



Article scientifique

Article

2009

Accepted version

Public access

This is an author manuscript post-peer-reviewing (accepted version) of the original publication. The layout of the published version may differ .

---

Modélisation d'un système de justice constitutionnelle pour une meilleure  
protection des droits de l'homme : trans-constitutionnalisme et droit  
constitutionnel comparé

---

Soma, Abdoulaye

**How to cite**

SOMA, Abdoulaye. Modélisation d'un système de justice constitutionnelle pour une meilleure protection des droits de l'homme : trans-constitutionnalisme et droit constitutionnel comparé. In: Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2009, vol. 20, n° 78, p. 437–466.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:5688>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 14.03.2023 16:26

# Modélisation d'un système de justice constitutionnelle pour une meilleure protection des droits de l'homme : trans-constitutionnalisme et droit constitutionnel comparé

Abdoulaye SOMA<sup>1</sup>

## Introduction

Le trans-constitutionnalisme se présente « comme la recherche de normes et de pratiques constitutionnelles transversales, c'est-à-dire que l'on peut retrouver dans divers Etats aux systèmes juridiques différents, sans qu'il y ait nécessairement eu emprunt »<sup>2</sup>. L'approche trans-constitutionnelle, que la doctrine anglaise appelle « *transnational constitutionalism* »<sup>3</sup>, examine donc uniquement l'émergence ou l'existence de convergences et des principes fondamentaux communs à divers ordres constitutionnels<sup>4</sup>. Elle se distingue alors de l'analyse de droit constitutionnel comparé<sup>5</sup>. Celle-ci peut s'intéresser aussi bien aux convergences qu'aux divergences entre différents systèmes constitutionnels étatiques, pour étudier leur similarité, leur particularisme, et leur interaction<sup>6</sup>. Dans la science juridique contemporaine, on peut constater que la logique trans-constitutionnelle et l'analyse de droit constitutionnel comparé imprègnent la théorie et la praxis de la protection des droits de l'homme. Ces derniers, pour synthétiser, sont des droits matériels ou processuels tendant à la protection de la liberté et de la dignité de la personne humaine, et bénéficiant de garanties normatives et institutionnelles<sup>7</sup>. Communément consacrés plus ou moins largement dans les constitutions des Etats modernes et appelant la responsabilité des pouvoirs publics constitutionnels, ces droits de l'homme, pour leur mise en œuvre interne, rendent de plus en

---

<sup>1</sup> Docteur en droit, Assistant au Département de droit constitutionnel de la Faculté de droit, Coordinateur Scientifique du programme de formation continue en droits de l'homme, Université de Genève.

<sup>2</sup> Sur le concept de trans-constitutionnalisme, consulter P. Foucher, « Contrôle de constitutionnalité, droits fondamentaux, démocratie : convergences, divergences, tendances », in F. Delpérée et P. Foucher, *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 43-70. L'auteur considère que ce concept est « porteur d'avenir puisqu'il pourrait contribuer utilement à l'émergence d'une culture constitutionnelle véritablement universelle, non en raison de quelques vocations jus-naturalistes des droits de l'homme ou d'une quelconque finalité historique inéluctable, mais en raison tout simplement de l'étude transculturelle des valeurs et concepts maximisant le développement et le bien-être de la personne et l'équilibre politique de l'Etat ».

<sup>3</sup> N. Tsagourias, « Constitutionalism : a theoretical roadmap », in N. Tsagourias (éd.), *Transnational Constitutionalism : International and European Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 1-13.

<sup>4</sup> P. Foucher, « Contrôle de constitutionnalité, droits fondamentaux, démocratie : convergences, divergences, tendances », *op.cit.* ; N. Tsagourias, « The constitutional role of general principles of law in international and European jurisprudence », in N. Tsagourias (éd.), *Transnational Constitutionalism : International and European Perspectives, op.cit.*, pp. 71-106. Les principes généraux du droit sont l'élément moteur par excellence du trans-constitutionnalisme.

<sup>5</sup> A. R. Brewer-Carias, *Judicial review in comparative law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, pp. 1 et s.

<sup>6</sup> S. E. Finer, V. Bogdanor and B. Rudden, *Comparing Constitutions*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 6 et s. ; V. C. Jackson and M. Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1999, pp. 144 et s.

<sup>7</sup> Sur notre définition plus étoffée des droits de l'homme, ou droits fondamentaux, lire A. Soma, « L'applicabilité des traités internationaux de protection des droits de l'homme dans le système constitutionnel du Burkina Faso », in *African Yearbook of International Law*, vol. 16, 2008, pp. 313-342. Pour aller plus loin, consulter J. Mourgeon, *Les droits de l'homme*, P.U.F., Paris, 1985, pp. 8 et s. ; I. Szabo, « Fondements historiques et développement des droits de l'homme », in K. Vasak (sous dir.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, UNESCO, Paris, 1978, pp. 11-42 ; F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., Paris, 9<sup>e</sup> éd. revue et augmentée, 2008, pp. 13 et s. ; G. Vedel, « Les droits de l'Homme : quels droits ? Quel Homme ? », in Mélanges René-Jean Dupuy, *Humanité et droit international*, A. Pédone, Paris, 1993, pp. 349-362.

plus incontournable le rôle de la justice constitutionnelle<sup>8</sup>. Celle-ci est entendue comme le règlement juridictionnel des litiges sur le fondement de la constitution, norme suprême de l'ordre étatique, par un organe indépendant, ainsi désigné juge constitutionnel ou juridiction constitutionnelle<sup>9</sup>.

En effet, le principe de subsidiarité de la protection internationale des droits de l'homme par rapport à leur protection nationale<sup>10</sup> postule que la sauvegarde des droits et libertés fondamentaux de l'individu incombe au premier chef aux ordres constitutionnels étatiques<sup>11</sup>. Ce principe amène les Etats à développer progressivement leur système de justice constitutionnelle<sup>12</sup>. L'activité juridictionnelle constitutionnelle repose concrètement sur le mécanisme du contrôle de constitutionnalité<sup>13</sup>. Ce mécanisme désigne l'examen par l'organe faisant office de juge constitutionnel de la conformité des actes pris sous la juridiction de l'Etat aux normes du bloc de constitutionnalité. L'objectif est de garantir la suprématie nécessaire de la constitution<sup>14</sup>, et notamment protéger les droits fondamentaux qu'elle reconnaît<sup>15</sup>. Ceci tient du constitutionnalisme, perçu comme l'idéologie juridique tendant à soumettre le fonctionnement des organes de l'Etat à un ensemble de règles de droit fondamentales ayant une force juridique supérieure à celle des autres<sup>16</sup>. Dans le développement du constitutionnalisme moderne<sup>17</sup>, les Etats ont instauré des modèles de justice constitutionnelle que la doctrine classe traditionnellement en deux types<sup>18</sup>. Il y a d'abord le modèle américain, dit de *Common Law*. Dans ce modèle, le contrôle est qualifié de décentralisé ou diffus, parce que confié à tous les tribunaux du pays. Le contrôle y est concret,

---

<sup>8</sup> Y. Higuchi, *Constitution : idée universelle, expressions diversifiées*, Société de législation comparée, Paris, 2006, pp. 87 et s. L'éminent juriste autrichien, Hans Kelsen, est considéré comme le père fondateur de la justice constitutionnelle moderne, et est à l'origine de son développement au XX<sup>e</sup> siècle.

<sup>9</sup> M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996, pp. 2 et s. ; G. Zagrebelsky, « La justice constitutionnelle, une fonction républicaine », in R. Andersen, M. Verdusen et autres, *Itinéraires d'un constitutionnaliste. En hommage à Francis Delpérée*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 1764-1775.

<sup>10</sup> M. Luciano, « La subsidiarité et le rapport entre les ordres juridiques protecteurs des droits fondamentaux », in F. Delpérée (sous dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 343-347.

<sup>11</sup> H. Petzold, « The Convention and the Principle of Subsidiarity », in R. St. J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold (éd.), *The European system for the protection of human rights*, Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht, Boston and London, 1993, pp. 41-62.

<sup>12</sup> Marcou constatait déjà que « le XX<sup>e</sup> siècle est le siècle des cours constitutionnelles », le XXI<sup>e</sup> siècle l'est plus encore, sommes-nous tenté d'ajouter. Voy. J. Marcou, *Justice constitutionnelle et systèmes politiques*, Presses universitaires de Grenoble, Grenoble, 1997, p. 5. ; D. Szmeczack, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 251 et s.

<sup>13</sup> F. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, L.G.D.J., Paris, 30<sup>e</sup> éd., 2007, pp. 62 et s. ; E. Zoller, *Droit constitutionnel*, P.U.F., Paris, 2<sup>e</sup> éd. mise à jour, 1999, pp. 99 et s.

<sup>14</sup> A. Auer, « De la suprématie et de la dépendance de la constitution : un essai », in Faculté de droit de l'Université de Genève, *Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique*, Helbing et Lichtenhahn, Bâle, 1991 pp. 15-33.

<sup>15</sup> H. G. Rupp, « Objet et portée de la protection des droits fondamentaux : Tribunal constitutionnel fédéral allemand », in L. Favoreu (sous dir.), *Cours constitutionnelles européennes et protection des droits fondamentaux*, Economica, Paris, 1982, pp. 241-301.

<sup>16</sup> M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, *op.cit.*, pp. 1 et s. ; O. Akiba (éd.), « Constitutional Government and the Future of Constitutionalism in Africa », in O. Akiba, *Constitutionalism and Society in Africa*, Ashgate, Burlington, 2004, pp. 3-22. ; V. C. Jackson and M. Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, *op.cit.*, pp. 222 et s. Constitution et constitutionnalisme ne vont pas forcément ensemble, précise l'auteur.

<sup>17</sup> G.N. Schram, « Critique du constitutionnalisme contemporain » ; J. Crabb, « Le constitutionnalisme en Afrique noire » ; I. Fall, « La signification du constitutionnalisme en Afrique noire », in J. Beguin, L. Favoreu et autres, *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Economica, Paris, 1984, respectivement pp. 53-57 ; 170-178 ; 231-235.

<sup>18</sup> L. Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, P.U.F., Paris, 1996, pp. 3 et s. Quant aux différents types de contrôles, ils peuvent se distinguer suivant les questions du quand (*a priori* et *a posteriori*), du comment (par voie d'action ou à titre principal ou abstrait et par voie d'exception ou à titre incident ou concret), du quoi (contrôle direct de la norme et contrôle indirect par un acte d'application).

en ce sens que le juge est saisi et statue par voie d'exception à l'occasion de la contestation de l'application d'une norme à un sujet. Le contrôle s'y fait encore *a posteriori*, dans la mesure où il porte sur une norme déjà en vigueur<sup>19</sup>. Il y a ensuite le modèle européen, ou de droit continental ou encore kelsénien. Dans celui-ci le contrôle est dit centralisé, parce qu'exercé par un organe unique et spécialisé. Le contrôle y est caractérisé d'abstrait, parce que le juge compétent se prononce par voie d'action sur la constitutionnalité d'un acte normatif en dehors de tout litige pendant devant lui. Le contrôle se fait *a priori*, parce qu'il amène la juridiction constitutionnelle à se prononcer sur une norme non encore promulguée<sup>20</sup>.

Sur un plan scientifique et didactique une telle schématisation est acceptable et conserve toujours sa validité. Il ne faut toutefois pas perdre de vue la réalité juridique évidente que les pays ont en pratique souvent introduit telle ou telle variante dans tel ou tel modèle de base, de sorte qu'on peut reconnaître qu'il existe plusieurs types de justice constitutionnelle dans le monde<sup>21</sup>. Au regard de l'essor et de l'importance de la protection interne des droits de l'homme, l'une des fonctions essentielles des différents systèmes étatiques de justice constitutionnelle est, ou devrait être, d'assurer la meilleure protection aux titulaires de ces droits<sup>22</sup>. C'est pourquoi le constitutionnaliste et le spécialiste des droits de l'homme partagent l'interrogation commune concernant l'identification des éléments d'un modèle de justice constitutionnelle propre à garantir une mise en œuvre efficace des droits humains dans l'ordre juridique d'un Etat. On sait que de nombreux droits de l'homme peuvent valablement prétendre à l'universalité<sup>23</sup>. De ce point de vue, certains des paramètres fondamentaux de leur application nationale doivent être universellement retenus, puisqu'on se préoccupe généralement de les garantir au mieux aux citoyens. Justement, quels peuvent être ces paramètres fondamentaux ? Quels sont les éléments de base qu'un système étatique de justice constitutionnelle devrait comporter, si son objectif est d'assurer une protection appropriée des droits de l'homme et libertés publiques reconnus aux personnes sous la juridiction de l'Etat concerné ? La problématique est d'actualité brûlante. Elle revêt une importance capitale pour le fonctionnement adéquat et la cohérence des systèmes nationaux et internationaux de protection des droits de l'homme. Son traitement est au surplus déterminant pour l'application effective des droits de l'homme selon leur finalité intrinsèque.

La question est délicate, voire sensible. La modélisation d'un tel système peut s'avérer une entreprise hardie et difficile. Cela étant, l'intérêt de la protection des droits de l'homme invite à s'atteler à la tâche. En se fondant sur une analyse trans-constitutionnaliste et une étude comparée du droit constitutionnel de divers Etats, nous examinerons les paramètres qui, dans tel et/ou tel ordre constitutionnel, se sont révélés favorables à la garantie des droits fondamentaux. En les synthétisant, nous tenterons de construire, une sorte d'archétype, de modèle référentiel, de justice constitutionnelle propre à assurer l'effectivité de la mise en œuvre interne des droits de l'homme. Partant d'un sondage de divers systèmes

---

<sup>19</sup> A. R. Brewer-Carias, *Judicial review in comparative law, op.cit.*, pp. 136 et s. Ce modèle se retrouve par exemple aux Etats-Unis, au Venezuela, en Suisse, au Japon et au Nigeria.

<sup>20</sup> D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, Paris, 3<sup>e</sup> éd., 1998, pp. 13 et s. C'est ce modèle qui est appliqué en droit constitutionnel français, burkinabé, haïtien, vietnamien, par exemple.

<sup>21</sup> L. Favoreu, *Les Cours constitutionnelles, op.cit.*, pp. 3 et s. ; J. A. Jolowicz, « Summary of discussion », in L. Favoreu et J. A. Jolowicz, *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents*, Economica, Paris, 1986, pp. 11-14.

<sup>22</sup> R. Bernhardt, « Nécessité et rôle d'une juridiction constitutionnelle nationale du point de vue de la Convention européenne des droits de l'homme », in Tribunal fédéral Suisse, *Réforme de la justice*, Tribunal Fédéral, Lausanne, 1998, pp. 11-20

<sup>23</sup> Conseil de l'Europe, *Universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste*, éd. N. P. Engel, Strasbourg, 1990, pp. 109 et s.

constitutionnels, les composantes qui nous semblent indispensables à l'effectivité et à l'ancrage internes des droits de l'homme, peuvent être regroupées en deux séries d'éléments. Nous examinerons les éléments de forme (I), qui concernent l'efficacité théorique du système. Ceux-ci seront abordés en premier lieu, leur existence étant une condition préalable à la réalisation de notre archétype. Ces éléments de forme doivent inconditionnellement aller de paire avec les éléments de fond (II). Ces derniers, que nous examinerons en second lieu, concernent l'efficacité pratique du système.

### **I : Eléments de forme d'un modèle convenable de justice constitutionnelle des droits fondamentaux**

Ces éléments de forme représentent les paramètres qui sont indispensables à l'existence formelle même d'un système national de justice constitutionnelle en matière de droits de l'homme. Il semble évident qu'on ne saurait parler d'un système de justice constitutionnelle qui protégerait les droits fondamentaux à l'intérieur d'un Etat que si ces droits sont formellement consacrés dans l'ordre constitutionnel de cet Etat, mieux dans la constitution elle-même(A). Cumulativement, cet Etat doit instituer, constitutionnellement de préférence, l'organe juridictionnel statutairement investi des pouvoirs de contrôle de l'application effective de ces droits (B).

### **A : Consécration constitutionnelle des droits fondamentaux**

C'est le premier élément conditionnant l'existence d'une justice constitutionnelle dont l'objectif serait d'assurer une protection décisive des droits de l'homme à l'intérieur d'un Etat. En effet, il existe comme un lien dialectique, une relation d'enrichissement réciproque, un rapport nécessaire de consolidation mutuelle, entre la constitution et les droits de l'homme. D'une certaine façon, les droits de l'homme internationalement reconnus perdent leur vocation juridico-philosophique et pratique première s'ils ne sont pas intégrés dans l'ordre constitutionnel de l'Etat qui s'est internationalement engagé à les assurer<sup>24</sup>. De la même manière, une constitution d'Etat démocratique, qui ne consacrerait pas les droits fondamentaux de l'homme perdrait une grande part de son charisme mythique et ne saurait être considérée comme propre à instituer un système efficace de justice constitutionnelle protecteur des droits de l'homme<sup>25</sup>. La garantie des droits de l'homme est comme intrinsèquement inhérente à la norme constitutionnelle dans le constitutionnalisme contemporain<sup>26</sup>. En dehors des quelques rares Etats qui n'ont pas de constitution formelle,

---

<sup>24</sup> G. Koubi et R. Raphaël, *Etat, Constitution, Loi*, Litec, Paris, 1993, pp. 150 et s.

<sup>25</sup> La notion de droits de l'homme ne peut être écartée de la Constitution d'une société démocratique et la garantie des droits de l'homme participe désormais à la définition d'un Etat de droit. Cf. *Ibidem*, p. 116 et ss. Les « Représentants du Peuple » ne mettaient-ils pas en garde, à l'article 16 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1989, que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée...n'a point de Constitution » ? Une Constitution qui ne garantit pas les droits de l'homme « will only be an organizational chart and a political manifesto. Bills of rights are the most characteristic and appealing features of constitutional document ». Cf. R. Wieruszewski, « Some Comments concerning the concept of Economic and Social Rights », in K. Drzewicki, C. Krause et A. Rosas, *Social rights as human rights, A European Challenge*, Institute of human rights Abo Akademi University, Abo, 1994, pp. 67-71. Voy. aussi M. Troper, « Constitutionnalisme et démocratie », in *Du droit interne au droit international*, Mélanges Raymond Goy, Publications de l'Université de Rouen, Rouen, 1998, pp. 143-150.

<sup>26</sup> A tel point que la nouvelle tendance doctrinale d'auteurs proposant une lecture constitutionnelle, ou une constitutionnalisation, du droit international, inclut nécessairement les droits de l'homme dans une hypothétique Constitution mondiale, car « human rights and the separation of powers [democracy and a minimum of social security guarantees] are the necessary elements of a constitution ». Cf. A. Peters, « Compensatory

comme la Grande-Bretagne et l'Etat d'Israël<sup>27</sup>, la pratique constitutionnelle généralement suivie, des Etats-Unis<sup>28</sup> au Niger<sup>29</sup>, en passant par la Suisse<sup>30</sup>, la Russie<sup>31</sup> et la Chine<sup>32</sup> notamment, valide cette conception. Elle laisse découvrir des textes constitutionnels réservant une place plus ou moins large à la garantie des droits fondamentaux<sup>33</sup>.

Si le principe de la consécration constitutionnelle des droits de l'homme peut être tenu pour internationalement acquis, les variations de son application peuvent laisser transparaître des défaillances dans tel ou tel Etat. En fait, d'un côté on trouve des pays, comme les Etats-Unis<sup>34</sup>, la Suisse<sup>35</sup> et bien d'autres pays occidentaux<sup>36</sup>, qui ne font véritablement une place

---

Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », in *Leiden Journal of International Law*, 19, 2006, pp. 579-610.

<sup>27</sup> A. Jussiaume, *Le juge de la constitution dans les systèmes britannique, canadien et israélien : contribution à une théorie de la valeur de l'écrit*, Atelier national de reproduction des thèses, Lille, 2002, pp. 7 et s.

<sup>28</sup> Se référer aux dix premiers amendements à la Constitution américaine du 17 septembre 1787, applicable depuis le 4 mars 1789, qui furent ratifiés le 15 décembre 1791 et qui constituent la déclaration des droits.

<sup>29</sup> Voy. les articles 10 à 34 de la Constitution du Niger du 18 juillet 1999, portant sur les « droits et devoirs de la personne humaine ».

<sup>30</sup> Lire la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, dont le titre 2 (articles 7 à 41) est consacré aux « droits fondamentaux, citoyenneté et buts sociaux ».

<sup>31</sup> Consulter la Constitution de la Fédération de Russie, approuvée par référendum du 12 décembre 1993, et qui réserve son chapitre 2 à la reconnaissance des « droits et libertés de l'homme et du citoyen » (articles 17 à 64.)

<sup>32</sup> Se conférer au chapitre 2 de la Constitution chinoise du 4 décembre 1982, dont les articles 33 à 56 traitent « des droits et des devoirs fondamentaux des citoyens ».

<sup>33</sup> F. Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Economica, Paris, 1987, pp. 11 et ss.

<sup>34</sup> Sur les dix amendements de la « *Bill of Rights* » américaine qui consacrent notamment les libertés de religion, d'expression, d'association, ainsi que les droits de détenir des armes, de propriété, de procédure judiciaire, aucun ne concerne vraiment un droit de la deuxième génération. Et du fait de leur politique juridique extérieure, ce pays n'est pas partie au Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels (P.I.D.E.S.C.), alors qu'ils ont ratifié le 8 juin 1992 le Pacte international sur les droits civils et politiques (P.I.D.C.P.). Les droits économiques, sociaux et culturels (D.E.S.C.) n'y sont pas considérés comme des droits. Voy. H. Shue, *Basic rights, Affluence, and U.S. Foreign policy*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1980, pp. 5 et s.

<sup>35</sup> La Suisse, qui considère également que les D.E.S.C. ne sont pas véritablement des droits, les a inscrits dans son texte constitutionnel au seul article 41 au titre des « buts sociaux », alors que les 35 autres articles constitutionnels concernant les droits fondamentaux reconnaissent, en tant que droits, notamment les droits politiques (article 34), la liberté personnelle (article 10), la protection de la sphère privée (article 13). Au mieux, on peut dire qu'une consécration subsidiaire est faite des D.E.S.C., à travers principalement l'article 12 de la constitution qui dispose que « quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine ». Sur la position officielle suisse concernant les droits de la deuxième génération, voy. S. Hatam, K Müller et S. Salerno, « Droits économiques, sociaux et culturels : de quels droits parle-t-on ? », in Ligue suisse des droits de l'homme et autres, *Actes des rencontres sur les droits économiques, sociaux et culturels*, Ligue suisse des droits de l'homme et autres, Genève, 2000, pp. 13-23. Voy. également G. Malinverni, « Les Pactes dans l'ordre juridique interne », in W. Kälin, G. Malinverni et M. Nowak, *La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2<sup>e</sup> éd., 1997, pp. 71-82.

<sup>36</sup> La Constitution de la République Fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949, dont les articles 1 à 19 traitent des droits fondamentaux, ne fait place qu'aux droits de la première génération. Dans la Constitution belge, dont le titre II (articles 8 à 32, « Des Belges et de leurs droits ») règle les droits fondamentaux, la consécration des droits économiques, sociaux et culturels, prévue par l'article 23 de la Constitution, n'a été insérée que le 31 janvier 1994 (article 24 *bis* renuméroté ensuite en un article 23); cette disposition prévoit également que « chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine » (G. Haarscher, « Le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine... ») et F. Delpérée, « Les droits économiques, sociaux et culturels », in R. Ergéc (dir.), *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, Bruylant, Bruxelles, 1995, respectivement pp. 133-144 et 287-290). En outre, l'article 7bis, inséré le 25 avril 2007 dans un titre 1erbis nouveau introduit à la même date portant sur « [l]es objectifs de politique générale de la Belgique fédérale, des communautés et des régions », dispose que, « [d]ans l'exercice de leurs compétences respectives, l'Etat fédéral, les communautés et les régions poursuivent les objectifs d'un développement durable, dans ses dimensions sociale, économique et environnementale, en tenant compte de la solidarité entre les générations. Concernant la pratique en droit

privilegiée dans leur constitution qu'aux seuls droits civils et politiques, dits droits de première génération<sup>37</sup>. Ils réservent une place pour ainsi dire secondaire aux droits économiques, sociaux et culturels, ceux de la deuxième génération<sup>38</sup>. D'un autre côté, il y a des Etats, comme Cuba<sup>39</sup>, qui ne semblent privilégier véritablement dans leur constitution que les droits de la deuxième génération, plus que ceux de la première génération<sup>40</sup>. Selon les ordres constitutionnels, la pratique est extrêmement diversifiée et le privilège accordé à telle ou telle catégorie de droits de la personne humaine est plus ou moins marqué. Pourtant, la philosophie juridique des droits humains tient ceux-ci pour tous nécessaires à la sauvegarde de la dignité humaine<sup>41</sup>, principe fondateur de la protection des droits de l'homme<sup>42</sup>. Le développement du droit positif dans le domaine des droits de l'homme tend par ailleurs à affirmer les principes d'universalité, d'indivisibilité, d'interdépendance et de traitement égal de tous les droits de l'homme<sup>43</sup>. Chaque type de droit fondamental, indépendamment de la

---

constitutionnel comparé d'Etats européens, voy. D. Pieters, « Les droits sociaux fondamentaux dans les pays membres de l'Union européenne », in *Ibidem*, pp. 93-106 ; L. Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 136 et s. Les dispositions pertinentes dans les Etats comme l'Italie (articles 29 à 47 de la constitution du 27 décembre 1947), le Portugal (constitution du 20 septembre 1997), de l'Espagne (articles 39 à 52 de la constitution du 7 décembre 1978), font figure d'exception en matière de droits sociaux.

<sup>37</sup> C. T. Van Boven, « Les critères de distinction des droits de l'homme », in K. Vasak (sous dir.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, UNESCO, Paris, 1978, pp. 45-63 ; K. Vasak, « Les différentes catégories des droits de l'homme », in A. Lapeyère, F. De Tinguy et K. Vasak (sous dir.), *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, pp. 297-309.

<sup>38</sup> G. Bénar, « Vers des droits de l'homme de la quatrième dimension », in *Les droits de l'Homme à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle*, liber Amicorum Karel Vasak, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 75-114. « In certain sense fundamental social rights (and in general the principles which in a legal system define the basic needs of -and provide corresponding protection to- the groups less favourably placed in society) are essential components of any constitution of a contemporary...state ». Cf. G. Bognetti, « Social Rights, a Necessary Component of the Constitution? The Lesson of the Italian Case », in R. Bieber et P. Widmer, *L'espace constitutionnel européen*, Schulthess, Zürich, 1995, pp. 85-95.

<sup>39</sup> La Constitution de la République de Cuba du 24 février 1976, en son chapitre 7 sur les « principaux droits, devoirs et garanties », consacre par exemple plusieurs articles aux D.E.S.C., comme le droit au travail et la protection sociale, et un article sur la liberté d'expression. Reconnaissons que là, il s'agit d'une question de proportion et même si elle peut être déplorée, elle n'est pas critiquable outre mesure. Précisons qu'il n'est pas courant qu'un Etat ne consacre que des D.E.S.C. Même les anciens ténors du bloc de l'Est dans la guerre froide, la Russie et la Chine, ont formellement reconnu les droits civils et politiques dans leur constitution respective. Mais contrairement à la Russie qui l'a fait le 16 octobre 1973, la Chine n'a pas ratifié le Pacte sur les droits civils et politiques.

<sup>40</sup> S'il est déplorable de négliger les D.E.S.C., il est également déplorable de négliger les droits civils et politiques.

<sup>41</sup> Le considérant 3 commun aux préambules des deux Pactes des Nations Unies du 16 décembre 1966 nous enseignent « que, conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'idéal de l'être humain libre, libéré de la crainte et de la misère, ne peut être réalisé que si des conditions permettant à chacun de jouir de ses droits économiques, sociaux et culturels, aussi bien que de ses droits civils et politiques, sont créées ».

<sup>42</sup> Le considérant premier de la Déclaration universelle des droits de l'homme, nous assure « que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ». Le considérant 2 commun aux préambules des deux Pactes, renchérit que les droits de l'homme « découlent de la dignité inhérente à la personne humaine ». Pour plus de détails, voy. A. Verdross, « La dignité de la personne humaine comme base des droits de l'homme », in U. Häfelin, W. Haller et D. Chindler (éd.), *Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie*, Schulthess, Zürich, 1979, pp. 415-421 ; E. Pagels, « The roots and origins of human rights », in A. H. Henklin (éd.), *Human Dignity : The Internationalization of Human Rights*, Aspen Institute for Humanistic Studies, New York, 1979, pp. 1-8.

<sup>43</sup> Les 171 Etats qui étaient représentés à la deuxième conférence mondiale sur les droits de l'homme, tenue à Vienne du 14 au 25 juin 1995, ont énoncé dans la déclaration finale que « tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter les droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance. S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des Etats, quel qu'en soit le système politique,

catégorie à laquelle il est formellement attribué, vise à protéger, au même titre que l'autre, une parcelle spécifique de la dignité humaine. Par conséquent, la consécration constitutionnelle des droits d'une seule classe introduit nécessairement un déséquilibre pouvant incommoder l'objectif de développement harmonieux de la personnalité humaine et de sauvegarde de la dignité humaine que vise la protection des droits de l'homme. La justice constitutionnelle subséquente en la matière ne pourra que renforcer ce hiatus. En raison de ces quelques considérations, pour qu'un système de justice constitutionnelle soit efficace dans la protection nécessaire de l'ensemble des droits de l'homme, il convient que la norme constitutionnelle, qui lui sert de fondement, consacre cumulativement l'ensemble des droits fondamentaux de l'homme, c'est-à-dire indépendamment de leur classification catégorielle. Il doit corrélativement leur accorder une importance égale, dans leur promotion, leur reconnaissance, leur traitement juridictionnel et la protection de leur mise en œuvre. Sur le plan de la consécration constitutionnelle formelle, parmi les ordres constitutionnels qui incarnent le mieux notre idéal se trouvent celui de la Russie<sup>44</sup>, et celui institué par la Constitution de la République d'Afrique du Sud, promulguée le 10 décembre 1996, par Nelson Mandela<sup>45</sup>.

Dès lors qu'ils sont consacrés dans la norme constitutionnelle, les droits fondamentaux bénéficient de la sacralité et de la suprématie dont est dotée celle-ci à l'égard de toutes les autorités étatiques<sup>46</sup>. Ils bénéficient également des mécanismes de garantie de cette valeur, en l'occurrence le contrôle de constitutionnalité<sup>47</sup> et la relative difficile révisibilité<sup>48</sup>. Par ailleurs, les droits de l'homme d'émanation internationale, dès lors qu'ils intègrent l'ordonnement juridique de l'Etat<sup>49</sup>, ne devraient pas être statutairement inférieurs à leurs pendants constitutionnellement garantis. Cela aboutirait à traiter différemment des droits, même ceux

---

économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales ». Dans le système africain des droits de l'homme, « les droits civils et politiques sont indissociables des droits économiques, sociaux et culturels, tant dans leur conception que dans leur universalité, et [...] la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels garantit la jouissance des droits civils et politiques ». Cette conception est confirmée par la jurisprudence africaine. V° Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 29 mai 2003, *Purohit et Moore c/Gambie*, § 48 ; 13 octobre 2000, *Social and Economic Rights Center, Center for Economic and Social Rights c/ Nigeria*, § 44.

<sup>44</sup> La Constitution russe garantit synchroniquement les principes d'égalité et de non-discrimination, les droits civils et politiques, comme la liberté personnelle (article 22), la liberté de pensée (article 29), les droits politiques (article 32), ainsi que les D.E.S.C., comme le droit au travail (article 37), à la protection sociale (article 39), au logement (article 40), à la santé (article 41). Les prérogatives sont reconnues indépendamment de leur catégorisation et bénéficient d'une valeur juridique égale, du même effet direct et d'une égale protection. C'est le principe de la consécration cumulative qui est appréciable. Voy. également pour le Burkina Faso, sur le principe, S. Yonaba, « La place des droits de l'homme dans la nouvelle constitution burkinabé », in *Mélanges Velu Jacques*, Bruylant, Bruxelles, vol. II, 1992, pp. 1223-1235.

<sup>45</sup> La « *Bill of Rights* » constituant le chapitre 2 de cette constitution consacre les droits politiques (article 19), le droit à la vie (article 11), cumulativement avec le droit à la santé, à l'alimentation, à l'eau et à la sécurité sociale (article 27), les droits culturels (article 30-31). En vertu de l'alinéa 2 de l'article 7, l'Etat a l'obligation de respecter, protéger et donner effet invariablement à tous les droits reconnus.

<sup>46</sup> J-F. Aubert, « La garantie constitutionnelle des droits fondamentaux et le législateur », in G. Müller, R. A. Rhinow, G. Schmid und L. Wildhaber (éd.), *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel*, Festschrifts für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Verlag Helbing und Lichtenhahn, Basel, 1982, pp. 161-167.

<sup>47</sup> F. Moderne, « Les protections et les garanties constitutionnelles des droits et libertés en France » ; P. Bon, « La protection juridictionnelle des droits de l'homme (au niveau interne et international) », in L. Favoreu (sous dir.), *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Economica, Paris, 1987, respectivement pp. 63-106 ; 269-319.

<sup>48</sup> En Suisse, la révision de la Constitution, contrairement à l'adoption d'une loi, est soumise au référendum obligatoire et à la double majorité du peuple et des cantons (article 140, alinéa 1 lettre a). Les amendements à la Constitution américaine ne peuvent être proposés que par 2/3 des députés des deux chambres ou les parlements des 2/3 des Etats ; ils doivent être ratifiés par les législatures des 3/4 des Etats ou par des conventions dans les 3/4 d'entre eux, l'un ou l'autre de ces modes de ratification étant suivi sur proposition du Congrès (article 5).

<sup>49</sup> C. Sciotti-Lam, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 115 et s.

relevant d'une catégorie donnée, du fait simplement de leur origine normative. En cette matière, la pratique est également diversifiée. Certains Etats accordent à certains droits humains reconnus dans des instruments internationaux, un rang constitutionnel<sup>50</sup>, dans la hiérarchie des normes. D'autres leur accordent un rang infra-constitutionnel mais supra-législatif<sup>51</sup>. Pour d'autres encore, ils ont rang de loi<sup>52</sup>. Disons que pour leur efficacité et leur prestige au plan national, les droits de l'homme d'origine internationale, devraient, autant que ceux de consécration constitutionnelle, avoir rang de normes constitutionnelles et bénéficier de la sécurité juridique dont sont censées jouir de telles normes<sup>53</sup>, ainsi que de la protection suprême favorable que peut leur offrir la juridiction constitutionnelle<sup>54</sup>.

Formellement consacrés dans la constitution ou dotés du statut constitutionnel à l'issue de leur transmutation du droit international, les droits de l'homme pourront ainsi être propres à fonder un système de justice constitutionnelle pour une meilleure protection interne de ceux-ci. Encore que pour cela, il faudra un organe de contrôle constitutionnel adapté.

## **B : Statut constitutionnel de l'organe juridictionnel interne des droits de l'homme**

La justice constitutionnelle est nécessairement rendue par un appareil juridictionnel<sup>55</sup>. Il convient ici d'examiner les paramètres fondamentaux qui peuvent être indispensables à l'accomplissement par la juridiction constitutionnelle de ses missions de protection interne des droits de l'homme. Deux éléments nous semblent déterminants.

D'une part, l'organe du contrôle constitutionnel de l'application nationale des droits fondamentaux doit avoir un statut constitutionnel. Sa création doit avoir un ancrage dans la constitution elle-même. Son importance, en tant que principale clé de voûte de la cohérence

---

<sup>50</sup> En Suisse, les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme sont assimilés à « des droits constitutionnels ». Cf. A. Auer, G. Malinverni et M. Hottelier, *Droit constitutionnel suisse, l'Etat*, Berne, 2<sup>e</sup> éd., Staempfli, vol. I, 2006, p. 803. Selon l'article 75, alinéa 22 de la Constitution argentine du 25 mai 1853, les traités internationaux de protection des droits de l'homme ont la même place hiérarchique que la Constitution. Il en va de même selon l'article 26 de la Constitution du Guatemala de 1985, et selon l'article 23 la Constitution vénézuélienne du 30 décembre 1999. Sur cette valeur constitutionnelle en Autriche, voy. R. Bernhardt, « Nécessité et rôle d'une juridiction constitutionnelle nationale du point de vue de la Convention européenne des droits de l'homme », *op.cit.* Selon l'article 7 de la Constitution du Bénin adoptée le 2 décembre 1990, « les droits et devoirs proclamés et garantis par la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples...font partie intégrante de la présente constitution et du droit Béninois ».

<sup>51</sup> C'est le cas de la France et des Etats francophones d'Afrique qui ont une disposition constitutionnelle similaire à celle de l'article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958 selon laquelle « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois... ». Voy. D. Alland, *Droit international public*, Paris, P.U.F., 2000, pp. 355 et s. ; A. Soma, « L'applicabilité des traités internationaux de protection des droits de l'Homme dans le système constitutionnel du Burkina Faso », *op.cit.*

<sup>52</sup> C'est le cas de « l'African Charter on Human and Peoples' Rights (Ratification and Enforcement) Act de 1990 qui transpose la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 au Nigeria, et de la « Human Rights Act » du 9 novembre 1998, qui transpose la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 en Grande-Bretagne.

<sup>53</sup> J. Akande, « Constitutionalism and Pluralism », in E. G. Bello and B. A. A. San, *Essays in honour of Judge Taslim Olawale Elias: African Law and Comparative Public Law*, Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht, Boston and London, 1992, vol. II, pp. 659-571.

<sup>54</sup> Quant à la question de savoir s'il faut également consacrer constitutionnellement les devoirs de l'homme, elle ne revêt pas un intérêt distinct ici, pourvu que la pratique constitutionnelle étatique soit cohérente et équilibrée.

<sup>55</sup> L. Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, *op.cit.*, pp. 3 et s. ; A. Von Brünneck, « Constitutional Review and Legislation in western Democracies », in C. Landfried (éd.), *Constitutional Review and Legislation*, Nomos, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988, pp. 219-261. Voy. également M. Fromont, « La notion de justice constitutionnelle en droit français », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, *op.cit.*, pp. 149-163.

de tout l'ordre juridique national, justifie la nécessité de cette cristallisation constitutionnelle. La pratique générale des Etats semble consolider cette exigence. En effet, considérons la Cour suprême des Etats-Unis<sup>56</sup>, du Nigeria<sup>57</sup> ou de l'Inde<sup>58</sup>, le Conseil constitutionnel français<sup>59</sup>, burkinabé<sup>60</sup> ou belge<sup>61</sup>, le Tribunal fédéral suisse<sup>62</sup>, la Cour constitutionnelle sud africaine<sup>63</sup> ou italienne<sup>64</sup>, la Cour constitutionnelle fédérale allemande<sup>65</sup>, la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche<sup>66</sup> ou de Madagascar<sup>67</sup>, le Tribunal constitutionnel polonais<sup>68</sup>, espagnol<sup>69</sup> ou sud-coréen<sup>70</sup>, la Cour spéciale supérieure grecque<sup>71</sup>, etc. Toutes ces juridictions, aux dénominations variées, placées au firmament de l'ordonnement juridique respectif des Etats, jouissent de l'onction constitutionnelle. Ce statut constitutionnel témoigne de la suprématie juridique dont elles sont revêtues et de la stabilité statutaire dont elles doivent jouir.

Constitutionnellement créé, l'organe de contrôle doit au surplus être constitutionnellement assuré de son indépendance<sup>72</sup>. Formellement, cette indépendance peut être garantie par le mode de désignation ou la composition de l'organe. Une analyse comparée de la praxis constitutionnelle révèle essentiellement deux modèles<sup>73</sup>. D'abord le modèle de la nomination des membres de la juridiction constitutionnelle, aux Etats-Unis<sup>74</sup>, en France<sup>75</sup>, dans des Etats francophones d'Afrique<sup>76</sup>, au Japon<sup>77</sup>, notamment. Ensuite le modèle de

---

<sup>56</sup> La Cour suprême est instituée par la section 1 de l'article 3 de la Constitution américaine.

<sup>57</sup> Voy. les articles 230 à 236 de la Constitution nigérienne de 1999.

<sup>58</sup> Lire les articles 124 et s. de la Constitution indienne du 26 janvier 1950.

<sup>59</sup> Le Conseil constitutionnel français est régi par les articles 56 à 63 de la Constitution française.

<sup>60</sup> Se référer aux articles 152 à 160 de la Constitution du Burkina Faso, adoptée le 2 juin 1991.

<sup>61</sup> Elle a succédé depuis le 7 mai 2007 à la Cour d'arbitrage en vertu de l'article 142 de la Constitution belge.

<sup>62</sup> Voy. les articles 188 à 191 de la Constitution helvétique.

<sup>63</sup> Se référer aux articles 166 et 167 de la Constitution sud africaine.

<sup>64</sup> Voy. les articles 134 à 137 de la Constitution italienne, promulguée le 27 décembre 1947.

<sup>65</sup> Consulter la Loi fondamentale allemande, en ses articles 92 à 94.

<sup>66</sup> Articles 137 à 148 de la Loi constitutionnelle autrichienne du 1<sup>er</sup> octobre 1920.

<sup>67</sup> Articles 110 à 116 de la Constitution malgache du 8 avril 1998.

<sup>68</sup> Voy. les articles 188 à 197 de la Constitution de la République de Pologne du 2 avril 1997.

<sup>69</sup> Article 159 à 165 de la Constitution espagnole du 7 décembre 1978.

<sup>70</sup> Les articles 111 à 113 de la Constitution, promulguée le 17 juillet 1948.

<sup>71</sup> Consulter l'article 100 de la Constitution du 11 juin 1975.

<sup>72</sup> S. Oeter, « Indépendance du pouvoir judiciaire : le pouvoir judiciaire dans la constitution, le principe de la séparation des pouvoirs et la mise en pratique des principes de l'Etat de droit », in Conseil de l'Europe, *Le rôle du Conseil supérieur de la magistrature*, Les éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1995, pp. 11-18.

<sup>73</sup> S. E. Finer, V. Bogdanor and B. Rudden, *Comparing Constitutions, op.cit.*, pp. 6 et s.

<sup>74</sup> Selon la section 2 de l'article 2 de la Constitution américaine, le Président nomme les juges à la Cour suprême avec toutefois l'aval du Sénat.

<sup>75</sup> En vertu de l'article 156 de la Constitution française, le Conseil constitutionnel, dont sont membres de droit à titre supplémentaire les anciens Présidents de la République, se compose de 9 personnalités dont « trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le Président de l'Assemblée nationale, trois par le Président du Sénat ». Voy. F. Hamon et C. Wiener, *La justice constitutionnelle : présentation générale, France, Etats-Unis*, La Documentation française, Paris, 2001, pp. 6 et s.

<sup>76</sup> En vertu de l'article 93 de la Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001, tous les 5 membres du Conseil constitutionnel sont nommés par le Président de la République. En République démocratique du Congo, l'article 157 de la Constitution promulguée le 18 février 2006 prévoit un Conseil constitutionnel de 9 membres dont trois sont désignés par le Président, trois par le parlement réuni en congrès et trois par le conseil supérieur de la magistrature ». Un mode similaire (mixte) est instauré par l'article 135 de la Constitution italienne pour la désignation des 15 juges constitutionnels.

<sup>77</sup> Au Japon par exemple, les juges de la Cour suprême sont nommés par le cabinet, mais cette nomination est ratifiée tous les dix ans par le peuple en même temps que l'élection des députés de la chambre des représentants, selon l'article 79 de la Constitution promulguée le 3 novembre 1946.

l'élection des juges des cours suprêmes constitutionnelles, en Suisse<sup>78</sup>, en Allemagne<sup>79</sup>, en Pologne<sup>80</sup>, entre autres. Dans chacun de ces modèles, la nomination peut être plus ou moins discrétionnaire<sup>81</sup>, l'élection plus ou moins décisive<sup>82</sup>. Nous estimons qu'il faille avoir une préférence pour le modèle électoraliste. Selon une conception juridique bien établie, l'indépendance et l'impartialité des institutions de la justice doivent à la fois être apparentes et fondamentales, subjectives et objectives<sup>83</sup>. Même s'il est tout à fait possible qu'un juge constitutionnel nommé par une autorité politique, comme en Côte d'Ivoire<sup>84</sup> ou en Belgique<sup>85</sup>, puisse jouir au fond d'une véritable indépendance, celle-ci peut, aux yeux de certains justiciables, ne pas paraître ostensible<sup>86</sup>. Et pourtant ce dernier aspect est incontestablement d'importance pour la confiance des citoyens au système juridictionnel censé protéger leurs droits et en censurer objectivement les violations, le cas échéant. Il demeure évident que la continuité du mandat du juge constitutionnel ne doit pas relever de l'appréciation arbitraire d'une autorité politique<sup>87</sup>. Elu, le juge constitutionnel doit jouir de l'inamovibilité de principe pendant la durée de sa magistrature<sup>88</sup>.

D'autre part, l'organe du contrôle de l'application nationale des droits fondamentaux doit être constitutionnellement doté d'une compétence spéciale contentieuse en la matière<sup>89</sup>,

---

<sup>78</sup> Selon l'article 168 de la Constitution suisse, c'est l'Assemblée fédérale qui élit les juges au Tribunal fédéral.

<sup>79</sup> En vertu de l'article 94 de la Loi fondamentale allemande, les 16 juges constitutionnels, qui ne doivent être membres ni du parlement, ni du gouvernement au niveau fédéral ou des Länder, sont élus par le parlement fédéral. Selon la Loi du 12 mars 1951 qui concrétise cette disposition constitutionnelle, le Bundestag (chambre basse) en élit 8, dont le président, au suffrage indirect : une commission spéciale de 12 parlementaires est désignée par la chambre et c'est elle qui procède à l'élection des juges à la majorité qualifiée des 2/3. Le Bundesrat (chambre haute), en élit également 8, dont le vice-président, au suffrage direct à la même majorité.

<sup>80</sup> Tous les 15 juges constitutionnels polonais sont élus par les députés, suivant les critères précisés par l'article 194 de la Constitution.

<sup>81</sup> Si la nomination par le Président de la République des juges constitutionnels en France et au Sénégal peut être tenue pour suffisamment discrétionnaire, la nomination par le Roi des juges constitutionnels en Belgique n'est pas totalement libre, puisque celui-ci ne peut choisir ne peut choisir que sur la liste, comportant deux noms, que lui établissent préalablement et en alternance les deux chambres du Parlement; le Président américain a besoin de l'avis conforme du Congrès. Le Roi du Maroc est libre dans le choix de six des douze membres du Conseil constitutionnel ; mais les six autres sont désignés moitié par le Président de la chambre des représentants et moitié par la Président de la chambre des conseillers, conformément à l'article 79 de la Constitution du 13 septembre 1996.

<sup>82</sup> Si en Allemagne les juges constitutionnels élus par les chambres devront être formellement nommés par le Président de la République, en Pologne, ils sont définitivement institués avec leur élection parlementaire.

<sup>83</sup> « Justice must not only be done: it must also be seen to be done ». Voy. A. Auer, G. Malinverni et M. Hottelier, *Droit constitutionnel suisse, les droits fondamentaux*, Berne, 2<sup>e</sup> éd., Staempfli, vol. II, 2006, pp. 575 et s.

<sup>84</sup> Selon les articles 89, 90 et 91 de la Constitution du 3 novembre 1960, de même que celle actuellement en vigueur du 1<sup>er</sup> août 2000, les six conseillers du Conseil constitutionnel sont nommés par le Président, trois sur sa propre initiative, les trois autres sont désignés par le Président de l'Assemblée nationale.

<sup>85</sup> Ici, c'est le Roi qui choisit chaque juge constitutionnel sur une liste de deux noms proposée alternativement par chacune des deux chambres du parlement.

<sup>86</sup> A noter que le schéma inverse dans lequel le juge est formellement pourvu des garanties de son indépendance, mais son autonomie juridictionnelle est matériellement confisquée est encore pire.

<sup>87</sup> Un mode alternatif pouvant garantir formellement l'indépendance du juge constitutionnel, au moins en apparence, serait sa désignation sur concours public, cette méthode étant déjà en cours d'application dans plusieurs Etats en ce qui concerne le recrutement des magistrats du pouvoir judiciaire ordinaire, comme au Burkina Faso, au Mali ou en France.

<sup>88</sup> A titre illustratif, la loi allemande du 12 mars 1951 précitée prévoit qu'il ne peut être mis fin de manière anticipée au mandat unique de 12 ans du juge constitutionnel, que pour de graves motifs limitativement énumérés (incapacité, condamnation pénale...). Aux Etats-Unis les juges constitutionnels sont nommés à vie. Les systèmes qui ont institué un mandat unique pour le juge constitutionnel remplissent également cette condition.

<sup>89</sup> A l'exemple de l'article 114 de la Constitution du Bénin, selon lequel «la cour constitutionnelle est la plus haute juridiction de l'Etat en matière constitutionnelle. Elle juge de la constitutionnalité de la loi et elle garantit

même s'il peut parallèlement être investi d'un rôle consultatif<sup>90</sup>. En effet dans certains Etats, comme la Mauritanie<sup>91</sup>, alors que la constitution consacre les droits de l'homme, l'organe du contrôle de constitutionnalité n'est spécialement pas investi de la compétence nécessaire en ce qui concerne le contentieux des droits de l'homme. Le rôle de la jurisprudence constitutionnelle dans la protection des droits de l'homme est quasiment nul. L'effectivité de la protection constitutionnelle des droits fondamentaux se trouve ainsi affectée. Dans certains autres Etats, comme la Suisse, l'organe de contrôle n'a formellement pas la plénitude de compétence sur tous les actes internes qui pourraient violer les droits fondamentaux<sup>92</sup>. Il est indéniable que dès lors que les droits humains sont reconnus par l'ordre constitutionnel, ils s'imposent à tous les organes de l'Etat, et tout acte normatif ou individuel pris sous la juridiction de cet Etat est susceptible de porter atteinte à ces droits. De ce fait, il ne se justifie guère de soustraire, pour quelques raisons que ce puisse être<sup>93</sup>, certains actes au contrôle de leur conformité aux droits humains constitutionnels<sup>94</sup>. Il se justifie encore moins de ne pas instituer la faculté de contester devant le juge constitutionnel les actes incriminés comme attentatoires à ces droits constitutionnels. Ainsi, la consécration constitutionnelle de l'organe de justice constitutionnelle doit s'accompagner indissociablement de l'attribution d'une compétence pleine pour connaître des questions relevant spécialement des droits de l'homme<sup>95</sup>, s'il doit tant bien que mal en assurer l'effectivité interne.

Au-delà de ces deux séries d'éléments de forme, un bon système national de justice constitutionnelle se doit d'intégrer des éléments de fond, complémentaires des premiers.

---

les droits fondamentaux de la personne humaine ». Une disposition analogue est prévue par l'article 85 de la Constitution malienne du 27 février 1992.

<sup>90</sup> A. R. Brewer-Carias, « Le recours d'interprétation abstrait de la Constitution au Venezuela », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 61-70.

<sup>91</sup> L'analyse se fonde sur la compétence du Conseil constitutionnel, telle que définie par les articles 81 à 88 de la Constitution du 20 juillet 1991.

<sup>92</sup> Selon l'article 190 de la Constitution suisse, le Tribunal fédéral ne peut « refuser d'appliquer une loi fédérale », c'est-à-dire qu'il ne peut l'invalider et doit l'appliquer même si dans un cas d'espèce elle contrevient à un droit fondamental constitutionnel ; la démocratie et les droits populaires sont souvent invoqués comme justification. Cf. C. Lombardini, « Le contrôle de constitutionnalité des normes en droit suisse », in *Mélanges Velu Jacques*, Bruylant, Bruxelles, vol. I, 1992, pp. 339-356. Notons tout de même que ce principe de l'obligation d'appliquer les lois fédérales a, sous l'influence de la doctrine, progressivement subi un assouplissement dans la pratique jurisprudentielle. De l'interprétation conforme, à la possibilité actuelle du contrôle de conventionalité, en passant par la constatation d'inconstitutionnalité sans sanction, le Tribunal fédéral se refuse actuellement d'appliquer une loi fédérale qui serait contraire à un traité international des droits de l'homme, notamment la Convention européenne. Sur l'Etat de cette pratique *contra constitutionem*, favorable toutefois aux droits de l'homme, consulter A. Auer, G. Malinverni et M. Hottelier, *Droit constitutionnel suisse, l'Etat, op.cit.*, pp. 658 et s. L'effet de cet article 190 dans le domaine des droits fondamentaux s'est donc fortement rétréci. Ne demeurent vraiment immunisées que les lois fédérales qui seraient contraires à un droit fondamental uniquement constitutionnel. Cette hypothèse est rare.

<sup>93</sup> A propos du système suisse, un grand constitutionnaliste de ce pays soutenait à dessein que « nous pourrions, en effet, avoir une protection judiciaire des droits fondamentaux même contre le législateur fédéral sans cesser d'être une démocratie ». Cf. J-F. Aubert, « La garantie constitutionnelle des droits fondamentaux et le législateur », *op.cit.*

<sup>94</sup> Ici, c'est toute la problématique de la légitimité du juge constitutionnel pour contrôler certains actes qui est soulevée. Cf. J. Delva, « Légitimité du juge constitutionnel belge, rouage clé d'une démocratie en quête d'une nouvelle identité », in *Mélanges Velu Jacques*, Bruylant, Bruxelles, vol. I, 1992, pp. 106-139 ; D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe, op.cit.*, pp. 32 et s.

<sup>95</sup> L'article 3, alinéa 3 de la Constitution béninoise, comportant des dispositions protectrices des droits fondamentaux, qui énonce que « toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires à ces dispositions sont nuls et nonavenus. En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels », est à ce titre exemplaire.

## **II : Eléments de fond d'un modèle convenable de justice constitutionnelle des droits fondamentaux**

Nous avons vu que les éléments de forme concernent les vertus normatives formelles de l'ordre constitutionnel d'un Etat. Les éléments de fond, eux, se rapportent aux paramètres permettant d'instaurer une certaine pratique matérielle favorable à une mise en œuvre effective des droits de l'homme dans cet Etat. C'est en effet la mise en œuvre qui a toujours été le point le plus critique des droits de l'homme. Entre les personnes, titulaires des droits fondamentaux, et les autorités, qui en sont les destinataires par excellence, il est impossible d'éviter les frictions dans la masse des rapports juridiques et sociétaux qui les lient. Etant donné que les premières peuvent prétendre, à tort ou à raison, avoir subi des atteintes du fait des secondes, qui ne l'admettent pas toujours, les recours contentieux deviennent nécessaires (A). Par suite, si un litige est porté devant l'organe constitutionnellement compétent, le respect de la décision qui en résulte devient une dimension complémentaire obligatoire (B).

### **A : Garantie constitutionnelle d'une accessibilité individuelle du juge constitutionnel**

On peut opérer une certaine *summa divisio* des systèmes étatiques de justice constitutionnelle suivant le critère de l'effectivité du contentieux constitutionnel des droits de l'homme. Autrement dit, le critère utilisé est celui de la validité du droit d'action directe de l'individu devant la juridiction constitutionnelle, par voie de requête concernant la violation des droits fondamentaux<sup>96</sup>. On distinguera alors deux systèmes constitutionnels.

D'un côté, les systèmes constitutionnels qui ne consacrent pas pour l'individu la capacité d'agir directement devant la juridiction constitutionnelle<sup>97</sup>. Dans ces systèmes, il n'y a pas de justice spéciale des droits de l'homme. Tout le contentieux des droits de l'homme, s'il en est, s'épuise dans le cadre de l'appareil juridictionnel ordinaire, selon la procédure de droit commun. L'institution disposant de la compétence juridictionnelle spéciale en matière constitutionnelle n'est pas directement accessible aux individus qui se prétendraient victimes de violations de leurs droits fondamentaux par une autorité étatique. La saisine de la juridiction constitutionnelle y est alors principalement réservée à des personnalités politiques limitativement énumérées agissant à titre officiel pour un contrôle *a priori*, à l'instar de la France<sup>98</sup> ou du Burkina Faso<sup>99</sup>. Dans l'ordre juridique de ces Etats, le contentieux des droits

---

<sup>96</sup> Hans Kelsen nous assure que « la question du mode d'introduction de la procédure devant le tribunal constitutionnel a une importance primordiale : c'est de sa solution que dépend principalement la mesure dans laquelle le tribunal constitutionnel pourra remplir sa mission de garant de la constitution ». Cité par E. Olivia, « La saisine du conseil constitutionnel. Effectivité d'une saisine limitée, in F. Delpérée et P. Foucher, *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé, op.cit.*, pp. 127-159.

<sup>97</sup> On aura compris que cela n'est possible que dans des pays ayant une juridiction constitutionnelle spécialisée et ceux qui n'ont pas de juge chargé du contentieux de la conformité des actes internes à la constitution.

<sup>98</sup> En vertu de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution, le Conseil constitutionnel peut être saisi « par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs ». Voy. *Ibidem*. Une partie de la doctrine française a souvent proposé une réforme du contentieux constitutionnel allant dans le sens de l'institution d'un droit d'accès direct des individus au Conseil constitutionnel. Voy. F. Hamon et C. Wiener, *La justice constitutionnelle : présentation générale, France, Etats-Unis, op.cit.*, pp. 10 et s.

<sup>99</sup> Selon l'article 157 de la Constitution, le Conseil constitutionnel burkinabé est saisi par « le Président du Faso, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, un cinquième (1/5) au moins des membres de

de l'homme n'est pas distinct du contentieux de droit commun. Les traités internationaux de protection des droits humains, par exemple, peuvent être invoqués devant les juridictions ordinaires, dans la mesure où ces traités ont intégré l'ordre constitutionnel. Il s'agira alors d'un contrôle de conventionalité, pour les Etats monistes à l'instar de la France et du Burkina Faso<sup>100</sup>. Il s'agira par contre d'un contrôle de la légalité, pour les Etats dualistes comme la Grande-Bretagne et Israël<sup>101</sup>. Quant au contrôle de la constitutionnalité des actes par rapport aux garanties constitutionnelles des droits fondamentaux, s'il existe, il n'est possible pour l'individu que lorsqu'une exception d'inconstitutionnalité<sup>102</sup> est soulevée dans le cadre d'un procès devant un juge ordinaire<sup>103</sup>. Ce dernier doit alors surseoir à statuer et poser une question préjudicielle au juge constitutionnel dont la réponse sera déterminante pour résoudre le litige concerné<sup>104</sup>. Sauf ce recours préjudiciel, la juridiction constitutionnelle ne connaît pas directement du contentieux des droits de l'homme. Sa compétence ou sa saisine par l'individu en la matière est indirecte, imparfaite dirons-nous.

D'un autre côté, les systèmes qui consacrent le droit de l'individu d'agir personnellement devant la juridiction constitutionnelle pour contester les actes qu'il estime attentatoires à ses droits fondamentaux. Dans les systèmes de contrôle diffus, cela se concrétise par un recours ordinairement hiérarchisé, comme aux Etats-Unis<sup>105</sup>, au Nigeria<sup>106</sup> et en Suisse<sup>107</sup>. Dans ces pays, la juridiction constitutionnelle représente en général un degré

---

l'Assemblée nationale ». Nous défendons l'institution d'un droit du justiciable d'accéder directement à la juridiction constitutionnelle dans ce pays, comme ce fut jadis le cas dans la constitution de 1977.

<sup>100</sup> C'est le résultat de l'interprétation par la doctrine de l'article 55 de la Constitution française qui a une teneur identique à celle de l'article 151 de la Constitution du Burkina Faso, selon lequel « les traités et accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Cf. D. Pierre-Marie, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 8<sup>e</sup> éd., 2006, pp. 419 et ss. ; A. Soma, « L'applicabilité des traités internationaux de protection des droits de l'Homme dans le système constitutionnel du Burkina Faso », *op.cit.*

<sup>101</sup> A. Jussiaume, *Le juge de la constitution dans les systèmes britannique, canadien et israélien : contribution à une théorie de la valeur de l'écrit*, *op.cit.*, pp. 7 et s.

<sup>102</sup> F. Luchaire, « L'exception d'inconstitutionnalité », in F. Delpérée (sous dir.), *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, Bruylant, Bruxelles, 1991, pp. 143-152.

<sup>103</sup> Cette possibilité pour le justiciable de soulever une exception d'inconstitutionnalité, et pour les tribunaux de poser la question préjudicielle à la juridiction constitutionnelle, existe au Burkina Faso (loi organique de 2000) et en Belgique. Son instauration en France a été l'objet de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (limitée aux procès devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation), qui attend toutefois d'être concrétisée par une loi organique pour préciser les modalités d'application du nouvel article 61-1 de la Constitution française. Pour le système actuellement applicable en France, voy. T. S. Renoux, « Le recours des particuliers devant le Conseil constitutionnel », in F. Delpérée (sous dir.), *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, *op.cit.*, pp. 79-99. En fait, cet auteur parle du droit d'action individuelle devant le juge constitutionnel en France surtout dans le cadre du contentieux électoral.

<sup>104</sup> A. Rasson-Roland, « La question préjudicielle », in F. Delpérée (sous dir.), *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, *op.cit.*, pp. 37-53.

<sup>105</sup> F. Hamon et C. Wiener, *La justice constitutionnelle : présentation générale, France, Etats-Unis*, *op.cit.*, p. 1, pp. 37 et s. Les citoyens peuvent attaquer l'inconstitutionnalité d'un acte par la procédure de l'exception, de l'injonction ou du jugement déclaratoire. La Cour suprême filtre les requêtes par les grâces du *certiorari*, en raison de l'importance constitutionnelle de l'affaire à elle déférée.

<sup>106</sup> Selon l'article 233 de la Constitution nigérienne, des recours individuels sont possibles devant la Cour suprême contre les décisions rendues par la « *Court of Appeal* » en matière de droits fondamentaux.

<sup>107</sup> En Suisse, depuis 1874, les individus peuvent saisir directement le Tribunal fédéral par le moyen du recours de droit public contre les violations de leurs droits constitutionnels. Cf. P. Saladin, « L'accès direct à la protection : techniques et résultats. Rapport suisse », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, année 1991, Economica, Paris, 1993, pp.149-157. L'accès au juge est constitutionnellement garanti en Suisse en tant que droit fondamental. Cf. A. Benoît, « La garantie de l'accès au juge : l'art. 29a Cst. et ses répercussions sur la révision de l'organisation judiciaire fédérale », in S. Besson, M. Hottelier et F. Werro (éd.), *Les droits de l'homme au centre*, Schulthess, Genève, 2006, pp. 159-187.

suprême<sup>108</sup>. Elle est le stade ultime d'aboutissement d'un contentieux constitutionnel préalablement engagé devant les juridictions inférieures<sup>109</sup>. Dans ces systèmes également, la juridiction constitutionnelle, sous réserve de rares hypothèses où elle peut être saisie sans épuisement préalable de recours inférieurs<sup>110</sup>, a principalement pour fonction de confirmer, casser ou réformer des décisions antérieures<sup>111</sup>. Il s'agit d'invalider des actes attaqués pour inconstitutionnalité, en raison notamment de leur incompatibilité avec les droits fondamentaux constitutionnels<sup>112</sup>. Dans les systèmes de contrôle centralisé, cela se matérialise par un recours direct, comme au Gabon et au Bénin. L'institution de justice constitutionnelle y a la compétence de connaître directement, en instance unique, des recours dirigés par les victimes contre les actes attentatoires aux droits et libertés que l'ordre constitutionnel leur garantit<sup>113</sup>. Elle a une compétence spéciale en matière de droits de l'homme. Les litiges portant sur la mise en œuvre des droits et libertés constitutionnels ressortissent de sa compétence exclusive<sup>114</sup>.

Certains pays consacrent le droit des particuliers d'agir devant la juridiction constitutionnelle à la fois directement et indirectement, par voie d'action ou par voie d'exception, pour la protection de leurs droits fondamentaux<sup>115</sup>. Doit être également

---

<sup>108</sup> En Afrique du Sud, l'article 167, alinéa 3 de la Constitution dispose clairement que « the Constitutional Court is the highest court in all constitutional matters... and makes the final decision whether a matter is a constitutional matter or whether an issue is connected with a decision on a constitutional matter ».

<sup>109</sup> En plus des Etats-Unis et de la Suisse, les juridictions constitutionnelles (suprêmes et spécialisées) en Allemagne et en Espagne remplissent une telle fonction, les individus ayant la possibilité de contester devant elles des décisions des tribunaux inférieurs. Cf. F. Rubio Llorente, « L'accès direct à la protection : techniques et résultats. Rapport espagnol », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle, op.cit.*, pp. 134-140.

<sup>110</sup> C'est ainsi qu'en Suisse les actes des autorités fédérales, autres que les lois et les actes d'application des lois fédérales, dès lors qu'ils sont *self-executing* peuvent être directement attaqués devant le Tribunal fédéral pour inconstitutionnalité si leur application porte atteinte aux droits fondamentaux d'un individu, les juridictions cantonales ne pouvant préalablement pas exercer un contrôle sur de tels actes.

<sup>111</sup> Sur l'effet cassatoire des arrêts du Tribunal fédéral suisse, voy. P. Saladin, « L'accès direct à la protection : techniques et résultats. Rapport suisse », *op.cit.*

<sup>112</sup> W. Kälin, « L'accès à la juridiction constitutionnelle du Tribunal fédéral », in Tribunal fédéral Suisse, *Réforme de la justice, op.cit.*, pp. 313-328.

<sup>113</sup> Selon l'article 3, alinéa 3 de la Constitution du Bénin, « tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour Constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels ». L'article 117, alinéa 3 dispose que « la Cour constitutionnelle statue obligatoirement sur la constitutionnalité des lois et des actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques et en général, sur la violation des droits de la personne humaine ». Selon l'article 121, alinéa 2 « elle se prononce d'office sur la constitutionnalité des lois et de tout texte réglementaire censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques. Elle statue plus généralement sur les violations des droits de la personne humaine et sa décision doit intervenir dans un délai de huit jours ». Les articles 84, 85 et 86 de la Constitution du Gabon du 26 mars 1991 instituent un système similaire. Les juges constitutionnels de ces deux Etats sont systématiquement saisis sur le fondement de ces dispositions analysées notamment par C. K. Tchapnga, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon », in *Revue française de droit constitutionnel*, n°75, 2008, pp. 551-583.

<sup>114</sup> Il en est ainsi dans tous les systèmes de contrôle centralisé où un organe spécial est exclusivement compétent en matière de justice constitutionnelle. Par exemple, selon l'article 62 de la Constitution française, « les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Une disposition similaire se trouve à l'article 92 de la Constitution du Gabon et 106 de celle du Togo adoptée le 12 septembre 1992.

<sup>115</sup> Cette faculté existant en Autriche et en Allemagne, est étudiée par M. Verdussen, « Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel dans la perspective comparative », in F. Delpérée (sous dir.), *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel, op.cit.*, pp. 153-196. En Allemagne par exemple les lois sont directement attaquables devant la Cour constitutionnelle par les particuliers dans un délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur. En Autriche, cette faculté n'est soumise à aucun délai. Voy. également D. Katzenstein, *L'accès direct à la protection : techniques et résultats. Rapport allemand* ; L. Adamovich, « L'accès direct à la protection : techniques et résultats. Rapport autrichien », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*,

mentionné le recours d'*amparo* susceptible d'être formé par les individus contre les actes administratifs et juridictionnels attentatoires aux droits humains que connaissent l'Espagne<sup>116</sup> et les Etats ibéro-américains<sup>117</sup>.

Le système de justice constitutionnelle où la juridiction pertinente est directement accessible à l'individu nous paraît incontestablement être le plus apte à instaurer une meilleure protection des droits de l'homme au plan interne. Si l'on se situe dans un système de contrôle diffus, de type américain, nigérian ou helvétique, il doit y avoir une juridiction constitutionnelle suprême qui soit directement accessible aux individus, et compétente pour connaître des recours contre la violation des droits fondamentaux. Si l'on se trouve dans un système de juridiction constitutionnelle centralisée, externe à l'appareil judiciaire ordinaire, de type béninois ou gabonais, le juge constitutionnel doit être compétent pour statuer sur les prétentions individuelles de violation des droits de l'homme et libertés publiques, que les titulaires de droits peuvent porter directement devant elle. Aucune sorte d'acte de manifestation interne de la puissance publique susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux ne doit être soustraite à son contrôle<sup>118</sup>. Alors, et seulement alors, les droits de l'homme bénéficient potentiellement de garanties d'une meilleure protection par la juridiction constitutionnelle nationale. Concrètement, on peut constater que dans les systèmes qui reconnaissent le droit d'action individuelle devant la juridiction constitutionnelle, il existe une abondante jurisprudence pertinente spécialement en matière de droits fondamentaux<sup>119</sup>. Même si une certaine jurisprudence protectrice des droits de l'homme peut être relevée dans les systèmes ne connaissant pas de droit des particuliers d'ester en justice constitutionnelle en matière de droits fondamentaux<sup>120</sup>, ce sera dans une mesure différente.

Les droits de l'homme étant constitutionnellement garantis et la juridiction constitutionnelle pouvant être saisie sur leur fondement, les décisions subséquentement rendues en la matière doivent être adéquatement observées. Sinon le système risque d'être altéré et il y'aurait de l'injustice constitutionnelle<sup>121</sup>.

---

*op.cit.*, respectivement pp. 89-100 ; 101-110. Le rapporteur allemand souligne par ailleurs la nécessité que le droit de recours individuel devant la juridiction constitutionnelle soit constitutionnellement garanti « afin d'éviter que la garantie du libre accès auprès du tribunal ne puisse être abrogée par une loi ». La même faculté existe en Afrique du Sud. Voy. X. Philippe, « La saisine du juge constitutionnel en Afrique Australe », in F. Delpérée et P. Foucher, *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé, op.cit.*, pp. 73-93.

<sup>116</sup> En Espagne, le recours d'*amparo* institue le droit d'action des particuliers devant le tribunal constitutionnel contre les atteintes aux droits fondamentaux contenus dans la section 1 du chapitre 2 du titre I de la Constitution, exclusivement. Voy. F. Rubio Llorente, « L'accès direct à la protection : techniques et résultats. Rapport espagnol », *op.cit.*

<sup>117</sup> Le « *recurso de Amparo* » est par exemple organisé par l'article 43 de la Constitution argentine et par l'article 88 de la Constitution équatorienne adoptée le 28 septembre 2008.

<sup>118</sup> Comme c'est le cas en vertu de l'article 3 de la Constitution béninoise, précité. A l'inverse, en France les lois référendaires sont immunisées au contrôle de constitutionnalité. Cf. Conseil constitutionnel, Décision n°62-20 du 6 novembre 1962.

<sup>119</sup> L'abondance et la pertinence de la jurisprudence en matière de droits fondamentaux sont relevées en Suisse par P. Saladin, « L'accès direct à la protection : techniques et résultats. Rapport suisse », *op.cit.* Pour les Etats-Unis, voy. F. Hamon et C. Wiener, *La justice constitutionnelle : présentation générale, France, Etats-Unis, op.cit.*, pp. 40 et s. Pour la Bénin et le Gabon, voy. C. K. Tchapnga, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon », *op.cit.*

<sup>120</sup> Sur l'importante activité prétorienne constitutionnelle en France, lire B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel. Principes directeurs*, Sciences et Techniques Humaines, Paris, pp. 189 et s.

<sup>121</sup> A-M. Le Pourhiet, « L'injustice constitutionnelle », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, op.cit.*, pp. 223-231.

## **B : Assurance constitutionnelle du caractère obligatoire et exécutoire des décisions**

Ce paramètre exige que les décisions rendues par la juridiction constitutionnelle en matière de droits de l'homme, et pas seulement, doivent être parfaitement respectées dans tout l'ordonnement juridique interne concerné. Il est aussi un paramètre indispensable à la cohérence de tout système constitutionnel et à l'esprit de l'Etat de droit démocratique. Comment pourrait-il en être autrement ? La juridiction constitutionnelle est instituée pour administrer la suprématie nécessaire de la norme fondamentale de l'Etat<sup>122</sup>. Son verdict dans le contentieux constitutionnel, plus précisément en matière de droits de l'homme, doit être l'ultime considération qui vaille juridiquement, jusqu'à nouvel ordre. Pour sanctifier le rôle protecteur de la justice constitutionnelle, et spécifiquement la protection accordée aux droits fondamentaux des personnes par la juridiction constitutionnelle, deux paradigmes doivent être de rigueur : l'autorité de ses décisions et leur exécution de bonne foi.

L'obligatorité des décisions rendues par le juge constitutionnel est un principe du droit généralement observé, un élément constant dans le trans-constitutionnalisme. En ce qui concerne les systèmes où la juridiction constitutionnelle est placée au sommet de la hiérarchie judiciaire, comme aux Etats-Unis, en Suisse, en Afrique du Sud, en Inde et au Nigeria, sa pratique et sa politique jurisprudentielles déploient un effet *erga omnes*. En dernière analyse, ses verdicts s'imposent d'une manière ou d'une autre non seulement aux institutions de tout l'échafaudage juridictionnel interne, mais aussi à toutes les autres autorités de la structure étatique, ainsi qu'aux personnes privées sous la juridiction de l'Etat concerné<sup>123</sup>. De la même manière, dans les systèmes où la juridiction constitutionnelle n'est pas intégrée à l'ordonnement juridictionnel ordinaire de l'Etat et où la justice constitutionnelle est une branche parallèle spécialisée, à l'image de la France, de l'Algérie, du Burkina Faso, du Bénin, du Gabon et de l'Autriche, ses avis sont décisifs sur la constitutionnalité de telle ou telle norme et de tel ou tel acte individuel<sup>124</sup>. Si l'autorité des décisions du juge constitutionnel est, pourrait-on dire, universellement reconnue, cette reconnaissance, lorsqu'elle est expressément consacrée, peut parfois l'avoir été dans un texte de valeur infra-constitutionnelle. Même si une telle consécration formelle est admirable, nous lui préférons une consécration constitutionnelle formelle, comme cela a été fait au Maroc<sup>125</sup>, pour des raisons de sécurité juridique.

Obligatoires dans leur esprit, les décisions de justice constitutionnelle des droits de l'homme doivent surtout être obligatoires dans l'esprit des sujets du droit. Elles doivent être adéquatement exécutées, de bonne foi, comme en France<sup>126</sup>. La bonne foi est un principe inhérent à tout ordre juridique<sup>127</sup>. En effet, lorsque le juge constitutionnel est par exemple

---

<sup>122</sup> G. Burdeau (sous dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des lois en France et à l'étranger*, La Documentation française, Paris, 1978, p. 2 et s.

<sup>123</sup> F. Hamon et C. Wiener, *La justice constitutionnelle : présentation générale, France, Etats-Unis*, op.cit., p. 3 ; pp. 37 et s.

<sup>124</sup> *Ibidem*, pp. 10 et s.

<sup>125</sup> La pertinence pour ce propos de l'article 85 de la Constitution du Maroc nous amène à citer le texte *in extenso*. Il prévoit que « les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ». Rappelons également les articles précités de la Constitution en France (62), au Togo (106), au Gabon (92).

<sup>126</sup> F. Hamon et C. Wiener, *La justice constitutionnelle : présentation générale, France, Etats-Unis*, op.cit., pp. 10 et s.

<sup>127</sup> R. Kolb, *La bonne foi en droit international public*, P.U.F., Paris, 2000, pp. 154 et s. ; P-H. Steinauer, « La bonne foi en droit public et en droit privé », in G. Corti, M. Mini, J. Nosedà et M. Postizzi (sous dir.), *Diritto senza devianza, Studi in onore di Marco Borghi*, Helbing et Lichtenhahn, Genève, 2006, p. 775-789. La bonne

saisi par des individus pour atteinte à leurs droits de l'homme, il tranche sur le point de savoir s'il y a eu ou non violation des droits invoqués dans le contentieux opposant les parties en présence. Généralement, sa décision précise ou implique les mesures qui doivent être prises pour rétablir autant que possible le *statu quo ante* par la *restitutio in integrum*. Il pourra s'agir d'invalider la norme ou la décision attaquée, ou d'accorder une indemnité suffisante, une réparation satisfaisante, une compensation équitable, ou encore des garanties de non-répétition<sup>128</sup>. En dernière analyse, attaqué pour violation d'un droit fondamental, l'Etat ne peut prétendre avoir adéquatement mis en œuvre les droits de la personne que s'il exécute la prestation à laquelle il a été condamné à l'issue du contentieux tranché par le juge.

Le sentiment de l'obligatorité et l'exécution des décisions de justice, en l'occurrence celles rendues dans le contentieux interne des droits de l'homme, ont toujours constitué le nœud gordien de la mise en œuvre nationale des droits de l'homme. Ce, surtout dans le contexte national des pays du tiers monde, à savoir dans les Etats qui n'ont pas une tradition relativement assise de protection des droits fondamentaux<sup>129</sup>. Cela étant, les développements ultérieurs doivent absolument tendre à la prise en compte de cette dimension. Il faut bien se rendre compte que le respect des droits de l'homme ne va souvent pas de soi. Le dénouement juridictionnel est une phase parfois nécessaire. Si les prescriptions du juge ne sont pas concrètement observées par la partie condamnée, les droits fondamentaux de la partie lésée ne peuvent demeurer qu'imparfaitement mis en œuvre<sup>130</sup>. Par conséquent, l'exécution des

---

foi est un principe constitutionnel en Suisse, la Constitution helvétique dispose en son article 5, alinéa 3 que « les organes de l'Etat et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi ».

<sup>128</sup> Le droit à réparation est une dimension fondamentale de la justice en matière de droits de l'homme. Voy. Commission internationale de juristes, *Le droit à la réparation des victimes de violations des droits de l'homme*, Commission internationale de juristes, Genève, 1998, pp. 19 et s. Ce droit à réparation est développé par la résolution 2005/35 du 19 avril 2005 de l'ex-Commission des droits de l'homme des Nations Unies portant sur les « principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international relatif aux droits de l'homme et des violations graves du droit international humanitaire », § 15 et s.

<sup>129</sup> J. Owona, *Droit constitutionnel et régimes politiques africains*, Berger-Levrault, Paris, 1985, pp. 225 et s.

<sup>130</sup> L'administration a l'obligation d'exécuter ou d'assurer l'exécution des décisions de justice, qu'il s'agisse de la condamnation de l'Etat lui-même ou d'une personne privée. C'est un élément essentiel de l'Etat de droit et de mise en œuvre interne des droits de l'homme. Cette dimension fait défaut dans les pays africains notamment où l'administration refuse souvent d'exécuter la décision de justice, ou prend des mesures tendant à contourner la décision. Par exemple, en 1974-1975 au Burkina Faso, des fonctionnaires admis au concours de l'E.N.A. (Ecole nationale d'administration) avaient vu leur admission annulée au motif qu'ils étaient à leurs quatrième, cinquième ou sixième participation au concours, alors qu'il existait un texte qui limitait à trois le nombre de fois où un candidat pouvait prendre part à un concours de l'E.N.A. Ils avaient à l'époque saisi la cour suprême et celle-ci avait annulé la décision de l'administration qui les excluait de la liste des admis par un arrêt daté du 11 février 1975. Ils saisirent alors le ministère en charge de la fonction publique pour demander leur réintégration, conformément à la décision de justice. L'affaire fut portée en conseil des ministres du 30 avril 1975. Le conseil délibéra et décida de ne pas exécuter la décision rendue par la cour suprême. Le ministre en informa les intéressés par lettre datée du 7 mai 1975. Les intéressés saisirent de nouveau la cour suprême. Celle-ci, sur le fondement de la séparation des pouvoirs, l'Etat de droit et de la sécurité des relations juridiques, a considéré que cette inexécution était une « atteinte flagrante à l'indépendance d'une juridiction souveraine ». Elle a alors délivré une astreinte à l'encontre de l'Etat. Dans une autre affaire, deux fonctionnaires avaient été licenciés en conseil des ministres en juillet 1995. Saisie, la chambre administrative de la cour suprême à l'époque annula ce licenciement par arrêt de juin 1999. Pendant qu'ils étaient dans l'attente d'une décision de réintégration, l'administration prenait, en février 2000, un arrêté de suspension avec effet rétroactif pour compter du 2 août 1995. Les intéressés saisissaient une deuxième fois le juge administratif. En mai 2002, l'arrêté de suspension est annulé pour violation du principe de non rétroactivité. Tout en sachant donc que son recours n'a aucune chance d'aboutir, l'administration fait appel courant juillet 2002 au motif que la décision de justice viole la loi. Le 30 janvier 2004, le conseil d'Etat confirmait le jugement de mai 2002. Ces multiples décisions n'ont pas été exécutées et l'un des recourants est décédé en cours de procédure. Ces affaires sont expliquées sous le lien électronique : [http://www.evenement-bf.net/pages/le\\_droit\\_147.htm](http://www.evenement-bf.net/pages/le_droit_147.htm).

décisions rendues par le juge constitutionnel en charge du contentieux devient quelque chose d'intrinsèquement indispensable à une meilleure protection interne des droits de la personne.

## Conclusion

Cette modeste contribution établit clairement les principaux éléments que comporterait notre archétype de justice constitutionnelle pour une meilleure protection interne des droits de l'homme. Notre modèle voudrait premièrement que les Etats adhèrent à la fois au principe de la consécration constitutionnelle des droits fondamentaux et au principe de la coexistence constitutionnelle équilibrée de tous les droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels<sup>131</sup>, comme en Afrique du Sud. Par ailleurs les droits de l'homme, qu'ils soient de consécration constitutionnelle ou d'émanation internationale, doivent avoir la même valeur constitutionnelle, comme en Argentine.

Deuxièmement, dans notre modèle, l'organe du contrôle constitutionnel de l'application nationale des droits fondamentaux doit avoir un statut constitutionnel. Il doit être constitutionnellement créé, comme en Inde, avec la garantie constitutionnelle de son indépendance, via par exemple l'élection de ses membres, comme en Pologne. L'organe du contrôle de l'application nationale des droits fondamentaux doit être constitutionnellement doté d'une pleine compétence spéciale contentieuse en la matière, comme au Bénin.

Troisièmement, selon notre modèle, l'institution nationale disposant de la compétence juridictionnelle spéciale en matière constitutionnelle doit être accessible aux individus se prétendant victimes de violations de leurs droits fondamentaux par une autorité étatique. Elle doit l'être de préférence directement, comme en Suisse, plutôt qu'indirectement par le biais de la question préjudicielle, comme au Burkina Faso, idéalement les deux à la fois, comme en Allemagne. Ceci doit advenir, qu'il s'agisse d'un système de contrôle diffus, comme aux Etats-Unis, ou d'un système de justice constitutionnelle centralisée, comme au Gabon.

Enfin, dans notre modèle, l'autorité des décisions rendues par la juridiction constitutionnelle dans le contentieux des droits de l'homme doit être assurée, soit formellement dans la Constitution, comme au Maroc, soit par l'effet *erga omnes* de la jurisprudence constitutionnelle, comme en Espagne. Ces décisions doivent en outre être concrètement exécutées de bonne foi, comme en France. Ces quatre séries de paramètres sont cumulatives. Les systèmes constitutionnels cités en exemple, n'ont que cette valeur illustrative de tel ou tel paramètre examiné.

Nous pensons que la prévalence simultanée de ces quatre éléments de forme et de fond dans un Etat améliorerait pour le moins considérablement la vigueur des droits de l'homme dans la conscience citoyenne et dans la pratique nationale à l'intérieur de cet Etat. Même si les

---

<sup>131</sup> A noter que c'est dans un but purement didactique que nous avons recouru à la dichotomie catégorielle ou générationnelle des droits de l'homme. En fait, nous rejetons l'esprit de la doctrine de la classification de droits de l'homme distinguant les droits civils et politiques, d'une part, des D. E. S. C., d'autre part, doctrine impliquant que les premiers sont des droits purs contrairement aux seconds qui ne seraient pas de véritables droits. Nous défendons plutôt l'égalité juridique de principe de tous les droits l'homme indépendamment de leur appartenance catégorielle et adhérons à la doctrine que tous ces droits impliquent les trois niveaux d'obligations de respecter, de protéger et de donner effet, c'est-à-dire qu'ils sont tous justiciables. Cf. H. Shue, *Basic rights, Affluence, and U.S. Foreign policy*, *op.cit.*, pp. 51 et s. Ces deux paramètres, théorie des trois niveaux d'obligations et justiciabilité de principe de tous les droits fondamentaux, doivent être considérés comme connexes à notre modèle pur de justice constitutionnelle favorable à une meilleure mise en œuvre nationale des droits de l'homme.

systèmes constitutionnels américain, allemand et suisse semblent répondre à plusieurs des paramètres de notre modèle, ils ne sont pas, en tout point, satisfaisants. La catégorie des D.E.S.C. n'y a pas trouvé la consécration et le développement convenables. Les systèmes français et burkinabé pèchent notamment par les caractères restreints et politiques de la saisine du Conseil constitutionnel. En Mauritanie, le Conseil constitutionnel n'est par exemple pas constitutionnellement doté d'une compétence spéciale pour connaître du contentieux des droits de l'homme. Dans le système suisse, le Tribunal fédéral ne répond pas au critère de la pleine compétence, puisque les lois fédérales, même attentatoires à certains droits fondamentaux sont immunisées à son contrôle selon la lettre de l'article 190 de la Constitution. Les systèmes béninois et belge consacrent la nomination, plutôt que l'élection des juges constitutionnels. Précisons que nous concevons ce critère électoraliste très soupagement.

Le système constitutionnel de la République d'Afrique du Sud, et tout système constitutionnel national qui serait identique à lui, correspond le mieux à notre archétype de justice constitutionnelle des droits de l'homme ; en tout cas du point de vue du modèle théorique<sup>132</sup>. Il faut constater que dans le droit constitutionnel comparé actuel<sup>133</sup>, les différents systèmes étatiques de justice constitutionnelle des droits de l'homme satisfont à tel ou tel paramètre, et non à tel ou tel autre. La mise en œuvre des droits de l'homme dans tout Etat peut être appréciable ou critiquable sur tel ou tel point. Mais une chose demeure. Chacun des paramètres de notre modèle théorique de justice constitutionnelle se retrouve dans plusieurs Etats du monde et, mieux, s'y est révélé être un élément pouvant favoriser une meilleure mise en œuvre interne des droits de l'homme. Alors, les efforts pour tendre vers un tel modèle ne pourront qu'être appréciables à leur juste valeur.

---

<sup>132</sup> Très sommairement, sur le premier critère, en Afrique du Sud il y a une consécration constitutionnelle des droits civils et politiques, autant que des D.E.S.C. (articles 7 à 39). La Constitution précise au surplus que ces droits ont une valeur égale, puisque chacun d'eux implique les trois strates d'obligations de respecter, de protéger et de donner effet (article 7, alinéa 2). En raison de la nature dualiste de cet Etat, les traités internationaux de protection des droits de l'homme ne sont constitutionnellement obligatoires que lorsqu'ils ont été transposés en droit interne par un acte législatif (article 231, alinéa 4), mais l'interprétation des droits fondamentaux constitutionnels doit se faire en considération du droit international pertinent (article 39, alinéa 1). Sur le deuxième critère, la Cour constitutionnelle sud africaine a un statut constitutionnel, et elle a une compétence spéciale en matière de contrôle de l'application interne des droits de l'homme (articles 167 et 168). La plupart des onze juges actuellement en activité ont été nommés par le Président Mandela ou Mbeki, mais leur indépendance est constitutionnellement garantie (article 33, alinéa 3). Sur le troisième critère, le système de ce pays reconnaît l'accessibilité individuelle directe de la juridiction constitutionnelle en matière de contentieux interne des droits de l'homme (article 167, alinéa 6). Sur le quatrième critère, la Constitution sud africaine consacre l'autorité des décisions de la juridiction constitutionnelle (article 167, alinéa 3) et l'exécution effective des décisions rendues en matière de droits fondamentaux ne semble pas aller si mal. Un exemple nous est donné par le dénouement de cette affaire, Constitutional Court of South Africa, *The Government of the Republic of South Africa, the premier of the province of the Western Cape, Cape Metropolitan Council, Oostenberg Municipality Versus Irene Grootboom and others*, 2001, Case CCT 11/00, 4 octobre 2000, § 15 et s. Le pouvoir constituant de ce pays a su capitaliser l'expérience de plusieurs pays en matière de justice constitutionnelle. Il a combiné plusieurs aspects positifs de différents modèles de juridiction constitutionnelle, de sorte qu'il y a un système mixte. Suivant les articles 79, 80, 167 et 172 de la Constitution, le contrôle est à la fois *a priori* et *a posteriori*, concret et abstrait, direct et indirect, diffus et centralisé, et la saisine est possible par les particuliers, les juridictions, et les autorités politiques. Voy. X. Philippe, « La saisine du juge constitutionnel en Afrique Australe », *op.cit.*, pp. 73-93.

<sup>133</sup> D. Chagnollaud, *Droit constitutionnel contemporain. Théorie générale. Les régimes étrangers*, Dalloz, Paris, t. 1, 5<sup>e</sup> éd., 2007, pp. 76 et s.