

## La garantie de la protection des droits humains

### par le juge constitutionnel

A la fin du XX<sup>e</sup> siècle, «les implications multidimensionnelles de la révolution technologique»<sup>1</sup> ont eu une forte influence sur le cours de l'Histoire de l'Humanité. La vulgarisation du réseau de communication s'est accompagnée, à l'échelle du village planétaire, d'une réduction des distances à «une expression électronique caractérisée par la quasi-instantanéité»<sup>2</sup>. La révolution de la technologie de l'information et de la communication «a induit des incidences majeures sur la mise en œuvre effective des droits fondamentaux»<sup>3</sup>, notamment sur l'aspect sensible des multiformes cas de violation<sup>4</sup>. Par une interprétation exégétique de son préambule, la Charte de San Francisco<sup>5</sup> requiert un ferme engagement dans la détermination des Etats «à proclamer leur foi dans les droits de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes»<sup>6</sup>. Les discussions sur les droits de l'homme, l'État et la démocratie se sont davantage focalisées sur des études comparant les mérites de différents régimes.

---

<sup>1</sup> Koffi Annan, Préface introductif, Comprendre et traiter la société de l'information, Institut Panos Afrique de l'Ouest, Déc. 2003, p. 13.

<sup>2</sup> Sandrine Salmon, Windev et Webdev ; générateurs de productivité au sein des laboratoires Zambon, Publi-dossier 01 Informatique, Numéro Spécial, p.35.

<sup>3</sup> Face aux nouvelles technologies qui sont le savant «mariage entre l'informatique, l'audiovisuel et les télécommunications», différents éléments de ces droits fondamentaux seront touchés positivement (mise en œuvre) ou négativement (violation). La composante principale de ces nouvelles technologies de l'information et de la communication permet une meilleure mise en œuvre des droits fondamentaux tout en restant un vecteur de violations à la hauteur de son importance pour la société humaine, c'est-à-dire des violations aussi graves que l'utilisation d'Internet révolutionne les communications. Son caractère fondamentalement transnational implique la nécessité d'une coopération internationale pour résoudre les différents problèmes afférents à la garantie de la protection de droits humains. La doctrine évoque souvent depuis plus d'une vingtaine d'années un renouveau du droit constitutionnel par les droits fondamentaux. Louis Favoreu, «La constitutionnalisation du droit», in L'unité du droit. Mélanges Roland Drago, Economica, 1996, p. 25.

<sup>4</sup> La violation des droits de l'homme est l'abus de personne d'une façon qui abuse n'importe quel droit fondamental. C'est un terme utilisé quand un gouvernement viole le droit national ou droit international relatif à la protection de droits humains. Déjà en 1739, Hume retenait que quand la norme juridique est violée, elle est juridiquement sanctionnée par l'intervention d'un juge. Depuis 1958, il y a un juge constitutionnel qui a contribué à rendre la matière plus juridique. *Cours de droit constitutionnel général*, 2011, Université de Bourgogne

<sup>5</sup> La Charte des Nations unies, parfois appelée Charte de San Francisco, est le traité qui définit les buts et les principes de l'Organisation des Nations unies ainsi que la composition, la mission et les pouvoirs de ses organes exécutifs (le Conseil de sécurité), délibératifs (l'Assemblée générale), judiciaires (la Cour internationale de justice) et administratifs (le Conseil économique et social, le Conseil de tutelle et le Secrétariat général). Elle a été adoptée à la fin de la conférence de San Francisco, le 26 juin 1945.

<sup>6</sup> Cette révolution technologique de l'information et de la communication intervient dans une autre révolution relative aux droits de l'homme. Le médium dit «Internet» a des conséquences importantes sur les droits fondamentaux qui peuvent se définir comme l'ensemble des éléments de base des droits de l'homme. Ces droits fondamentaux peuvent se résumer, à notre sens, à ces trois éléments : liberté d'opinion et d'expression, droit à la vie et enfin, état de droit. Agathe Lepage, Les droits de la personnalité confrontés à l'internet, in Libertés et droits fondamentaux, 12e édition, Revue et augmentée 2006, Dalloz, p. 227.

Cependant, ainsi que l'a fait remarquer A. de Tocqueville, «la démocratie formelle, coulée dans des institutions, ne permet pas de préjuger de l'aloï démocratique d'une société»<sup>7</sup>. La référence au cadre constitué par les normes internationales et les principes constitutionnels et législatifs sénégalais fait ressortir les forces et faiblesses du système de protection de la justice sénégalaise en ce qui concerne sa capacité de garantie du respect de «l'Etat de droit»<sup>8</sup> notamment à travers la préservation des droits humains fondamentaux. Raymond Carré de Malberg tire sa perception de «l'Etat de droit»<sup>9</sup>, de la même veine que Léon Duguit lorsqu'il fait remarquer que «les hommes qui détiennent le pouvoir sont souvent soumis au droit tout en étant liés par le droit»<sup>10</sup>. L'effectivité susceptible d'être caractérisée par «l'opposabilité du Droit aux personnes, privées comme publiques»<sup>11</sup>, se rattache, de prime à bord, à la question de la normativité.

En l'état actuel du droit positif, la quasi-totalité des normes garantissant la protection des droits fondamentaux, bénéficie de la traduction directe au niveau du dispositif normatif inscrit dans la Constitution. Les droits humains fondamentaux se présentent ainsi comme un concept universel<sup>12</sup>, dont l'étude prend appui sur l'ensemble des textes internationaux<sup>13</sup>, à travers les systèmes universels, régionaux voire nationaux, au premier rang desquels la Constitution<sup>14</sup> qui « est la norme juridique suprême de l'Etat »<sup>15</sup>. La totalité des textes

---

<sup>7</sup> Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 1840. Paris, Les Éditions Gallimard, 1992. Coll. Bibliothèque de la Pléiade, t.1, p. 682.

<sup>8</sup> L'Etat est soumis au droit suivant l'expression allemande ; un *Rechstaat*, Léon Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2007, 1<sup>e</sup> édition 1923, pp. 26-27

<sup>9</sup> Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 448-449

<sup>10</sup> Léon Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 2 volumes, 1901-1903, cité par G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 4<sup>e</sup> édition, Paris, Armand Colin, 1999, p.26.

<sup>11</sup> Le droit n'est ni un Dieu de bonté ni un terrifiant labyrinthe, mais une manière évidemment perfectible, de rendre la société plus viable. Philippe Jestaz, *Le droit*, 7<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2012, Collection « Connaissance du droit ».

<sup>12</sup> Selon la Déclaration universelle des droits de l'homme, les droits humains fondamentaux sont violés quand, entre autres choses : les membres d'une certaine race, foi, ou groupe se voient nier leur reconnaissance comme une «personne» (art. 2 et 6), les hommes et les femmes ne sont pas traités comme égaux. (art. 2), les groupes différents, raciaux ou religieux ne sont pas traités comme égaux. (art. 2), la vie, la liberté ou la sécurité de personnes sont menacées (art. 3), une personne est vendue ou utilisée comme esclave. (article 4), une punition cruelle, inhumaine ou dégradante est utilisée sur une personne ; telle que la torture (art. 5), la protection égale contre toute discrimination et contre toute sa provocation (art. 7), les victimes d'abus se voient dénier une défense juridique efficace (art. 8), les punitions sont traitées arbitrairement ou unilatéralement, sans droit à un procès juste (art. 11), l'intervention arbitraire dans les vies personnelles ou privées par les agents de l'État (art. 12), interdiction aux citoyens de partir ou retourner à leur pays. (art. 13), la liberté d'expression ou la liberté de religion est niée (art. 18 et 19), Le droit de joindre un syndicat est nié (art. 23), le droit à l'éducation est nié. (Art. 26), Le Conseil de l'Europe, A l'exercice des droits et des libertés, Ressources Pédagogiques, Mars 2012

<sup>13</sup> Alain Pellet, «La mise en œuvre des normes relatives aux droits de l'homme. «Souveraineté du droit» contre «Souveraineté de l'Etat», in H. Thierry, E. Decaux (dir.), *Droit international et droits de l'homme*, Montchrestien, 1990, p. 102-141.

<sup>14</sup> La Constitution est l'ensemble des normes fondamentales dont le respect, dans un Etat de droit, s'impose aussi bien aux pouvoirs publics qu'aux citoyens. Elle a principalement pour objet de fixer les règles concernant

internationaux ne bénéficient, certes pas de façon systématique d'une portée obligatoire, s'appliquant *erga omnes* à tout un chacun. C'est, notamment, le cas de la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies en 1948. L'absence de force juridique conventionnelle n'implique cependant pas l'absence de toute force juridique car la Déclaration universelle a participé à la naissance de normes coutumières<sup>16</sup>. Par conséquent, les droits reconnus dans cette Déclaration à défaut d'être opposables aux Etats au titre d'une convention internationale, le sont en tant que règles coutumières des droits de l'homme<sup>17</sup>.

Rarement une notion n'aura été aussi évoquée et débattue ces dernières années que celle de droits fondamentaux. Le concept n'est pas aisé à définir, car il semble être justiciable de plusieurs acceptions. La notion de droits fondamentaux fait penser à des termes voisins tels les « droits de l'homme et libertés publiques »<sup>18</sup>. Il convient de souligner les éléments susceptibles de faire ressortir leurs différences. Depuis le début des années 1990, les cours de « libertés publiques » ont été progressivement dénommés « Droit des libertés fondamentales ». Les titres des manuels ont suivi cette évolution, en réservant toutefois une place variable à

---

l'organisation et le fonctionnement des institutions, les rapports entre ces institutions et les citoyens mais aussi de façon importante de définir les libertés et droits fondamentaux des individus. En matière de droits fondamentaux, le rôle joué par le droit comparé, interne et international, dans l'interprétation par les juges des normes juridiques relativise le mécanisme de la pyramide de Kelsen. Dominique Rousseau, *La constitution, expression d'une nouvelle figure de la démocratie ? in Droit du contentieux constitutionnel*, 6<sup>e</sup> édition, Montchrestien, 2001, p. 480.

<sup>15</sup> Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, par Charles Eisenmann, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1969, réédit. 1999, p. 192-193

<sup>16</sup> L'inexistence d'un engagement ne signifierait pas qu'un Etat puisse violer impunément les droits de l'homme. Selon Gérard Cohen-Jonathan, « la Cour tend à confirmer l'existence d'une obligation internationale générale de respecter les droits de l'homme, dont le fondement est par conséquent coutumier. Une telle obligation concerne l'ensemble des droits de l'homme d'origine coutumière ou conventionnelle, en prenant comme point de départ l'article 55 de la Charte des Nations Unies ». CIJ, 27 juin 1986, Rec.1986, §267 : in « L'évolution du droit international des droits de l'homme », Mélanges Hubert Thierry, p. 110.

<sup>17</sup> Roberto Garreton, « La valeur juridique de la Déclaration universelle dans le système des Nations Unies », 271-281. In *La Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-98. Avenir d'un idéal commun, actes du colloque des 14, 15 et 16 septembre 1998 à la Sorbonne, Paris, La documentation française, 1999, 416p.* A la page 273, l'auteur écrit : « La première conférence mondiale des droits de l'homme de Téhéran a souligné que la Déclaration constituait une obligation pour les membres de la communauté internationale, mais ce texte lui-même n'a pas plus de force obligatoire que la Déclaration elle-même. Avec le temps, toutefois, la pratique internationale, traduite par d'innombrables résolutions de l'Assemblée générale, souvent adoptées par consensus, mais aussi par des décisions de tribunaux nationaux et internationaux lui ont donné une nature de droit international coutumier ».

<sup>18</sup> Les droits de l'homme, qui sont des droits naturels tenant à l'essence même de l'être humain, constituent des prérogatives gouvernées par des règles que la personne détient en propre dans ses relations avec d'autres personnes ou avec le pouvoir. Quant aux libertés publiques, elles désignent une consécration juridique des droits de l'homme et bénéficient de la protection de la loi. Dans la plupart des cas, c'est la jurisprudence du Conseil Constitutionnel qui s'avère plus protectrice des droits et libertés des individus, car la constitution, entendue lato sensu, ne garantit pas simplement des standards minimums de protection. Th. Di Manno, « Les divergences de jurisprudence entre le Conseil Constitutionnel et les juridictions ordinaires suprêmes », in P. Ancel et M.-Cl. Rivier, *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, p. 203.

l'une et l'autre de ces terminologies<sup>19</sup>. P. Wachsmann distingue à cet égard trois types d'attitudes de la part des auteurs de manuels<sup>20</sup>. La lecture des titres de manuels offre ainsi une très grande diversité de désignations de la matière<sup>21</sup>.

La notion cohabite ainsi avec des concepts souvent assimilés telles que celles de « libertés fondamentales », si bien que l'utilisation de l'une ou l'autre prête parfois à équivoque. C'est ce qu'exprime Frédéric Sudre, lorsqu'il pose « le constat que les termes droits de l'homme et droits fondamentaux apparaissent interchangeables »<sup>22</sup> et sont parfois indifféremment utilisés par la doctrine<sup>23</sup>. Pour Claude Leclercq, la notion de « droits fondamentaux s'apprécie plutôt par rapport au droit public interne à chaque Etat »<sup>24</sup>, étant admis que « l'internationalisation des droits de l'homme limite la souveraineté étatique et l'arbitraire, toujours possible de chaque Etat. Certains auteurs y adjoignent, du reste, comme synonyme la notion de libertés publiques »<sup>25</sup>. Quant à René Degni-Segui, il estime qu'un lien est déductible de l'interpénétration entre ces différentes notions : l'Homme. C'est ce dernier qui en est le centre névralgique, car c'est la préservation de sa dignité qui est recherchée.

Dans cet ordre d'idée, Bedjaoui soutient que les « droits fondamentaux sont des droits primaires, des droits premiers qui préexistent à toute formation sociale, à tout droit et leur

---

<sup>19</sup> Véronique Champeil-Desplats, Des « libertés publiques » aux « droits fondamentaux » : effets et enjeux d'un changement de dénomination, Jus Politicum - n° 5 - 2010

<sup>20</sup> Il s'agit notamment de celle des conservateurs « qui refusent de se plier au changement officiel de terminologie et restent fidèles à l'intitulé traditionnel : 'libertés publiques' » (P. Wachsmann lui-même, J. Rivero et H. Moutouh, D. Turpin...) ou « droit de l'homme » (D. Lochak) ; de celle des modérés « qui ne peuvent se résoudre à abandonner l'intitulé traditionnel, mais » qu'une « sorte de mauvaise conscience par rapport aux exigences officielles » conduit à compléter par une référence aux droits fondamentaux (J.-M. Pontier ou J. Robert et J. Duffar) et enfin de celle des modernes qui « adoptent l'intitulé officiel » (L. Favoreu et alii, B. Mathieu et M. Verpeaux, R. Cabrillac et alii, M. Delmas Marty et C. Lucas de Leyssac...).

<sup>21</sup> Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux (B. Mathieu et M. Verpeaux), Droit des libertés fondamentales (L. Favoreu et alii, J.-J. Israël), Libertés et droits fondamentaux (T. Revet et alii; M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac), Droits de l'homme et libertés de la personne (R. Charvin, J.-J. Sueur), Libertés publiques (C. Leclercq ; P. Wachsmann), Droits de l'homme (D. Lochak), Libertés publiques et droits de l'homme (G. Lebreton), Droits de l'homme et libertés fondamentales (J. Robert et J. Duffar).

<sup>22</sup> Ils sont donc utilisés en juxtaposition à l'expression « droits fondamentaux », pour l'expliquer. On peut considérer que les trois éléments « dignité », « valeur » et « égalité » sont le contenu des droits fondamentaux. Les droits fondamentaux sont indispensables à la protection de la personne humaine car ils assurent la garantie nécessaire des droits et libertés. Elodie Ballot, Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux, Préface de Jean-François Cesaro, Editeur : Mare & Martin, Janvier 2014, p. 554.

<sup>23</sup> La doctrine visée en l'espèce doit être distinguée de celle selon laquelle la doctrine est considérée comme une position politique adoptée à un moment donné, par des acteurs politiques en tant que fondement de leurs stratégies. On rencontre cette acception le plus souvent en droit international et en relations internationales, comme c'est le cas de la doctrine Wilson, de la Tobar et de la doctrine Estrada, etc... Charles Rousseau, *Droit international public*, T. III, Les compétences, Paris, Sirey, 1977, pp.554.

<sup>24</sup> Claude Leclercq, *Libertés publiques*, Paris, Litec, 2000, 4<sup>ème</sup> édition, 310p.

<sup>25</sup> Henri Oberdorff, Jacques Robert, *Libertés fondamentales et droits de l'homme*, 12<sup>e</sup> édition, Juil. 2014, L.G.D.J. 1104 p.

confèrent le caractère universaliste<sup>26</sup>. Les droits humains fondamentaux renvoient donc à une certaine éthique, pour reprendre l'expression de F. Sudre, qui pense que l'usage du terme «droits de l'homme» renvoie plus au domaine de « l'imaginaire », et que c'est celui de «libertés publiques» qui sied au droit positif. Il soutient que celles-ci désignent de manière générale « les droits et facultés assurant la liberté et la dignité de la personne humaine et bénéficiant de garanties institutionnelles»<sup>27</sup>. L'évolution du système de valeur qui vise à placer l'individu comme fin du droit renforce le poids de cette notion de droits de l'homme. Cette conception individualiste des droits de l'homme, issue dans son acception universaliste de la Déclaration de 1948, est cependant essentiellement issue des Etats occidentaux. Cette notion de droits de l'homme présente le mérite essentiel de placer la personne humaine au centre du Droit<sup>28</sup>. Cependant, c'est la formulation de droits fondamentaux issue du droit allemand qui est aujourd'hui le plus largement employée.

En dépit de la «polysémie du terme»<sup>29</sup> voire la versatilité de la terminologie<sup>30</sup>, l'essor des droits fondamentaux dans le système juridique d'inspiration française s'est opéré sous l'égide du Conseil constitutionnel hexagonale depuis que l'expression a fait son apparition dans sa jurisprudence<sup>31</sup>. Selon le Lexique des termes juridiques : «c'est l'ensemble évolutif des droits considérés en raison de leur importance comme s'imposant aux législateurs et au pouvoir réglementaire, et qui englobe actuellement pour l'essentiel les droits de l'homme et des droits sociaux comme le droit de grève»<sup>32</sup>. La notion de droits de l'homme, «droits

---

<sup>26</sup> On peut dire qu'avec les droits fondamentaux, on a affaire en quelque sorte à un produit d'importation qui a progressivement fait son chemin au sein du droit public français. Mais, l'essentiel est que les droits et libertés les plus importants bénéficient d'une protection juridictionnelle effective. *La notion de droits fondamentaux en droit public français*, Jacques Arrighi de Casanova

<sup>27</sup> C'est en cela que les droits fondamentaux se distinguent des libertés publiques seulement protégées contre le pouvoir exécutif. Jean-François Lachaume, « Droits fondamentaux et droit administratif », *AJDA*, 1998, p. 93.

<sup>28</sup> Le droit est l'art du bon et de l'équitable, énonçait le Digeste. Le Digeste est le célèbre recueil de textes écrits par les plus grands juristes des tout-premiers siècles de notre ère et compilés sous Justinien, soit au VI e siècle après J. -C.

<sup>29</sup> La notion de droits fondamentaux est éminemment problématique, les incertitudes portent tant sur le critère de la fundamentalité que sur la substance et le régime juridique de ces droits. Etienne Picard, « droits fondamentaux » in Denis Alland et Stéphane Rials ( Dir . ), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 544-549

<sup>30</sup> Le CC a fait recours à des formulations diverses : il a employé les termes de «libertés fondamentales» (décision n°84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *Entreprise de presse*), de «droit fondamental» (décision n°93-325 DC, 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration* : RJC- I, p. 539.) de «droits et libertés constitutionnellement garantis» (décision n°85-198, 13 déc. 1985, RJC-I, p. 242, ou de «libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle» (décision n°89-269 DC du 22 janvier 1990).

<sup>31</sup> La finalité de la jurisprudence «du cliquet anti-retour» est de conjurer la remise en cause, par une nouvelle loi, de garanties accordées par d'anciennes dispositions législatives. Autrement dit, cette technique développée par le juge constitutionnel n'autorise le législateur à revenir sur des garanties précédemment posées que pour les renforcer ou les maintenir en l'état. Le premier usage de cette technique par le Conseil Constitutionnel date de 1984. CC, Décision n°83-165 DC, 20 janvier 1984, *Libertés universitaires*, RJC- I, p. 171.

<sup>32</sup> Le Lexique des termes juridiques de 2010, 17<sup>e</sup> édition, Dalloz

inhérents à l'homme», s'est concrétisée dans le droit positif par «l'établissement de libertés publiques et de droits fondamentaux»<sup>33</sup>. Ces derniers bénéficient d'une «protection supra législative qui emporte leur constitutionnalité»<sup>34</sup>. De l'avis de Mouhamadou M. Sy, les droits fondamentaux, c'est l'ensemble des droits et libertés qui «sont mentionnés, proclamés et garantis par un texte constitutionnel, et comme tels, protégés par la juridiction constitutionnelle»<sup>35</sup>. Par un recouplement de ces différentes définitions, nous arrivons à concevoir, avec Marc Frangi, les droits fondamentaux comme étant, dans un Etat de droit démocratique, «l'ensemble des droits dont la méconnaissance est sanctionnée par une instance juridictionnelle de rang supérieur ; voir à un niveau constitutionnel, et qui s'avérant essentiels pour l'individu, bénéficie d'une garantie par une norme juridique»<sup>36</sup>.

En cela, les régimes démocratiques assument en principe le respect des droits fondamentaux reconnus à la personne humaine, notamment à travers la doctrine de l'État de droit. Toutefois, il ne faut pas confondre le respect des droits de l'homme par un État et son caractère démocratique, même si les deux vont souvent de pair. Au sein des Etats démocratiques, l'effectivité des droits de l'homme, que l'on peut définir comme le passage du devoir être - c'est-à-dire la formulation du droit tenant à la jouissance des droits et libertés par les individus, est traditionnellement rattachée à la garantie juridictionnelle, le juge étant perçu comme «le garant par excellence»<sup>37</sup> de la protection des droits et libertés. Si toutes les libertés

---

<sup>33</sup> La notion de droits de l'homme que l'on trouve déjà dans la Déclaration de 1789, s'installe dans le langage commun, dès après la Deuxième Guerre mondiale dans le sillage de la Déclaration universelle de l'ONU de 1948. Elle est également utilisée dans les systèmes régionaux, comme en témoignent la Convention européenne de 1950, la Déclaration interaméricaine des droits et devoirs de l'homme de 1948 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée le 27 juin 1981 à Nairobi, et entrée en vigueur le 21 oct. 1986, après ratification de la Charte par 25 Etats. L'évolution du système de valeur qui vise à placer l'individu comme fin du droit renforce le poids de cette notion de «droits de l'homme». Cette conception individualiste des droits de l'homme, issue dans son acception universaliste de la Déclaration de 1948, est cependant essentiellement issue des Etats occidentaux. Cette notion de «droits de l'homme» qui présente le mérite essentiel de placer l'individu et la personne humaine au centre du droit, est concurrencée par d'autres systèmes. Il en est ainsi, par exemple, de l'humanité ou des générations futures, voire de l'environnement ou des animaux, dont certains voudraient faire non seulement des intérêts protégés, mais aussi des titulaires de droits. Michel Verpeaux, *Cours de Droit constitutionnel de la Ve République*, Leçon n°2, Les fondements du système constitutionnel, p. 10.

<sup>34</sup> Louis Favoreu, «L'influence de la jurisprudence du CC sur les diverses branches du droit», in *Mélanges Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 235.

<sup>35</sup> Mouhamadou M. Sy : *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique : l'exemple du Sénégal*, L'Harmattan, 2007.

<sup>36</sup> Marc Frangi, *Constitution et droit privé, les droits individuels et les droits économiques*, Economica- PUAM, 1992; Stéphane Mouton, *La constitutionnalisation du droit ; rationalisation du pouvoir et production normative*, thèse droit, Toulouse, 1998. Christian Atias, «La civilisation du droit constitutionnel», et Jean-Yves Cherot, «Les rapports du droit civil et du droit constitutionnel, réponse à Ch. Atias», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1990, p. 435 et s.

<sup>37</sup> Dans la plupart des états démocratiques sont apparues au cours des années soixante-dix, des institutions publiques spécifiques d'une nature toute particulière. L'apparition de ces nouveaux acteurs (autorités administratives indépendantes, arbitres, médiateurs, commissions pré ou para-contentieuses) constitue l'une des composantes d'un mouvement plus global qui vise à repenser la relation entre l'administration et ses administrés,

publiques sont des droits de l'homme, tous les droits de l'homme ne sont pas des libertés publiques<sup>38</sup>. Les deux notions se recoupent largement, mais elles ne se recouvrent pas toujours de façon systématique.

Il existe, par ailleurs, un déterminant commun à ces notions ; il s'agit de la personne humaine et de sa dignité. C'est la prise en compte de cette qualité qui a conduit K. M'Baye à présenter les droits de l'homme comme un « ensemble cohérent de principes juridiques fondamentaux s'appliquant partout dans le monde tant aux individus qu'aux peuples et ayant pour but de protéger les prérogatives inhérentes à tout homme et à tous les hommes pris collectivement en raison de l'existence d'une dignité attachée à leur être et justifiée par leur condition humaine<sup>39</sup>. Il souligne la question fondamentale du niveau de garantie des instruments de protection des droits fondamentaux dans le système constitutionnel sénégalais. Cette problématique soulève de façon incidente d'autres interpellations non moins importantes. En ce qui concerne les droits fondamentaux formellement consacrés, quels sont-ils et quel est leur statut juridique ? En posant ce problème on pose la question de savoir quelle est la portée effective de la garantie de la protection des droits fondamentaux dans le système juridictionnel ? Ces droits bénéficient-ils de mécanismes de sauvegarde fiables et véritablement efficaces ?

La réponse à l'ensemble de ces questions amène à circonscrire le cadre de notre étude. A cet effet, il convient de préciser au préalable ce qu'il faut entendre par l'expression « garantie des droits fondamentaux ». La garantie est définie par les dictionnaires Le Petit Larousse et Le Petit Robert, comme « l'obligation d'assurer à quelqu'un la jouissance d'une chose, d'un droit, ou de le protéger contre un dommage éventuel. Elle suppose la reconnaissance d'une chose ou d'un droit, que l'on a, par voie de conséquence, l'obligation de protéger ». Cette reconnaissance

---

notamment dans le domaine sensible de la protection des libertés publiques. La création de ce type d'institutions induit en effet l'idée que le recours devant un juge n'est plus envisagé comme le seul mode de règlement des différends relatifs aux droits de l'homme. La multiplication de ces modes d'intervention rend ainsi compte d'une volonté d'accroître l'efficacité, dans ce domaine, de l'action publique dont la nature particulière nécessite parfois l'intervention d'acteurs parfois extérieurs au juge. Marianne Gourcuff, La protection non juridictionnelle des droits de l'homme au niveau national, Thèse en Droit public sous la direction de Véronique Champeil-desplats, Paris, 2009.

<sup>38</sup> Dans le but de cerner, avec le moins d'incertitude possible, les droits fondamentaux et de leur garantie assurant leur protection devant le juge, il convient de prime abord de définir la notion de droits fondamentaux. Certes, il n'est pas nécessaire ici de rentrer dans les coulisses de « l'indétermination sémantique des textes » qui utilisent sans distinction les termes de droits de l'homme, de libertés et droits fondamentaux, de libertés publiques et autres droits de la personne. Devant « une sorte de flou qui enveloppe la notion clé de droits fondamentaux », il convient de remarquer qu'il n'est pas possible de convenir qu'une cloison étanche séparerait droits fondamentaux et libertés publiques, ou droits fondamentaux et droits de l'homme. Cette position tranchée ne correspond pas à la réalité.

<sup>39</sup> Kéba MBAYE, Les droits de l'homme en Afrique, Paris, Editions A. Pedone, 1992, p. 25.

qui s'entend de la proclamation et de la consécration dudit droit dans un ordre juridique, requiert corrélativement l'obligation de le protéger. Sous l'angle de la protection, il est possible d'envisager les mesures tendant à la préservation des droits consacrés par l'ensemble des mécanismes institués au sein de la constitution et des textes reconnus dans l'ordre juridique, la compétence de l'aménagement de tels mécanismes étant dévolue à titre principal à la Loi fondamentale. «Est protection des droits de l'homme, tout système comportant, à l'occasion d'une allégation d'une ou plusieurs violations d'un principe ou d'une règle relatifs aux droits de l'homme et édictés en faveur d'une personne ou d'un groupe de personnes, la possibilité pour tout intéressé de soumettre une réclamation et éventuellement de provoquer une mesure tendant à faire cesser la ou les violations ou à assurer aux victimes une réparation jugée équitable»<sup>40</sup>.

L'inscription des mécanismes de protection, dans le corpus constitutionnel, a un double impact sur la garantie des droits fondamentaux. On relève d'une part, un impact intellectuel, à savoir la prévision par la Constitution de tels mécanismes, leur conférant le statut constitutionnel. D'autre part, la possibilité offerte aux citoyens selon des procédures diverses, de disposer de voies de recours contre les violations de leurs droits traduit un impact politique. C'est cet intérêt qui renvoie à l'épanouissement juridique du citoyen et permet l'examen de la portée exacte des instances chargées de garantir la protection des droits fondamentaux qui s'attachent à l'être humain. Ce double impact permet, par ailleurs, d'ouvrir certaines perspectives pour notre étude. Le thème de la protection des droits fondamentaux et de leur garantie dans un système juridique donné est encore plus que jamais d'une actualité brûlante, « la liberté étant une quête perpétuelle et les violations revêtant un caractère quasi permanent et tout aussi perpétuel »<sup>41</sup>. Il s'agit de déterminer, par ailleurs, le régime juridique des droits constitutionnellement garantis, qui s'analyse certes au niveau de leur contenu, mais aussi et surtout sous l'angle de leur portée effective.

Sous un autre registre, l'étude permet une connaissance des organes et institutions prévus dans l'ordonnancement juridique global pour la sécurité juridique des citoyens. Elle offre la possibilité de faire passer un test d'efficacité aux différentes mesures de sauvegarde

---

<sup>40</sup> Kéba Mbaye, «Les droits de l'homme en Afrique», in «*Les dimensions internationales des droits de l'homme*», Unesco (éd.), 1978, p. 631.

<sup>41</sup> La paix est le but que poursuit le droit. La lutte est le moyen de l'atteindre. Tous les droits du monde ont été acquis en luttant ; toutes les règles importantes du droit ont dû commencer par être arrachées à ceux qui y opposaient. Le droit n'est pas une théorie, mais une force vive. Aussi la justice tient-elle d'une main la balance au moyen de laquelle elle pèse le droit et de l'autre l'épée au moyen de laquelle elle le défend. Rudolf Von Jhering, *La lutte pour le droit*, 1872



des droits, afin de voir de quelle manière elles participent à la garantie des droits et en cas d'insuffisance, de penser en termes de palliatifs. De manière générale, la protection des droits représente, en outre, un volet essentiel du droit constitutionnel contemporain marqué par une double évolution. Elle affecte dans cette logique l'ensemble des branches du droit : le développement des droits fondamentaux comme source normative et le renforcement du rôle du juge comme « garant de ces droits à travers l'interprétation des normes juridiques »<sup>42</sup>. Dans la Cité constitutionnelle, la Justice est située et comparée aux autres pouvoirs ; ses semblables<sup>43</sup>. Au terme d'une longue et chaotique conquête, les droits fondamentaux attachés à l'être humain ont gagné la place qui leur revient ; fondements de l'Etat, ils occupent le sommet de la hiérarchie des normes. Mais ces droits ne se caractérisent pas seulement par la valeur éminente qu'on leur assigne, ils se caractérisent aussi par la diversité des garanties dont ils sont entourés. En effet de nombreux moyens sont mis en œuvre dans un souci toujours constant de répondre à un véritable besoin d'efficacité quant à la protection des droits fondamentaux considérée comme un acquis constitutionnel déterminant pour l'équilibre de toute société<sup>44</sup>.

L'étude sur la garantie de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux est menée selon la méthode juridique au sens entendue par Charles Eisenmann, qui lui donne un double contenu. Il s'agit d'une double démarche d'analyse du dispositif normatif et d'exploration des conditions de leur édicton, des interprétations et de l'application qui en sont effectuées par les différentes composantes de la société visées par la réglementation nationale<sup>45</sup>. Le sujet de droit est aussi un acteur social et la règle de droit se présente comme

---

<sup>42</sup> Dans notre Modernité démocratique, les droits fondamentaux en sont venus à jouer un rôle de premier plan. Ce rôle se constate tant dans la façon dont se pensent maintenant les régimes démocratiques qu'au niveau de l'organisation effective des rapports que les citoyens entretiennent entre eux et, encore davantage, avec les institutions politiques. Luc Bégin, «Le juge en tant que tiers impartial», in La montée en puissance des juges, Les Editions Thémis, 1999, pp. 69-86.

<sup>43</sup> A partir des idées formulées par les philosophes des Lumières, toutes les théories sur la séparation des pouvoirs, dont celle de Montesquieu vont émaner plus ou moins directement de celle de John Locke. Ce lien se dégage sous réserve que la distinction des pouvoirs, selon Locke, ne laisse pas de place à une fonction juridictionnelle, alors que Montesquieu fait référence à la puissance de juger, qui «apparaît dans sa forme moderne».

<sup>44</sup> Alors qu'en 1789 les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) proclamaient dans l'art. 16 « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution », il est apparu que des pays tels que la Grande-Bretagne connaissent une garantie des droits très satisfaisante bien que n'ayant pas de constitution. C'est dire la diversité et la complexité des modes de garantie des droits fondamentaux. In La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux, n° 1, Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux, 2002, 140 p.

<sup>45</sup> Il s'agit alors, selon les termes du Pr. Charles Eisenmann, de la « *dogmatique* » pour désigner la première étape de la démarche, et de la « *casuistique* » pour rendre compte de la seconde. La dogmatique s'en tient au droit, à la règle juridique telle qu'elle ressort de la nomenclature législative *lato sensu*. Elle se limite par conséquent au droit expressément formulé, et vise systématiquement son étude à partir des règles juridiques existantes. La

une technique de gestion des hommes. La dogmatique permet alors de comprendre le caractère formel de la règle de droit, tandis que la casuistique qui, obéit alors à un processus, permet de confronter cette dernière à la réalité sociale. Après une vérification de l'identité des faits à ceux prévus par la règle de droit, on peut décider s'il faut, par le biais du syllogisme juridique, leur appliquer les conséquences énoncées dans le dispositif juridique.

Cette démarche méthodologique qui sous-tend la trame de notre analyse, amène à voir concrètement si d'une proclamation formelle des droits fondamentaux, les citoyens disposent de mécanismes susceptibles d'en assurer une protection efficace afin de les garantir par une sanction effective en cas de violation. «Certes, une démocratie vivante est une conquête qui se fait à travers des heurts plus ou moins violents, légitimés par l'aspiration des peuples à la jouissance de plus en plus large et profonde de leurs droits fondamentaux en donnant des balises pour la nation»<sup>46</sup>. Plus d'une décennie après son entrée en vigueur, le texte constitutionnel sénégalais de 2001 n'est pas totalement mis en œuvre en ce qui concerne la sauvegarde efficiente des droits fondamentaux. Les incidences majeures en découlant n'étant pas sans effet sur l'effectivité de ces droits, nous sommes amenés à constater une certaine faiblesse, sinon, une précarité, dans la garantie de la protection des droits fondamentaux. Telle est l'hypothèse générale de la présente étude. Il convient donc, pour aboutir à l'analyse de la garantie de la protection des droits fondamentaux, de passer en examen la consécration constitutionnelle de la garantie protectrice des droits fondamentaux dans l'ordre juridique national **(I)**. Mais, pour bénéfique que soit cette consécration formelle, elle cède la place à une garantie encore lacunaire de cette protection **(II)**.

## **I. La consécration constitutionnelle de la garantie protectrice des droits fondamentaux**

Les droits humains fondamentaux ne consistent pas en un corps de principes définitivement gravés dans le marbre. Ils ont une histoire qui continue à s'écrire en fonction d'enjeux complexes et entremêlés relevant d'ordre politique, idéologique et juridique. En effet, « ils sont travaillés par une série de tensions, confrontés à des défis nouveaux comme

---

casuistique elle, vient compléter la première démarche, afin d'éviter de se retrouver trop enfermé dans un positivisme juridique ne tenant pas compte de la réalité du milieu ambiant dans lequel la règle de droit produit ses effets. Elle tient alors à cette conviction du juriste que les faits de la réalité juridique sont étroitement liés aux faits de la réalité sociale

<sup>46</sup> Assane Seck, «Sénégal, émergence d'une démocratie moderne (1945-2005), itinéraire politique», Les éditions Karthala, 347 pages

l'avancée des biotechnologies ou de la mondialisation<sup>47</sup>. La naissance de cette notion s'est faite en deux étapes dont la première consiste en l'émergence d'une « croyance en l'existence de droits qui appartiennent à l'homme »<sup>48</sup>, tandis que la seconde voit leur affirmation expressément formulée dans un texte de droit majeur. Cette formulation expresse qui s'est traduite à travers une reconnaissance constitutionnelle<sup>49</sup> (A) fait appel à une mise en œuvre effective dont la garantie protectrice est assurée par un dispositif opérationnel situé à un niveau institutionnel suprême (B).

### **A- Une reconnaissance constitutionnelle expressément manifestée**

Les « droits humains fondamentaux seraient un ensemble de droits attachés à la personne humaine pour lui garantir la dignité, la liberté, une protection tant vis-à-vis de l'Etat qu'à l'égard des autres membres de la société »<sup>50</sup>. Ainsi ils apparaissent comme ceux qui assurent le respect de la dignité humaine, de la valeur humaine et de l'égalité entre les différentes composantes de la communauté nationale. Ce sont des « droits universels car ils n'appartiennent à aucune région, à aucune époque, ni à aucune culture. Ils sont aussi inaliénables car ils ne peuvent faire l'objet de négociations et leurs titulaires ne sont pas libres d'y renoncer ou d'en faire l'objet de transactions. Ils sont, enfin, indivisibles car ils sont interdépendants et indissociables ; le fait en violer un seul revient à les violer tous »<sup>51</sup>. En effet, ils sont comme les maillons d'une chaîne, dont la robustesse se mesure à la solidité du plus faible de ses maillons. Il n'y a donc pas de hiérarchie entre les droits fondamentaux de la personne humaine, « ils sont chacun d'eux et tous ensemble indispensables au respect de la dignité, de la liberté et de l'égalité en droits de tous les êtres humains sans distinction, ni discrimination »<sup>52</sup>. S'inspirant du Constituant français « pour intégrer dans son bloc de constitutionnalité la totalité des textes auxquels renvoie le Préambule »<sup>53</sup>, le Conseil

---

<sup>47</sup> Danièle Lochack, Les droits de l'homme, Troisième Edition, La Découverte, Collection Repères, Paris 2009.

<sup>48</sup> Quelle que soit sa naissance ou sa condition, et ce dans toutes les civilisations du monde depuis l'Antiquité et le Code d'Hammourabi ; Roi de Babylone dans la période comprise entre -1792 et -1750

<sup>49</sup> La Constitution du Sénégal a prévu les dispositions similaires

<sup>50</sup> La dénomination « *droits humains* » est préférée par plusieurs organisations françaises et suisses tandis que celle de « *droits de la personne* » est principalement utilisée au Canada francophone. Pierre Rosanvallon, *La nouvelle question sociale. Repenser l'État-providence.*, Le Seuil, 1995, p.134-135.

<sup>51</sup> Fatou Kiné Camara, Les droits fondamentaux de la personne humaine en Droit sénégalais, Cours Licence 3, FSJP/UCAD, 2012/2013.

<sup>52</sup> Bastien François, *Justice et démocratie constitutionnelle : Critique du discours constitutionnaliste européen, des droits*

<sup>53</sup> Par la célèbre décision *Liberté d'association* du 16 Juillet 1971, le Conseil constitutionnel français reconnaît la valeur juridique du préambule de la Constitution et élargit, ce faisant, la base des textes de référence de son contrôle à la Déclaration de 1789 et au préambule de 1946. Cette décision n'eût pas fait à elle seule la révolution

constitutionnel sénégalais «a apposé de manière indélébile sa marque dans la naissance de la notion de démocratie constitutionnelle»<sup>54</sup>.

Au Sénégal, le constituant a pris conscience de la nécessité de procéder à une actualisation des articles 7, 8 et 9 du Titre II de la Constitution qui «compilent et condensent l'ensemble des aspirations de l'homme, de l'égalité de tous à la plénitude de la vie »<sup>55</sup> pour combler quelques lacunes et pallier aux insuffisances. C'est ainsi que dans la foulée de l'Alternance à la magistrature suprême et à la faveur de la série de révisions constitutionnelles qui se sont succédé depuis 2001 que «s'en trouve consolider l'Etat de droit démocratique par la protection des droits et libertés fondamentaux »<sup>56</sup>. Cette consolidation se manifeste par un «élargissement du catalogue des droits fondamentaux garantis par la constitution. Ces modifications sont la marque d'une évolution dans la représentation politique des valeurs fondamentales de la société »<sup>57</sup>. En établissant une liste de droits fondamentaux, la Constitution affiche par ce procédé les valeurs cardinales sur lesquelles elle entend fonder l'ordre juridique et la société politique.

Dans ce sens, «la confrontation des constitutions allemande, espagnole et italienne à la vieille constitution des USA laisse apparaître comme caractéristique commune d'être des produits de leur temps tout en exprimant aujourd'hui encore les valeurs fondamentales de l'Etat qu'elles régissent »<sup>58</sup>. Ces garanties peuvent avoir été expressément prévues par la

---

qu'a effectivement connue le Conseil dans les années 1970. Il y fallait encore l'élargissement de la saisine à la minorité parlementaire concédée en 1974 «pour parfaire l'Etat de droit » comme disait alors le chef de l'Etat. Olivier Jouanjan Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique, Jus Politicum, n°2, 2009, Droit, Politique et Justice constitutionnelle

<sup>54</sup> Mouhamadou Mounirou SY, *La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique : l'exemple du Sénégal*, L'Harmattan, 2007, P. 482.

<sup>55</sup> Me Doudou Ndoye, *La Constitution sénégalaise du 7 Janvier 2001 commentée et ses pactes internationaux annexés : Les perspectives politiques juridiques et sociales*, EDJA, Juillet 2001, p. 66.

<sup>56</sup> La constitution des Etats-Unis d'Amérique incarne encore aujourd'hui, en quelque sorte, la mère de toutes les constitutions non seulement parce qu'elle est la plus ancienne de toutes, mais encore en raison de sa puissance symbolique. Les grandes démocraties, Ferdinand Mélin-Soucramanien, Editions Dalloz 2007,

<sup>57</sup> Marc Verdussen, «Le pointillisme constitutionnel », *in La Constitution : hier, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 125.

<sup>58</sup> La constitution des Etats-Unis d'Amérique a été adoptée afin que la Nation américaine naissante dispose des instruments juridiques de son émancipation par rapport à la puissance britannique. Les constitutions allemande et italienne ont permis d'édifier un ordre juridique nouveau après les régimes nazi et fasciste alors que la constitution espagnole elle a eu pour objet de tourner la page du franquisme. Cependant, les régimes politiques instaurés par ces constitutions apparaissent très différenciés. Au-delà de ces différences, ces constitutions bénéficient toutes d'une véritable garantie constitutionnelle sans laquelle leurs textes ne seraient que des promesses de papier. En l'absence d'une justice constitutionnelle capable de garantir la suprématie de la Constitution, celle-ci n'est plus qu'un programme politique et fait juste figure d'obligation morale. La justice constitutionnelle transforme ainsi en normes véritablement juridiques ce qui seulement se voulait comme tel.

norme fondamentale, comme c'est le cas dans les constitutions allemande, espagnole et italienne qui ont prévu la création des cours constitutionnelles spécialement chargées d'imposer le respect de la norme fondamentale à l'égard des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, ainsi qu'à l'ensemble des citoyens. Mais ces garanties peuvent aussi « avoir été générées empiriquement par l'activité prétorienne, comme le cas aux Etats-Unis, où c'est la Cour suprême qui, à travers l'arrêt *Marbury vs. Madison* de 1803, a commencé à exercer ce contrôle sans que la Constitution de 1787 ne l'ait réellement envisagé »<sup>59</sup>. Il reste que l'existence d'une justice constitutionnelle, quel qu'en soit le modèle, européen ou américain, permet non seulement de faire « respirer » régulièrement la norme fondamentale mais aussi de faire respecter les prescriptions de la constitution, en particulier celles relatives aux droits fondamentaux. En effet, l'activité interprétative du juge constitutionnel, comme d'ailleurs celle des autorités politiques, joue un rôle très important car elle constitue un facteur d'adaptation de la constitution qui, ainsi, « peut franchir les époques sans pour autant être frappée d'obsolescence »<sup>60</sup>.

L'émergence d'un discours sur la protection constitutionnelle des libertés tend à modifier les modes de légitimation de la parole des constitutionnalistes sur la politique. L'invocation des libertés publiques ou des droits de l'homme n'est pas simplement une entreprise d'anoblissement à la fois morale et intellectuelle, qui permet de parler de plus haut et de naturaliser plus complètement une parole d'autorité. Ce discours sur les libertés permet d'élargir l'horizon théorique du droit constitutionnel mais aussi de produire un discours nouveau sur la notion même de Constitution<sup>61</sup>. Entendue en ce sens, la Constitution ne se perçoit plus comme la définition des rapports entre les institutions, la séparation des pouvoirs. Elle est désormais perçue comme la définition des rapports entre les citoyens et l'Etat, la charte des droits et des libertés dont la garantie est assurée par la mise en place d'un

---

Georges Vedel, avant-propos de l'ouvrage de Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, 1986, p. VI.

<sup>59</sup> L'une des premières apparitions emblématiques du juge constitutionnel est celle du Chief Justice Marshall à la faveur de l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique, 1 Cranch, 137, 2 L.ED. 60, 1803, *Marbury vs Madison*. Cf. Gerald Gunther, *Constitutionnal Law*, New York, The Foundation Press, University Casebook Serie, 11 éd., 1985, p. 2 et s.; ZOLLER Elisabeth, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2 éd. 1999, p. 105 et s.

<sup>60</sup> Il est à cet égard significatif que la constitution la plus ancienne qui soit toujours en vigueur, la constitution des Etats-Unis de 1787, soit précisément celle qui ait été le plus tôt interprétée et appliquée par un juge

<sup>61</sup> Il faut partir du citoyen et non des pouvoirs publics, de la société civile et non de l'Etat ; poursuivre la recherche de la garantie des droits, non par une réflexion sur la meilleure organisation des pouvoirs, mais par l'élaboration d'une charte des libertés dont les citoyens pourront imposer le respect aux gouvernants. D'un point de vue juridique, la relation constitutionnelle qui se donne à voir est celle d'un Conseil imposant le respect des droits des gouvernés aux organes de la société politique. Et par ce travail, Le Conseil établit du même coup, les bases sociales et philosophiques de la communauté nationale. Dominique Rousseau, "Une résurrection : la notion de Constitution", *Revue du droit public*, n° 1, 1990

mécanisme de sanction des organes d'Etat. Mais pour cela, il faut qu'advienne un espace de justiciabilité élargi et une différenciation entre gouvernés et gouvernants, en constituant les droits des premiers en corps séparés des droits des seconds. C'est alors que la Constitution-charte des droits va davantage s'intéresser aux relations entre les citoyens et l'Etat. On confère par la suite à chacune des parties, les institutions propres à faire vivre cette différence : à l'Etat, à la société politique, les organes parlementaires et gouvernementaux ; aux citoyens, à la société civile, le Conseil constitutionnel.

Sous un autre aspect, on ne compte plus les différentes conventions internationales aux dénominations diverses et visant à donner un fondement juridique aux droits fondamentaux au contenu variable selon les époques et les lieux. Le Sénégal a souscrit à une liste impressionnante de conventions et de traités pour la protection et la promotion des droits de l'homme en général ainsi que des droits des femmes et des enfants et d'autres catégories vulnérable de la population en particulier. Malgré tous les engagements souscrits, la pleine intégration des instruments internationaux de protection des droits humains dans la législation, la politique et les programmes nationaux demeure un défi majeur. Pourtant, les engagements internationaux pour le respect des droits de la personne humaine reposent sur la reconnaissance que le développement durable, le bien-être et la paix ne peuvent s'acquérir sans le respect de la dignité de la personne humaine et de tous les droits qui lui sont rattachés. Toutefois, le cadre institutionnel et normatif sénégalais est fondé sur des principes favorables à une application effective des normes du droit international des droits de la personne humaine<sup>62</sup>.

Au demeurant, il convient de relever que les droits fondamentaux ne se retrouvent pas seulement dans les textes de droit international à travers ces variantes conventionnelles ou communautaires ; ils ont également été coulés dans la Constitution des Etats. C'est ainsi qu'il ressort du fronton du Préambule de la Constitution sénégalaise du 7 janvier 2001 l'expression nettement dégagée de la place du principe de souveraineté dans l'ordre constitutionnel. Il s'en ressent une adhésion clairement affirmée «à la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen de 1789 et aux instruments internationaux adoptés par l'ONU et l'OUA, notamment la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, la Convention sur

---

<sup>62</sup> On retient, entre autres, Le principe de la primauté du droit international sur le droit interne consacré dans la Constitution du Sénégal depuis l'Indépendance, la théorie de la hiérarchie des normes suivant laquelle, chaque norme juridique doit avoir un contenu conforme, ou tout au moins compatible, avec la norme supérieure et enfin, la pyramide des normes avec au sommet la Constitution, ensuite les traités et conventions, puis les lois et enfin le règlement.

l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, la Convention relative aux Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989 et la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 27 juin 1981". Le principe de souveraineté se trouve d'emblée placé comme l'un des fondements de l'ordre juridique constitutionnel. Il est par conséquent dans un rapport de complémentarité mais aussi d'égalité avec l'autre fondement qui intéresse les droits fondamentaux de la personne humaine.

Dès son accession à l'indépendance, le Sénégal a clairement marqué son option pour «la primauté du droit»<sup>63</sup>, la laïcité et la séparation des pouvoirs. En outre, le respect pour les droits de l'Homme comme fondement de l'Etat démocratique sénégalais est un engagement que reflètent toutes les constitutions du Sénégal. Il s'agit donc d'un principe qui est un des piliers de l'ordre constitutionnel sénégalais. Dans la première version de la Constitution du Sénégal, il ressort du dispositif de l'article 1<sup>er</sup> que « Le Sénégal est un Etat républicain, indivisible, laïque, démocratique et social. Il prend le nom de République du Sénégal». Le titre II illustre, à dessein, l'attachement de l'Etat sénégalais aux droits humains qui s'en trouve consacré sans équivoque. Ainsi, il est énoncé que «Le peuple sénégalais reconnaît l'existence des droits de l'homme, inviolables et inaliénables, comme base de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde»<sup>64</sup>.

Dans cette ligne de pensée Ismaïla M. Fall souligne « qu'au plan des droits et libertés, la Constitution affirme, dans un contexte social et culturel fortement marqué par des pesanteurs d'essence discriminatoire, les principes fondateurs de la société sénégalaise. L'affirmation de l'égalité entre hommes et femmes, entre tous les Sénégalais est fort symbolique dans un contexte social marqué par les chefferies, les castes et autres inégalités sociales»<sup>65</sup>. Ainsi, dès 1959, le Sénégal posait, dans un contexte social qui ne s'y prêtait guère,

---

<sup>63</sup> Le principe de primauté signifie qu'en tout état de cause le texte international l'emporte sur le texte national. Le principe de subsidiarité signifie que le juge national est le premier censeur de la violation des droits de la personne humaine. En vertu de ces deux principes, le juge doit essayer de faire usage du droit international pour combler les lacunes dans son droit national ou s'inspirer des normes internationales pour donner effet utile à la convention tout en appliquant son droit national. Ahmadou TALL, La prise en charge sanitaire et judiciaire des victimes de VBG, Communication au Forum de l'AJS, 12 juillet 2010,

<sup>64</sup> Face à un droit fondamental de la personne humaine, l'Etat a trois obligations essentielles consistant à respecter le droit (en s'abstenant de violer ou de compromettre la jouissance du droit), à protéger le droit (en prenant les mesures garantissant le libre exercice du droit) et à s'engager dans la promotion du droit (en adoptant les mesures législatives, administratives, judiciaires et budgétaires nécessaires au plein exercice du droit), Fatou Kiné CAMARA, Les droits fondamentaux de la personne humaine en droit sénégalais, Cours Licence 3, Les droits de l'homme, UCAD, FSJP, 2012/2013

<sup>65</sup> Ismaïla Madior Fall, *Evolution constitutionnelle du Sénégal – De la veille de l'Indépendance aux élections de 2007*, Collection du CREDILA, XXII, CREDILA/CREPOS 2007, p. 19.

un principe ferme «d’attachement au respect des droits humains»<sup>66</sup>. «Le principe de la primauté des droits de la personne humaine, y compris l’égalité en droits des femmes et des hommes, sera fidèlement reproduit dans la totalité des constitutions qui ont suivi»<sup>67</sup>. Dans ce sens, le Préambule de la Constitution du 7 janvier 2001 énonce avec force «le lien indéfectible entre respect des droits de la personne humaine et société créative, démocratique et humaniste»<sup>68</sup>. Au-delà du Préambule, on relève dans le corps même de la Constitution, que les femmes et les enfants sont visés, de façon spécifique du fait de leur vulnérabilité, dans le but de réaffirmer de manière non équivoque leurs droits dans les domaines où ils sont le plus souvent bafoués.

En outre, la Constitution issue du référendum de 2001 est allée plus loin que le principe de primauté des conventions et traités régulièrement ratifiés et publiés sur les lois. En effet, le «Préambule a intégré à la Constitution»<sup>69</sup> les conventions sur les droits de la personne humaine adoptées au sein de l’OUA/UA<sup>70</sup> et de l’ONU et ratifiées par l’Etat du Sénégal. Ce faisant, les conventions citées, et celles appartenant à la même catégorie, sont élevées au rang de normes constitutionnelles ; ce qui leur donne une force obligatoire équivalente à celle de la norme suprême, en vertu du principe de la hiérarchie des normes<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> Fatou Kiné CAMARA, Les droits fondamentaux de la personne humaine en droit sénégalais, Cours Licence 3, UCAD, Les droits de l’homme, UCAD, FSJP, 2012/2013

<sup>67</sup> Ismaïla Madior Fall, *Textes constitutionnels du Sénégal du 24 janvier 1959 au 15 mai 2007*, CREDILA, Dakar, mai 2007.

<sup>68</sup> Le peuple du Sénégal souverain, considérant que la construction nationale repose sur la liberté individuelle et le respect de la personne humaine, sources de créativité ; conscient de la nécessité d’affirmer et de consolider les fondements de la Nation et de l’Etat ; proclame le respect des libertés fondamentales et des droits du citoyen comme base de la société sénégalaise ; le respect et la consolidation d’un Etat de droit dans lequel l’Etat et les citoyens sont soumis aux mêmes normes juridiques sous le contrôle d’une justice indépendante et impartiale ; le rejet et l’élimination, sous toutes leurs formes de l’injustice, des inégalités et des discriminations.

<sup>69</sup> Aux termes du Préambule de la Constitution, le peuple du Sénégal souverain, affirme son adhésion à la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789 et aux instruments internationaux adoptés par l’Organisation des Nations Unies et l’Organisation de l’Unité Africaine, notamment la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme du 10 décembre 1948, la Convention sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes du 18 décembre 1979, la Convention relative aux Droits de l’Enfant du 20 novembre 1989 et la Charte Africaine des Droits de l’Homme et des Peuples du 27 juin 1981. Il approuve et adopte la présente constitution dont le préambule est partie intégrante. Ce faisant, les conventions citées, et celles appartenant à la même catégorie, sont élevées au rang de normes constitutionnelles ; ce qui leur donne une force obligatoire équivalente à celle de la charte fondamentale (la Constitution), en vertu du principe de la hiérarchie des normes.

<sup>70</sup> L’Organisation de l’unité africaine (OUA) est remplacée par l’Union Africaine (UA) en 2002.

<sup>71</sup> Suivant cette théorie, chaque norme juridique doit avoir un contenu conforme, ou tout au moins compatible, avec la norme supérieure. Ainsi, l’ensemble des règles est ordonné et permet d’assurer le respect des droits et libertés des citoyens ». Ahmadou Tall, « La hiérarchie des normes », communication au symposium de l’AJS sur l’harmonisation du Code de la Famille avec la Constitution et avec les Conventions signées et ratifiées par l’Etat du Sénégal, 29 juillet 2009, Dakar



Par ailleurs, alors que la Constitution de 1960 avait fait de la branche judiciaire de l'Etat, une «autorité judiciaire, la Constitution de 1963 consacre la notion de Pouvoir judiciaire», indépendant de l'Exécutif comme du Législatif. Enfin, l'article 91 de la Constitution octroie formellement au pouvoir judiciaire le statut essentiel de «gardien des droits et libertés définis par la Constitution et la loi». Outre le fait de pouvoir et devoir appliquer directement les conventions internationales, notamment celles intégrées à la constitution<sup>72</sup>, le pouvoir judiciaire est l'ultime recours en cas de contestation de la constitutionnalité d'une loi. Sur la condition de publication, il existe aujourd'hui des modalités de publication internationales qui rendent la norme applicable dès que la publication a été faite sur le plan international. Aussi, le juge ne pourra plus dire, comme dans un arrêt de 1975 refusant de prendre en compte une convention internationale en droit du travail, que la convention internationale signée et ratifiée n'est pas pour autant applicable car elle n'a pas été publiée au Journal Officiel du Sénégal.

Il faut, en effet, se souvenir que dans le cadre d'organisations internationales comme l'UEMOA, il existe «une centralisation des conditions de l'entrée en vigueur des actes de droit dérivé produits par l'organisation, l'invocabilité de tels actes n'est pas subordonnée à leur publication par l'Etat membre»<sup>73</sup>. Par ailleurs, la réserve de réciprocité n'a de sens que pour une catégorie donnée de convention parmi lesquelles n'entrent point en ligne de compte les conventions des Nations Unies ou de l'Union Africaine<sup>74</sup>. Il en résulte une facilitation des conditions d'invocation de telles conventions par le justiciable qui voudrait s'en prévaloir<sup>75</sup>. Ces normes garantissant la protection des droits humains fondamentaux sont aussi transcrites dans la Constitution par la voie médiate dite dérivée de normes internationales. Cette dérivation normative d'inspiration extra-africaine est appréciée tant dans le cadre des Nations-Unies<sup>76</sup> que dans l'espace francophone. Déterminants pour l'équilibre de toute société<sup>77</sup>, la

---

<sup>72</sup> Sénégal - le secteur de la Justice et l'Etat de droit, Etude d'AfriMAP et de l'Open Society Initiative for West Africa, Novembre 2008, p. 6 «Place des conventions internationales dans le droit national sénégalais».

<sup>73</sup> Alioune SALL, La prise en charge sanitaire et judiciaire des victimes de VBG, Communication au Forum de l'AJS, 12 juillet 2010,

<sup>74</sup> La logique de réciprocité ne vaut que pour des traités auxquels très peu d'Etats sont parties mais, dans le cadre des Nations Unies, il n'est pas possible de dire : « parce que trois Etats n'appliquent pas telle convention, je fais jouer la réserve de réciprocité », alors que, par ailleurs, une centaine d'autres Etats l'appliquent.

<sup>75</sup> Alioune SALL, «La prise en charge sanitaire et judiciaire des victimes de VBG», Communication au Forum de l'AJS, 12 juillet 2010

<sup>76</sup> Jean-Jacques Mayoux, *San Francisco. Histoire et leçons d'une conférence*, Politique étrangère, 1945, Volume 10, n°2, pp. 141-160

<sup>77</sup> Alors qu'en 1789 les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) proclamaient dans l'art. 16 « Toute société dans laquelle le garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution », il est apparu que des pays tels que la Grande-Bretagne connaissent une

consolidation de ces acquis constitutionnels a conduit à l'institutionnalisation au niveau suprême d'un dispositif organique de protection opérationnel<sup>78</sup>.

## **B . Une constitutionnalisation du dispositif organique suprême**

De manière générale, la protection des droits fondamentaux représente un volet essentiel du droit constitutionnel contemporain. C'est à la faveur des périodes de révision constitutionnelle que le catalogue des droits fondamentaux a vu l'extension des droits existants jusqu'à connaître un même son enrichissement de droits nouveaux. Ces modifications sont la marque d'une évolution, somme toute limitée, dans la représentation politique des valeurs fondamentales de la société, par un travail de réécriture du catalogue des droits fondamentaux<sup>79</sup>. Au terme d'une longue et chaotique conquête, les droits fondamentaux attachés à l'être humain ont gagné la place qui leur revient ; fondements de l'Etat, ils occupent le sommet de la hiérarchie des normes tandis que d'importants moyens sont mis en œuvre dans un souci toujours constant de répondre à un véritable besoin d'efficacité. A l'origine, la théorie de l'Etat de droit n'a pas pris en compte la question de la garantie des droits et libertés

---

garantie des droits très satisfaisante bien que n'ayant pas de constitution. C'est dire la diversité et la complexité des modes de garantie des droits fondamentaux. *In* La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux, n° 1, Cahiers de la Recherche sur les droits fondamentaux, 2002, 140 p.

<sup>78</sup> Aux termes de l'article 115 de la Constitution béninoise, la Cour constitutionnelle comprend : trois magistrats ayant une expérience de quinze années au moins dont deux sont nommés par le bureau de l'Assemblée nationale et un par le président de la République ; deux juristes de haut niveau, professeurs ou praticiens de droit ayant une expérience de quinze années au moins, nommés l'un par le bureau de l'Assemblée nationale et l'autre par le président de la République ; deux personnalités de grande réputation professionnelle nommées l'une par le bureau de l'Assemblée nationale et l'autre par le président de la République. Inamovibles durant leur mandat de cinq ans, renouvelable une fois, ils élisent conformément à l'article 116 leur président parmi les membres magistrats et juristes. Pour le cas du Sénégal, le Conseil constitutionnel a été créé en 1992, lorsque la Cour suprême a été supprimée et remplacée par trois organes spécialisés. Il a été institué par la loi n° 92-23 du 30 mai 1992, modifiée par la loi organique n° 99-71 du 17 février 1999. Le Conseil constitutionnel comprend cinq membres, dont un président et un vice-président, qui sont nommés par décret du président de la République pour six ans non renouvelables. Il est partiellement renouvelé tous les deux ans, à raison d'un ou deux membres. Lors des élections nationales (présidentielles ou législatives), le Conseil Constitutionnel reçoit les résultats provisoires proclamés par les Cours d'appel, statue sur les éventuels recours et réclamations et proclame les résultats définitifs. Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucune voie de recours. Il contrôle également la constitutionnalité des lois et engagements internationaux.

<sup>79</sup> L'objectif serait de disposer d'un corpus de droits fondamentaux qui se distingue par sa cohésion, sa complétude et sa modernité. Ce dernier élément est capital car la constitution doit être le reflet des valeurs contemporaines qui traversent les communautés africaines. Marc Verdussen, " Le pointillisme constitutionnel ", *in* *La Constitution : hier, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 125.

individuels. Une contradiction apparente s'affiche entre la souveraineté de Jean Bodin (en théorie absolue et sans limite)<sup>80</sup> et l'Etat de droit (en pratique relatif et limité).

Garantie juridictionnelle de la Constitution<sup>81</sup>, la justice constitutionnelle<sup>82</sup> ou la juridiction constitutionnelle est née aux USA à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle sous l'empire de la Constitution du 1787. Elle s'étend en Europe au début du XX<sup>e</sup> siècle sous l'impulsion de H. KELSEN<sup>83</sup>, puis fait son apparition en Afrique dès les indépendances au milieu du XX<sup>e</sup> siècle<sup>84</sup>. Inspirés par le contact avec la modernité constitutionnelle, les Etats africains avaient en général institué des juridictions suprêmes comportant une section constitutionnelle chargée du contentieux constitutionnel<sup>85</sup>. Même si des survivances de cette architecture traditionnelle sont restées plus longtemps dans quelques Etats africains, la plupart d'entre eux ont, à la faveur des grandes réformes constitutionnelles, institutionnelles et politiques engagées à partir des années 1990, institué une juridiction constitutionnelle chargée du contentieux constitutionnel généralement dénommée Cour ou Conseil constitutionnel<sup>86</sup>, désormais étoffée de toute une batterie de dispositions destinées à faire primer les droits fondamentaux et appelée de les protéger<sup>87</sup>. Dans cette perspective de démocratisation, plusieurs Constitutions africaines ont décidées de mettre sur pied des juridictions

---

<sup>80</sup> Jean Bodin « De la souveraineté » (*Les six livres de la République*, Livre 1, Chap. 8)

<sup>81</sup> KELSEN Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution : la justice constitutionnelle », RDP, 1928, p. 198-257.

<sup>82</sup> Il est historiquement difficile de déterminer exactement quand apparaît ces notions de juge, juridiction ou justice constitutionnelles dans le vocabulaire du droit positif. On notera que Hans KELSEN et Charles EISENMANN l'utilisent dès 1928 avec le sens qu'on lui reconnaît aujourd'hui dans la science juridique. Voir à ce propos H. KELSEN et C. EISENMANN., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928 (rééd. Economica et PUAM, 1986), p. 21 et s. Toutefois et sans risque de se tromper, on peut souligner que d'un point de vue historique, la justice constitutionnelle a débuté aux Etats-Unis d'Amérique au début du 19<sup>e</sup> siècle. Mais, c'est la Cour Suprême, dans sa célèbre décision de 1803 « Marbury c/Madison, rendue à l'initiative du juge John Marshall, qui allait l'établir. C'est la naissance du système américain de contrôle de constitutionnalité des lois, ou de ce qu'il est convenu d'appeler la « judicial review ». Cf. Thèse de Papa Mamour Sy, « Le développement de la justice constitutionnelle en Afrique noire francophone : les exemples du Bénin, du Gabon et du Sénégal », pp. 11 et s., 414 pages.

<sup>83</sup> Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction française de la 2<sup>e</sup> éd. de la « *Reine Rechtslehre* » par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1977, p. 300 et s.

<sup>84</sup> Théodore Holo, « Emergence de la justice constitutionnelle », in *Revue Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 101-114

<sup>85</sup> Gérard Conac, « Le juge de l'Etat en Afrique francophone », Gilbert Mangin, « Quelques points de repères dans l'histoire de la justice en Afrique francophone », in *La justice en Afrique*, (dir.) Jean du Bois de Gaudusson et Gérard Conac, Paris, La Documentation française, 1990, respectivement p. 13-20 ; 21-26

<sup>86</sup> Manifestement, depuis les années 90, le dogme de « la loi, expression de la volonté générale » (Cf. Raymond Carré De Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Sirey, 1931, rééd. Economica, 1984, préface de Georges Burdeau), qui avait acquis un caractère quasi-sacré, est détrôné au profit d'une conception de l'Etat de droit, fondée sur la suprématie de la constitution, grâce au rôle combien déterminant joué, ou qu'est censé jouer, la juridiction constitutionnelle. Avec cette nouvelle architecture constitutionnelle des Etats africains, on semble assister au triomphe du droit sur les pouvoirs autoritaires, voire à la primauté du droit devant le pouvoir politique puisque l'idée de constitution déploie tous ses effets et entraîne la soumission des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire aux règles et principes constitutionnels parmi lesquels figurent notamment les droits fondamentaux.

<sup>87</sup> Sory Baldé, *La convergence des modèles constitutionnels. Etudes des cas en Afrique subsaharienne*, éd. Publibook, Paris, 2011, p. 381

constitutionnelles autonomes et spécialisées<sup>88</sup>. Selon Babacar Kanté, cela explique que la justice constitutionnelle telle qu'elle est entendue en Europe et aux Etats-Unis est une idée nouvelle en Afrique<sup>89</sup>. Cette mutation constitutionnelle d'adaptation constitue le couronnement d'un long processus<sup>90</sup>.

Dans ce cadre, on appréhende la notion de justice constitutionnelle en mettant l'accent sur son aspect organique ou fonctionnel. Portant l'attention sur l'institution qui est chargée d'assurer la mission, la définition organique de la justice constitutionnelle renvoie à l'organe qui va rendre la justice constitutionnelle. On distinguera le modèle européen de justice constitutionnelle de son homologue de modèle américain. On est à l'opposé du modèle américain décentralisé de justice constitutionnel à travers lequel tout juge de la Cour suprême fédérale jusqu'au juge fédéré peut assurer la suprématie de la constitution sur la loi. L'un quelconque des juges est habilité à écarter une loi contraire à la constitution. Quant au modèle européen de justice constitutionnelle, il laisse apparaître que les juridictions doivent surseoir à statuer, même s'ils savent que la loi est contraire à la Constitution. Approche d'ordre fonctionnel, il y a exercice de la justice fonctionnelle chaque fois qu'une procédure ou technique assure la garantie de la constitution, ce qui est en cause c'est la fonction qu'assure la justice constitutionnelle et donc sa finalité.

C'est l'unification du système juridique autour de la constitution afin d'assurer l'effectivité de cette dernière, de ses principes d'organisation politiques et des droits fondamentaux substantiels qu'elle contient. Mais l'Etat de droit en revêtant progressivement une dimension qualitative se soumet non seulement au droit mais il garantit, en outre, les droits aux citoyens. C'est ainsi qu'au sens contemporain, l'Etat de droit traduit le passage de l'Etat légal à l'Etat légitime où les citoyens consentent au terme d'un choix judicieux à être dirigés par les gouvernants tenus d'organiser la protection des droits fondamentaux des

---

<sup>88</sup> Bénin (art. 114), Togo (art. 99), Mali (art. 85), Gabon (art. 83), Cote d'Ivoire (Loi constitutionnelle n° 94-438 du 16 août 1996), Madagascar (art. 105), Mauritanie (art. 81), Algérie (art. 15), Congo (art. 138), République Centrafricaine (art. 70)

<sup>89</sup> Babacar KANTE. Actes de la Table ronde sur L'interprétation de la Constitution en hommage au Doyen L. FAVOREU, à Bordeaux les 15 et 16 octobre 2004 cité par Mouhamadou M. Sy, La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique. L'exemple du Sénégal, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 37. Dans la même veine, Albert Bourgi, « La réalité du nouveau constitutionnalisme africain », in Lecture et relecture de la Constitution de la V<sup>e</sup> République, Colloque du 40<sup>e</sup> anniversaire, 7-8-9 octobre 1998, p. 14

<sup>90</sup> Xavier Philippe, Mutations et révisions constitutionnelles dans les pays de l'Océan indien, A.I.J.C., X-1994, Economica-PUAM, p. 157 et s. Voir aussi Louis Favoreu et alii, Droit constitutionnel, Paris, Dalloz, Coll. « Précis », 3e éd., 2000, p. 261.

gouvernés. Cette mission protectrice est assumée par un juge indépendant<sup>91</sup> qui incarne la figure centrale de l'Etat de droit et apporte des limitations à la souveraineté<sup>92</sup>. Il procède, en outre, à la soumission des créateurs du droit ; les gouvernants aux interprètes du droit que sont les juges<sup>93</sup>.

La soumission à un quelconque contrôle d'un acte portant la marque de la souveraineté entraîne de nombreuses controverses. Toutefois, l'expérience a suffisamment donné la preuve que le législateur a souvent aliéné les libertés publiques en votant des lois contraires à la constitution. Or, l'adoption d'une constitution et l'affirmation des droits fondamentaux ne revêtent une réelle signification que si les autorités publiques sont placées dans une situation telle qu'elles ne puissent violer impunément le texte fondamental. Assurer la primauté juridique de la constitution devient alors une exigence fondamentale de l'Etat de droit. Sa suprématie passe par l'instauration d'un organe juridictionnel chargé de protéger ce texte et par la mise en place d'un contrôle sanctionnant la violation de la charte fondamentale. C'est après la Seconde Guerre mondiale que la Constitution intègre des dispositions substantielles relatives à la protection des droits fondamentaux qui fixe les buts de l'activité de l'Etat<sup>94</sup> et prédéterminent partiellement le contenu des normes.

Cette définition substantielle de l'Etat de droit constitue incontestablement une limite de la portée du principe démocratique. En effet, le droit n'est plus seulement légitime parce qu'il traduit la volonté du peuple qui s'est majoritairement exprimé, mais aussi parce qu'il « est conforme aux buts et aux principes fixés dans la Constitution »<sup>95</sup>. Ces buts sont par ailleurs essentiellement explicités et adaptés aux évolutions sociales par le juge, indépendamment de toute intervention directe ou indirecte du Peuple. La référence à la notion

---

<sup>91</sup> L'indépendance entière octroyée à la nouvelle juridiction constitutionnelle est un trait majeur qui la caractérise rapport à l'ancienne Cour suprême dont l'autonomie était mal assurée. En effet, le statut des membres du CC a été constitutionnalisé aux termes de l'article 80 bis de la Constitution. Louis Favoreu, *Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel ?*, Etudes offertes à J.-M. Auby, Paris, éd. Dalloz, 1992, p. 124

<sup>92</sup> Le contentieux constitutionnel est aujourd'hui au Sénégal confié à une haute juridiction constitutionnelle créée par la loi n°92-23 du 30 mai 1992 Mayacine Diagne, *Le CC sénégalais : l'institution et ses techniques*, Les Editions TCM, 2012, p. 37

<sup>93</sup> L'Etat de droit porte en lui consubstantiellement le risque du « gouvernement des juges ». Manuel Delamarre, Emmanuel Maurel, *Leçons de Droit constitutionnel et d'Institutions politiques*, Ellipses 2010, p. 11.

<sup>94</sup> Face à un droit fondamental de la personne humaine l'Etat a trois obligations essentielles consistant d'abord à respecter le droit en s'abstenant de violer ou de compromettre la jouissance du droit. Ensuite, il est tenu de protéger le droit en prenant les mesures garantissant son libre exercice et enfin, l'Etat doit promouvoir le droit par l'adoption des mesures législatives, administratives, judiciaires et budgétaires (allocation de ressources) nécessaires au plein exercice dudit droit

<sup>95</sup> La Constitution est le degré suprême du droit et du point de vue dynamique, elle agit en tant que source et principe de l'ordre étatique. Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, 1986, p. 103-107

de « démocratie participative »<sup>96</sup> ou à celle de « démocratie continue »<sup>97</sup>, telles que défendues notamment par le philosophe allemand Jürgen Habermas, pour expliquer ce nouveau mécanisme de formation du droit et le fonder sur une légitimité renouvelée, « fait prévaloir la logique procédurale sur la logique substantielle »<sup>98</sup>.

Ainsi, certaines théories, comme la théorie réaliste de l'interprétation défendue par Michel Troper<sup>99</sup>, et qui tend en la simplifiant à l'extrême, à considérer que les principes posés par les textes juridiques tirent leur signification de l'interprétation qu'en fait le juge. L'application de ces textes indépendamment de toute signification consubstantielle et préalable, s'inscrit en toute logique dans cette démarche. C'est ainsi une « légitimité du juge qui tend à se substituer à la légitimité démocratique pour marquer le développement d'une certaine méfiance de la démocratie »<sup>100</sup>, qui peut conduire à des dérapages, comme ceux vécus en Allemagne dans les années 1933. La Déclaration de 1789 fonde les exigences de l'Etat de droit matériel, en définissant, dans son article 16, la Constitution comme un texte organisant la séparation des pouvoirs et garantissant les droits<sup>101</sup>.

---

<sup>96</sup> Au cœur de la démocratie, le principe de participation a progressivement pénétré le champ des droits fondamentaux. Bien que reconnu au niveau constitutionnel et international comme instrument de la concrétisation de certains droits fondamentaux, un flou entoure sa définition. Permettant à l'individu de prendre part, dans des domaines plus ou moins étendus, de manière plus ou moins déterminante, à l'exercice du pouvoir, le principe de participation impose alors aux autorités normatives un niveau d'exigences variable. Cela étant, à partir de l'évaluation des droits fondamentaux concernés, une double échelle pourrait être dégagée : une « échelle de la participation » qui exprimerait les critères permettant de déterminer formellement le recours à la participation de l'individu, et une « échelle dans la participation » qui traduirait les critères permettant de déterminer matériellement l'intensité normative de la participation. C'est ainsi que s'exclamat le Général : La participation ; voilà la réforme de ce siècle. Ce qui est en cause, c'est la condition de l'homme. C. De Gaulle, Ordonnance du 17 Août 1967

<sup>97</sup> Ce qui importe, ce n'est pas l'origine des pouvoirs, c'est le contrôle continu et efficace que les gouvernés exercent sur les gouvernants. Alain

<sup>98</sup> Appelée par l'idée d'une raison communicationnelle, la démocratie, selon Jürgen Habermas, se définit de façon délibérative et s'adosse à une reconstruction normative du droit, mettant au jour ses fonctions de protection et de médiation. Tout en ouvrant de nouvelles perspectives, en dehors des voies frayées par le libéralisme et le communautarisme, la démocratie procédurale soulève des problèmes théoriques et sociologiques. Isabelle Aubert et Oliver Flügel, « Procéduralisme et politique délibérative. La philosophie politique de Jürgen Habermas », *Philonsorbonne*, 2 | 2008, p. 31-45.

<sup>99</sup> Michel Troper se rattache à une variante particulière du positivisme juridique, le réalisme à travers la « théorie réaliste de l'interprétation ». Celle-ci postule que les textes juridiques comme la Constitution, les lois ou les règlements, ne deviennent des normes qu'à travers l'activité d'interprétation qui appartient principalement aux différentes juridictions, en particulier à celles dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours. À ce titre, la théorie réaliste de Michel Troper amène ainsi à considérer que l'interprète d'un texte est le véritable auteur de la norme. Michel Troper, *Le réalisme en droit constitutionnel*, Cahier du Conseil constitutionnel n° 22, juin 2007

<sup>100</sup> Hector Gros Espiell retient qu'il est incontestable que la plus sûre et la plus juste protection de l'être humain est celle qui est assurée grâce à des juges libres et indépendants, irréprochables sur le plan moral et intellectuel, Hector GROS ESPIELL « La Cour interaméricaine et la Cour européenne des droits de l'homme », *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1995, p246

<sup>101</sup> Louis Favoreu, "L'apport du Conseil constitutionnel au droit public" *Pouvoirs*, n° 13, 1980.

«La morale des droits de l'homme aurait pu demeurer morale pure, ne relevant que de la conscience individuelle»<sup>102</sup> ; mais, en se l'appropriant, l'Etat en a fait sortir une gamme de droits divers et variés. Ce propos peut dès lors se rattacher aux questions soulevées par la protection des droits fondamentaux découlant de leur garantie effective<sup>103</sup>. Dans la logique de Jean Carbonnier, le droit fondamental approprié par l'Etat produit des effets. Ceci suppose que le droit fondamental soit présent en droit positif auquel l'entité étatique accepte de se soumettre. L'engagement à sauvegarder les droits humains fondamentaux fournit un point d'appui supplémentaire au contrôle juridictionnel. Or, la garantie des droits exige que de tels droits soient reconnus par la Constitution elle-même, il s'agit notamment de droits expressément affirmés dans le dispositif des autres articles de cette Déclaration. En ce sens, ce texte établit un lien évident entre les droits naturels et préexistants qu'il proclame et le contrôle de l'action du législateur et de l'exécutif dans son Préambule.

Mais les droits fondamentaux sont devenus plus qu'un ensemble de règles fixées par la Constitution, ils incarnent l'un des fondements sur lesquels doit se construire et s'appuyer le pouvoir. La formulation des phrases liminaires de la Déclaration de 1789 et du Préambule de 1946 expriment d'ailleurs cette idée. L'article 1<sup>er</sup> de la Constitution allemande relève de la même logique en affirmant que «le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde». Ces droits fondamentaux, qui sont notamment constitutionnels, car il existe d'autres sources formelles à ces droits fondamentaux, en particulier en droit européen, irriguent l'ensemble du système juridique. Malgré tout, l'opinion publique finit par s'imposer comme un référentiel majeur dans le mode fonctionnement politique, c'est-à-dire démocratique. Surtout, «le juge et l'opinion semblent désormais difficilement séparables, tant ils apparaissent unis dans les nouveaux modes de légitimation des pouvoirs»<sup>104</sup>.

C'est alors «la figure du juge qui prend une place prépondérante dans l'ordre institutionnel car il lui appartient, pour l'essentiel, d'appliquer ces droits fondamentaux pour en fixer la portée et, le cas échéant, les concilier»<sup>105</sup>. En ce sens, un droit fondamental ne serait

---

<sup>102</sup> Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Edité en 1996, 276 p., Réédité en 2006 par Flammarion, Coll. Champs.

<sup>103</sup> Il faut cependant distinguer ces derniers des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui désignent communément les dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Ladite Déclaration semble, en effet, être incluse dans les droits fondamentaux, qui désignent un ensemble plus large touchant à la fois le droit naturel et le droit objectif.

<sup>104</sup> Le contre-pouvoir juridictionnel face aux pouvoirs législatif et exécutif se trouve ainsi susceptible d'être conceptuellement validé comme pouvoir décisionnaire à part entière. Fabrice Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V<sup>e</sup> République*, Bruylant Bruxelles, 2004

<sup>105</sup> Dominique Rousseau, «La montée en puissance du juge dans le constitutionnalisme contemporain : un phénomène à l'échelle mondiale», *in* La montée en puissance du juge : ses manifestations, sa contestation, sous

effectif qu'en raison de son existence par une norme du droit, ce qui impliquerait par conséquent de nier toute existence de droits naturels, qui tirent leur origine de la nature humaine et non de systèmes juridiques artificiels<sup>106</sup>. Il n'est toutefois pas nécessairement vrai que la seule inscription du droit fondamental dans une norme lui confère un effet assuré. C'est à ce titre qu'il faut s'intéresser à la garantie juridictionnelle qui suppose une sanction, c'est-à-dire «une vigilance quant au respect d'une règle donnée»<sup>107</sup>. Au-delà de la proclamation formelle, les constitutions inscrivent de nouveaux instruments opérationnels de protection efficaces des droits fondamentaux. Cependant, il convient de trouver la preuve que ces droits sont formellement reconnus par les Etats et d'établir les mécanismes opératoires dont ils sont effectivement mis en œuvre.

La garantie des droits fondamentaux qui s'attache à la nature même de la personne humaine a fini, certes, de poser la question du pourquoi mais n'en soulève pas moins celle de la détermination des procédés quant à leur accès. Sous cet angle, la logique nouvelle d'élaboration des constitutions en Afrique dans les années 1990 est restée fidèle à sa devancière, du point de vue de la proclamation des droits fondamentaux. «Le constitutionnalisme, entendu comme la volonté de soumettre l'exercice du pouvoir à des règles écrites préétablies et déterminées en fonction d'un but choisi rationnellement, peut être considéré comme une situation tout à fait exceptionnelle en Afrique»<sup>108</sup>. Les constitutions de cette deuxième génération procèdent bon an mal an à une certaine innovation par rapport aux premières. L'un des acquis majeurs du nouveau constitutionnalisme est, sans nul doute, «sa générosité à l'égard des droits fondamentaux»<sup>109</sup>. En effet, les Constitutions africaines des 1990 ont eu le mérite de proclamer les droits et libertés des citoyens sans oublier de mettre sur pied un mécanisme approprié pour en garantir le respect effectif par le biais du contrôle de constitutionnalité.

---

la direction de Mary Jane Mossman, Institut Canadien d'Administration de la Justice, Les éditions Thémis, 1999, p. 1-10

<sup>106</sup> On se rapproche ainsi du courant doctrinal positiviste auquel on peut notamment rattacher les théories de Hans Kelsen.

<sup>107</sup> Christian Autexier souligne *que* la caractéristique primordiale d'un droit fondamental est d'être justiciable, c'est-à-dire susceptible d'être mis en œuvre par un juge, Christian Autexier cité par Patrick Fresseix « Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturation des droits de l'homme ? » In Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger, n°2, Paris, LGDJ, Mars-avril 2001, p. 549

<sup>108</sup> Dimitri Georges Lavroff, « Les tendances du constitutionnalisme africain », in Gérard Conac, (sous la direction de ...), Dynamiques et finalités des Droits africains, Actes du Colloque « La vie du droit en Afrique », Paris, Economica, 1980, p. 71

<sup>109</sup> K. Kessougbo, La cour constitutionnelle et la régulation de la démocratie au Togo », Revue béninoise des sciences juridiques et administratives, 2005, p. 63.



Suite au discours de la Baule, la brise de fraîcheur libertine semble emporter les rideaux de bambou des régimes souvent sanguinaires des régimes tropicaux d’Afrique post-indépendante. Dans cette partie du monde en démocratisation émergente ou en consolidation démocratique, les droits fondamentaux ne sont pas toujours distingués des droits de l’homme ni des libertés publiques. Le mérite de l’instauration de la démocratie en Afrique est d’avoir solennellement affirmé le caractère universel des principes et règles qui fondent toute démocratie et qui s’articulent autour «de la primauté du suffrage universel, de la séparation des pouvoirs, de l’indépendance de la justice, de la garantie des libertés d’expression et du respect des droits de l’homme»<sup>110</sup>. «Le nouveau constitutionnalisme africain»<sup>111</sup>, marqué par l’avènement dans presque tous les pays du continent d’une Constitution écrite, élaborée selon un processus participatif et adoptée par référendum, s’inscrit dans la perspective de la démocratie libérale occidentale. Parmi les traits caractéristiques de la démocratie libérale figurent notamment le pluralisme et subséquemment la reconnaissance et le respect de l’opposition ainsi que la proclamation des droits et libertés fondamentaux<sup>112</sup>.

L’entière soumission des gouvernants et des agents de l’État au droit et la protection des gouvernés contre tout abus de pouvoir ne sont pas des objectifs faciles à réaliser, mais la technique constitutionnelle est un outil qui a déjà rendu de grands services dans de nombreux États depuis qu’elle a été mise au point, à la fin du XVII<sup>e</sup> siècle. Elle permet notamment de codifier les principes, tels que «la séparation des pouvoirs, le contrôle que ceux-ci doivent

---

<sup>110</sup> Au vu de la loi n°91-009 du 31 Mai 2001 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle du Bénin, quel que soit l’acte posé par la Cour, celui-ci ne manque pas d’avoir une incidence sur la vie de la nation. En fait, en la matière, il est acquis que ce que la Cour écrit fait loi, «lex est quod notamus». Deuxième Congrès de la Conférence Mondiale sur la Justice Constitutionnelle, Rio de Janeiro, Brésil, 16-18 Janvier 2011, Thème : La séparation des pouvoirs et l’indépendance des cours constitutionnelles et organes équivalents, p. 16

<sup>111</sup> La justice constitutionnelle est consubstantielle au constitutionnalisme triomphant à nouveau sur le continent africain depuis l’effondrement dans la dernière décennie du XX<sup>e</sup> siècle des différents régimes autoritaires qui avaient fleuri au lendemain de la décolonisation. 2 Le constitutionnalisme étant historiquement un mouvement issu du siècle des Lumières qui visait, en réaction contre le despotisme et l’absolutisme royal d’alors, à doter les États d’une constitution écrite pour, d’une part, encadrer, voire limiter, le pouvoir des gouvernants, d’autre part, garantir les droits et libertés des gouvernés, il fallait une juridiction pour assurer le respect de la norme fondamentale. Ainsi, la justice constitutionnelle s’entend de toute fonction juridictionnelle ayant pour but d’assurer la suprématie et le respect des règles constitutionnelles essentiellement, mais non exclusivement, par les pouvoirs publics. Comme le souligne André Hauriou, constitutionnaliser le pouvoir, c’est le soumettre à des règles précises, et plus particulièrement mettre au point des mécanismes de représentation politique, établir auprès des gouvernements des censeurs qui seront qualifiés pour dialoguer avec ceux-là. En d’autres termes, il faut bien reconnaître avec Yves Mény que le constitutionnalisme ne se réduit pas à l’adhésion diffuse au texte constitutionnel, encore faut-il que la suprématie déclarée de la Constitution soit juridiquement garantie. Cette idée était déjà présente dans les premières constitutions octroyées aux États francophones d’Afrique noire au moment de leur indépendance. En effet, la plupart de ces constitutions avaient prévu au sein des cours suprêmes, attributaires de la fonction juridictionnelle, une chambre constitutionnelle. Émergence de la justice constitutionnelle, Théodore Holo, Pouvoirs 2009/2 (n° 129) p. 101-114, 256 pages, Éditeur : Le Seuil.

<sup>112</sup> Babacar Guèye, La démocratie en Afrique : succès et résistances, Revue Pouvoirs 2009/2, N° 129, Editions Seuil, 256 Pages,

exercer les uns sur les autres»<sup>113</sup>, les garanties concrètes dont peuvent se prévaloir les personnes aux prises avec la justice ou avec les forces de l'ordre et les règles assurant la prééminence du droit jusque dans les situations d'urgence. Cela explique pourquoi l'État moderne ne saurait fonctionner sans régulateur constitutionnel<sup>114</sup>. La revendication première du mouvement constitutionnel qui s'est développé au cours du XVIII<sup>e</sup> siècle est celle de la rédaction, dans un texte solennel, des règles d'organisation de l'État et de ses rapports avec les citoyens.

Or, aujourd'hui la constitution n'est plus seulement l'acte écrit par le constituant : il est aussi, depuis 1971 et 1974, l'acte écrit par les juges et en particulier les juges constitutionnels. Ce mode d'écriture juridictionnel a provoqué un nouveau positionnement de la constitution. Elle se présente dès lors comme un espace de « création continue de droits et libertés garantissant l'autonomie des gouvernés par rapport aux gouvernants »<sup>115</sup>. Elle est, en outre, devenue « le principe d'intelligibilité des autres branches du droit et prétend même l'être pour le politique »<sup>116</sup>. Par ce repositionnement, la constitution contribue à l'émergence de la figure du juge constitutionnel. L'une des évolutions majeures du droit tenant de l'influence croissante de la justice constitutionnelle<sup>117</sup> ; incarnée en France, « sur le plan organique par le Conseil constitutionnel »<sup>118</sup>, sur l'ensemble du droit se dégage de la décision du 26 juin 1970 puis, surtout, de celle du 16 juillet 1971<sup>119</sup>. A travers cette jurisprudence, le Conseil

---

<sup>113</sup> Ce qui importe, ce n'est pas l'origine des pouvoirs, c'est le contrôle continu et efficace que les gouvernés exercent sur les gouvernants. Alain

<sup>114</sup> Rare d'ailleurs sont les États contemporains qui n'ont pas de constitution formelle ; même l'Union soviétique et les anciens pays satellites estimaient qu'une loi fondamentale, placée hors de pair, devait guider leurs institutions.

<sup>115</sup> « Ce qui importe, ce n'est pas l'origine des pouvoirs, c'est le contrôle continu et efficace que les gouvernés exercent sur les gouvernants ». Alain

<sup>116</sup> La Constitution est l'ensemble des normes fondamentales dont le respect, dans un État de droit, s'impose aussi bien aux pouvoirs publics qu'aux citoyens. Elle a principalement pour objet de fixer les règles concernant l'organisation et le fonctionnement des institutions, les rapports entre ces institutions et les citoyens mais aussi de façon importante de définir les libertés et droits fondamentaux des individus.

<sup>117</sup> Le concept de justice constitutionnelle désigne une activité, une fonction exercée en la forme juridictionnelle par un organe indépendant ayant le caractère d'une juridiction et parallèlement, le juge constitutionnel ne peut que désigner un juge qui va l'exercer, qu'il soit ou non spécialisé dans cette tâche. M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, p. 2

<sup>118</sup> La complexité de la notion de justice constitutionnelle résulte en réalité de ce qu'elle est à la fois un juge constitutionnel et un pouvoir constitutionnel. La Cour constitutionnelle comme juge constitutionnel a pour principale caractéristique d'être un juge, un juge constitutionnel unique. L'exercice du pouvoir constitutionnel fait de lui un quatrième pouvoir voir un contrôleur des trois pouvoirs et qui exerce un pouvoir légitime. Louis Favoreu, « La notion de Cour constitutionnelle », in *De la Constitution, Etude en l'honneur J-F. Aubert*, Bâle et Francfort-sur-le Main, 1996, pp. 15-27

<sup>119</sup> Dans le silence de la Constitution, la liberté d'association a donné lieu à la décision la plus retentissante de l'histoire du contentieux constitutionnel afin d'empêcher la transformation du régime déclaratif de la liberté d'association en régime d'autorisation préalable (CC, déc. n°71-44 DC, 16 juillet 1971). Pour ce faire, le CC a dégagé un principe fondamental reconnu par les lois de la République de la loi du 1<sup>er</sup> juil. 1901. Cette loi,

constitutionnel a pris le parti de contrôler la conformité de la loi aux principes et aux droits contenus dans le Préambule de la Constitution de 1958.

Accélééré par la réforme de 1974, qui a ouvert la saisine du Conseil constitutionnel à soixante députés ou sénateurs, le processus s'est surtout développé notablement sous l'influence déterminante des droits fondamentaux, appellation moderne et *juridicisée* des droits l'homme et des libertés publiques<sup>120</sup>. A la différence de ces derniers, les droits humains fondamentaux intéressent les rapports verticaux comme horizontaux, prétendent influencer sur les relations entre particuliers aussi bien structurent le système juridique. Au Sénégal, «la justice constitutionnelle est rendue par le Conseil constitutionnel, juridiction spécialisée, exclusivement compétente pour apprécier la conformité des lois et des engagements internationaux à la Constitution. Il y a toujours eu, depuis les indépendances, une juridiction chargée de contrôler le respect de la Constitution»<sup>121</sup>. La justice constitutionnelle renvoie souvent à une fonction de l'Etat destinée à garantir le fonctionnement régulier des organes étatiques par le respect de la Constitution<sup>122</sup>. Stricto sensu, la justice constitutionnelle s'identifie au mécanisme de contrôle de la constitutionnalité dont la consistance détermine la portée exacte de la garantie protectrice des droits humains fondamentaux.

## II. L'effectivité accrue de la garantie protectrice des droits fondamentaux

«En affinant progressivement sa technique»<sup>123</sup>, le juge établit un nouvel aspect du constitutionnalisme africain du XX<sup>e</sup> siècle «en conférant comme objet à la Constitution non

---

adoptée à la fin de « l'âge d'or des libertés » postule trois principes : la liberté de création (art. 2), la liberté de statut et d'objet social (art. 3) et la liberté de fonctionnement (art. 5).

<sup>120</sup> Nicolas Molfessis citant Thierry S. Renoux, « La justice dans la Constitution », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°14, 2003, p. 74

<sup>121</sup> Yankhoba Ndiaye Isaac, «Le Conseil constitutionnel sénégalais», *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 4/2014, n° 45, p. 77-103

<sup>122</sup> Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, P.H.F. 1998, p. 32

<sup>123</sup> Il est entendu que le coup de force que fut la décision de 1971, en tant qu'elle permit au Conseil constitutionnel de vérifier la conformité des lois aux principes matériels de la Déclaration, du Préambule de 1946 ainsi qu'aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » auxquels renvoyait ce dernier texte, ce coup de force modifia profondément la fonction d'une institution qui, jusque-là, concevait sa mission comme visant à s'assurer de la régularité formelle de la loi et du respect, par le législateur, de la compétence limitée que lui confiait la Constitution. Le droit de saisine accordé à l'opposition parlementaire renforça, à partir de 1974, l'importance du contrôle de constitutionnalité dans le jeu institutionnel et, de ce fait, la place et le rôle du Conseil dans le système politique. On peut ainsi célébrer, aujourd'hui et selon le mot du président du Conseil, la « réussite inattendue » que fut, dans l'agencement institutionnel de la V<sup>e</sup> République, ce qu'il est désormais convenu d'appeler la « juridiction constitutionnelle » française. Jean-Louis Debré, « Le Conseil constitutionnel :

seulement d'enfermer l'exercice du pouvoir politique dans des règles juridiques bien établies, mais aussi et surtout d'assurer une fonction de protection des individus contre l'arbitraire<sup>124</sup>. C'est dans ce sens que pour fonder la censure de l'article 33 de la loi incriminée à travers sa décision dite Rabat d'arrêt, le Conseil constitutionnel sénégalais a principalement allégué l'empiétement des pouvoirs législatif et exécutif sur la pouvoir judiciaire qui anéantit les décisions de justice passées en force de chose jugée. Or, cet empiétement «prive les citoyens des droits garantis par la Constitution»<sup>125</sup>. L'extension progressive des attributs du juge pour réaliser un contrôle de constitutionnalité tend vers une consolidation des mécanismes garantissant la protection des droits fondamentaux.

### **A - L'extension progressive des attributs du juge constitutionnel**

Avec la mondialisation qui se décline aussi sur le plan juridique, on assiste à l'émergence de concepts et d'institutions juridiques à vocation universelle. Cela est vrai tant dans le domaine du droit international économique que dans celui des droits de l'homme. Ce processus conduit parfois à «un affrontement avec les systèmes de droit traditionnels et religieux»<sup>126</sup>. De récentes évolutions normatives ont soulevées d'intéressantes questions quant à l'avenir des statuts personnels en droit musulman dont les principales sources sont constituées du Coran et la Sunna<sup>127</sup>. Le droit musulman comporte des prescriptions qui autorisent la polygamie, la répudiation, l'inégalité successorale entre le fils et la fille ou encore l'impossibilité de l'adoption. Ces institutions classiques, qui, garanties par des versets coraniques, peuvent être considérées comme du «droit stable et invariable», portent incontestablement atteinte à certains droits fondamentaux. Or, si le droit constitutionnel des pays arabo-musulmans s'efforcent de ne pas consacrer de droits fondamentaux dans le domaine du droit de la famille notamment, il n'en reste pas moins que, dans le cadre du droit

---

une réussite inattendue de la V<sup>e</sup> République », Association Française de Droit Constitutionnel, 1958-2008 : Cinquantième anniversaire de la Constitution française, Dalloz, 2008.

<sup>124</sup> Mouhamadou Mounirou SY, La protection constitutionnelle des droits fondamentaux en Afrique : l'exemple du Sénégal, L'Harmattan, 2007, P. 482.

<sup>125</sup> Décision n°11/93-Affaire n°2/C/93 du 23 Juin 1993. Exception d'inconstitutionnalité soulevée à l'encontre de l'article 33, alinéa 2 de la loi organique n°92-25 du 30 Mai 1992 relative à la Cour de cassation. La loi instaure une nouvelle voie de recours qu'est le rabat d'arrêt qui autorise la rétroactivité des arrêts non entièrement exécutés à la date du pourvoi. In Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal, rassemblés et commentés sous la direction du Pr. Ismaïla M. Fall, Préface du Pr. Babacar Kanté, CREDILA, 2008, p. 89-96.

<sup>126</sup> Thierry Rambaud, *A l'heure de la mondialisation : le droit musulman à l'épreuve des droits fondamentaux*, Revue de la Fondation pour l'innovation politique 2050, n+ 10, Nov. 2008, p. 96.

<sup>127</sup> La Suuna désigne le comportement exemplaire du Prophète Mohammed « PSL », les usages que ce dernier approuve et les précédents qu'il établit.

international privé de telles institutions peuvent soulever des difficultés quant à leur réception dans les ordres juridiques internes des Etats régis par la laïcité<sup>128</sup>.

«Opération par laquelle s’effectue le contrôle de constitutionnalité des lois, la justice constitutionnelle» est l’une des institutions et des pratiques juridiques qui ont vocation à «parfaire l’Etat de droit dans le sens de l’affinage de l’ordonnement juridique par hiérarchisation des normes judicieusement articulées»<sup>129</sup>. A côté du pouvoir judiciaire entendu comme étant le troisième pilier de la séparation des pouvoirs avec les pouvoirs exécutif et législatif, la justice constitutionnelle participe de la juridisation du débat politique et de la garantie des libertés et des droits fondamentaux<sup>130</sup>. Il est, en effet, question d’assurer le respect de la norme fondamentale de l’Etat par le législateur et par l’ensemble des institutions étatiques dans l’optique d’inscrire le justiciable-citoyen dans la logique de ce que «le système juridique anglo-saxon appelle *the rule of law*»<sup>131</sup>. Au lendemain de la fin de l’Ancien Régime, à l’aube de la proclamation des droits imprescriptibles, le juge était perçu comme une potentielle menace pour les libertés. En effet le «gouvernement des juges»<sup>132</sup> était la crainte particulière des penseurs de l’époque, ainsi dans l’esprit révolutionnaire il fallait limiter au plus possible l’action de «la bouche de la loi»<sup>133</sup>.

---

<sup>128</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 Février 2004, H. Fulciron, JCP 2004, II, 1012B

<sup>129</sup> Olivier Jouanjan, « Modèles et représentation de la justice constitutionnelle en France », Jus Politicum, n°2, 2009. Revue internationale de droit politique

<sup>130</sup> Engagé dans une transition démocratique à l’issue de la Conférence nationale souveraine de 1990, le Bénin a fait du juge constitutionnel non seulement la clé de voûte de son architecture démocratique, mais encore l’instrument privilégié de l’édification de l’Etat de droit. Théodore Holo, « Emergence de la justice constitutionnelle », in Revue Pouvoirs, n° 129, 2009, p. 101.

<sup>131</sup> Guillaume Joseph Fouda, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi est un instrument puissant pour la protection des droits et des libertés, qu’il soit mis en œuvre avant la promulgation de la loi ou au moment de son application », in Justice constitutionnelle : Une option conceptuelle et institutionnelle d’affinage de l’Etat de droit, Mars 2013

<sup>132</sup> Selon la formule d’Edouard Lambert, prise en mauvaise part, prééminence de facto de l’autorité ayant en charge le contrôle constitutionnalité de la loi, par rapport aux pouvoirs délégataires de la souveraineté. Sous couvert d’interpréter le droit, le juge constitutionnel développe des inclinaisons à le créer, en subordonnant le Parlement à ses vues. Ce « sur-pouvoir » (R. Lacharrière) a été incarné par la Cour suprême des Etats-Unis dans le tiers du XX<sup>e</sup> siècle. Le Conseil constitutionnel s’emploie à ne pas succomber à cette tentation, en se détournant de l’opportunité, dès lors qu’il ne possède pas « un pouvoir général d’appréciation et de décision identique à celui du Parlement ». Lexique - droit constitutionnel, Pierre Avril, Jean Gicquel, 4<sup>e</sup> édition, 1992, PUF

<sup>133</sup> Céline Spector, La “bouche de la loi” ? Figures du juge dans “L’Esprit des lois”, Séminaire n°10, cdp@ulb.ac.be. Voir aussi Serge Dauchy, « Le juge, bouche de la loi » dans la pensée de Montesquieu, Conférence, Janvier 2014, Faculté de droit de Nagoya (Japon)

A l'origine, il y eut le modèle américain issu de l'œuvre prétorien du *Chief Justice Marshall* dans sa décision *Marbury v/ Madison* de 1803<sup>134</sup>, dont les caractéristiques sont, en premier lieu, le caractère diffus ou décentralisé de la justice constitutionnelle. Tout juge, fédéral ou étatique, est susceptible d'exercer une fonction de contrôle de constitutionnalité. Le juge saisi en première instance est en effet doté d'une plénitude de juridiction qui l'amène à se prononcer sur l'ensemble des questions soulevées par le litige, qu'elles soient civiles, pénales, administratives ou constitutionnelles<sup>135</sup>. Mais la Cour suprême fédérale, en tant que (seule) plus haute juridiction du système juridictionnel, voit remonter vers elle, l'ensemble des contentieux ou des diverses dimensions des contentieux non définitivement réglés à des niveaux plus bas. C'est de cette manière qu'elle est amenée à régler des questions de contrôle de constitutionnalité<sup>136</sup>.

Ce contrôle de la constitutionnalité des actes juridiques est la manifestation et la sanction de la suprématie de la constitution dans la hiérarchie des actes juridiques<sup>137</sup>. Cette suprématie suppose l'existence de certaines techniques qui en constituent le support. Parmi celles-ci, il y a les procédures de contrôle, conçues comme un ensemble d'opérations par lequel on vérifie la conformité tant formelle que matérielle des normes inférieures par rapport à la Constitution. En matière de contrôle de constitutionnalité des lois, les attributs du Conseil constitutionnel a connu des évolutions en fonction de la vocation de la juridiction constitutionnelle conçue de façon élargie ou restrictivement perçue. «La perception restrictive

---

<sup>134</sup> F. Hamon et C. Wiener, *La justice constitutionnelle : Présentation générale*, France, Etats -Unis, Paris, La documentation française, n° 1.15, 2006, pp. 37-60 ; E. Zoller, « Présentation de la Cour suprême des Etats Unis », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, N° 5, pp. 40-52

<sup>135</sup> Louis Favoreu et autres, *Droit constitutionnel*, 5ème édition, Paris, Dalloz, 2002, p. 195

<sup>136</sup> E. Zoller, *Droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, PUF, 1999, pp. 103- 149 ; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 2<sup>e</sup> édition refondue, Paris, PUF, 2006, pp-44-45

<sup>137</sup> Le contrôle de conformité des lois à la norme suprême de référence a pour objet de faire respecter la hiérarchie des normes, dont l'ordonnancement fonde le principe de légalité démocratique. La loi n'est pleinement légitime que si elle respecte les principes supérieurs posés par la Constitution et si elle a été adoptée selon une procédure régulière. L'idée de confier le contrôle de constitutionnalité à un organe externe au Parlement a cheminé très lentement en France, car la souveraineté des assemblées et la crainte du « Gouvernement des juges » sont des dogmes solidement ancrés. À ce titre, la Constitution de la V<sup>e</sup> République, en créant le Conseil constitutionnel en 1958, puis en ouvrant largement sa saisine à 60 députés ou 60 sénateurs en 1974 et en instaurant en 2008 un contrôle de la constitutionnalité des lois en vigueur (la question prioritaire de constitutionnalité), a marqué une réelle rupture avec une tradition juridique jusque là fort réservée à l'encontre du contrôle de constitutionnalité. L'évolution du modèle ouvre au juge ordinaire la possibilité de soumettre à l'examen du Conseil constitutionnel, par voie de question préjudicielle, des normes suspectes d'inconstitutionnalité appelées à être appliquées dans un litige concret. André Roux, « Contrôle de constitutionnalité. Organisation juridictionnelle », in M. Troper, D. Chagnollaud, *Traité international de droit constitutionnel*, T. 3, Suprématie de la Constitution, Paris, Dalloz, 2012, pp. 119-120

adoptée avant la réforme de 1992 conférait à la Cour suprême la vocation de connaître du contrôle de constitutionnalité des normes par voie d'action<sup>138</sup>.

Le contrôle de constitutionnalité porte souvent sur les lois et traités internationaux et est l'œuvre du juge constitutionnelle, tout au moins dans le modèle européen de justice constitutionnelle. A l'instar du Cameroun, les Etats africains ont presque tous adopté ce modèle<sup>139</sup>. Le constitutionalisme est, certes, un mouvement dont l'ambition est de défendre la liberté et de limiter les nuisances du pouvoir politique au moyen de la Constitution. Mais en proie à une cascade de coups d'Etat, les Etats africains ont fini par disqualifier cette première version. Depuis le début des années 90, la plupart des pays africains ont renoué avec le constitutionalisme à la faveur des processus démocratiques et de l'adoption de nouvelles Constitutions très généreuses en matière de droits et de libertés. A cette ingénierie, les constitutions du Bénin<sup>140</sup> et du Gabon ont ajouté que leur Cour constitutionnelle respective est compétente pour contrôler la constitutionnalité des actes de l'exécutif portant atteinte aux droits fondamentaux et aux libertés publiques<sup>141</sup>. L'analyse de leurs décisions laisse apparaître que le contrôle est exercé par des cours téméraires dont la tendance révèle l'unité du droit à travers «la constitutionnalisation du droit»<sup>142</sup>.

Partout, l'existence d'une juridiction constitutionnelle a provoqué l'apparition d'une jurisprudence constitutionnelle, qui, parfois, se limite à interpréter les dispositions de la Constitution écrite. Toutefois, le juge parfois, prend quelque liberté avec celles-ci et se fonde sur des notions aux contours mal définis telle que le principe de proportionnalité pour élaborer un véritable droit constitutionnel prétorien. «En marge de leur mission fondamentale d'assurer le contrôle de la constitutionnalité des lois et, parfois, d'autres actes normatifs, les

---

<sup>138</sup> Salif Sylla, Le contrôle de constitutionnalité des lois au Sénégal, RIPAS, n°11, Oct. Déc. 1984, p. 822

<sup>139</sup> Le choix opéré par le constituant camerounais en matière de justice constitutionnelle ne comporte pas de singularité institutionnelle spécifique si l'on s'en tient au modèle d'inspiration qui est celui de la Constitution française de 1958 et des différents modèles rencontrés à travers le monde. Il en ressort que le Conseil constitutionnel institué au Titre VIII de la Constitution du 18 janvier 1996 n'est pas formellement et organiquement rattaché au pouvoir judiciaire ; qu'il s'agit d'une institution publique autonome, aux attributions strictement définies.

<sup>140</sup> La Constitution béninoise décrit de manière exhaustive les différents mécanismes d'opérationnalisation du contrôle de constitutionnalité. Voir les articles 117 et 121 pour ce qui est du contrôle a priori et l'article 122 pour ce qui est du contrôle par voie d'action et par voie d'exception

<sup>141</sup> Placide Moudoudou, Réflexions sur le contrôle des actes de l'exécutif par le juge constitutionnel africain : cas du Bénin et du Gabon

<sup>142</sup> Louis Favoreu, « La constitutionnalisation du droit », Mélanges en hommage à Roland Drago, *Économica*, 1996, p. 25. Du reste, dès 1990, Louis Favoreu indiquait que le droit des sanctions administratives ne pouvait être traité « sans évoquer la Constitution et son interprétation jurisprudentielle » (« Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », RFDC, 1990, p. 86)

cours et conseils constitutionnels assument, par ailleurs, des fonctions majeures en matière électorale<sup>143</sup>. C'est la loi de démocratie que les discussions soient libres, que les intérêts s'opposent, mais c'est l'intérêt de la République qui elle-même s'appuie sur les droits de l'homme mais aussi sur l'urne électorale<sup>144</sup>. Au Sénégal, il revient au juge constitutionnel d'apprécier la régularité des élections présidentielles et législatives ou référendaires.

Autrefois, il existait au Sénégal un contrôle préalable permettant d'attaquer la loi avant sa promulgation. La Cour suprême en son temps avait rejeté l'idée d'un contrôle a posteriori<sup>145</sup>. Avant la réforme de 1992, la révision constitutionnelle du 31 Mai 1981 avait procédé à l'élargissement considérable des compétences de la Cour suprême dans le domaine générale des élections<sup>146</sup>. Dans la perspective de rendre davantage effective et encore plus complète la justice constitutionnelle, le constituant avait institué à côté du contrôle a priori le mécanisme du contrôle a posteriori par voie d'exception, à un moment déterminé de la phase d'élaboration de la norme juridique. Il est important de relever que le contrôle a priori postulant le règlement de toute contestation de la loi avant son entrée en vigueur, présente l'avantage de la rapidité et de la simplicité. Il est, en effet, permis à tout citoyen, après la promulgation de la loi, de fonder en toute quiétude sur la norme sachant qu'elle n'est plus susceptible d'être mise en cause<sup>147</sup>.

Par ailleurs, ce mode de contrôle est le seul qui existait en France avant la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008<sup>148</sup> alors que ses partenaires européens comme l'Allemagne fédérale, l'Autriche comme l'Italie avaient concomitamment institué déjà le mode de contrôle a posteriori. En Afrique, la quasi-totalité des Etats, tels le Bénin et le Cameroun notamment, ont marqué leur option pour le contrôle des lois avant promulgation. Or, s'il y a des inconstitutionnalités qui se présentent après l'entrée en vigueur de la loi, elles ne pourront plus être valablement contestées. Cette incongruité judiciaire néfaste à la protection des droits citoyens a poussé les Constituants du Bénin et du Sénégal à instituer le

---

<sup>143</sup> Les décisions rendues par les Cours constitutionnelles en Côte d'Ivoire, au Bénin, au Niger et plus récemment au Sénégal démontrent qu'au-delà du raisonnement juridique et de la qualité des décisions se cachent d'énormes enjeux politiques et stratégiques sous-jacents. El Hadji Omar Diop, *La justice constitutionnelle au Sénégal : essai sur l'évolution, les enjeux et les réformes d'un contre-pouvoir juridictionnel*, CREDILA/OVIPA, 2013, p. 50

<sup>144</sup> Jacques Marseille, « Histoire : La France de la Restauration à la République », p. 227, Editions Nathan, 1987.

<sup>145</sup> « ... attendu qu'en l'état actuel du droit sénégalais qui ignore le contrôle de la constitutionnalité des lois promulguées », C.S 13 mars 1978 Abdoulaye Wade, c/ Elections présidentielles du 26 février 1978, RIPAS, 1978, p. 199 et suivantes.

<sup>146</sup> Max Gounelle, *La Cour suprême dans le système politique sénégalais*, in *Les Cours suprêmes en Afrique*. Voir aussi Babacar Kanté, *Les élections présidentielles et législatives du 28 février 1988 au Sénégal*, *Annales africaines*, 1989-1990-1991, p. 163

<sup>147</sup> Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*. Paris, Montchrestien, 1996, 2<sup>e</sup> édition, p. 76

<sup>148</sup> Isaac Yankhoba NDiaye, « L'exception d'inconstitutionnalité et la question prioritaire de constitutionnalité. Etudes comparatives des droits sénégalais et français », Communication présentée au Séminaire du Conseil Constitutionnel, Dakar, 24 Sept. 2011, Document inédit, 14pages.



contrôle a posteriori qui s'exerce sur les lois déjà promulguées. Dans le cadre d'un procès, un citoyen béninois comme sénégalais demande au juge de ne pas lui appliquer une loi qu'il prétend inconstitutionnelle en soulevant l'exception d'inconstitutionnalité à l'instar du justiciable américain. La norme suspecte ne peut pas être contestée directement mais seulement par voie de question incidente dont la résolution conditionne la solution du procès en cours.

Des pouvoirs publics, c'est «le secteur de la justice qui a le plus subi des changements ces dernières décennies. Partis de traditions judiciaires fort diverses, les pays de l'Union européenne ont adopté un même modèle judiciaire. S'il n'est pas sûr que ces Etats européens aient tous emprunté le même chemin, il s'est avéré qu'ils n'aient pas évolué à la même allure. L'analyse comparative révèle d'indéniables facteurs de rapprochement mais aussi la puissance des particularismes nationaux»<sup>149</sup>. La contribution des Cours et Conseils constitutionnels à la consolidation de l'Etat de droit est variable en Afrique et leur trajectoire n'est pas linéaire. Simultanément à une prise de conscience fortement accrue pour la protection des droits fondamentaux de la personne, le processus africain de démocratisation aborde l'étape de la consolidation de la garantie protectrice des droits humains.

## **B. Les difficultés de la consolidation de la protection des droits humains**

Reflète de leur époque, les vagues successives de Constitutions intervenues depuis l'adoption de la Constitution de Virginie en juin 1776<sup>150</sup> sont marquées par l'émergence de préoccupations qui ont évolué au fil des temps<sup>151</sup>. D'abord essentiellement conçues comme un corps de règles institutionnelles destiné à préciser la nature et les relations des principaux pouvoirs publics, «elles ont progressivement recouvert une dimension de plus en plus substantielle qui correspond à la volonté de proclamer et de protéger, au niveau individuel et

---

<sup>149</sup> « Les mutations de la justice : comparaisons », Sous la direction de Philippe Robert et Amedeo Cottino, Collections « Logiques sociales », Harmattan, 2001.

<sup>150</sup> *Cette disposition est celle d'une constitution destinée à résister à l'épreuve du temps et donc à s'adapter aux diverses crises des affaires des hommes.* » John Marshall, Président de la Cour suprême, *Mcculloch c. Etat du Maryland*, 1819

<sup>151</sup> La Constitution américaine a été amendée 27 fois depuis 1789, et elle le sera probablement encore. Les révisions les plus considérables intervinrent dans les deux ans suivant l'adoption du texte. C'est à cette époque que les dix premiers amendements, réunis sous le nom de *Bill of Rights* ou Déclaration des droits, furent annexés à la Constitution. Le Congrès les approuva en bloc en septembre 1789, et fin 1791 onze Etats les avaient ratifiés.

sur le plan collectif, les droits et libertés fondamentaux<sup>152</sup>. L'Afrique subsaharienne est devenue un vaste chantier constitutionnel, à l'image des régimes *post* communistes, avec l'expérience des élections pluralistes et sincères. A l'évidence, du fait de la subsistance des blocages multiformes, l'ouverture démocratique marche à son rythme « sous l'effet de la montée en puissance des juges »<sup>153</sup>. L'évolution vers la consolidation progressive de la garantie des mesures et mécanismes de protection des droits fondamentaux est liée à l'efficacité du contrôle juridictionnel par l'exercice effectif des droits humains fondamentaux.

A cet effet la loi constitutionnelle n°92-22 du 30 mai 1992 va supprimer la Cour suprême du Sénégal et mettre en place trois hautes juridictions spécialisées respectivement dans le contentieux constitutionnel, dans le contentieux administratif et dans le contentieux des affaires civiles. Il s'agit du conseil constitutionnel, du conseil d'Etat et de la cour de cassation. Chargé de veiller au respect de la Charte suprême, le conseil constitutionnel exerce le contrôle de constitutionnalité des lois qui a connu des réaménagements progressifs par rapport au magistère de la Cour suprême qu'il importe de souligner. Ceux-ci étaient relatifs à la saisine de la cour suprême et au délai du recours à propos du contrôle de constitutionnalité des lois. S'agissant de la saisine, elle était réservée au seul Président de la république. De ce fait les lois votées par l'assemblée nationale, sauf initiative du chef de l'Etat, ne pouvaient être contrôlées par la cour suprême. Pour remédier à une telle situation qui ne pouvait cohabiter avec l'Etat de droit, une réforme fut effectuée en 1978 afin de permettre aux députés de pouvoir contester l'inconstitutionnalité des lois à l'instar du Président de la République<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> Sans être prévu par la Constitution américaine, le mécanisme de contrôle de constitutionnalité a vu le jour dans la pratique sous quatre traits essentiels. Il se distingue par l'exercice d'un contrôle diffus, concret qui est effectué a posteriori par voie d'exception aboutissant à une décision revêtue de l'autorité relative de la chose jugée. Quant au modèle dit européen d'inspiration kelsenienne de justice constitutionnelle, il se caractérise fondamentalement par trois traits majeurs tenant à l'aspect abstrait du contrôle qui s'opère par voie d'action avant la promulgation de la loi. En l'espèce, la décision de l'organe constitutionnel vaut à l'égard de tous et s'applique à tous les litiges concrets soumis aux juridictions ordinaires. Fabrice Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Ve République*, Bruylant, Bruxelles, 2004,

<sup>153</sup> Les lois votées par le Parlement sont des lois qui souvent ne disent rien sur le plan juridique, elles sont déterminantes et parfois même, sur les grands problèmes de la société, le législateur ne veut pas intervenir. Ainsi, le juge, non pas parce qu'il le veut, mais parce que les justiciables, à un moment donné, s'adressent à lui ; se retrouve dans l'obligation absolue d'inventer des solutions en fonction des principes et de l'esprit des lois qui existent dans son pays. Il y a donc par le travail du contrôle de constitutionnalité des lois, la possibilité de mettre le peuple en position de souverain, parce qu'il n'est plus identifié à ses élus. Dominique Rousseau, « La montée en puissance du juge dans le constitutionnalisme contemporain : un phénomène à l'échelle mondiale », in *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Les éditions Thémis, 1999, p. 8.

<sup>154</sup> Cette réforme avait fixé le nombre de députés pour intenter un recours en inconstitutionnalité à quinze, lequel sera réduit à dix en 1981. Cette réduction était favorable à l'opposition d'alors qui comptait à l'époque un nombre de 18 députés. Elle allait permettre aux parlementaires de l'opposition minoritaire à l'Assemblée de contester les initiatives inconstitutionnelles du Pouvoir. En cela elles contribuaient significativement au renforcement de la démocratie et de l'Etat de droit.

Concernant le délai du recours en inconstitutionnalité il présentait la lacune de se superposer au délai de promulgation de la loi. Pour résoudre cette lacune, la loi constitutionnelle n° 81-16 du 6 mai 1981 allait procéder à la dissociation de ces délais pour «clarifier la procédure du recours visant à faire déclarer une loi inconstitutionnelle»<sup>17</sup>. Pour en revenir au Conseil constitutionnel, il faut noter qu'il veille ensuite à la constitutionnalité des engagements internationaux. Ce faisant, lorsqu'il déclare qu'un traité est contraire à la constitution, sa ratification doit être précédée d'une révision constitutionnelle. Cette dernière compétence fait partie des innovations majeures introduites par la réforme de 1992. Elle va permettre désormais à tout citoyen à l'occasion d'un procès particulier d'exiger qu'une loi qu'il juge contraire à la constitution soit écartée du procès. De ce fait elle constitue un moyen pour les citoyens de veiller au respect de la suprématie de la constitution et par voie de conséquence de préserver leurs droits et libertés fondamentaux.

Malgré ces garanties, le conseil constitutionnel est perçu comme étant subordonné au pouvoir exécutif à cause de ces déclarations répétitives d'incompétences<sup>19</sup> qui vont à l'encontre de sa fonction traditionnelle de gardien constitution en générale et de «régulateur de la vie politique»<sup>155</sup>. Pour remédier à cela, l'autorité du conseil constitutionnel sera renforcée par la loi constitutionnelle n° 98 - 11 du 2 mars 1998 relative au sénat .En effet celle-ci rend obligatoire la saisine du conseil des règlements des assemblées pour vérifier leur constitutionnalité avant toute promulgation. Elle précise également que les décisions de celle-ci ne sont susceptibles d'aucun recours et s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. Au lendemain du scrutin présidentiel du 19 Mars 2000, une constitution de rupture est adoptée. Un peu partout, en Afrique, l'existence d'une juridiction constitutionnelle a provoqué l'apparition d'une jurisprudence constitutionnelle, qui, se limite souvent à interpréter les dispositions de la Constitution écrite. «Le juge constitutionnel prend parfois, quelque liberté avec celles-ci et, se fondant sur des notions aux contours mal définis (le principe de proportionnalité, par exemple), procède à l'élaboration d'un véritable droit constitutionnel prétorien. Le bouillonnement relevé en contentieux constitutionnel marque le réveil du juge constitutionnel longtemps couvé, ignoré

---

<sup>155</sup> C'est le Conseil constitutionnel qui, dans le cadre de son contrôle de conformité des lois dites bioéthiques, a dégagé pour la première fois la dignité humaine en se fondant sur l'alinéa 1<sup>er</sup> du préambule de 1946 (CC, déc. n°94-343/344 DC, 27 juil. 1994). Ce nouveau principe à valeur constitutionnelle sera ensuite élargi à d'autres domaines comme l'accès ou logement (CC, déc. n° 2000-436 DC, 7 déc. 2000) ou protection du corps humain (CC, déc. n° 2007-557 DC, 15 nov. 2007) tandis que la loi déférée dans la décision de 1994 modifie l'article 16 du Code civil comme suit : « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Yannick Lécuyer, Régime des libertés et Droits fondamentaux, Edition 2015-2016, Gualino lextenso éditions, p. 6-7.

par le constituant, muselé par le pouvoir politique et snobé par la recherche »<sup>156</sup>. Ce réveil brutal de certains peuples «tirés d'une longue torpeur»<sup>157</sup> semble pousser la jeunesse africaine à marquer une tendance forte à s'éloigner du modèle traditionnelle de référence. La forte dose d'un réalisme du constituant porté au-devant de la scène conduit à penser à un rapprochement avec le modèle allemand du fait de la similitude de la méthode d'interprétation adopté par les juges.

La trajectoire des Cours et Conseils constitutionnels n'est pas linéaire en Afrique et leur contribution à l'autorité de la Constitution et la consolidation de l'Etat de droit s'avère du reste assez variable. Depuis son installation en 1994 au Royaume chérifien, le conseil constitutionnel marocain n'a été saisi sur les lois ordinaires que cinq fois : trois fois par les parlementaires et deux fois par le premier ministre. Cette saisine réduite ne pouvait pas permettre au conseil de développer une jurisprudence importante quant aux droits fondamentaux. Toutefois, dans le cadre de son contrôle obligatoire qu'il exerce sur les lois organiques et sur les règlements intérieurs des assemblées parlementaires avant leur entrée en vigueur, le conseil a eu des opportunités pour dégager un certain nombre de libertés fondamentales qui dont l'analyse met en relief à la fois les faiblesses et la pertinence de sa jurisprudence<sup>158</sup>.

Le Sénégal n'a pas une grande histoire de contrôle de la constitutionnalité des lois, fait remarquer El Hadji MBodj. Le contrôle est apparu avec la première Constitution du Sénégal adoptée le 26 août 1960 suite à l'éclatement de la Fédération du Mali. «Cette Constitution ne faisait, en réalité, que reprendre la Constitution française du 4 octobre 1958 et certains aspects de la Constitution de la IV<sup>e</sup> République»<sup>159</sup>. Le Sénégal l'a ainsi hérité de la France, qui, d'après El Hadji MBodj, n'a jamais elle-même eu une tradition de contrôle de la constitutionnalité des lois. Le Conseil constitutionnel Sénégalais est considéré, à tort ou à

---

<sup>156</sup> Annuaire béninois de justice constitutionnel, p. 17

<sup>157</sup> Par la Déclaration de Bamako, les pays et gouvernements signataires ayant le français en partage, proclamant que « Francophonie et démocratie sont indissociables », ont pris un certain nombre d'engagements relatifs à la Consolidation de l'État de droit. Ceux-ci portent notamment sur le renforcement des capacités des institutions de l'État de droit, sur le renouveau de l'institution parlementaire, sur l'indépendance de la magistrature et la qualité de la justice, sur le principe de transparence comme règle de fonctionnement des institutions, sur le principe et le contrôle des institutions par des instances impartiales ainsi que sur le soutien des institutions relatives à l'intégration et la coopération régionales.

<sup>158</sup> Omar Bendourou, Le Conseil constitutionnel et les droits fondamentaux, Éditions de l'Institut de droit public. Barcelone., Juin 2004.

<sup>159</sup> L'affiliation hexagonale au modèle de l'Etat constitutionnel peut sembler anachronique, tant le constitutionnalisme actuel s'avère international, supranational et transnational ».

raison, comme « une pâle copie de la juridiction française du départ<sup>160</sup>. «Seul juge compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois»<sup>161</sup> et seul habilité à proclamer les résultats définitifs des élections, les sages Sénégalais manifestent une certaine réticence à s'adapter aux exigences démocratiques à l'image d'autre pays comme le Bénin ou la République démocratique du Congo qui l'ont réussi»<sup>162</sup>.

L'adoption en 2001 d'une nouvelle constitution a été une occasion manquée d'instituer au Sénégal une justice constitutionnelle qui soit au diapason des développements survenus dans les autres pays de la région. Essentiellement, la constitution de 2001 s'est inscrite dans la continuité de celle de 1963 au niveau des mécanismes de la justice constitutionnelle qui reste caractérisée par son décalage par rapport à la dynamique démocratique. Organe chargé du contrôle de constitutionnalité, le conseil constitutionnel est demeuré une institution hermétique puisqu'il ne peut être saisi directement par voie d'action que par un nombre très restreint de personnalités<sup>163</sup>. La voie d'exception n'est ouverte que dans le cas d'un litige pendant auprès des juridictions supérieures. Près d'un quart des affaires qui parviennent au Conseil constitutionnel en dépit de ces restrictions sur sa saisine «aboutissent à des décisions d'incompétence ou de forclusion»<sup>164</sup>. Ce taux fort élevé des décisions d'incompétence est principalement dû à l'interprétation trop littérale par le conseil

---

<sup>160</sup> Le ministre de la justice est le gestionnaire principal de tous les secteurs du système judiciaire: il est en charge de la planification dans le secteur judiciaire, de la préparation et de l'exécution du budget des tribunaux et des autres services judiciaires, du recrutement des magistrats, de la gestion des personnels et des matériels, du contrôle des auxiliaires de justice et de la tutelle sur les services d'inspection générale de l'administration de la justice. Il est également directement impliqué dans la surveillance de la discipline au sein de la magistrature. Hérité de la tradition jacobine française, ce système fait du ministre de la justice, un membre du pouvoir exécutif, le véritable patron du pouvoir judiciaire. L'administration du système judiciaire est lourdement handicapée par les pouvoirs dominants du ministère de la justice et l'indépendance des magistrats au Sénégal en est sérieusement compromise.

<sup>161</sup> Par contre au Sénégal, le Conseil se limite au contrôle de la conformité des lois organiques, des lois simples et des règlements des Assemblées. Les autres questions concernant le droit ne peuvent pas être réglées. Ainsi se conçoit «l'exclusion des lois constitutionnelle», Conseil constitutionnel, Décision n° 9/C/98 du 9 octobre 1998 conformément à la loi organique n° 92-22 du 30 mai 1992 relative au Conseil constitutionnel modifiée en 1999

<sup>162</sup> El Hadji MBodj, Faut-il brûler le Conseil constitutionnel ? La Gazette du Pays et du Monde – N°76 du 16 au 23 septembre 2010 – P3, [www.lagazette.sn](http://www.lagazette.sn)

<sup>163</sup> Il s'agit du Président de la République ou d'un groupe de députés constituant au moins un dixième des membres de l'assemblée. Ces derniers n'ont, très souvent, aucun intérêt à saisir le conseil constitutionnel puisqu'elles sont à l'origine du vote des lois dont il s'agit d'examiner la conformité à la Constitution

<sup>164</sup> Le Conseil constitutionnel sénégalais a une mauvaise réputation à cause de ses nombreuses déclarations d'incompétence. Faisant droit à certaines critiques, Ismaila Madior Fall reproche au Conseil constitutionnel sénégalais « son enfermement intégriste dans les textes, sa propension à assimiler compétence d'attribution et compétence exclusive, son manque hardiesse à élargir de son propre chef, de façon raisonnable et parcimonieuse, sa compétence dans les moments critiques où il constitue le seul rempart auquel s'accrochent les espoirs de la sauvegarde de la démocratie. L'auteur met à l'index « une appréciation sévère des délais, une position minimaliste en matière de compétence, une imprécision du contenu des principes dégagés et une rare utilisation des techniques des réserves d'interprétation et une réserve à l'égard des moyens d'ordre public.

constitutionnel des textes qui organisent sa compétence ainsi qu'à l'approche très restrictive de son rôle<sup>165</sup>. Sa jurisprudence montre que le conseil s'est très souvent enfermé dans le sens littéral des textes de compétence et qu'il a développé une propension à assimiler compétence d'attribution et compétence exclusive. Le nombre élevé des décisions d'incompétence est également justifié par l'ignorance par les acteurs sociaux ou politiques des textes qui organisent les attributions et le fonctionnement du conseil<sup>166</sup>. Un revirement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'impose en vertu du mimétisme de bon aloi qui a fortement forgé sa réputation<sup>167</sup>. Une telle réforme, qui passerait par une révision de la constitution, pourrait concerner l'organisation et le fonctionnement du conseil constitutionnel, en particulier le mode de nomination de ses membres encore sujette à caution. Il serait important de briser le monopole présidentiel en matière de nomination des membres du conseil constitutionnel.

A l'instar des cours constitutionnelles des pays de la région, la faculté de saisir le conseil devrait être étendue aux représentants d'institutions autres que la présidence de la République et le parlement, ainsi qu'aux organisations non gouvernementales, voire aux citoyens, pour démocratiser la justice constitutionnelle. La technique de l'exception d'inconstitutionnalité est un moyen de défense susceptible d'être utilisé par le justiciable en cours de procès<sup>168</sup>. Ce mécanisme autrement appelé « technique de renvoi préjudiciel d'une question de constitutionnalité réalise sous certains aspects un progrès de l'Etat de droit »<sup>169</sup>. Par ce procédé, les citoyens peuvent obtenir une mise en œuvre effective de la garantie protectrice des droits fondamentaux reconnus par la Constitution. Cette évolution de la

---

<sup>165</sup> La mobilisation du droit à des fins politiques place le juge dans un réseau de relations complexes. La forte inclinaison présidentialiste des systèmes politiques et l'enjeu lié aux élections pour la magistrature suprême fragilisent le juge constitutionnel et le met de facto sous l'influence du politique.

<sup>166</sup> Cheikh Fadel BARRO, *La Gazette du Pays et du Monde*, n° 76 du 16 au 23 septembre 2010, pp. 16-17

<sup>167</sup> Les membres du Conseil constitutionnel français ont pris sur eux-mêmes la responsabilité d'étendre leurs compétences en prenant en charge, depuis 1971, la garantie des droits fondamentaux. Le Juge constitutionnel français est juge de la constitutionnalité et également juge de droits fondamentaux et l'institution se comporte comme une véritable juridiction même si l'appellation Conseil demeure toujours, rappelle El Hadji Mbodj.

<sup>168</sup> La technique de l'exception d'inconstitutionnalité consacrée par la loi n°92-22 du 30 mai 1992 portant révision de la Constitution prévoit en son article 2 que le CC connaît des exceptions d'inconstitutionnalité soulevées devant le CE ou la Cc. Cette disposition est précisée par la loi organique 92-23 du 30 mai 1992 sur le CC qui prévoit en son article 67 que « lorsque la solution d'un litige porté devant la Cc est subordonnée à l'appréciation de la conformité des dispositions d'une loi ou des stipulations d'un engagement international à la Constitution, la Cour saisit obligatoirement le CC de l'exception d'inconstitutionnalité ainsi soulevée et sursoit à statuer jusqu'à ce que le CC se prononce.

<sup>169</sup> Décision n°16/95 portant Affaire n°1/C/95, Renvoi à la Cour de cassation d'une exception d'inconstitutionnalité, Observations par Ismaïla M. Fall, *Les décisions et avis du CC du Sénégal*, Crédila 2008, p. 121-124

protection des droits humains fondamentaux constitue sans doute une avancée importante dans leur reconnaissance constitutionnelle.

La justice constitutionnelle est consubstantielle au constitutionnalisme dont la finalité est d'encadrer le pouvoir des gouvernants mission de protéger les libertés et droits fondamentaux des gouvernés est pleinement assurée au Bénin par le juge constitutionnel dans la mesure où la Constitution lui en donne compétence, mais surtout parce que tout citoyen a le droit de la saisir soit directement soit par voie de l'exception d'inconstitutionnalité de toute loi, acte administratif, décision de justice, comportements attentatoires aux droits fondamentaux.

Le champ de compétences du conseil devrait être élargi pour lui permettre de jouer le rôle d'instance régulatrice de l'État de droit et de la démocratie que les juridictions constitutionnelles similaires jouent dans beaucoup d'autres pays de la région. Sans attendre une telle réforme constitutionnelle, il est hautement recommandé au Conseil constitutionnel d'adopter une approche évolutive qui permette «une interprétation dynamique de sa compétence»<sup>170</sup>. Il assure ainsi la garantie des libertés fondamentales ainsi que le respect de l'organisation des pouvoirs publics en tenant compte des évolutions sociales pour les freiner, les rectifier ou les accélérer»<sup>171</sup>. A l'expérience, la réforme de 1992 instaure une juridiction spécialisée dans le contrôle de constitutionnalité. Elle procède, en outre, à la définition des règles relatives au statut des membres du Conseil constitutionnel (nomination<sup>172</sup>, profil des membres, indépendance) et des règles du procès constitutionnel (modalités et délais de saisine, nature et modes de contrôle, autorité des décisions, etc.).

Par ailleurs, l'exercice de la justice constitutionnelle par le contrôle de constitutionnalité des lois et des engagements internationaux, le règlement des conflits de compétence entre les juridictions suprêmes et la régulation de la démocratie par la justice électorale parachèvent l'édifice visant à réaliser un Etat de droit démocratique au Sénégal<sup>173</sup>. Cependant, la réception de la justice constitutionnelle par l'examen du rôle du juge

---

<sup>170</sup> "Le juge est un petit personnage dont la puissance – protéger les personnes – est inconnue." On pourrait ainsi sous-titrer les douze séances du formidable cours magistral du Pr. Marie-Anne Frison-Roche. « La bouche de la loi nous rend visite », *in* Le Parvenu, Journal du Campus européen franco-allemand de Science Po Paris à Nancy, Edition d'Avril 2013.

<sup>171</sup> Olivier Cohin, Droit Constitutionnel, Manuel, Litec 2010, p. 1422

<sup>172</sup> La Cour Suprême américaine comprend traditionnellement 9 membres nommés par le Président des USA avec l'accord du Sénat. Mais la durée des fonctions efface quelque peu les effets néfastes d'une nomination politique

<sup>173</sup> El Hadji Omar DIOP, La justice constitutionnelle au Sénégal : essai sur l'évolution, les enjeux et les réformes d'un contre-pouvoir juridictionnel, CREDILA/OVIPA, Octobre 2013

constitutionnel dans la vie politique depuis l'alternance de 2000 et la contestation massive du Conseil constitutionnel lors de l'élection présidentielle de 2012 montrent les difficultés d'enracinement de la démocratie constitutionnelle au Sénégal. L'attitude du juge constitutionnel sénégalais<sup>174</sup>, est en déphasage avec celle de son homologue béninois qui, confronté une situation similaire, s'est constitué en un véritable rempart contre les dérives du pouvoir politique<sup>175</sup>. Avec cette décision, «le juge béninois avait tenu son rôle de gardien de la constitution au nom du consensus national en refusant que le pouvoir soit confisqué par les députés»<sup>176</sup>.

---

<sup>174</sup> Ce ne fut pas le cas du juge constitutionnel sénégalais qui privilégie les intérêts du pouvoir sur le consensus national en lui permettant indirectement d'apprécier l'opportunité d'un report des élections en se déclarant incompétent pour connaître de la constitutionnalité des lois de révisions. Cela va permettre au pouvoir de reporter une seconde fois les élections législatives à la suite de la décision du conseil d'Etat annulant le décret de répartition des sièges des députés. Ce second report fut l'objet de la loi constitutionnelle n°2007-21 du 19 février 2007 qui considérait que « la tenue des élections législatives n'est plus possible dans les délais prévus par l'article L 168 du code électoral qui fait obligation aux déclarations de candidatures d'être déposées soixante jours avant la date du scrutin » compte tenu de la décision du conseil d'Etat. La conséquence de cette révision fut le découplage des élections qui, auparavant devaient se tenir à la même date, ce qui avait entraîné une seconde prorogation du mandat des députés

<sup>175</sup> En effet au Bénin les députés avaient prétexté d'une nécessaire rationalisation des finances publiques pour proroger leur mandat. Le juge constitutionnelle, saisi de cette affaire, pour préserver les principes de la démocratie considéra que le mandat : « (...) de 4 ans qui est une situation constitutionnellement établie est le résultat du consensus national dégagé par la conférence des forces vives de la nation de février 1990 et consacré par la constitution en son préambule qui réaffirme l'opposition fondamentale du peuple béninois à la confiscation du pouvoir que même si la constitution a prévu les modalités de sa propre révision, la détermination du peuple béninois à créer un Etat de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale commandent que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la constitution du 11 décembre 1990 et puis le consensus national principe à valeur constitutionnelle. Qu'en conséquence ; les articles 1 et 2 de la loi portant révision de la constitution n°2006 /13 adoptés par l'Assemblée nationale le 23 juin 2006 sans respecter le principe constitutionnel à valeur rappelée sont contraires à la constitution et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens ». Cour constitutionnelle béninoise, DCC 2006-74, [www.sonagnon.net](http://www.sonagnon.net)

<sup>176</sup> Le peuple béninois a dit non à la dictature, à l'aviilissement de l'homme. Il sait où il va car il a opté résolument pour un Etat de droit libéral. Maurice Glélé, « Le renouveau constitutionnel du Bénin : une énigme ? » in Mélanges Alliot, Paris, Publications de la Sorbonne, 2000, p. 328