

**LA REGLE DE L'ÉPUISEMENT DES VOIES DE RECOURS INTERNES DEVANT  
LES JURIDICTIONS INTERNATIONALES : LE CAS DE LA COUR AFRICAINE  
DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES**

**Par**

**Abdou Khadre DIOP,**

**Enseignant-chercheur en droit public, Université Virtuelle du Sénégal,**

**Docteur en droit de l'Université Laval et de l'Université de Bordeaux.**

**Résumé**

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

**Mots clés :** procédure internationale, Cour africaine des droits de l'homme, épuisement des voies de recours internes, Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

**ABSTRACT**

The rule of exhaustion of local remedies is a customary rule of international procedural law that is found particularly in the field of diplomatic protection, international arbitration and international human rights litigation. The African Court on Human and Peoples' Rights, which is the youngest international court for the protection of human rights, has developed substantial jurisprudence regarding its interpretation of exhaustion of domestic remedies. This paper seeks to analyse the African Court's approach in order to see to what extent it departs from traditional approaches and whether it is quick to promote individual access to the African international courtroom.

## **SOMMAIRE**

### Introduction

- I. Une approche structurelle protectrice des Etats
  - A. La règle et la structure du système
  - B. La règle et la structure du contentieux
- II. Une approche substantielle promotrice de l'accès des particuliers au prétoire de la Cour
  - A. La nature du recours
  - B. Les critères du recours

### Conclusion

## Introduction

La Cour Africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après la Cour) est une juridiction internationale chargée de la protection des droits de l'homme en Afrique<sup>1</sup>. Bien qu'elle partage cette fonction avec d'autres juridictions sous régionales<sup>2</sup> et même nationales<sup>3</sup>, il n'en demeure pas moins qu'elle soit un « faiseur de système »<sup>4</sup>, du moins du système continental de protection des droits de l'homme<sup>5</sup>. Par sa jurisprudence, elle interprète la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après, la Charte) et tout autre instrument pertinent de droit de l'homme ratifié par les Etats concernés<sup>6</sup>. C'est ainsi qu'elle parvient à faire « ressortir le sens des mots »<sup>7</sup>, en cherchant un équilibre fonctionnel entre universalité<sup>8</sup> et particularisme<sup>9</sup>. Dans cette optique, il est utile de s'interroger sur l'approche développée par la Cour dans l'analyse de la règle centrale d'épuisement des voies de recours internes.

---

<sup>1</sup> Voir Marielle DEBOS, « La création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, les dessous d'une ingénierie institutionnelle multicentree », *Cultures et Conflits*, 2005, n. 60, pp. 159-182 ; Fatsah OUGUERGOUZ, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : chronique d'une métamorphose annoncée », *L'Afrique et le droit international : variations sur l'organisation internationales, Liber amicorum Raymond Ranjeva*, 2013, pp. 365-375 ; Fatsah OUGUERGOUZ, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : gros plan sur le premier organe judiciaire africain à vocation continentale », *AFDI*, 2006, pp. 213-240 ; Gérard NIYUNGEKO, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, défis et perspectives », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2009, n. 79, pp. 731-738, Abdou K. DIOP, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ou le miroir stendhalien du système africain de protection des droits de l'homme », *Les cahiers de droit*, 2014, pp. 529-555.

<sup>2</sup> Voir Alioune SALL, *Le contentieux de la violation des droits de l'homme devant la Cour de Justice de la CEDEAO*, L'Harmattan-Sénégal, 2019, 264 p.

<sup>3</sup> Voir Abdoulaye SOMA, « Modélisation d'un système de justice constitutionnelle pour une meilleure protection des droits de l'homme : trans-constitutionnalisme et droit constitutionnel comparé », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2009, n. 78, pp.437-466 ; John Richard KEIDJEU DE KEUDJEU, « L'effectivité de la protection des droits fondamentaux en Afrique subsaharienne francophone », *Revue Juridique et Politique des Etats Francophones*, 2018, vol. 71, pp.192-226.

<sup>4</sup> Jean RIVERO, « Apologie des faiseurs de système », *Dalloz*, 1951, chr. 23, p. 99-102.

<sup>5</sup> Mutoy MUBIALA, *Le système régional africain de protection des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 33 ; Robert YOUNGBARE, « Le mécanisme de garantie des droits de l'homme de la CEDEAO : entre emprunt et appropriation des instruments du système continental », *Annuaire Africain des Droits de l'Homme*, n. 2, 2018, p. 259.

<sup>6</sup> Conformément à l'article 3 du Protocole de Ouagadougou créant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Pour une analyse de cette compétence extensive de la Cour, voir Yakaré OULE, Jansen REVENTLOW, Rosa CURLING, « The unique jurisdiction of the african court on human and people's rights: protection of human rights beyond the African Charter », *Emory International Law Review*, 2019, vol. 33, n. 2, pp. 203-222.

<sup>7</sup> Jean SALMON, *Droit international et argumentation*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 33.

<sup>8</sup> Voir Jean DHOMMEAU, « De l'universalité du droit international des droits de l'Homme : du pactum ferendum au pactum latum », *AFDI*, 1989, p. 421 et ss.

<sup>9</sup> Telesphore ONDO, « la jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : entre particularisme et universalité », *Annuaire Africain des droits de l'homme*, 2017, n. 1, pp. 244-262.

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

En droit international général, c'est essentiellement en matière de protection diplomatique et d'arbitrage international que la règle de l'épuisement des voies de recours internes trouve une place particulière. La protection diplomatique peut être définie comme la protection que peut exercer un Etat au profit de ses ressortissants, victimes d'un préjudice à l'origine duquel se trouve un autre État<sup>14</sup>. Ainsi, dans l'exercice de la protection diplomatique, l'État dont la victime est ressortissante est partie demanderesse. Son action est dirigée contre l'État responsable. Dans ce cas, la règle de l'épuisement des voies de recours internes est opposable à l'État demandeur. Autrement dit, on conditionne l'action étatique internationale à l'épuisement préalable, par la victime, des voies de recours que l'ordre interne de l'État défendeur met à sa disposition. Cette exigence est, d'ailleurs, rappelée par la CIJ qui faisait remarquer dans l'affaire *Interhandel* que « *la règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés avant qu'une procédure internationale puisse être engagée (...) a été généralement observée dans les cas où un État prend fait et cause pour son ressortissant dont les droits auraient été lésés dans un autre État en violation du droit international* »<sup>15</sup>. Cette position sera

---

<sup>10</sup> Cour ADHP, 29 mars 2019, *Sébastien Germain Avajon c/Benin*, req. N. 013/2017, para. 98.

<sup>11</sup> CIJ, arrêt du 21 mars 1959, *Affaire de l'Interhandel (Suisse c/ États Unis d'Amérique)*, Rec. 1959, p. 27 : « *la règle selon laquelle les recours internes doivent être épuisés avant qu'une procédure internationale puisse être engagée est une règle bien établie du droit international coutumier* ». Même bien avant la CIJ, des instances arbitrales ont confirmé la nature coutumière de la règle, notamment dans l'affaire *Finnish Shipowner (Finlande c/ Grande Bretagne)*, RIAA, 1479, 1934) et l'affaire de la *sentence Ambatielos (Grèce c/ Royaume Uni)*, R.I.A.A, 83, 1956).

<sup>12</sup> Voir article 35 de la Convention européenne des droits de l'homme, article 41 (1) (C) du Pacte International relative aux droits civils et politiques et 2 de son premier Protocole.

<sup>13</sup> Projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. 2, art. 14 cmt. 1.

<sup>14</sup> Anna Maria SMOLINSKA, *Droit international des relations diplomatiques et consulaires*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p.114.

<sup>15</sup> CIJ, *supra* note 11, p. 27

confirmée dans l'affaire *Elettronica Sicula* du 20 juillet 1989<sup>16</sup>. La règle de l'épuisement des voies de recours internes est, dès lors, une condition préalable à l'exercice d'une protection diplomatique. C'est donc logiquement que la CDI l'a codifiée à l'article 14 de son projet d'articles<sup>17</sup>. Concernant l'arbitrage international, qui s'est aujourd'hui imposé comme moyen privilégié de règlement des litiges, notamment en matière d'investissements internationaux<sup>18</sup>, la règle de l'épuisement des voies de recours internes y est souvent invoquée<sup>19</sup>. Toutefois, en la matière, la pratique n'est pas uniforme. Alors que certains traités bilatéraux d'investissement exigent la règle de l'épuisement des voies de recours internes ou y renoncent explicitement, d'autres restent silencieux sur la question, laissant la voie ouverte aux interprétations multiples. Prenant l'exemple de la Convention instituant le CIRDI, on note en son article 26 que « *le consentement des parties à l'arbitrage au titre de cette Convention sera réputé, sauf indication contraire, être un consentement à un tel arbitrage, à l'exclusion de tout autre recours. Un État contractant peut exiger l'épuisement des recours internes administratifs ou judiciaires en tant que condition de son consentement à l'arbitrage au titre de cette Convention* »<sup>20</sup>. Cette disposition, pour le moins obscure, a été interprétée par le CIRDI comme comportant une présomption de renonciation à la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans l'arbitrage international. Autrement dit, pour que la règle de l'épuisement des voies de recours internes soit opérationnelle au sens de l'article 26, il faudrait que l'État l'ait expressément mentionné dans l'instrument dans lequel il exprime son consentement à l'arbitrage.<sup>21</sup>

Plus spécifiquement, c'est dans le contentieux du droit international des droits de l'homme que la règle trouve une fortune particulière. Permettant aux particuliers de saisir des organes juridictionnels ou quasi-juridictionnels au niveau international contre leur propre État, le droit international des droits de l'homme conduit à un changement de paradigme, pour le moins iconoclaste, et remet en cause la « statôlatrie » qui jusque-là était la marque de fabrique

---

<sup>16</sup> CIJ, arrêt du 20 juillet 1989, *Elettronica Sicula*, Rec. CIJ, 1989, para. 50.

<sup>17</sup> *Supra* note 13 ; voir à ce propos, analyse d'Alain PELLET, « la seconde mort d'Oeupride Mavromatis? notes sur le projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit : Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1359-1382.

<sup>18</sup> Arnaud DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, p. 215.

<sup>19</sup> Voir à ce propos, Stephen M. SCHEWEBEL, « arbitration and exhaustion of local remedies », *Justice in international law, selected writing*, 1994, pp. 171-190.

<sup>20</sup> Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, *R.T.N.U.*, vol. 575, 1996, p.175.

<sup>21</sup> Voir CIRDI, décision préliminaire sur l'attribution de compétence, 8 décembre 1998, *Lanco Internationa Inc. c/ République Argentine*, Aff. N. ARB/97/6, para. 37 ; CIRDI, 16 septembre 2003, *Génération Ukraine Inc c/ Ukraine*, Aff. N. ARB/00/9, para 13.5.

du droit international public. Désormais, l'individu est aussi sujet de droit international<sup>22</sup>. Néanmoins, le droit international des droits de l'homme, quelle que soit sa spécificité, reste une branche du droit international public et, en tant que telle, puise dans ses sources et ses règles de base, parmi lesquelles la règle de l'épuisement des voies de recours internes<sup>23</sup>. On retrouve, en effet, la règle dans quasiment tous les textes internationaux de protection des droits de l'homme à vocation mondiale<sup>24</sup> ou régionale<sup>25</sup>.

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

L'analyse de la règle de l'épuisement des voies de recours internes devant la juridiction continentale de protection des droits de l'homme présente une importance fondamentale. Du point de vue de la recherche, peu de travaux sont consacrés à cette règle centrale dans le contentieux international africain des droits de l'homme. Une seule étude est jusque-là

---

<sup>22</sup> Remy PROUVEZE et Thomas MARGUERITTE, « le droit international et la doctrine saisie par le fait : la diversification des sujets du droit international sous l'effet de la pratique », *Revue Québécoise de Droit International*, 2016, Hors-Série 1, pp. 159-189.

<sup>23</sup> Jean CHAPPEZ, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Paris, Pedone, 1972, 263 p.

<sup>24</sup> Voir article 41 (1) du Pacte International relative aux droits civils et politiques, article 5 du Protocole facultatif du Pacte International relative aux droits civils et politiques,

<sup>25</sup> Voir article 35 (1) de la Convention européenne des droits de l'homme, article 46 (1) de la Convention interaméricaine des droits de l'homme, article 56 (6) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Il convient de noter à ce propos, l'approche *sui generis* développée par la Cour de Justice de la CEDEAO qui n'exige pas l'observation d'une telle règle (voir CJCEDEAO, 27 octobre 2008, *Hadijatou Mani Koraou c. Niger*, ECW/CCJ/JUD/06/08).

<sup>26</sup> Entre autres conditions de recevabilité des requêtes comme le délai raisonnable, l'identification de l'auteur de la demande, le fait de ne pas contenir des termes outrageant, être conforme à la Charte, etc.

<sup>27</sup> Voir même l'article 40 (5) du Règlement intérieur de la Cour.

répertoriée et elle est orientée sur l'articulation entre la règle de l'épuisement des voies de recours internes et ce qui est appelé dans les systèmes de *common law*, les « *ouster clauses* »<sup>28</sup>. Toutes les autres études se focalisent non pas sur la Cour, mais la Commission<sup>29</sup>. Or, une analyse statistique et substantielle de la jurisprudence de la Cour montre tout l'intérêt théorique et pratique que revêt une telle étude. La Cour a, à ce jour, rendu 32 décisions dans lesquelles elle a eu à analyser la règle de l'épuisement des voies de recours internes<sup>30</sup>. Parmi ces 32 décisions, seuls 6 rejets sont dénombrés en raison du non-respect de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Pour toutes les autres affaires, les requérants ont réussi le test de l'article 56 (5). Ainsi, il y a matière à analyse afin de voir s'il y a une approche africaine de la règle de droit international coutumier.

A cet égard, il est nécessaire de se poser la question suivante : quelle politique jurisprudentielle émerge de l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours interne dans le contentieux africain des droits de l'homme devant la Cour ? Autrement dit, quelle est l'approche que la Cour fait sienne dans l'analyse de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, et à quelles fins ?

La recherche s'emploie à apporter les éléments de réponse à ces questions à partir d'une analyse juridique qui se fondera essentiellement sur les textes internationaux pertinents, sur la jurisprudence de la Cour ainsi que les opinions dissidentes de ses juges. Nous ferons aussi appel à une analyse comparative notamment au regard de la jurisprudence de la Commission, des autres Cours régionales ayant le même mandat et plus généralement les juridictions internationales ou instances arbitrales analysant la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Ainsi, il s'agit d'une recherche qui s'inscrit au principal dans le champ du droit international, plus spécifiquement, dans le droit international des droits de l'homme. Cependant, bien que situé, au principal, dans un champ disciplinaire, ce sujet déborde sur des

---

<sup>28</sup> Voir Lilian Manka CHENWI, "exhaustion of local remedies rule in the jurisprudence of the African Court on Human and People's Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 41, n. 2, pp. 74-398.

<sup>29</sup> Voir Henri ONORIA, "The African Commission on Human and People's rights and the exhaustion of local remedies under the African Charter", *African Human Rights Law Journal*, 2003, vol. 3, pp. 1-24  
Nsongura J. UDOMANA, "So far so fair: the local remedies rule in the jurisprudence of the African Commission on Human and people's rights", *American Journal of International Law*, 2003, vol. 97, pp. 1-37.

<sup>30</sup> Cet article est rédigé après la 53 e session de la Cour, soit du 10 juin au 5 juillet 2019.

questions plus ou moins liées à des considérations de droit interne, notamment le contentieux constitutionnel, le contentieux administratif, le contentieux judiciaire, etc.

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

## **I. Une approche structurelle protectrice des Etats**

Dans sa jurisprudence, la Cour développe une vision structurelle de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Autrement dit, elle cherche toujours à replacer la règle dans un ensemble systémique et lui donne ainsi une valeur cardinale, voire centrale. C'est du moins la conclusion qui résulte de l'analyse de la règle au regard de la structure du système africain de protection des droits de l'homme (A) et au regard de la structure du contentieux africain des droits de l'homme (B).

### **A. La règle et la structure du système**

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

---

<sup>31</sup> Cour ADHP, arrêt, 21 juin 2013, *Urban Mkandawire c/ Malawi*, req. N. 003/2011.

<sup>32</sup> *Idem*, para. 37.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

## 1. La règle au service de la souveraineté comme qualité

Sur ce premier aspect, on peut avancer deux niveaux d'analyse. Le premier niveau renvoie tout simplement au volontarisme bien connue en droit international public. En effet, lorsque la Cour évoque « *les relations entre Etats parties avec le Protocole et la Charte* » ou lorsqu'elle dit que « *les États parties ratifient le Protocole en tenant pour acquis...* », on voit tout simplement le truisme selon lequel l'érection de la règle dans le système africain de protection des droits de l'homme n'est rien d'autre que le produit de la volonté des *États*. Cette position trouve un appui confortable dans la jurisprudence internationale. On se rappelle encore du « *petit crochet doctrinal* » dans *l'affaire du Lotus*, sous l'impulsion probable d'Anzilotti<sup>34</sup>, selon lequel « les règles de droit liant les Etats procèdent (...) de la volonté de ceux-ci »<sup>35</sup>. C'est dans cette optique que Louis Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre Henri Imbert ont relevé que le principe de la souveraineté sert de fondement immédiat à la règle d'épuisement des voies de recours internes<sup>36</sup>.

Par contre, en renvoyant à l'article 34 (6) à travers l'*obiter dictum* relevé dans l'affaire *Mkandawire*, le juge émet l'idée de souveraineté défensive comme facteur explicatif de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Autrement dit, la règle, en plus d'être un produit de la souveraineté des Etats (1<sup>er</sup> niveau d'analyse), a pour vocation de défendre la souveraineté des États (2<sup>e</sup> niveau d'analyse). C'est en tout cas ce qui ressort de l'article 34 (6) évoqué<sup>37</sup> qui matérialise l'exigence d'une déclaration facultative préalable de la part des États pour un accès effectif des individus et ONG à la Cour<sup>38</sup>. Cette clause a été qualifiée de talon d'Achille du système<sup>39</sup> et une grande majorité des ONG la considère, non seulement comme un obstacle

---

<sup>34</sup> Alain PELLET, « *Lotus, que de sottises on profère en ton nom ! Remarques sur le concept de souveraineté dans la jurisprudence de la Cour mondiale* » in *L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui, Mélanges en l'honneur de J.P. Puissechet*, 2008, p. 216.

<sup>35</sup> CPJI, arrêt, 7 septembre 1927, *Affaire du « Lotus »*, Série A, n° 10, p.18.

<sup>36</sup> Léon PETTITI, Emmanuel DECAUX et Pierre-Henri IMBERT, *Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, Economica*, Paris, 1995, p. 592.

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

<sup>38</sup> Voir Mamadou F. DIOP, « Plaidoyer pour l'accès direct des individus à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et à la future Cour africaine de justice et des droits de l'homme », *RDP*, 2016, p. 653 ; Carole V. L. KEMKENG, « la déclaration de l'article 34 (6) du Protocole de Ouagadougou dans le système africain des droits de l'homme : entre régression continentale et progression régionale », *Annuaire Africain des Droits de l'Homme*, 2018-2, p. 200.

<sup>39</sup> Abdou K. DIOP, *supra*, note 1 p. 544.

majeur à la garantie des droits de l'homme par la Cour africaine, mais aussi comme un facteur à l'origine de l'atrophie fonctionnelle de celle-ci<sup>40</sup>. Si, du moins, on peut admettre cette perception des choses, il ne faut pas se méprendre outre mesure. Il convient surtout de se rappeler que cette disposition est bel et bien le fruit d'un compromis judicieux entre l'existence d'une Cour africaine des droits de l'homme et la prudence affichée par les États qui sont encore fortement jaloux de leur souveraineté et qui, visiblement, ne sont pas prêts à « lâcher du lest » en permettant à ladite Cour, pourrait-on dire, « de leur taper dessus »<sup>41</sup>. Comme le soulignent Laurence Boisson de Chazournes et Makane Moïse Mbengue, « [l]'avantage d'une telle formule est qu'elle rassure les États quant à une multitude de requêtes individuelles contre eux en cas de déclaration d'acceptation »<sup>42</sup>. Alors, dire que la *ratio legis* de la règle de l'épuisement des voies de recours internes est « faite sur la même base que l'article 34 (6) »<sup>43</sup>, c'est reconnaître que c'est aussi un moyen pour les États de préserver leur souveraineté. Cette position que semble développer la Cour dans son *obiter dictum* trouve un écho favorable en doctrine. En effet, J. Chappez faisait justement observer en 1972 que « la règle de l'épuisement des voies de recours internes s'explique essentiellement par la défense de la souveraineté des États »<sup>44</sup>. Elle tendrait, ainsi, à « éviter l'affrontement des souverainetés étatiques qui est latente dans les litiges internationaux »<sup>45</sup>. Cette observation est partagée par Laurence B. Larsen et F. Sudre. Selon ces derniers, la règle qui suppose que le requérant s'adresse d'abord au « souverain territorial » pour obtenir justice, a principalement pour objet de protéger les souverainetés nationales contre les procédures internationales intempestives<sup>46</sup>. Ludovic Hennebel n'a pas aussi manqué de relever que la règle vise en réalité à préserver la souveraineté des États<sup>47</sup>. Ainsi, il ressort clairement de l'analyse doctrinale et jurisprudentielle, que la règle vise à

---

<sup>40</sup> Stéphane Doumbé-BILLÉ, « le mécanisme de saisine de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est-il approprié à sa fonction ? », in *Mélanges en l'honneur d'Emmanuel DESCAUX, réciprocité et universalité : sources et régime du droit international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2017, p. 587.

<sup>41</sup> Abdou K. DIOP, *supra note 1*, p. 544.

<sup>42</sup> Laurence B. DE CHAROUZE et Moïse M. MBENGUE, « article 34. Ratification », in Maurice KAMTO (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le Protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 236.

<sup>43</sup> De l'avis de la Cour dans l'affaire *Mkandawire*, *supra note 31*.

<sup>44</sup> Jean CHAPPEZ, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, *supra note 23*, p. 25

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> Laurence Bourgeois LARSEN et Amaya Ubeda DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 154 ; F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 14<sup>e</sup> édition, 2019, p. 757.

<sup>47</sup> Ludovic HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme : mécanisme de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 168.

préservé la souveraineté de l'État « autorité judiciaire »<sup>48</sup>. Néanmoins, elle vise aussi cette conception particulière et moderne de la souveraineté vue comme une responsabilité spécifique de l'État.

## **2. La règle au service de la souveraineté comme responsabilité**

La règle de l'épuisement des voies de recours internes s'explique aussi à travers la notion de souveraineté-responsabilité. Une telle notion s'est, aujourd'hui, imposée dans la doctrine<sup>49</sup>, tout comme dans la pratique internationale<sup>50</sup>. Elle est le fruit d'un changement de paradigme au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale. En effet, le procès de l'État au lendemain de la guerre a débouché sur la prise de conscience d'une nécessaire réflexion sur le sens de la souveraineté. Même si la théorie de la souveraineté absolue ne trouve pas droit de cité en droit international, la conception de la souveraineté comme qualité de l'État, s'interprétant en termes de droits et de capacités de l'Etat sur la scène internationale, ne suffisait plus à rendre compte de la notion dans la nouvelle configuration intellectuelle du monde de l'après-guerre. En fait cette nouvelle configuration présente l'individu, et non plus uniquement l'État, au centre de la réflexion<sup>51</sup> et fait émerger à côté de la souveraineté-qualité, l'idée d'une souveraineté-obligation ou responsabilité. En effet, la souveraineté ne s'interprète plus seulement en termes de droits de l'État sur la scène internationale mais, elle englobe aussi des obligations internes. Ainsi, le droit international définit la souveraineté en tenant compte de sa finalité protectrice. « Souveraineté en tant que responsabilité »<sup>52</sup> ou « souveraineté en vertu du droit »<sup>53</sup>, quelle que

---

<sup>48</sup> Voir Abdou K. DIOP, *La notion fonctionnelle d'Etat en droit international et en droit européen : de l'impossible approche conceptuelle à la nécessaire approche fonctionnelle*, Thèse de droit, Université Laval-Université Bordeaux, 2017, p. 78.

<sup>49</sup> Voir à ce propos, Patrick DAILLIER, « la responsabilité de protéger, corollaire ou remise en cause de la souveraineté ? » in *La responsabilité de protéger*, Colloque de Nanterre, SFDI, Pedone, Paris, 2008, pp.41-57 ; Jean Jacques LAVENUE, « élection présidentielle ivoirienne de 2010, droit international et droit constitutionnel : vers une définition fonctionnelle de la souveraineté ? » *Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif*, 2012-1 pp. 401-418.

<sup>50</sup> Voir rapport de la Commission nationale de l'intervention et de la souveraineté des Etats (CIISE), « La responsabilité de protéger », CRDI, 2001 ; voir aussi Conseil de sécurité des Nations unies, *Paix et sécurité en Afrique*, 26 février 2011, S/RES/1970 et *La situation en Jamahiriya arabe libyenne*, 17 mars 2011, S/RES/1973.

<sup>51</sup> Voir à ce propos, Bélangère TAXIL, « *Recherches sur la personnalité juridique internationale : l'individu entre ordre interne et ordre international* », thèse, Paris I, 2005, 452 p.

<sup>52</sup> Francis M. DENG et al., "Sovereignty as responsibility" : conflict management in Africa", Washington : *Brookings institutions press*, 1996. , 452 p.

<sup>53</sup> Rapport de la Commission juridique et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « La souveraineté nationale et le statut d'Etat dans le droit international : nécessité d'une clarification », doc 12689, 12 juillet 2011, p.6.

soit la terminologie utilisée, la souveraineté de l'État est selon cette perception un pouvoir de gouvernance au service de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit.

C'est cette conception que traduit aussi la règle de l'épuisement des voies de recours internes selon l'interprétation qu'en fait la Cour. En effet, la Cour met en avant l'idée de responsabilité première des États afin de redresser les violations des droits de l'homme relevant de leur juridiction et la combine avec celle de subsidiarité<sup>54</sup>. En effet, c'est aux États parties et à leurs appareils exécutifs et législatifs qu'il appartient en premier lieu d'assurer l'application effective des dispositions de la Charte africaine. En cas de violation de leurs obligations, c'est à leurs appareils judiciaires qu'il appartient, au premier chef, de redresser la situation. Ce n'est qu'après l'échec des procédures judiciaires internes, et donc à titre subsidiaire, que la Charte africaine et son Protocole prévoient l'intervention des organes qu'ils instituent. Ainsi, dans l'arrêt *Lohe Issa Konaté*, la Cour fait remarquer que « *le recours aux juridictions internationales des droits de l'homme est un recours subsidiaire par rapport aux recours disponibles dans l'ordre juridique interne des États* »<sup>55</sup>. Les mécanismes internationaux ne sont donc pas des mécanismes de substitution pour la mise en œuvre des droits de l'homme au niveau national, mais devrait être considérés comme des outils visant à assister les autorités nationales dans l'établissement d'une protection suffisante des droits de l'homme sur leur territoire. Il ressort clairement de la jurisprudence de la Commission africaine que « *les États ne sont pas considérés comme ayant violés leurs obligations eu égard aux droits humains s'ils offrent des recours véritables et efficaces aux victimes de violation de leurs droits humains* »<sup>56</sup>. Il est donc de la responsabilité des États de mettre en place des structures permettant aux individus de trouver les recours adéquats, chaque fois que leurs droits sont violés<sup>57</sup>. Il ne saurait en être autrement, dans la mesure où, comme le note Nsongura J Udomana, les recours internes sont plus efficaces et plus enclins à répondre aux défis de protection des droits de l'homme<sup>58</sup>. Une

---

<sup>54</sup> Voir Paolo G. GAROZZA, « subsidiarity as a structural principal of International Human Rights law », *American Journal of International Law*, 2003, vol. 1, pp.38-79; M. LUCIANO, « La subsidiarité et le rapport entre les ordres juridiques protecteurs de droits fondamentaux », in F. Delperée (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 343-347.

<sup>55</sup> Cour ADHP, arrêt, 5 décembre 2014, *Lohe Issa Konate*, Req. n. 004/2013, para. 78.

<sup>56</sup> Commission ADHP, 22 mai 2008, *Zimbabwe Lawyer for Human Rights et Associated Newspapers for Zimbabwe c/ Zimbabwe*, comm. N. 293/04, para. 60.

<sup>57</sup> Voir Commission ADHP, 11 mai 2000, *Sir Dawda K. Jawara c. Gambie*, Comm. n° 147/95 et 149/96

<sup>58</sup> Nsongura J. UDOMANA, « So far so fair: the local remedies rule in the jurisprudence of the African Commission on Human and people's rights », supra note 29, p. 9. Il note que « *local remedies are normally quicker, cheaper and more effective than international ones. They can be more effective in the sense that an appellate court can reverse the decision of a lower court, whereas a decision of an international*

Cour d'appel peut, par exemple, renverser une décision de première instance avec autorité de la chose jugée, ce qui n'est pas le cas d'une Cour internationale qui ne peut qu'engager la responsabilité de l'Etat, sans véritable pouvoir d'injonction ou d'astreinte<sup>59</sup>.

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

## **B. La règle et la structure du contentieux**

Si on considère la dimension strictement contentieuse, la règle de l'épuisement des voies de recours internes y occupe une place centrale. Cet aspect renseigne plus exactement sur l'importance de la règle dans la structure contentieuse devant la Cour. A cet égard, force est de constater qu'il s'agit d'une règle procédurale d'importance capitale. La nature procédurale de la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne fait aucun doute. La règle est invoquée ou analysée lors de la phase de l'examen de la recevabilité des requêtes. Certes, il y a des domaines du droit international dans lesquels la règle peut être soulevée lors de l'examen de la compétence<sup>62</sup>. Mais dans le système africain de protection des droits de l'homme, c'est une règle de recevabilité et non de compétence, ni de fond<sup>63</sup>. Et, en tant que telle, elle se distingue des autres conditions de recevabilité de par sa place centrale. C'est ce qui explique que le juge

---

*organ does not have that effect, although it will engage the international responsibility of the state concerned*'.

<sup>59</sup> Mamadou HEBIE, « l'exécution des arrêts de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *RGDIP*, 2017, n. 3, p. 689.

<sup>60</sup> Commission ADHP, 18 octobre 1995, *Commission nationale des droits de l'homme et des libertés c/ Tchad*, Comm. N. 74/92, para. 28.

<sup>61</sup> Voir CJCEDEAO, 27 octobre 2008, *Hadijatou Mani Koraou c. Niger*, ECW/CCJ/JUD/06/08.

<sup>62</sup> C'est parfois le cas en matière d'arbitrage international. Voir, Yas BANIFATEMI et Emmanuel JACOMI, « compétence et recevabilité dans le droit de l'arbitrage en matière d'investissement », *in droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, pp. 773-812.

<sup>63</sup> Voir article 56 de la Charte.

accorde une importance particulière à l'examen de la règle de l'épuisement des voies de recours internes (1) et à la preuve de l'épuisement des voies de recours (2).

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

Concernant l'examen de la règle, en lisant les arrêts de la Cour, il convient de noter que c'est l'un des passages où il y a le plus de développements dans la phase de l'examen de recevabilité de la requête. Mieux, à chaque fois que la Cour procède à l'examen de la recevabilité, la règle est analysée, qu'elle soit ou non soulevée par le défendeur, ce qui contraste avec la solution retenue en droit international général<sup>64</sup>. Autrement dit, même en l'absence d'exception d'irrecevabilité soulevée par le défendeur pour non épuisement des voies de recours internes, le juge analyse la question, *proprio motu*<sup>65</sup>. Cela trouve une base légale dans l'article 39 du Règlement de la Cour<sup>66</sup> et vient conforter ce que disait la Cour dans *l'affaire Peter Joseph Chacha* : « la règle de l'épuisement des voies de recours internes est une exigence du droit international et non une question de choix »<sup>67</sup>. Mais qu'en est-il lorsque l'État défendeur reconnaît lui-même que les voies de recours internes ont été épuisées par le requérant ? La Cour peut-elle être plus royaliste que le Roi (L'État défendeur) ? C'est tout l'intérêt de l'affaire *Mkandawire c/ Malawi*<sup>68</sup>, premier arrêt dans lequel la Cour a conclu à l'irrecevabilité de la requête pour non épuisement des voies de recours internes. Dans cette affaire, ce qui est intéressant est que le requérant avait d'abord saisi la Commission avant de saisir la Cour. Devant la Commission, l'État défendeur avait déclaré qu'« *il n'y avait pas à discuter sur le fait que le requérant a épuisé toutes les voies de recours du Malawi* »<sup>69</sup>. En se fondant sur le fait que l'Etat reconnaît l'épuisement des voies de recours internes, la

---

<sup>64</sup> Voir par exemple, CIJ, arrêt du 20 juillet 1989, *supra* note 16 : dans cet arrêt, la Cour reconnaît la possibilité pour les parties de révoquer expressément la règle de l'épuisement des voies de recours internes (para. 50). La possibilité de révoquer la règle de l'épuisement des voies de recours internes est aussi présente dans l'arbitrage international (voir à ce propos, Andrea K. BJORKLUND, « Waiver of local remedies and limitation period », *Building international investment law, the first 50 years of ICSID*, Wolters Kluwer, 2015, pp. 237-250.

<sup>65</sup> Voir Lilian Manka CHENWI, *Supra* note 28, p. 386.

<sup>66</sup> Selon cet article, « 1. La Cour procède à un examen préliminaire de sa compétence et des conditions de recevabilité de la requête telles que prévues par les articles 50 et 56 de la Charte et l'article 40 du présent Règlement. 2. A cette fin, la Cour peut demander aux parties de lui soumettre tous renseignements relatifs aux faits, tous documents ou tous autres éléments qu'elle juge pertinents ».

<sup>67</sup> Cour ADHP, décision sur la recevabilité, 28 mars 2014, *Peter Joseph Chacha c/ Tanzanie*, req. N. 003/2012, para. 142.

<sup>68</sup> *Supra* note 31.

<sup>69</sup> Commission ADHP, *Urban Mkandawire c/ Malawi*, comm. 357/2008, para. 102.

Commission a conclu à la recevabilité de la requête<sup>70</sup>. Mais avant que la Commission ne puisse se prononcer sur le fond, le requérant avait retiré sa plainte et a saisi la Cour<sup>71</sup>. Devant la Cour, l'État défendeur n'a pas soulevé d'exception de non-épuisement des recours internes. La Cour a cependant considéré qu'il est de son devoir de faire respecter les dispositions du Protocole et de la Charte. Selon la Cour, « *le fait pour le défendeur de ne pas soulever la question (...) ne peut pas rendre recevable une requête qui autrement serait irrecevable* »<sup>72</sup>. La Cour a ainsi décidé de procéder *proprio motu* à l'examen de la recevabilité de la requête au regard de la règle de l'épuisement des voies de recours internes et a conclu au non-respect de cette exigence conduisant au rejet de la requête. La Cour ne mentionne nullement la position de l'État défendeur devant la Commission qui reconnaissait que les voies de recours internes sont épuisées. Ainsi, deux lectures peuvent être faites. Soit, la Cour considère qu'elle n'a pas à prendre en compte cet aspect dans sa procédure interne. Soit elle considère que peu importe la position de l'Etat défendeur, elle a le devoir de se prononcer sur la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Cette deuxième version semble l'emporter au regard de l'opinion dissidente conjointe des juges Gérard Nyugeko et El hadji Guissé<sup>73</sup>. En effet, selon ces derniers,

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

Au final, la Cour se met dans une posture hautement protectrice des Etats en faisant passer le message selon lequel, la règle de l'épuisement des voies de recours internes couvre

---

<sup>70</sup> En effet de l'avis de la Commission, "there is no contention regarding the exhaustion of local remedies by the Complainant from the respondent State. In this regard, article 56 (5) has been duly complied with", *Ibidem*.

<sup>71</sup> Voir arrêt de la Cour, *supra* note 31, para. 4.

<sup>72</sup> *Idem*, para. 37.

<sup>73</sup> Opinions dissidentes communes des juges Gérard NYUGEKO et El. Hadji GUISSÉ, req. N. 003/2011. Voir Telesphore ONDO, « les opinions séparées des juges à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, vol. 26, pp. 941-963.

<sup>74</sup> *Idem*, para. 13.

l'État même si ce dernier ne la soulève pas ou n'y émet aucune objection, voire y renonce, ce qui contraste avec la solution retenue en droit international de la protection diplomatique<sup>75</sup>, en droit international des investissements internationaux<sup>76</sup> et même avec la position de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>77</sup>. Cette même dynamique protectrice est aussi présente lors de l'analyse de la preuve de l'épuisement des voies de recours internes.

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

Concernant la preuve de l'épuisement des voies de recours internes, elle repose, selon la Cour, sur le requérant. Ce dernier doit apporter la preuve d'avoir épuisé ou essayé d'épuiser toutes les voies de recours internes mis à sa disposition. L'absence d'une telle preuve conduit à l'irrecevabilité de la requête. La présence et l'analyse des éléments de preuves par la Cour constitue donc une opération importante dans la procédure contentieuse. Comme le note la Cour, dans l'affaire *Epoux Diakité*, « *il appartient au plaignant d'entreprendre toutes les démarches nécessaires pour épuiser ou au moins essayer d'épuiser les recours internes ; il ne suffit pas que le plaignant mette en doute l'efficacité des recours internes de l'Etat du fait d'incidences isolées* »<sup>78</sup>. Ainsi, concrètement, les requérants doivent joindre tous les éléments de preuve pertinents attestant de l'épuisement des voies de recours internes (copies de jugement, mémoires, ordonnances d'*habeas corpus*, etc)<sup>79</sup>. C'est ce qui ressort de l'article 34 (4) du Règlement intérieur de la Cour selon lequel « *la requête (...) doit comporter la preuve de l'épuisement des voies de recours internes ou de leur prolongation anormale...* ». Dans l'affaire *Franck David Omary*, la Cour a, par exemple, fait observer que les requérants n'ont pas fourni la preuve de la clôture de leur action devant les juridictions internes<sup>80</sup>. De même, en vertu de l'article 39 du Règlement intérieur de la Cour, cette dernière peut, *suo motu*, demander aux parties de lui fournir tout document ou élément de preuve qu'elle juge pertinent.

---

<sup>75</sup> Voir article 15 du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique, *supra* note 13.

<sup>76</sup> Voir CIRDI, décision sur les exceptions d'incompétence, 25 janvier 2000, *Emilio Agustin Maffezini c/ Le Royaume d'Espagne*, aff. N. ARB/97/7, para. 22.

<sup>77</sup> *Supra* note 69.

<sup>78</sup> Cour ADHP, arrêt, 28 septembre 2017, *Epoux Diakité c/ Mali*, req. N. 009/2016, para 53.

<sup>79</sup> Nsongura J. UDOMANA, *supra* note 29, p. 17.

<sup>80</sup> Cour ADHP, arrêt sur la recevabilité, 28 mars 2014, *Franck David Omary et autres c/ Tanzanie*, req. N. 001/2012, para. 135.

La charge de la preuve incombant au requérant ne devrait toutefois pas être interprétée de manière restrictive, au point de vider le droit d'accès effectif à la Cour, de sa substance et de son sens. Elle doit être interprétée en tenant compte du contexte juridique et politique général, ainsi que la situation personnelle du requérant. Dans l'affaire *Peter Joseph Chacha*<sup>81</sup>, la Cour a conclu que le requérant n'a pas apporté la preuve de l'épuisement des voies de recours internes, malgré toutes les tentatives de recours devant différentes juridictions tanzaniennes. Cette position de la majorité n'a pas convaincu, outre mesure, les juges Akufo, Thomson, Kioko et Ougergouz. Ce dernier a, dans ses opinions dissidentes, dénoncé une vision très formaliste de la Cour<sup>82</sup>, et par conséquent hautement protectrice des États. Il a ainsi invité, en tenant compte des circonstances spécifiques de l'affaire, à aller plus loin dans l'analyse et dans la répartition de la charge de la preuve. La jurisprudence de la Cour européenne pourrait, à cet égard, servir de référence. Selon celle-ci, « l'article 35 (1) de la Convention prévoit une répartition de la charge de la preuve. Pour ce qui concerne le gouvernement, lorsqu'il excipe du non-épuisement, il doit convaincre la Cour que le recours était effectif et disponible, tant en théorie qu'en pratique, à l'époque des faits »<sup>83</sup>. Ainsi, lorsque le défendeur soulève l'exception de non-épuisement des voies de recours internes, il doit apporter la preuve de la disponibilité et de l'efficacité de ses voies de recours internes. À partir de ce moment, il incombe au requérant de démontrer, soit que cette voie de recours a été épuisée, ou qu'elle est inappropriée. Une telle démarche conduirait à une répartition équitable de la charge de la preuve. De l'avis de F. Ougergouz dans l'affaire *Peter Joseph Chacha*, « la Cour a formulé ses conclusions en se concentrant exclusivement sur le comportement du requérant. Elle n'a pas procédé, comme elle aurait dû le faire, à une évaluation du comportement des autorités judiciaires de l'État défendeur et, ce faisant, elle n'a pas reparti équitablement le fardeau de la preuve entre les parties à l'instance »<sup>84</sup>. Ainsi, même si le principe reste que la charge de la preuve incombe au demandeur, le juge peut décider, au regard du contexte général de l'affaire, de la répartir équitablement entre les parties au procès. Une telle interprétation dynamique permettrait de contourner parfois les difficultés procédurales systémiques auxquelles peuvent faire face les individus et ONG devant les juridictions internes. Ainsi, comme on le voit, l'analyse de la charge de la preuve de l'épuisement des voies de recours internes n'est pas forcément en faveur

---

<sup>81</sup> *Supra* note 67.

<sup>82</sup> F. OUGERGOUZ, opinions dissidentes, *Affaire Peter Joseph Chacha c/Tanzanie*, para. 20.

<sup>83</sup> Cour EDH, arrêt, 17 septembre 2009, *Scoppola c/Italie*, req. N. 10249/03, para. 71.

<sup>84</sup> *Supra* note 82, para. 31. Voir aussi opinions dissidentes communes des juges A. B. Akuffo, E. N. Thomson et B. Kioko, affaire *Peter Joseph Chacha c/ Tanzanie*, para 27.

de la promotion du droit d'accès des individus au prétoire de la Cour mais plutôt une posture protectrice des Etats, ce qui contraste avec la position de la Cour européenne des droits de l'homme qui milite en faveur d'une répartition équitable de la Charge de la preuve.

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

## **II. Une approche substantielle promotrice de l'accès des particuliers au prétoire de la Cour**

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

---

<sup>85</sup> Voir Stéphane Doumbé BILLÉ, « Le mécanisme de saisine de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est-il approprié à sa fonction ? », in *Réciprocité et universalité : source et régime du droit international des droits de l'homme, Mélanges en l'honneur de Emmanuel Decaux*, Paris, Pedone, 2017, p. 587.

## A. La nature du recours.

La notion de recours peut être appréhendée selon une double approche. L'approche extensive permet de voir dans la notion de recours, toute possibilité offerte au requérant de s'adresser à une autorité, quelle qu'elle soit, pour obtenir réparation quant à une violation des droits de l'homme. L'approche restrictive, met en avant un contenu précis de la notion de recours au sens de la Charte. La Cour a adhéré à cette deuxième approche, permettant de mieux garantir l'accès des particuliers à la justice internationale. Ainsi, comme la Cour l'a relevé récemment, dans une formule synthétique, dans l'affaire *Sébastien Germain Avajon c/ Benin*, « pour que la règle de l'épuisement des voies de recours internes soit remplie, les recours qui devaient être épuisés, doivent être des recours judiciaires ordinaires »<sup>86</sup>. Les recours visés par la Cour doivent donc répondre à une double condition cumulative : il doit s'agir de recours judiciaires (1) et de recours ordinaires (2).

### 1. La nature judiciaire des recours

En droit international général, on a pu relever que les voies de recours à épuiser ne sont pas forcément des recours de nature judiciaire<sup>87</sup>, mais également des recours de nature administrative, dès l'instant qu'ils sont de nature à donner une satisfaction pour redresser une situation de violation des droits de l'homme<sup>88</sup>. La Cour européenne a aussi adopté une telle interprétation dans l'affaire *Klaas contre Allemagne*<sup>89</sup>. La Cour africaine a, quant à elle, adopté très tôt, la vision restrictive et absolutiste, ne reconnaissant comme recours à épuiser que les recours de nature judiciaire. La Cour ne fait d'ailleurs que reprendre la position de la Commission sur la question, selon laquelle « les recours internes dont fait mention l'article 56 (5) de la Charte s'entendent des recours introduits devant les tribunaux de l'ordre judiciaire »<sup>90</sup>. Le fait que la juridiction soit administrative, constitutionnelle ou relève de l'ordre judiciaire *stricto sensu*, importe peu. L'essentiel est qu'elle appartienne à ce troisième pouvoir, éludé dans la théorie classique de la séparation des pouvoirs<sup>91</sup>. C'est ainsi que la Cour exclut toutes les voies de recours qui ne sont pas de nature judiciaire. C'est ce qu'elle a fait dans son

---

<sup>86</sup> Cour ADHP, arrêt, 29 mars 2019, *Sébastien Germain Avajon c/ Benin*, Req. N. 013/2017, para. 97.

<sup>87</sup> Voir Nsongura J. UDOMANA, *supra* note 28, p. 27.

<sup>88</sup> Voir affaire *Interhandel*, *supra* note 11.

<sup>89</sup> Cour EDH, 29 Septembre 1993, *Klaas contre Allemagne*, req. N. 15473/89.

<sup>90</sup> Commission ADHP, *Cudjoe c/ Ghana*, Comm. N. 221/98, para. 14.

<sup>91</sup> Voir Montesquieu, *De l'esprit des lois*, (1758) édition établie par Laurent Versini, Paris, *Edition Gallimard*, 1995, 560 p. ; John LOCKES, *Traité du gouvernement civil*, GF-Flammarion, 1690, 383 p.

premier arrêt de fond. En effet, dans l'affaire *Mtikila et autres contre Tanzanie*<sup>92</sup>, la Cour avait à apprécier une disposition constitutionnelle interdisant les candidatures indépendantes qui voulaient se présenter à un mandat électif (ici les élections présidentielles)<sup>93</sup>. Dans ses exceptions préliminaires, l'État défendeur soulevait que la question, conformément à la position de la plus haute juridiction du pays, devait être réglée par le Parlement. Cette voie était donc, selon le défendeur, inexplorée, d'autant plus qu'une commission parlementaire a été mise sur place pour recueillir l'avis du grand public sur la question. Ainsi, le requérant serait en mesure de se prononcer et d'attendre l'issue de cette voie de recours<sup>94</sup>. Se fondant sur les acquis jurisprudentiels en matière de protection des droits de l'homme, la Cour balaie d'un revers de main cet argument de l'État défendeur. C'est d'ailleurs, à juste titre, qu'Alain D. Olinga qualifie « d'étrange » cette insistance de l'État défendeur sur le processus parlementaire qui aurait été en cours<sup>95</sup>. La Cour qualifie naturellement un tel processus de politique et non judiciaire. Ainsi, « *quel que soit la nature démocratique du processus parlementaire, celle-ci ne peut équivaloir à un processus judiciaire indépendant devant lequel on peut faire valoir des droits consacrés par la Charte* »<sup>96</sup>. La position de la Cour est donc sans équivoque à ce niveau. Elle repose sur une distinction claire entre organes politiques et organes juridictionnels. Tandis que les premiers ne rendent pas de véritables décisions et statuent en opportunité, les seconds statuent en droit et rendent des décisions qui ont vocation à mettre fin à un litige<sup>97</sup>.

Dans le même prolongement, on peut avancer que les recours de nature purement administrative (recours gracieux, recours disciplinaires, etc.) ne sont pas des voies de recours à épuiser au sens de la règle de l'article 56 (5) de la Charte, suivant l'approche restrictive et absolutiste que semble adopter la Cour. C'est, ce qu'a laissé entendre la Cour dans *l'affaire Lucien Ikili Rashidi*<sup>98</sup>, dans laquelle l'État défendeur exigeait du requérant, se trouvant hors du territoire, d'adresser une demande de levée d'interdiction au ministère de l'intérieur avant de pouvoir saisir les juridictions. Ne l'ayant pas fait, l'État défendeur considère que les voies de

---

<sup>92</sup> Cour ADHP, 21 juin 2013, *Révèrend Christopher Mtikila et autres c/ Tanzanie*, req. N. 011/2011.

<sup>93</sup> Voir Alain D. OLINGA, "la première décision au fond de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples" *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 6 | 2014, mis en ligne le 16 novembre 2014, consulté le 24 septembre 2019.

<sup>94</sup> *Supra* note 92, para. 80.1.

<sup>95</sup> Alain D. OLINGA, *supra* note 93, para. 14.

<sup>96</sup> Cour ADHP, *supra* note 92, para. 82.3.

<sup>97</sup> Jean GUINAND, "la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme", *Revue Belge de Droit International*, 1968, n. 2, p. 474.

<sup>98</sup> Cour ADHP, (fond et réparations), 28 mars 2019, *Lucien Ikili Rachidi c/ Tanzanie*, req. N. 009/2015.

recours ne sont pas épuisés. En effet, on se retrouve ici dans une hypothèse de recours administratif préalable obligatoire avant de pouvoir saisir les juridictions compétentes. Mais la Cour refuse de considérer « une demande adressée à une autorité administrative » comme un recours au sens de l'article 56 (5) de la Charte. Selon la Cour, « la demande adressée au ministère de l'Intérieur n'est pas un recours judiciaire »<sup>99</sup>.

Toutefois, il convient de noter à ce niveau, que la Commission a abandonné une telle vision absolutiste dont la Cour fait sienne, au profit d'une vision utilitariste ou fonctionnelle. En effet, la Commission, dans les affaires *Hammadi Kammoun c/ Tunisie*<sup>100</sup> et *Geneviève Mbiankeu c/ Cameroun*<sup>101</sup>, a reconnu que les recours de nature administrative ou autre, dès lors qu'ils sont prévus et fonctionnent dans l'ordre interne, tombent dans la catégorie des recours à épuiser. Selon la Commission, « dans l'hypothèse où les recours administratifs sont prévus par le droit interne, de tels recours sont à épuiser s'ils sont disponibles et efficaces »<sup>102</sup>. De même, dans l'affaire *Mouvement des Réfugiés Mauritaniens au Sénégal c/ Sénégal*<sup>103</sup>, la Commission a admis que les recours administratifs préalables devant le gouverneur, le ministre de l'Intérieur et le Premier Ministre sont des recours à épuiser au sens de l'article 56 (5), même s'ils sont de nature purement administrative et non judiciaires. En effet, dans le droit de l'État en question (et c'est généralement le cas dans les États de tradition civiliste), ces recours administratifs constituent un préalable obligatoire avant de saisir les juridictions<sup>104</sup>. A cet égard, la Commission ne saurait les ignorer pour ne viser que les recours judiciaires<sup>105</sup>. La Cour, quant à elle, reste encore dans la vision absolutiste et restrictive<sup>106</sup>, ne reconnaissant que les recours de nature judiciaire, ce qui lui permet de garantir au mieux le droit d'accès à la juridiction continentale de protection des droits de l'homme.

---

<sup>99</sup> *Idem.*, para 44.

<sup>100</sup> Commission ADHP, 2014, *Hammadi Kammoun c/ Tunisie*, Comm. N. 366.09.

<sup>101</sup> Commission ADHP, 2015, *Geneviève Mbiankeu c/ Cameroun*, Comm. N. 389/10.

<sup>102</sup> *Idem.*, para. 66.

<sup>103</sup> Commission ADHP, 2003, *Mouvement des Réfugiés Mauritaniens au Sénégal c/ Sénégal*, Comm. N. 254/02, paras. 19-21.

<sup>104</sup> Voir Conseil d'Etat français, section du rapport et des études, *Les recours administratifs préalables obligatoires : étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 29 mai 2008*, Paris, La Documentation française, 2008, 233 p.

<sup>105</sup> Cette position est aussi celle du Comité des droits de l'homme des Nations unies, notamment dans sa communication *Sankara c/ Burkina Faso*, comm. N. 1159/2003, 2006, para. 64.

<sup>106</sup> Pour une critique de cette vision absolutiste, voir Segnonna H. ADJOLOHUM, « Les grands silences jurisprudentiels de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Annuaire Africain des Droits de l'Homme*, n, 2, 2018, p. 36.

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

## 2. La nature ordinaire des recours

La Cour exige, en plus de la nature judiciaire, la nature ordinaire des voies de recours internes au sens de l'article 56 (5) de la Charte. Cette exigence est propre au système africain de protection des droits de l'homme. On ne la retrouve pas dans le droit de la Convention EDH, ni dans le droit de la protection diplomatique ou encore en matière d'arbitrage international. Elle trouve ses racines dans la jurisprudence de la Commission africaine, reprise par la Cour. En effet, de jurisprudence constante, la Commission africaine a toujours soutenu que les recours auxquels il est fait référence à l'article 56 (5) de la Charte sont des recours ordinaires<sup>107</sup>. Dans l'affaire *Interights et autres c/ Mauritanie*, la Commission note que les recours ordinaires sont « *des recours courants qui existent dans les juridictions et normalement accessibles aux personnes en quête de justice* »<sup>108</sup>. La Cour reprend systématiquement cette exigence en essayant d'en dresser les critères. Ainsi, il en ressort qu'un recours n'est pas ordinaire s'il ne relève pas de soi, impose une autorisation préalable pour des raisons spéciales et est accordé de manière discrétionnaire<sup>109</sup>. Il en résulte que le caractère discrétionnaire et le caractère exceptionnel d'une voie de recours semblent placer cette dernière dans la catégorie des recours extraordinaires, donc exclus du giron de l'article 56 (5) de la Charte. La Cour, en appliquant de tels critères, développe systématiquement une jurisprudence considérant les recours en révision et certains recours en inconstitutionnalité comme de recours extraordinaires.

Les recours en révision sont ceux qui permettent de demander, dans des cas très limités, le réexamen d'une décision définitive en raison d'une erreur qui aurait entachée ladite décision. Ces recours supposent que la décision attaquée soit passée en force de chose jugée, c'est-à-dire, qu'elle ne soit pas ou plus susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution et puisse, par conséquent, être mise à exécution sans attendre<sup>110</sup>. La Cour considère de telles voies de recours

---

<sup>107</sup> Commission ADHP, *Southern African Human Rights NGO Network c/ Tanzanie*, Comm. 333/2006, 28e rapport d'activité, Novembre 2009-Mai 2010, para. 64.

<sup>108</sup> Commission ADHP, 2004, *INTERIGHTS et autres c/ Mauritanie*, Comm. N. 242/01.

<sup>109</sup> Voir Segnonna H. ADJOLOHUM, *supra* note 106.

<sup>110</sup> Voir Thierry DEBARD et Serge GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 27<sup>e</sup> édition, 2019-2020.

comme des recours inopérants, car extraordinaires. C'est du moins la conclusion à laquelle elle parvient en analysant les situations tanzanienne et rwandaise.

Dans la situation tanzanienne, il convient de noter que le juge rejette systématiquement les recours en révision soulevés par l'État comme recours à épuiser. Dans l'ordre juridique tanzanien, il y a deux niveaux de juridiction : la Haute Cour, comme juridiction de première instance, et la Cour d'appel, comme juridiction de dernier ressort. Les décisions de la Cour d'appel peuvent faire l'objet d'une demande en révision devant cette même Cour. Dans les nombreuses affaires impliquant l'État tanzanien devant la Cour, celui-ci soulève très souvent le non-épuisement des recours en révision devant la Cour d'appel. Dans l'affaire *Alex Thomas*, la Cour considère clairement qu'« une demande en révision est un recours extraordinaire étant donné que l'autorisation donnée par la Cour d'appel pour une révision de sa décision se fonde sur des moyens spécifiques et qu'elle n'est accordée qu'à la discrétion de la Cour »<sup>111</sup>. La Cour s'appuie, en effet, sur la loi tanzanienne pour déterminer les caractères exceptionnel et discrétionnaire de cette voie de recours. Ainsi, le caractère exceptionnel (et donc non courant) se justifie par les conditions spécifiques et restrictives qui entourent l'accès à cette voie de recours<sup>112</sup> et le caractère discrétionnaire, à la marge de manœuvre dont dispose le juge pour apprécier la recevabilité ou non d'un tel recours. On retrouve systématiquement la même logique argumentaire dans l'examen de la recevabilité des affaires portées devant la Cour contre la Tanzanie<sup>113</sup>.

Dans la situation rwandaise, la Cour a eu aussi à appliquer les critères « discrétionnaire et exceptionnel » pour qualifier les recours en révision devant la Cour suprême, de recours extraordinaires. En effet, dans l'affaire *Ingabire Victoire Umuhoza*<sup>114</sup>, le défendeur soulevait que la requérante n'a pas saisi la Cour Suprême d'une requête en révision d'une décision qu'elle estime injuste et que, de ce fait, n'a pas respecté les exigences de l'article 56 (5) quant à l'épuisement des voies de recours internes<sup>115</sup>. La requérante, se fondant sur les « précédents

---

<sup>111</sup> Cour ADHP, 20 novembre 2015, *Alex Thomas c/ Tanzanie*, Req. N. 005/2013, para. 63.

<sup>112</sup> En l'espèce, selon l'article 66 (1) du Règlement de procédure de la Cour d'appel tanzanienne, « la Cour peut réviser son ordonnance ou un jugement, mais aucune requête en révision n'est examinée que si elle remplit les critères ci-après : a) la décision était basée sur une erreur manifeste qui a entraîné un déni de justice ; b) l'une des parties a été privée de la possibilité de défendre sa cause ; c) la décision de la Cour est nulle et sans effet ; d) la Cour n'a pas compétence pour examiner l'affaire ; e) le jugement a été obtenu de manière illégale, par fraude ou faux témoignage ».

<sup>113</sup> *Supra* note 111.

<sup>114</sup> Cour ADHP, arrêt du 24 novembre 2017, *Ingabire Victoire Umuhoza c/ Rwanda*, req. N. 003/2014.

<sup>115</sup> *Idem.*, para. 65

tanzaniens »<sup>116</sup>, soutenait que l'action intentée pour l'examen d'une décision judiciaire finale entachée d'injustice constitue un recours extraordinaire<sup>117</sup>. La réponse de la Cour, ou plutôt l'argumentation qui sera utilisée, permettra de savoir si le juge d'Arusha classe *in abstracto* les recours en révision dans la catégorie des recours extraordinaires ou le fait-il sur la base d'une analyse *in concreto*. La Cour s'inscrit dans cette deuxième logique. C'est vrai qu'elle aurait pu dire que les recours en révision sont qualifiés de recours extraordinaires dans les cas tanzaniens et généraliser la solution. Mais, la cour semble admettre la possibilité qu'un recours en révision soit un recours ordinaire, donc épuisable, s'il respecte les conditions d'efficacité, de disponibilité et de satisfaction, autrement dit s'il est de nature à redresser une violation des droits de l'homme<sup>118</sup>. La Cour procède, ainsi, à un test des recours en révision rwandais, afin de voir s'ils sont discrétionnaires et exceptionnels. Le caractère discrétionnaire est, en l'espèce, attesté par le rôle que joue l'office de l'ombudsman dans le déclenchement de la procédure de recours en révision. C'est, en effet, ce dernier qui est le seul compétent pour saisir la Cour suprême des recours en révision, selon la loi rwandaise. Les parties au procès ne peuvent donc exercer une action directe. Elles doivent saisir l'*ombudsman* qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour donner suite à la demande en saisissant ou non la Cour suprême. Le caractère exceptionnel, en plus du rôle joué par l'*ombudsman*, se déduit de la nature restrictive des motifs avancés pour introduire un recours en révision. Il faut, en effet fournir, les preuves incontestables de corruption, de népotisme et de favoritisme ayant motivé le jugement ou l'arrêt, ou démontrer que le juge a ignoré des dispositions légales ou des preuves de façon flagrante<sup>119</sup>. Ainsi, conclut la Cour, « *compte tenu des circonstances de l'espèce, une requête en révision est, dans le système juridique rwandais, un recours extraordinaire qui ne serait pas effectif et efficace et que la requérante n'avait donc pas à exercer* »<sup>120</sup>.

Concernant les recours en inconstitutionnalité, la logique n'est pas aussi claire que pour l'analyse des recours en révision. En effet, le juge les aborde tantôt sous l'angle de leur nature « de recours ordinaire ou extraordinaires », tantôt sous l'angle de « recours disponibles ou non disponibles »<sup>121</sup>. Dans la situation tanzanienne, le juge d'Arusha qualifie le recours en

---

<sup>116</sup> *Supra* note 98.

<sup>117</sup> *Supra* note 114, para 68.

<sup>118</sup> *Idem*, para. 73. Voir aussi l'analyse de Lilian Manka CHEWI, *supra* note 28, p. 383.

<sup>119</sup> Voir Article 81 de la loi organique n. 03/2012 de juin 2012 sur l'organisation, le fonctionnement et la compétence de la Cour suprême rwandaise.

<sup>120</sup> *Supra* note 114.

<sup>121</sup> Voir *Infra* p. 31.

inconstitutionnalité de « *voie de recours extraordinaire* ». En effet, dans le système juridique tanzanien, le contrôle de constitutionnalité des droits fondamentaux et devoirs de l'homme, n'est pas un recours de droit commun. Selon l'article 8 (2) de la loi tanzanienne sur la mise en œuvre des droits fondamentaux et des devoirs, la Haute Cour (juridiction de premier degré) est compétente pour exercer un contrôle de constitutionnalité des droits et libertés garantis par la Constitution, ce qui nous place dans l'hypothèse du contrôle de constitutionnalité diffus<sup>122</sup>. Toutefois, elle « *n'exerce pas sa compétence (...), dès lors qu'elle est convaincue que les moyens de recours adéquats pour redresser la violation sont ou étaient disponibles dans le cadre de toute autre loi ou que la requête est simplement fantaisiste ou vexatoire* ». Le libellé de cette disposition montre à la fois le caractère exceptionnel et discrétionnaire de cette voie de recours. C'est à la Haute Cour de déterminer si telle requête présentée sur le fondement d'une violation des droits fondamentaux constitutionnels est « *vexatoire ou fantaisiste* ». Mieux, les recours en inconstitutionnalité ne sont examinés que lorsque d'autres voies de recours ne sont pas disponibles. Ils sont ainsi exceptionnels et discrétionnaires, ce qui permet à la Cour de les qualifier, dans le système juridique tanzanien, de recours extraordinaires<sup>123</sup>. Ainsi, selon la Cour, dans l'affaire *Onyanchi*, si « *un recours en inconstitutionnalité est un recours qui n'est pas commun, qui n'est pas de droit et qui ne peut être exercé qu'à titre exceptionnel, il est un recours extraordinaire* »<sup>124</sup> et donc les particuliers ne sont pas tenus de l'épuiser.

Toutefois, dans des affaires mettant en cause certains pays d'Afrique ayant adopté le modèle français de justice constitutionnelle, le juge apprécie de telles voies de recours sous l'angle de la disponibilité et ne les qualifie pas *in abstracto* de « recours extraordinaires ». Il en est ainsi dans l'affaire *APDF et IHRDA c/ Mali*<sup>125</sup> dans laquelle les requérants contestaient la conformité du Code de la famille malien à la Charte et au Protocole de Maputo protégeant les droits de la femme. L'État défendeur faisant observer que la possibilité de saisir le juge constitutionnel d'un contrôle de conformité de la loi en question à la Constitution étant offerte, les voies de recours internes ne sont donc pas épuisées. Assez brièvement, le juge d'Arusha balaie cet argument d'un revers de main en considérant cette voie de recours comme non disponible pour les requérants dans la mesure où le droit de saisine du juge constitutionnel

---

<sup>122</sup> Voir I. DIALLO, « À la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2005, pp. 93-120.

<sup>123</sup> Cour ADHP, arrêt, 3 juin 2016, *Mouhamed Abubakari c/ Tanzanie*, req. n. 007/2013, para. 70.

<sup>124</sup> Cour ADHP, arrêt, 28 septembre 2017, *Kennedy Owino Onyanchi c/ Tanzanie*, req. n. 003/2015, para. 56.

<sup>125</sup> Cour ADHP, arrêt, 11 mai 2018, *APDF et IHRDA c/ Mali*, req. n. 046/2016.

n'appartient qu'aux autorités publiques<sup>126</sup>. C'est la même interprétation qui a été retenue dans l'affaire *APDH c/ Côte d'Ivoire*<sup>127</sup>, dans la mesure où les recours en inconstitutionnalité ne sont ouverts aux ONG que lorsqu'il s'agit de contester une loi relative aux libertés publiques, ce qui n'était pas le cas, en l'espèce. Finalement, on se demande si ces voies de recours ne sont pas extraordinaires en appliquant les critères de « discrétion » et d'« exception ». Quoi qu'il en soit, on peut soutenir à la suite de Horace Adjolohoun, qu'il y a un « *silence par imprécision* » dans la conception des recours ordinaires<sup>128</sup>.

L'exigence de recours de nature judiciaire et ordinaire, et l'interprétation restrictive qui en résulte, permettent à la Cour de déjouer le piège des recours « fantaisistes », qui ne servent qu'à ralentir les procédures et rendre plus complexe l'accès au prétoire de la Cour. Par cette démarche, la Cour s'inscrit dans une logique promotrice du droit d'accès des particuliers à la justice continentale de protection des droits de l'homme, ce qui contraste, sur certains points, avec les solutions retenues en droit international général et le système de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette même démarche est aussi celle développée dans l'analyse substantielle des critères du recours.

## **B. L'analyse substantielle des critères du recours**

Une fois les types de recours déterminés, le juge d'Arusha procède à un second test ayant l'allure d'une analyse qualitative des voies de recours internes. Ce second test permet de voir si les voies de recours « judiciaires et ordinaires » présentent, en outre, les qualités requises pour permettre de remplir au mieux « la fonction de juger ». Les critères visés à ce niveau sont qualifiés d'exception à la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Certains d'entre eux (disponibilité, efficacité et suffisance) sont dégagés par le juge (2), tandis que celui de « la prolongation de façon anormale de la procédure » est prévu par la Charte elle-même (1)<sup>129</sup>.

### **1. Le critère de la prolongation anormale de la procédure des recours**

Selon l'article 56 (5) de la Charte, les requêtes devant la Cour doivent « *être postérieures à l'épuisement des recours internes s'ils existent, à moins qu'il ne soit manifeste à la Cour que la procédure de ces recours se prolonge de façon anormale* ». Le texte pose ainsi une exception

---

<sup>126</sup> *Idem*, para. 40 et ss.

<sup>127</sup> Cour ADHP, arrêt, 18 novembre 2016, *APDH c/ Côte d'Ivoire*, Req. n. 001/2014, para. 99 et ss.

<sup>128</sup> S. H. ADJOLOHUM, *supra* note 106.

<sup>129</sup> Voir Cour ADHP, *affaire Lohe Issa Konate*, *supra* note 55, para. 77.

à la règle. Autrement dit, dans l'hypothèse d'une procédure interne qui se « prolonge de façon anormale », les requérants ne sont pas obligés d'observer l'exigence de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. On voit très rapidement la connexité de cette exception à la règle de fond de l'article 7 de la Charte qui pose le droit pour toute personne à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable. C'est, d'ailleurs, pour cette raison que la Cour a, dans la célèbre *affaire Norbert Zongo (exceptions préliminaires)*<sup>130</sup>, décidé de joindre l'analyse de la recevabilité en ce qui concerne l'exigence d'épuisement des voies de recours internes à l'analyse de fond sur l'allégation de violation des droits des requérants à ce que leur cause soit entendue dans un délai raisonnable<sup>131</sup>.

Toutefois, si la formulation de l'exception paraît limpide, sa mise en œuvre par le juge d'Arusha fait, néanmoins, appel à un travail d'interprétation. Ainsi, trois questions se posent naturellement : qu'est-ce qu'une procédure de recours ? comment apprécier la prolongation d'une procédure de recours ? dans quelle mesure la prolongation est-elle anormale ?

Dans l'arrêt de fond sur l'affaire *Norbert Zongo*<sup>132</sup>, la Cour a eu à préciser la notion de « procédure de recours ». En effet, les parties au procès ne s'entendaient pas sur les recours à prendre en compte afin d'en apprécier, d'une part, la prolongation, d'autre part, le cas échéant, le caractère normal ou non de ladite prolongation. Selon l'État défendeur, la prolongation anormale « doit être appréciée dans le seul chef du ou des recours disponibles et efficaces non utilisée et non sur l'ensemble d'une procédure »<sup>133</sup>. Dans le cas d'espèce, les requérants n'ont pas saisi la juridiction suprême, la Cour de cassation, arguant qu'une procédure devant la Cour de Cassation dure en moyenne 5 ans, alors qu'ils ont déjà perdu 9 ans devant les juridictions de 1<sup>er</sup> degré<sup>134</sup>. Ainsi, pour l'État défendeur, le recours devant la Cour de cassation n'étant pas utilisé, la question de la prolongation anormale doit être écartée. Il fallait ainsi pour la Cour éclaircir la notion de procédure de recours au sens de l'article 56 (5) de la Charte. Et, selon la Cour, la procédure de recours visée concerne l'ensemble des recours internes, c'est-à-dire, à la fois les recours exercés et les recours susceptibles d'être exercés. Le libellé de l'article 56 (5) ne comporte donc aucune disposition tendant à limiter le critère de la prolongation anormale

---

<sup>130</sup> Cour ADHP, (exceptions préliminaires), 21 juin 2013, *Ayants droits de feu Norbert Zongo et autres c/ Burkina Faso*, req. n. 013/2011.

<sup>131</sup> *Idem.*, para 102 et 103.

<sup>132</sup> Cour ADHP, (fond), 28 mars 2014, *Ayants droits de feu Norbert Zongo et autres c/ Burkina Faso*, req. n. 013/2011.

<sup>133</sup> *Idem.*, para. 72.

<sup>134</sup> *Idem.*, para. 83.

aux seuls recours non encore utilisés, comme le laissait entendre le gouvernement. D'ailleurs, du point de vue purement pratique, il sera difficile d'évaluer la longueur d'une procédure non utilisée par les requérants.

Concernant la prolongation de la procédure, la Cour adopte une démarche *in concreto*<sup>135</sup> qui trouve, d'ailleurs, toute sa pertinence. Il serait quand même techniquement difficile de fixer une durée minimale au-delà de laquelle la procédure serait considérée comme prolongée. D'ailleurs, la Cour européenne et la Cour interaméricaine adoptent la même approche, ce qui n'est peut-être pas le cas pour la question spécifique de l'autre condition de recevabilité, celle de délai raisonnable dans la saisine de la Cour<sup>136</sup>. Ainsi, pour apprécier la durée de la procédure dans l'affaire Norbert Zongo, par une démarche empreinte de pragmatisme, la Cour a cherché à définir le *dies a quo* et le *dies ad quem* de la procédure, d'autant plus que cette question était en discussion entre les parties. Pour la Cour, le *dies a quo* ou date de départ de la procédure est celle où la justice de l'État défendeur a commencé à s'occuper de l'affaire. Puisqu'il s'agit, en l'espèce, d'une affaire de meurtre, la date à prendre en compte dans le calcul de la durée de la procédure est celle de la constatation dans les lieux du crime par la police<sup>137</sup>. Et, le *dies ad quem* ou date de clôture de la procédure est, en l'espèce, celle de l'expiration des délais de pourvoi en cassation<sup>138</sup>. Au total, la durée de la procédure est de 7 ans, 8 mois et 10 jours, ce que la Cour considère comme étant « une procédure prolongée » au sens de l'article 56 (5) de la Charte. Dans l'affaire *Marian Kouma*<sup>139</sup>, la Cour considère la date de saisine du Tribunal de première instance jusqu'au prononcé du jugement soit 8 jours et la date de saisine de la Cour d'appel jusqu'au jour où elle a rendu son arrêt, soit 25 jours. La Cour considère une telle durée comme non prolongée<sup>140</sup>.

Mais, le fait de conclure que la procédure est prolongée ne suffit pas pour que l'exception prévue par l'article 56(5) soit opérationnelle. Il faut, en plus, que cette prolongation soit anormale. Cela signifie que cette exception ne saurait être retenue si le défendeur peut démontrer que la procédure s'est prolongée « de façon normale »<sup>141</sup>. Ce qui est anormal est

---

<sup>135</sup> *Idem.*, para. 92.

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

<sup>137</sup> Cour ADHP, affaire Zongo, *supra* note 132, para. 104.

<sup>138</sup> *Idem.*, para. 105.

<sup>139</sup> Cour ADHP, 21 mars 2018, *Mariam Kouma et un autre c/ Mali*, req. N. 040/2016.

<sup>140</sup> *Idem.*, para. 42.

<sup>141</sup> Cour ADHP, 18 mars 2016, *Wilfried Onyango Nganyi c/ Tanzanie*, req. n. 006/2013, para. 90.

littéralement ce qui ne trouve pas de justification valable. Autrement dit, lorsque des raisons valables peuvent justifier la prolongation de la procédure dans une affaire, il n'y a pas lieu de qualifier la prolongation d'anormale. C'est le cas, par exemple, d'un pays confronté à une crise interne qui affecte le fonctionnement régulier de la magistrature.

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

---

<sup>142</sup> Cour ADHP, *supra* note 132, para. 92; Cour ADHP, *supra* note 139, para. 37.

<sup>143</sup> Commission ADHP, 7-22 mai 2008, *Zimbabwe Lawyer for Human Rights et Institute for Human Rights and development in Africa c/ Zimbabwe*, com. N. 239/04, para. 116.

<sup>144</sup> Cour ADHP, *supra* note 132, para. 75.

<sup>145</sup> *Idem.*, para. 94.

de l'affaire et conclue que de tels arguments ne sont pas, en l'espèce, de nature à justifier la prolongation de la procédure<sup>146</sup>. Dans cette affaire, la Cour pointe du doigt la passivité des juridictions nationales pour conclure au caractère anormal de la prolongation de la durée.

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

L'exception prévue par la Charte est précisée par la Cour selon une démarche casuistique permettant de faire ressortir les éléments caractéristiques d'une procédure prolongée de façon anormale. La Cour ajoute, au-delà du texte, d'autres critères qu'on peut qualifier de prétorien, pouvant constituer une exception à l'obligation d'épuisement des voies de recours internes<sup>148</sup>.

## **2. Les critères de disponibilité, efficacité et suffisance.**

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

---

<sup>146</sup> Cour ADHP, *supra* note 141 para. 94.

<sup>147</sup> Cour ADHP, *supra* note 139, para. 74.

<sup>148</sup> Cour ADHP, *affaire Lohe Issa Konate*, *supra* note 55.

<sup>149</sup> *Idem.*, para 80.

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

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

Prenons le cas des recours constitutionnels dans les pays africains de tradition francophone, la Cour ne les analyse pas sous l'angle du caractère ordinaire ou extraordinaire comme elle l'a fait dans les affaires tanzaniennes, mais les analyse sous l'angle de la disponibilité<sup>154</sup>. La particularité des recours constitutionnels dans les pays d'Afrique francophone<sup>155</sup>, à quelques exceptions près<sup>156</sup>, est que le modèle est calqué sur celui de l'ancienne puissance coloniale, caractérisé notamment par l'absence d'un recours direct de la part des particuliers. La Cour a ainsi déclaré les recours constitutionnels, recours indisponibles, dans des cas visant la Côte d'Ivoire, le Burkina Faso et le Mali. En effet, dans l'affaire *APDH contre Côte d'Ivoire*<sup>157</sup>, la requérante contestait la conformité de la loi ivoirienne, portant composition, attribution et fonctionnement de la Commission Electorale Indépendante à la Charte africaine sur la

---

<sup>150</sup> Cour ADHP, *affaire Norbert Zongo*, supra note 132, para. 68; *affaire APDH c/ Côte d'Ivoire*, supra note 127, para. 93 ; *affaire Mtikila*, supra note 92, para 82 ;

<sup>151</sup> La Cour utilise parfois alternativement disponibilité, accessibilité et existence.

<sup>152</sup> Cour ADHP, *affaire Lohe Issa Konaté*, supra note 55, para. 96. Voir aussi Commission ADHP, *Sir Dawda Jawara c/ Gambie*, supra note 57 , para. 31; Commission ADHP, *Zimbabwe Lawyer for Human Rights and Associated Newspapers of Zimbabwe*, supra note 143, para. 116.

<sup>153</sup> Cour ADHP, 7 décembre 2018, *Ngosi Mwita Makunga c/ Tanzanie*, req. N. 006/2016, para. 44.

<sup>154</sup> Voir notre analyse, supra p. 24.

<sup>155</sup> Karim DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone », *RFDC*, 2012/2, p. 57.

<sup>156</sup> Voir Gérard AIVO, « Les recours individuels devant le juge constitutionnel béninois », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges en l'honneur de Ahanhanzo-Glele, Paris, *L'Harmattan*, 2014, pp. 535-565.

<sup>157</sup> Cour ADHP, *APDH c/ Côte d'Ivoire*, supra note 127.

démocratie, les élections et la gouvernance<sup>158</sup>. Au stade de l'examen préliminaire, l'État ivoirien soulève une exception de non épuisement des voies de recours internes, plus spécifiquement la possibilité de contester la loi litigieuse devant le Conseil constitutionnel<sup>159</sup>. Cependant, dans le système juridique ivoirien, conformément à l'article 77 de la Constitution<sup>160</sup>, les associations de défense de droit de l'homme peuvent saisir le Conseil dans l'hypothèse du contrôle a priori (avant la promulgation de la loi) concernant les lois relatives aux libertés publiques<sup>161</sup>. En l'espèce, la Cour considère une telle voie de recours, même si elle existe, comme non disponible, dans la mesure où une entrave systémique empêche à la requérante d'y avoir accès. En effet, d'une part, la loi contestée n'est pas une loi relative aux libertés publiques, au sens de l'article 77 de la Constitution ivoirienne. Il s'agit d'une loi d'organisation et de fonctionnement d'une autorité administrative indépendante. D'autre part, on peut s'interroger, même si la Cour n'avance pas sur ce terrain, sur les difficultés de mise en œuvre pratique d'une telle voie de recours. L'acte permettant aux ONG et individus d'avoir connaissance d'une loi est la promulgation. Or, le contrôle dont il est question au sens de l'article 77 de la Constitution ivoirienne est un contrôle a priori, c'est-à-dire avant la promulgation de la loi. Ainsi, la seule voie qui reste après la promulgation est celle de l'exception d'inconstitutionnalité, pouvant être soulevée devant n'importe quelle juridiction<sup>162</sup>. Ce faisant, une difficulté pratique se pose rendant indisponible le recours en inconstitutionnalité d'une loi par les ONG en Côte d'Ivoire. Dans l'affaire *APDF et IHRDA contre Mali*<sup>163</sup> et *Lohe Issa Konate c/ Burkina Faso*<sup>164</sup>, la Cour constate tout simplement que les particuliers n'ont pas qualité pour saisir la Cour

---

<sup>158</sup> Voir Ben KIOKO, "The African Charter on Democracy, Election, and Governance as a justifiable instrument", *Journal of African Law*, 2019, vol. 63, pp. 39-61 ; Gérard NIYUNGEKO, "The African Charter on Democracy, Election, and Governance as a human rights instrument", *Journal of African Law*, 2019, vol. 63, pp. 63-80; Blaise TCHIKAYA, "La Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance", *AFDI*, 2008, pp. 515-528 ; voir aussi Ismaila Madior FALL et Alioune SALL « Une Constitution régionale pour l'Espace CEDEAO: le Protocole sur la Démocratie et la Bonne Gouvernance de la CEDEAO » (2017), *JAGA Gouvernance en Afrique*.

<sup>159</sup> Cour ADHP, *APDH c/ Côte d'Ivoire*, *supra* note 127, para. 85.

<sup>160</sup> Loi n. 2016/886 portant Constitution de la République de Côte d'Ivoire, *Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire*, 9 novembre 2016.

<sup>161</sup> L'article 77 de la Constitution ivoirienne est ainsi libellé : « Les lois peuvent avant leur promulgation être déférées au Conseil constitutionnel par le Président de l'Assemblée nationale ou par un dixième au moins des députés ou par les groupes parlementaires.

Les associations de défense des droits de l'homme, légalement constituées peuvent également déférées au Conseil constitutionnel les lois relatives aux libertés publiques ».

<sup>162</sup> Article 96 de la Constitution ivoirienne.

<sup>163</sup> Cour ADHP, 11 mai 2018, *APDF et IHRDA c/ Mali*, *supra* note 125.

<sup>164</sup> *Supra* note 55.

constitutionnelle des recours en inconstitutionnalité des lois<sup>165</sup>. Cette possibilité n'est ouverte qu'à une catégorie déterminée d'autorités publiques<sup>166</sup>. Toutefois, dans les pays d'Afrique francophone ayant ouvert la possibilité d'un recours direct devant le juge constitutionnel, la Cour reconnaît leur caractère « disponible ». C'est le cas, par exemple, du Bénin. Il ne saurait en être autrement, tant la possibilité de recours direct est adulée par la doctrine, tant l'activité jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle béninoise est, à tous les égards, attractive<sup>167</sup>. Dans l'affaire *Sébastien Germain Ajavon*<sup>168</sup>, la Cour relève tout simplement que l'office de la Cour constitutionnelle béninoise est ouvert à tout particulier et que cette Cour examine en premier et en dernier ressort toutes les allégations de violation des droits de l'homme, tout en ayant la compétence de se prononcer sur les droits des requérants à la réparation. Le recours constitutionnel béninois est ainsi un recours disponible au sens du droit africain des droits de l'homme. La Cour ne lance-t-elle pas là un appel aux autres Etats de tradition francophone ? Quoi qu'il en soit, le choix du système de contentieux constitutionnel relève de la souveraineté des Etats<sup>169</sup>.

Au-delà des recours constitutionnels, la Cour analyse également les autres voies de recours, suivant une démarche *in concreto*. C'est ainsi qu'elle a considéré les voies de recours libyennes à l'égard du fils de l'ancien Président Khadafi, comme indisponibles<sup>170</sup>. En effet, ce dernier était détenu dans un endroit secret par une brigade révolutionnaire, totalement isolé des siens, n'ayant pas accès à un conseil de son choix, et fut condamné à mort par contumace, autant de faits qui constituent des éléments suffisants pour permettre à la Cour de conclure que le détenu a été empêché d'exercer les voies de recours légalement prévues par la législation libyenne<sup>171</sup>. De même, la négligence de l'administration de la justice à fournir dans les délais les copies des comptes rendus d'audience et de jugement (nécessaires pour interjeter appel), rend l'appel

---

<sup>165</sup> *Idem.*, para. 43.

<sup>166</sup> Selon l'article 88 de la Constitution malienne, "

<sup>167</sup> Voir Gérard AIVO, "Les recours individuels devant le juge constitutionnel béninois », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges en l'honneur de Ahanhanzo-Glele, supra note 156, p. 535 ; Alioune Badara FALL. « Le juge constitutionnel béninois, avant-garde du constitutionnalisme africain ? », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Ahanhanzo-Glele*, p. 717.

<sup>168</sup> Cour ADHP, *Sébastien Germain Ajavon c/ Benin*, supra note 10.

<sup>169</sup> Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel, Droit et Société*, 1990, p. 16.

<sup>170</sup> Cour ADHP, 3 juin 2016, *Commission Africaine des droits de l'homme et des peuples c. Libye*, req. N. 002/2013.

<sup>171</sup> *Idem.*, para. 69.

indisponible pour le requérant<sup>172</sup>. Ou encore, le fait pour le requérant d'être expulsé du territoire de l'État, peut rendre l'exercice des voies de recours internes impossible<sup>173</sup>. Ainsi, aucun recours n'est dans l'abstrait disponible ou indisponible. C'est par une analyse minutieuse des faits, au cas par cas, en fonction du contexte, que le juge procède à une telle qualification.

Dans la pratique jurisprudentielle, la Cour analyse ensemble les critères d'efficacité et de suffisance, tant les deux sont liés. Un recours efficace est « *celui qui offre des perspectives de réussite* »<sup>174</sup>. Autrement dit, l'efficacité d'un recours se mesure dans « *sa capacité à remédier à la situation dont se plaint celui ou celle qui l'exerce* »<sup>175</sup>. La suffisance (ou satisfaction) renvoie, selon la Cour, à la même idée, en ce qu'elle vise « *un recours qui est à même de donner satisfaction au requérant* »<sup>176</sup>. Ainsi, l'efficacité et la suffisance visent le résultat attendu en exerçant telle ou telle voie de recours<sup>177</sup>. Un recours est ainsi inefficace, si le résultat est connu d'avance. Il en est ainsi lorsque, le Conseil constitutionnel, s'est déjà prononcé sur la conformité d'une loi à la Constitution dans le cadre d'un contrôle a priori sur saisine des parlementaires. Dans cette hypothèse, il est inutile pour une ONG de recourir au même processus, vu qu'il y a déjà une décision dans ce sens<sup>178</sup>. C'est également le cas, lorsque dans une requête jointe ayant le même objet, l'un des requérants a déjà saisi les juridictions internes sans obtenir gain de cause. L'autre requérant n'a donc pas besoin de recourir au même processus vu que le résultat est connu d'avance<sup>179</sup>. Un recours est également inefficace lorsqu'il est inadéquat pour obtenir satisfaction. Il en est ainsi lorsque le gouvernement soutient que le requérant n'a pas fait de pourvoi en cassation, alors que l'objet du recours est l'annulation d'une loi pour violation de la liberté d'expression. Ce fut le cas dans l'affaire *Lohe Issa Konaté*<sup>180</sup>. La Cour, en l'espèce, analysant le système juridique Burkinabé, a relevé que « *le pourvoi en cassation est un recours qui vise à annuler, pour violation de la loi, un arrêt ou un jugement rendu en dernier ressort* »<sup>181</sup>. Le pourvoi en cassation ne permet donc pas de faire annuler la loi, elle-même, mais

---

<sup>172</sup> Cour ADHP, *Ngosi Mwita Makunga c/ Tanzanie*, supra note 153, para. 45. Voir aussi Cour ADHP, *affaire Sébastien Germain Ajavon*, supra note 10, para. 113.

<sup>173</sup> Cour ADHP, 22 mars 2018, *Anudo Ochieng Anudo c/ Tanzanie*, req. n. 012/2015, para. 52.

<sup>174</sup> Cour ADHP, *Lohe Issa Konate*, supra note 55, para. 108.

<sup>175</sup> Cour ADHP, *Norbert Zongo c/ Burkina Faso*, supra note 132, para. 68.

<sup>176</sup> Cour ADHP, *Lohe Issa Konate*, supra note 55, para. 108.

<sup>177</sup> La Cour interaméricaine utilise la notion de recours internes adéquats, qu'elle définit comme « ceux qui sont à même de réparer la violation d'un droit reconnu par la loi » (voir affaire *Velasco Rodriguez c/ Honduras*, arrêt du 29 juillet 1998, série C, n. 4, para. 64).

<sup>178</sup> Cour ADHP, *affaire APDH c/ Côte d'Ivoire*, supra note 127, para 101.

<sup>179</sup> Cour ADHP, *affaire Mtikila*, supra note 92, para. 82.3.

<sup>180</sup> *Supra*, note 55.

<sup>181</sup> *Idem.*, para. 110.

seulement le jugement ou l'arrêt rendu pour mauvaise application ou mauvaise interprétation de la loi. Donc, loin de pouvoir annuler une loi, la Cour de cassation est au contraire chargée de veiller au respect strict de la loi par les autres juridictions nationales statuant sur le fond. Ainsi, un tel recours est inadéquat, voire inefficace pour un requérant qui vise l'annulation d'une loi<sup>182</sup>. De même, un recours pour excès de pouvoir devant la Chambre administrative de la Cour Suprême ivoirienne est inadéquat lorsque l'objet de la requête est le contrôle de constitutionnalité d'une loi<sup>183</sup>, sachant qu'un tel contrôle est, dans le pays concerné, de la compétence exclusive du Conseil constitutionnel.

L'analyse de l'efficacité et la suffisance d'un recours ne s'accommode donc pas d'une application automatique et ne revêt pas un caractère absolu. En interprétant la règle de l'épuisement des voies de recours internes, la Cour se fonde sur les circonstances de la cause, de sorte qu'elle tienne compte de manière réaliste non seulement des recours prévus en théorie dans le système juridique national, mais aussi du contexte juridique et politique dans lequel ces recours se situent ainsi que la situation personnelle du requérant<sup>184</sup>. Une telle approche permet à la Cour d'être plus exigeante à l'égard des États quant à l'efficacité et la disponibilité des voies de recours qu'ils offrent. Ainsi, en se fondant sur cette démarche *in concreto*, pour le moins rigoureuse, la Cour s'attache à promouvoir davantage le droit d'accès des particuliers à son prétoire et lui permettre d'assurer pleinement sa fonction de protection des droits de l'homme sur le continent.

## Conclusion

L'analyse de la règle de l'épuisement des voies de recours internes par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples fait apparaître, quoi que naturellement, un tiraillement entre deux logiques, en apparence contradictoire. L'approche structurelle a permis de voir que la Cour privilégie une vision protectrice des États. L'approche substantielle, quant à elle, s'oriente vers la promotion du droit d'accès effectif à la justice internationale de protection des droits de l'homme. La première répond à une logique systémique. La seconde répond à une logique fonctionnelle. Donc au final, la Cour cherche toujours un équilibre entre ce qui l'a fait (la souveraineté des États) et ce qu'elle doit faire (garantir un accès effectif à la justice).

---

<sup>182</sup> *Ibidem*.

<sup>183</sup> Cour ADHP, *affaire APDH c/ Côte d'Ivoire*, *supra* note 127, para. 97.

<sup>184</sup> La Cour européenne a aussi fait sienne cette démarche, voir *affaire Akdivar et autres c/ Turquie*, arrêt du 16 septembre 1996, req. N. 21893/93, para. 50.