cette exigence est propre au système africain de protection des droits de l'homme. Elle ne figure pas dans le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ni dans le droit de la protection diplomatique, pas plus qu'en matière d'arbitrage international. Elle trouve plutôt ses racines dans la jurisprudence de la Commission africaine, reprise par la Cour. De jurisprudence constante, la Commission africaine a toujours soutenu que les recours auxquels il est fait référence à l'article 56 (5) de la Charte sont des recours ordinaires<sup>107</sup>. Dans l'affaire *Institute for Human Rights and Development in Africa et Association mauritanienne des droits de l'Homme c. Mauritanie*, la Commission note que les recours ordinaires sont «des recours courants

104. Voir FRANCE, CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, SECTION DU RAPPORT ET DES ÉTUDES, *Les recours administratifs préalables obligatoires: étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 29 mai 2008*, Paris, La Documentation française, 2008.

105. Cette position est aussi celle du Comité des droits de l'homme des Nations unies, notamment dans sa communication *Sankara et al. c. Burkina Faso*, n° 1159/2003, 28 mars 2006, par. 64.

106. Pour une critique de cette vision absolutiste, voir Segnonna H. ADJOLOHUM, «Les grands silences jurisprudentiels de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples», (2018) 2 *Annuaire africain des droits de l'homme* 24, 36.

107. COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES, *28<sup>e</sup> rapport d'activités de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*, 19-23 juillet 2010, annexe III; *Southern African Human Rights NGO Network et autres c. Tanzanie*, n° 333/2006, par. 64.



qui existent dans les juridictions et normalement accessibles aux personnes en quête de justice<sup>108</sup> ». La Cour reprend systématiquement cette exigence en essayant d'en établir les critères. Ainsi, il en ressort qu'un recours n'est pas ordinaire s'il ne relève pas de soi, s'il impose une autorisation préalable pour des raisons spéciales et s'il est accordé de manière discrétionnaire<sup>109</sup>. Il en résulte que le caractère discrétionnaire et le caractère exceptionnel d'une voie de recours semblent placer cette dernière dans la catégorie des recours extraordinaires, donc exclus du giron de l'article 56 (5) de la Charte. En appliquant de tels critères, la Cour développe systématiquement une jurisprudence considérant les recours en révision et certains recours en inconstitutionnalité comme des recours extraordinaires.

Les recours en révision, de leur côté, permettent de demander, dans des cas très limités, le réexamen d'une décision définitive en raison d'une erreur qui aurait entaché ladite décision. Ces recours supposent que la décision attaquée soit passée en force de chose jugée, c'est-à-dire qu'elle ne soit pas ou plus susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution et qu'elle puisse, par conséquent, être mise à exécution sans attendre<sup>110</sup>. La Cour considère de telles voies de recours comme des recours inopérants, car ils sont extraordinaires. C'est du moins la conclusion à laquelle elle parvient en analysant les situations tanzanienne et rwandaise.

Dans la situation tanzanienne, le juge rejette systématiquement les recours en révision soulevés par l'État comme recours à épuiser. À noter que, dans l'ordre juridique tanzanien, il y a deux niveaux de juridiction : la Haute Cour, comme juridiction de première instance, et la Cour d'appel, comme juridiction de dernier ressort. Les décisions de la Cour d'appel peuvent faire l'objet d'une demande en révision devant cette même cour. Dans les nombreuses affaires impliquant l'État tanzanien devant la Cour, celui-ci soulève très souvent le non-épuisement des recours en révision devant la Cour d'appel. Dans l'affaire *Alex Thomas c. Tanzanie*, la Cour considère clairement qu'« une demande en révision est un recours extraordinaire étant donné que l'autorisation donnée par la Cour d'appel pour une révision de sa décision se fonde sur des moyens spécifiques et qu'elle n'est accordée qu'à la discrétion de la Cour<sup>111</sup> ». La Cour s'appuie en effet sur la loi tanzanienne pour déterminer les caractères exceptionnel et discrétionnaire de cette voie de recours. Ainsi, le caractère exceptionnel (et donc

108. *Institute for Human Rights and Development in Africa et Association mauritanienne des droits de l'Homme c. Mauritanie*, n° 242/01, 4 juin 2004.

109. Voir S.H. ADJOLOHUM, préc., note 106.

110. Voir Thierry DEBARD et Serge GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 27<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2019.

111. *Alex Thomas c. Tanzanie*, n° 005/2013, 20 novembre 2015, (2015) 1 RJCA 482, par. 63.

non courant) se justifie par les conditions spécifiques et restrictives qui entourent l'accès à cette voie de recours<sup>112</sup> et le caractère discrétionnaire, par la marge de manœuvre dont dispose le juge pour apprécier la recevabilité ou non d'un tel recours. On trouve systématiquement la même logique argumentaire dans l'examen de la recevabilité des affaires portées devant la Cour contre la Tanzanie<sup>113</sup>.

Dans la situation rwandaise, la Cour a eu aussi à appliquer les critères « discrétionnaire et exceptionnel » pour qualifier les recours en révision devant la Cour suprême de recours extraordinaires. Par exemple, dans l'affaire *Umuhoza c. Rwanda*<sup>114</sup>, le défendeur soulevait que la requérante n'a pas saisi la Cour suprême d'une requête en révision d'une décision qu'elle estime injuste et que, de ce fait, elle n'a pas respecté les exigences de l'article 56 (5) quant à l'épuisement des voies de recours internes<sup>115</sup>. Se fondant sur les « précédents tanzaniens<sup>116</sup> », la requérante soutenait que l'action intentée pour l'examen d'une décision judiciaire irrévocable entachée d'injustice constitue un recours extraordinaire<sup>117</sup>. La réponse de la Cour, ou plutôt l'argumentation qui sera utilisée, permettra de savoir si le juge d'Arusha classe *in abstracto* les recours en révision dans la catégorie des recours extraordinaires ou s'il le fait sur la base d'une analyse *in concreto*. La Cour s'inscrit dans la seconde logique. Certes, elle aurait pu dire que les recours en révision sont qualifiés de recours extraordinaires dans les cas tanzaniens et généraliser la solution. Cependant, la Cour semble admettre la possibilité qu'un recours en révision soit un recours ordinaire, donc épuisable, s'il respecte les conditions d'efficacité, de disponibilité et de satisfaction, autrement dit, s'il se révèle de nature à redresser une violation des droits de l'homme<sup>118</sup>. La Cour procède ainsi à un test des recours en révision rwandais afin de voir s'ils sont discrétionnaires et exceptionnels. Le caractère discrétionnaire est, en l'espèce, attesté par le rôle que joue le

112. En l'espèce, selon l'article 66 (1) du *Règlement de procédure de la Cour d'appel tanzanienne* :

[L]a Cour peut réviser son ordonnance ou un jugement, mais aucune requête en révision n'est examinée que si elle remplit les critères ci-après : a) la décision était basée sur une erreur manifeste qui a entraîné un déni de justice ; b) l'une des parties a été privée de la possibilité de défendre sa cause ; c) la décision de la Cour est nulle et sans effet ; d) la Cour n'a pas compétence pour examiner l'affaire ; e) le jugement a été obtenu de manière illégale, par fraude ou faux témoignage.

113. *Alex Thomas c. Tanzanie*, préc., note 111.

114. *Umohoza c. Rwanda*, n° 003/2014, 24 novembre 2017, (2017) 2 RJCA 171.

115. *Id.*, par. 65.

116. *Lucien Ikilli Rachidi c. Tanzanie*, préc., note 98.

117. *Umohoza c. Rwanda*, préc., note 114, par. 68.

118. *Id.*, par. 73. Voir aussi l'analyse de L. CHENWI, préc., note 28, 383.

médiateur (*ombudsman*) dans le déclenchement de la procédure de recours en révision. En réalité, le médiateur est le seul compétent pour saisir la Cour suprême des recours en révision, selon la loi rwandaise. Les parties au procès ne peuvent donc exercer une action directe. Elles doivent plutôt s'adresser au médiateur : celui-ci dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour donner suite à la demande et en informer ou non la Cour suprême. Le caractère exceptionnel, en plus du rôle joué par le médiateur, se déduit de la nature restrictive des motifs avancés pour introduire un recours en révision. Il faut en effet fournir les preuves incontestables de corruption, de népotisme et de favoritisme ayant motivé le jugement ou l'arrêt, ou encore démontrer que le juge a ignoré des dispositions légales ou des preuves de façon flagrante<sup>119</sup>. La Cour conclut de cette manière : « compte tenu des circonstances de l'espèce, une requête en révision dans le système juridique rwandais est un recours extraordinaire [qui] ne constituerait pas un recours efficace et efficient que la requérante n'a pas exercé<sup>120</sup> ».

Concernant les recours en inconstitutionnalité, la logique n'est pas aussi claire que pour l'analyse des recours en révision. Au tribunal, le juge les aborde tantôt sous l'angle de leur nature « de recours ordinaires ou extraordinaires », tantôt sous l'angle de « recours disponibles ou non disponibles ». Dans la situation tanzanienne, le juge d'Arusha qualifie le recours en inconstitutionnalité de « voie de recours extraordinaire ». En effet, dans le système juridique tanzanien, le contrôle de constitutionnalité des droits fondamentaux et devoirs de l'homme n'est pas un recours de droit commun. Selon l'article 8 (2) de la loi tanzanienne sur la mise en œuvre des droits fondamentaux et des devoirs, la Haute Cour (juridiction de premier degré) est compétente pour exercer un contrôle de constitutionnalité des droits et libertés garantis par la Constitution, ce qui nous place dans l'hypothèse du contrôle de constitutionnalité diffus<sup>121</sup>. Toutefois, elle « n'exerce pas sa compétence [...], dès lors qu'elle est convaincue que les moyens de recours adéquats pour redresser la violation sont ou étaient disponibles dans le cadre de toute autre loi ou que la requête est simplement fantaisiste ou vexatoire<sup>122</sup> ». Le libellé de cette disposition montre le caractère à la fois exceptionnel et discrétionnaire de cette voie de recours. Il revient à la Haute Cour de déterminer si telle requête présentée sur le fondement d'une violation des droits fondamentaux constitutionnels se

119. Voir l'article 81 de la *Loi organique n° 03/2012/OL du 13 juin 2012 portant organisation, fonctionnement et compétence de la Cour suprême* (Rwanda).

120. *Umohoza c. Rwanda*, préc., note 114, par. 72.

121. Voir Ibrahim DIALLO, « À la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle », (2004) 20 *A.I.J.C.* 93.

122. *Basic Rights and Duties Enforcement Act*, n° 33, 1994.

révèle « vexatoire ou fantaisiste ». Mieux, les recours en inconstitutionnalité ne sont examinés que lorsque d'autres voies de recours ne sont pas possibles. Ils s'avèrent ainsi exceptionnels et discrétionnaires, ce qui permet à la Cour de les qualifier, dans le système juridique tanzanien, de recours extraordinaires<sup>123</sup>. Selon cette dernière, dans l'affaire *Onyanchi et Njoka c. Tanzanie*, si « un recours en inconstitutionnalité est un recours qui n'est pas commun, qui n'est pas de droit et qui ne peut être exercé qu'à titre exceptionnel », c'est alors un recours extraordinaire<sup>124</sup>, et les particuliers ne sont donc pas tenus de l'épuiser.

Toutefois, dans des affaires mettant en cause certains pays d'Afrique qui ont adopté le modèle français de justice constitutionnelle, le juge apprécie de telles voies de recours sous l'angle de la disponibilité, et ne les qualifie pas *in abstracto* de « recours extraordinaires ». Il en est de même dans l'affaire *APDF et IHRDA c. Mali*<sup>125</sup> dans laquelle les requérants contestaient la conformité du Code de la famille malien à la Charte et au Protocole de Maputo protégeant les droits de la femme. L'État défendeur faisant observer que la possibilité de saisir le juge constitutionnel d'un contrôle de conformité de la loi en question à la Constitution étant offerte, les voies de recours internes ne sont donc pas épuisées. Le juge d'Arusha écarte rapidement l'argument en considérant cette voie de recours comme non disponible pour les requérants dans la mesure où le droit de saisine du juge constitutionnel n'appartient qu'aux autorités publiques<sup>126</sup>. La même interprétation a été retenue dans l'affaire *Actions pour la protection des droits de l'homme (APDH) c. Côte d'Ivoire*<sup>127</sup>, dans la mesure où les recours en inconstitutionnalité ne sont ouverts aux ONG que lorsqu'il est question de contester une loi relative aux libertés publiques, ce qui n'était pas le cas, en l'espèce. Finalement, on se demande si ces voies de recours ne sont pas extraordinaires en appliquant les critères de « discrétion » et d' « exception ». Quoi qu'il en soit, nous soutenons, à la suite d'Horace Adjolohoun, qu'il y a un « silence par imprécision » dans la conception des recours ordinaires<sup>128</sup>.

L'exigence de recours de nature judiciaire et ordinaire ainsi que l'interprétation restrictive qui en résulte permettent à la Cour de déjouer le piège

123. *Mohamed Abubakari c. Tanzanie*, n° 007/2013, 3 juin 2016, (2016) 1 RJCA 624, par. 70.

124. *Onyanchi et Njoka c. Tanzanie*, n° 003/2015, 28 septembre 2017, (2017) 2 RJCA 67, par. 56.

125. *APDF et IHRDA c. Mali*, n° 046/2016, 11 mai 2018, (2018) 2 RJCA 393.

126. *Id.*, par. 40 et suiv.

127. *Actions pour la protection des droits de l'homme (APDH) c. Côte d'Ivoire*, n° 001/2014, 18 novembre 2016, (2016) 1 RJCA 697, par. 99 et suiv. (ci-après « affaire APDH »).

128. S.H. ADJLOHOUN, préc., note 106.

des recours « fantaisistes », ceux-ci ne servant qu'à ralentir la procédure et à rendre plus complexe l'accès au prétoire. Par cette démarche, la Cour s'inscrit dans une logique promotrice du droit d'accès des particuliers à la justice continentale de protection des droits de l'homme, ce qui contraste, sur certains points, avec les solutions retenues en droit international général et le système de la Convention européenne des droits de l'homme. La même démarche a été retenue dans l'analyse substantielle des critères du recours.

## 2.2 Les critères du recours

Une fois les types de recours déterminés, le juge d'Arusha procède à un second test ayant l'allure d'une analyse qualitative des voies de recours internes. Ce test permet de voir si les voies de recours « judiciaires et ordinaires » présentent, en outre, les qualités requises pour permettre de remplir au mieux « la fonction de juger ». Les critères visés à ce niveau sont qualifiés d'exception à la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Certains d'entre eux (disponibilité, efficacité et suffisance) sont dégagés par le juge, tandis que celui de la « prolongation de façon anormale de la procédure » est prévu par la Charte elle-même<sup>129</sup>.

### 2.2.1 Le critère de la prolongation anormale de la procédure des recours

Selon l'article 56 (5) de la Charte, les requêtes devant la Cour doivent « [ê]tre postérieures à l'épuisement des recours internes s'ils existent, à moins qu'il ne soit manifeste à la Commission que la procédure de ces recours se prolonge de façon anormale ». Le texte pose ainsi une exception à la règle. Somme toute, dans l'hypothèse d'une procédure interne qui se « prolongerait de façon anormale », les requérants ne seraient pas obligés d'observer l'exigence de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. On voit très rapidement la connexité de cette exception à la règle de fond de l'article 7 de la Charte qui assure le droit pour toute personne que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable. C'est, d'ailleurs, pour cette raison que la Cour a décidé, dans la célèbre affaire *Ayants droit de feu Norbert Zongo et autres c. Burkina Faso*<sup>130</sup>, de joindre l'analyse de la recevabilité en ce qui concerne l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes à l'analyse de fond sur l'allégation de violation des droits

129. Voir l'affaire *Lohé Issa Konaté*, préc., note 55, par. 77.

130. *Ayants droit de feu Norbert Zongo et autres c. Burkina Faso*, n° 013/2011, 21 juin 2013, (2013) 1 RJCA 204.

des requérants et à la nécessité que leur cause soit entendue dans un délai raisonnable<sup>131</sup>.

Toutefois, si la formulation de l'exception paraît limpide, sa mise en œuvre par le juge d'Arusha fait appel à un travail d'interprétation. Ainsi, trois questions se posent naturellement :

- 1) Qu'est-ce qu'une procédure de recours ?
- 2) Comment apprécier la prolongation d'une procédure de recours ?
- 3) Dans quelle mesure la prolongation est-elle anormale ?

Dans l'arrêt de fond sur l'affaire *Norbert Zongo*<sup>132</sup>, la Cour a eu à préciser la notion de « procédure de recours », les parties au procès ne s'entendant pas sur les recours à prendre en considération afin d'en apprécier, d'une part, la prolongation et, d'autre part, le cas échéant, le caractère normal ou non de ladite prolongation. Selon l'État défendeur, la prolongation anormale doit être « appréciée dans le seul chef du ou des recours disponibles et efficaces non utilisés mais non sur l'ensemble d'une procédure<sup>133</sup> ». Dans le cas d'espèce, les requérants n'ont pas saisi la juridiction suprême, soit la Cour de cassation : ils ont argué qu'une procédure devant cette cour dure en moyenne 5 ans, alors qu'ils avaient déjà perdu 9 ans devant les juridictions de premier degré<sup>134</sup>. Pour l'État défendeur, le recours devant la Cour de cassation n'étant pas utilisé, la question de la prolongation anormale doit être écartée. Il fallait ainsi, pour la Cour, éclaircir la notion de procédure de recours au sens de l'article 56 (5) de la Charte. Et, selon la Cour, la procédure de recours visée concerne l'ensemble des recours internes, c'est-à-dire les recours exercés et les recours susceptibles d'être exercés. Le libellé de l'article 56 (5) ne comporte donc aucune disposition tendant à limiter le critère de la prolongation anormale aux seuls recours non encore utilisés, comme le laissait entendre le gouvernement. D'ailleurs, du point de vue purement pratique, il sera difficile d'évaluer la longueur d'une procédure non utilisée par les requérants.

Concernant la prolongation de la procédure, la Cour adopte une démarche *in concreto*<sup>135</sup> qui illustre toute sa pertinence. Il serait quand même techniquement difficile de fixer une durée minimale au-delà de laquelle la procédure serait considérée comme prolongée. D'ailleurs, la

131. *Id.*, par. 102 et 103.

132. *Ayants droit de feu Norbert Zongo et autres c. Burkina Faso*, n° 013/2011, 28 mars 2014, (2014) 1 RJCA 226 (ci-après « affaire *Norbert Zongo* »).

133. *Id.*, par. 72.

134. *Id.*, par. 83.

135. *Id.*, par. 92.

Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme préconisent la même approche, ce qui n'est peut-être pas le cas pour la question spécifique de l'autre condition de recevabilité, soit le délai raisonnable dans la saisine de la Cour<sup>136</sup>. Afin d'apprécier la durée de la procédure dans l'affaire *Norbert Zongo*, par une démarche empreinte de pragmatisme, la Cour a donc cherché à définir le *dies a quo* et le *dies ad quem* de la procédure, d'autant plus que cette question était en discussion entre les parties. Pour la Cour, le *dies a quo*, ou date de départ de la procédure, est celui où la justice de l'État défendeur a commencé à s'occuper de l'affaire. Puisqu'il est question, en l'espèce, d'une affaire de meurtre, la date dont le tribunal doit tenir compte dans le calcul de la durée de la procédure est celle de la constatation sur les lieux du crime par la police<sup>137</sup>. Par ailleurs, le *dies ad quem*, ou date de clôture de la procédure, est dans ce cas précis celui de l'expiration des délais de pourvoi en cassation<sup>138</sup>. Au total, la durée de la procédure est de 7 ans, 8 mois et 10 jours, ce que la Cour considère comme «une procédure prolongée» au sens de l'article 56 (5) de la Charte. Dans l'affaire *Marian Kouma et un autre c. Mali*<sup>139</sup>, la Cour retient la date de saisine du tribunal de première instance jusqu'au prononcé du jugement, soit 8 jours, et la date de saisine de la Cour d'appel jusqu'au jour où elle a rendu son arrêt, soit 25 jours. La Cour considère une telle durée comme non prolongée<sup>140</sup>.

Toutefois, le fait de conclure que la procédure est prolongée ne suffit pas pour que l'exception prévue par l'article 56 (5) de la Charte devienne opérationnelle. Il faut en plus que cette prolongation soit anormale. Cela signifie que ladite exception ne saurait être retenue si le défendeur peut démontrer que la procédure s'est prolongée «de façon normale<sup>141</sup>». Ainsi, ce qui est anormal correspond littéralement à ce qui ne trouve pas de justification valable. Bref, lorsque des raisons valables peuvent justifier la prolongation de la procédure dans une affaire, il n'y a pas lieu de qualifier la prolongation d'anormale. Ce serait le cas, par exemple, d'un pays aux prises avec une crise interne qui nuirait au fonctionnement habituel de la magistrature.

---

136. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a fixé un délai de 6 mois comme délai raisonnable de saisine, alors que la Cour africaine refuse une telle démarche et préfère apprécier le caractère raisonnable ou non du délai en fonction du contexte de chaque affaire.

137. Affaire *Norbert Zongo*, préc., note 132, par. 104.

138. *Id.*, par. 105.

139. *Mariam Kouma et un autre c. Mali*, n° 040/2016, 21 mars 2018, (2018) 2 RJCA 246.

140. *Id.*, par. 42.

141. *Wilfred Onyango Nganyi et 9 autres c. Tanzanie*, n° 006/2013, 18 mars 2016, (2016) 1 RJCA 526, par. 90.

L'analyse du caractère normal ou anormal de la prolongation de la procédure ne saurait donc se faire que suivant une démarche casuistique. La Cour a utilisé cette démarche méthodologique, en précisant tenir compte «de la complexité de l'affaire ou de la procédure y relative, du comportement des parties elles-mêmes et [de] celui des autorités judiciaires pour déterminer si ces dernières ont affiché une passivité ou une négligence certaine<sup>142</sup>». La Commission africaine a également fait sienne cette approche, en mentionnant que, même si elle n'a pas formulé de définition standard de l'expression «prolongée de façon anormale», elle peut être guidée par les circonstances et le contexte de chaque affaire et par la doctrine de la common law du «test de l'homme raisonnable<sup>143</sup>». C'est ainsi que la Cour procède à une analyse des éléments de fait et de droit afin de déterminer si l'affaire présente une particulière complexité rendant «normale» la prolongation de la procédure. Dans l'affaire *Norbert Zongo*, l'État défendeur reconnaît une prolongation de la durée de l'instruction du dossier, mais il soutient que cette durée est «liée à la complexité du dossier, à l'absence de preuves formelles concernant l'identification des auteurs et au souci des juridictions de respecter la présomption d'innocence<sup>144</sup>». Donc, l'État s'attache en l'espèce à démontrer le truisme selon lequel «plus l'affaire est complexe, plus la durée est longue». Dans ce cas de figure, la Cour cherche le bien-fondé de la complexité d'une affaire, tâche qui ne se révèle pas forcément simple et qui nécessite une évaluation minutieuse des éléments de fait, de droit et de procédure. En l'espèce, la Cour affirme que l'État défendeur ne démontre pas en quoi l'affaire *Norbert Zongo* est plus compliquée que d'autres affaires d'assassinat commis sans témoins oculaires. En effet, un État ne peut pas se fonder sur l'absence ou la présence de témoins oculaires pour justifier la complexité ou non d'un dossier. Il lui revient de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour retrouver les auteurs présumés d'un assassinat, même lorsqu'ils sont, au départ, inconnus<sup>145</sup>. Dans l'affaire *Wilfred Onyango Nganyi et 9 autres c. Tanzanie*, la Cour se livre au même exercice en évaluant les arguments juridiques et factuels avancés par l'État défendeur pour justifier la complexité de l'affaire et juge que de tels arguments ne sont pas, en l'espèce, de nature à justifier la prolongation de la procédure<sup>146</sup>. Dans cette

142. Affaire *Norbert Zongo*, préc., note 132, par. 92; *Mariam Kouma et un autre c. Mali*, préc., note 139, par. 37.

143. *Zimbabwe Lawyers for Human Rights et Institute for Human Rights and Development in Africa c. Zimbabwe*, n° 293/04, 22 mai 2008, par. 116.

144. Affaire *Norbert Zongo*, préc., note 132, par. 75.

145. *Id.*, par. 94.

146. *Wilfred Onyango Nganyi et 9 autres c. Tanzanie*, préc., note 141, par. 94.



affaire, la Cour montre du doigt la passivité des juridictions nationales pour conclure au caractère anormal de la prolongation de la durée.

Il se peut aussi que la Cour attire l'attention sur le comportement des requérants. Ces derniers ont la responsabilité de contribuer à la célérité de la procédure, ou du moins de ne pas être, par leurs comportements, source de lenteur. Dans cette hypothèse, la Cour peut se prononcer sur le caractère normal de la prolongation de la procédure et rejeter l'exception de l'article 56 (5) de la Charte. La célérité d'une procédure nécessite effectivement une coopération des parties au procès pour éviter des retards indus. Par exemple, dans l'affaire *Mariam Kouma et un autre c. Mali*, la Cour a rejeté l'exception de «prolongation anormale de la procédure» soulevée par la requérante, au motif que c'est cette dernière elle-même qui a tardé à mettre à la disposition du juge les pièces médicales permettant d'évaluer le préjudice et de statuer sur la réparation<sup>147</sup>.

L'exception prévue par la Charte est donc précisée par la Cour selon une démarche casuistique permettant de faire ressortir les éléments caractéristiques d'une procédure prolongée de façon anormale. Dans certains cas, la Cour ajoute, au-delà du texte, d'autres critères, que l'on peut qualifier de prétoriens, qui constitueront éventuellement une exception à l'obligation de l'épuisement des voies de recours internes<sup>148</sup>.

### 2.2.2 Les critères de disponibilité, d'efficacité et de suffisance

La Cour africaine, reprenant la jurisprudence constante de la Commission et des autres cours régionales, consacre une exception prétorienne à l'obligation de l'épuisement des voies de recours internes. En vérité, les recours internes qui doivent être épuisés répondent à un certain nombre de critères. Si le requérant parvient à démontrer l'absence d'un de ces critères, cela signifie qu'il n'est plus dans l'obligation d'épuiser les voies de recours internes. À l'image des vases communicants, si l'ordre juridique interne du défendeur répond à tous ces critères, cela signifie que l'État en question n'est pas considéré «comme ayant violé [ses] obligations en matière de droits de l'homme<sup>149</sup>». De tels critères prétoriens ont plus qu'une dimension procédurale. Ce sont en réalité des obligations positives qui pèsent sur les États en matière de respect du droit international des droits de l'homme. Dans une formule synthétique, la Cour parle de critères

147. *Mariam Kouma et un autre c. Mali*, préc., note 139, par. 74.

148. Affaire *Lohé Issa Konaté*, préc., note 55.

149. *Id.*, par. 80.

de disponibilité, d'efficacité et de suffisance<sup>150</sup>. Et elle donne une définition de chaque critère, en se fondant sur le sens ordinaire des mots et la jurisprudence de la Commission.

En vérité, un recours *disponible*<sup>151</sup> est celui qui « peut être utilisé sans obstacle par un requérant<sup>152</sup> ». De cette définition, nous pouvons noter deux éléments : la disponibilité éventuelle (« qui peut être utilisé ») et la disponibilité réelle (« sans obstacle »). Comme le note la Cour dans l'affaire *Makungu c. Tanzanie*, « pour que les recours soient considérés comme étant disponibles, il ne suffit pas qu'ils soient établis dans le système interne, mais encore faudrait-il que les individus puissent les exercer sans entrave<sup>153</sup> ». La disponibilité éventuelle s'avère importante, mais elle est tout de même insuffisante. Il faut en plus démontrer une disponibilité réelle des voies de recours internes. Cet aspect ressort d'une analyse empirique de la jurisprudence de la Cour.

Prenons le cas des recours constitutionnels dans les pays africains de tradition francophone : la Cour ne les analyse pas sous l'angle de leur caractère ordinaire ou extraordinaire, comme elle l'a fait dans les affaires tanzaniennes, mais elle les étudie en tenant compte de leur disponibilité. La particularité des recours constitutionnels dans les pays d'Afrique francophone<sup>154</sup>, à quelques exceptions près<sup>155</sup>, est que le modèle se trouve calqué sur celui de l'ancienne colonie, caractérisé notamment par l'absence d'un recours direct de la part des particuliers. La Cour a ainsi déclaré « recours indisponibles » les recours constitutionnels dans des cas visant la Côte d'Ivoire, le Burkina Faso et le Mali. Dans l'affaire APDH<sup>156</sup>, la requérante contestait la conformité de la loi ivoirienne, portant composition, attribution et fonctionnement de la Commission électorale indépendante

150. Affaire *Norbert Zongo*, préc., note 132, par. 68 ; affaire APDH, préc., note 127, par. 93 ; affaire *Tanganyika Law Society*, préc., note 92, par. 82.

151. La Cour emploie parfois alternativement les termes « disponibilité », « accessibilité » et « existence ».

152. Affaire *Lohé Issa Konaté*, préc., note 55, par. 96. Voir aussi : *Sir Dawda K. Jawara c. Gambie*, préc., note 57, par. 31 ; *Zimbabwe Lawyers for Human Rights c. Zimbabwe*, préc., note 56, par. 116.

153. *Makungu c. Tanzanie*, n° 006/2016, 7 décembre 2018, (2018) 2 RJCA 570, par. 44.

154. Karim Dosso, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », R.F.D.C. 2012.57.

155. Voir Gérard Aïvo, « Les recours individuels devant le juge constitutionnel béninois », dans Frédéric Joël Aïvo (dir.), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 535.

156. Affaire APDH, préc., note 127.

à la Charte africaine sur la démocratie, les élections et la gouvernance<sup>157</sup>. Au stade de l'examen préliminaire, l'État ivoirien soulève une exception de non-épuisement des voies de recours internes, plus précisément la possibilité de contester la loi litigieuse devant le Conseil constitutionnel<sup>158</sup>. Toutefois, dans le système juridique ivoirien, conformément à l'article 77 de la Constitution<sup>159</sup>, les associations de défense des droits de l'homme peuvent saisir le Conseil dans l'hypothèse du contrôle *a priori* (avant la promulgation de la loi) concernant les lois relatives aux libertés publiques<sup>160</sup>. En l'espèce, la Cour considère une telle voie de recours, même si elle existe, comme non disponible, dans la mesure où une entrave systémique empêche la requérante d'y avoir accès. D'une part, la loi contestée n'est pas une loi relative aux libertés publiques, au sens de l'article 77 de la Constitution ivoirienne. C'est donc une loi d'organisation et de fonctionnement d'une autorité administrative indépendante. D'autre part, on peut s'interroger, même si la Cour n'avance pas sur ce terrain, sur les difficultés de mise en œuvre pratique d'une telle voie de recours. L'acte permettant aux ONG et aux individus d'avoir connaissance d'une loi est la promulgation. Or, le contrôle dont il est question au sens de l'article 77 de la Constitution ivoirienne consiste en un contrôle *a priori*, c'est-à-dire avant la promulgation de la loi. Dès lors, la seule voie qui reste après la promulgation est celle de l'exception d'inconstitutionnalité, cette dernière pouvant être soulevée devant n'importe quelle juridiction<sup>161</sup>. Ce faisant, une difficulté pratique se pose et rend indisponible le recours en inconstitutionnalité d'une loi par les ONG en Côte d'Ivoire. Dans l'affaire *APDF et*

157. Voir Ben KIOKO, «The African Charter on Democracy, Elections and Governance as a Justiciable Instrument», (2019) 63-S1 *J. Afr. L.* 39; Gérard NIYUNGEKO, «The African Charter on Democracy, Elections and Governance as a Human Rights Instrument», (2019) 63-S1 *J. Afr. L.* 63; Blaise TCHIKAYA, «La Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance», (2008) 54 *A.F.D.I.* 515; voir aussi Ismaila Madior FALL et Alioune SALL, «Une constitution régionale pour l'Espace CEDEAO: le Protocole sur la démocratie et la bonne gouvernance de la CEDEAO», *Journées annuelles sur la gouvernance en Afrique (JAGA)*, 2017 (non publié).

158. Affaire APDH, préc., note 127, par. 85.

159. *Loi n° 2016/886 du 8 novembre 2016 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire*.

160. L'article 77 de la *Loi n° 2000-513 du 1<sup>er</sup> août 2000 portant Constitution de la République de la Côte d'Ivoire* est ainsi libellé:

Les lois peuvent, avant leur promulgation, être déférées au Conseil constitutionnel par le Président de l'Assemblée nationale ou par un dixième au moins des députés ou par les groupes parlementaires.

Les associations de défense des Droits de l'Homme légalement constituées peuvent également déférer au Conseil constitutionnel les lois relatives aux libertés publiques.

161. *Id.*, art. 96.

*IHRDA c. Mali*<sup>162</sup> et *Lohé Issa Konaté*<sup>163</sup>, la Cour constate tout simplement que les particuliers n'ont pas qualité pour saisir la Cour constitutionnelle des recours en inconstitutionnalité des lois<sup>164</sup>. Cette possibilité n'est ouverte qu'à une catégorie déterminée d'autorités publiques<sup>165</sup>. Toutefois, dans les pays d'Afrique francophone ayant ouvert la possibilité d'un recours direct devant le juge constitutionnel, la Cour reconnaît leur caractère « disponible ». Tel est le cas, par exemple, du Bénin. Il ne saurait en être autrement tant la possibilité de recours direct est adulée par la doctrine, tant l'activité jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle béninoise est, à tous les égards, attractive<sup>166</sup>. Dans l'affaire *Sébastien Germain Ajavon c. Bénin*<sup>167</sup>, la Cour relève simplement que la Cour constitutionnelle béninoise est ouverte à n'importe quel particulier et que celle-ci examine en premier et en dernier ressort la totalité des allégations de violation des droits de l'homme, tout en ayant la compétence de se prononcer sur les droits des requérants à la réparation. Le recours constitutionnel béninois est sans conteste un recours disponible au sens du droit africain des droits de l'homme. La Cour ne lance-t-elle pas là un appel aux autres États de tradition francophone ? Quoi qu'il en soit, le choix du système de contentieux constitutionnel relève de la souveraineté des États<sup>168</sup>.

Au-delà des recours constitutionnels, la Cour analyse également les autres voies de recours, suivant une démarche *in concreto*. C'est ainsi qu'elle a considéré les voies de recours libyennes à l'égard du fils de l'ancien président Mouammar Khadafi comme indisponibles<sup>169</sup>. En effet, ce dernier était détenu dans un endroit secret par une brigade révolutionnaire, totalement isolé des siens, n'ayant pas accès à un conseil de son choix, et a été condamné à mort par contumace, autant de faits qui constituent des éléments suffisants pour permettre à la Cour de conclure que le détenu a été empêché d'exercer les voies de recours légalement prévues par la législation libyenne<sup>170</sup>. De même, la négligence de l'administration de la

162. *APDF et IHRDA c. Mali*, préc., note 125.

163. *Affaire Lohé Issa Konaté*, préc., note 55.

164. *Id.*, par. 43.

165. Constitution malienne, art. 88.

166. Voir : G. AÏVO, préc., note 155, p. 535 ; Alioune Badara FALL, « Le juge constitutionnel béninois, avant-garde du constitutionnalisme africain ? », dans Fr. J. AÏVO (dir.), préc., note 155, p. 717.

167. *Sébastien Germain Ajavon c. Bénin*, préc., note 10.

168. Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1990, p. 16.

169. *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Libye*, n° 002/2013, 3 juin 2016, (2016) 1 RJCA 158.

170. *Id.*, par. 69.

justice à fournir dans les délais les copies des comptes rendus d'audience et de jugement (nécessaires pour interjeter appel) rend l'appel indisponible pour le requérant<sup>171</sup>. Ou encore le fait pour ce dernier d'être expulsé du territoire de l'État peut rendre l'exercice des voies de recours internes impossible<sup>172</sup>. Aucun recours n'est donc dans l'abstrait disponible ou indisponible. Par une analyse minutieuse des faits, au cas par cas, en fonction du contexte, le juge procède à une telle qualification.

Dans la pratique jurisprudentielle, la Cour analyse ensemble les critères d'efficacité et de suffisance, tant les deux sont liés. Un recours *efficace* est celui qui « offre des perspectives de réussite<sup>173</sup> ». Tout compte fait, l'efficacité d'un recours se mesure à « sa capacité à remédier à la situation dont se plaint celui ou celle qui l'exerce<sup>174</sup> ». La *suffisance* (ou satisfaction) renvoie, selon la Cour, à la même idée, en ce qu'elle vise un recours qui est à « même de donner satisfaction au plaignant<sup>175</sup> ». Ainsi, l'efficacité et la suffisance visent le résultat attendu en exerçant telle ou telle voie de recours<sup>176</sup>. Un recours se révèle inefficace si le résultat est connu d'avance. C'est le cas lorsque le Conseil constitutionnel s'est déjà prononcé sur la conformité d'une loi à la Constitution dans le contexte d'un contrôle *a priori* sur saisine des parlementaires. Dans cette hypothèse, il est inutile pour une ONG de recourir au même processus, vu qu'il existe déjà une décision en ce sens<sup>177</sup>. C'est également le cas quand, dans une requête jointe ayant un objet identique, l'un des requérants a saisi antérieurement les juridictions internes sans obtenir gain de cause. L'autre requérant n'a donc pas besoin de recourir au même processus vu que le résultat est connu d'avance<sup>178</sup>. Un recours est également inefficace du moment qu'il est inapproprié pour obtenir satisfaction. Il en va pareillement lorsque le gouvernement soutient que le requérant n'a pas fait de pourvoi en cassation, alors que l'objet du recours est l'annulation d'une loi pour violation de la liberté d'expression. L'affaire *Lohé Issa Konaté* l'illustre bien<sup>179</sup>. La Cour, en l'espèce, analy-

171. *Makungu c. Tanzanie*, préc., note 153, par. 45. *Sébastien Germain Ajavon c. Benin*, préc., note 10, par. 113.

172. *Anudo c. Tanzanie*, n° 012/2015, 22 mars 2018, (2018) 2 RJCA 257, par. 52.

173. Affaire *Lohé Issa Konaté*, préc., note 55, par. 108.

174. Affaire *Norbert Zongo*, préc., note 132, par. 68.

175. Affaire *Lohé Issa Konaté*, préc., note 55, par. 108.

176. La Cour interaméricaine utilise la notion de « recours internes adéquats », qu'elle définit comme « ceux qui sont à même de réparer la violation d'un droit reconnu par la loi » : voir l'*Affaire Velasquez Rodriguez (Honduras)*, 1998, Inter-Am. Ct. H.R. (série C) n° 4, par. 64.

177. Affaire APDH, préc., note 127, par. 101.

178. Affaire *Tanganyika Law Society*, préc., note 92, par. 82.3.

179. Affaire *Lohé Issa Konaté*, préc., note 55.

sant le système juridique burkinabé, a relevé que «le pourvoi en cassation est un recours qui vise à annuler, pour violation de la loi, un arrêt ou un jugement rendu en dernier ressort<sup>180</sup>». Le pourvoi en cassation ne permet donc pas de faire annuler la loi elle-même, mais seulement le jugement ou l'arrêt rendu pour mauvaise application ou mésinterprétation de la loi. Donc, loin de pouvoir annuler une loi, la Cour de cassation est au contraire chargée de veiller au respect strict de la loi par les autres juridictions nationales statuant sur le fond. Ainsi, un tel recours est inapproprié, voire inefficace pour un requérant qui vise l'annulation d'une loi<sup>181</sup>. De même, un recours pour excès de pouvoir devant la Chambre administrative de la Cour suprême ivoirienne ne pourra être utilisé si l'objet de la requête est le contrôle de constitutionnalité d'une loi<sup>182</sup>, sachant qu'un tel contrôle est, dans le pays visé, de la compétence exclusive du Conseil constitutionnel.

L'analyse de l'efficacité et la suffisance d'un recours ne s'accommodent donc pas d'une application automatique, pas plus qu'elles ne revêtent un caractère absolu. En interprétant la règle de l'épuisement des voies de recours internes, la Cour se fonde sur les circonstances de la cause, de sorte qu'elle tient compte de manière réaliste non seulement des recours prévus en théorie dans le système juridique national, mais aussi du contexte juridique et politique dans lequel ces recours se situent et de la situation personnelle du requérant<sup>183</sup>. Une telle approche permet à la Cour d'être plus exigeante à l'égard des États quant à l'efficacité et à la disponibilité des voies de recours qu'ils offrent. En se fondant sur cette démarche *in concreto*, pour le moins rigoureuse, la Cour s'attache à promouvoir davantage le droit d'accès des particuliers à son prétoire, ce qui lui permet d'assurer pleinement sa fonction de protection des droits de l'homme sur le continent.

## Conclusion

L'analyse de la règle de l'épuisement des voies de recours internes par la Cour fait apparaître, quoique naturellement, un tiraillement entre deux logiques, en apparence contradictoires. L'approche structurelle a permis de voir que la Cour privilégie une vision protectrice des États. L'approche substantielle, quant à elle, s'oriente vers la promotion du droit d'accès effectif à la justice internationale de protection des droits de l'homme.

180. *Id.*, par. 110.

181. *Id.*

182. Affaire APDH, préc., note 127, par. 97.

183. La Cour européenne des droits de l'homme a aussi fait sienne cette démarche : voir l'*Affaire Akdivar et autres c. Turquie*, CEDH n° 21893/93, 16 septembre 1996, § 50.

La première répond à une logique systémique ; la seconde, à une logique fonctionnelle. Au final, la Cour cherche toujours un équilibre entre ce qui la fait (la souveraineté des États) et ce qu'elle doit faire (garantir un accès effectif à la justice).