

TROISIÈME THÈME

**L'État de droit
et la démocratie**

**La diversité culturelle
et les droits fondamentaux :
le défi identitaire.
Rapport sur les travaux
du groupe de recherche**

PAR

SALAH EDDINE BERRAHOU

PROFESSEUR ET SECRÉTAIRE GÉNÉRAL
À L'UNIVERSITÉ CADI AYYAD DE MARRAKECH (MAROC)

Nous pouvons aujourd'hui observer différents courants et mouvements « identitaires » luttant pour leur reconnaissance en droit, qu'il s'agisse des mouvements autochtones au Québec, des mouvements islamistes au Maghreb, des mouvements tribaux et régionalistes en Afrique, ou des mouvements d'authenticité dans les pays du Nord.

La question « identitaire » est au cœur même de toute réflexion sur les droits fondamentaux, car elle lance un défi à notre conception universaliste des droits fondamentaux et à l'autorité culturelle des instruments juridiques de protection des droits.

L'objectif des chercheurs constituant le groupe de recherche sur le défi identitaire est d'analyser le défi identitaire comme un problème juridique pratique et théorique sans aucun parti pris, en partant de l'hypothèse qu'il est impératif de penser autrement l'universalité des droits fondamentaux pour pouvoir répondre adéquatement aux défis identitaires.

Il a été proposé au réseau d'effectuer sa recherche selon deux axes : l'un interrogerait notre façon de penser l'universalité des droits fondamentaux vis-à-vis des mouvements identitaires et l'autre, contextualiste, qui interrogerait nos situations socio-juridiques respectives ainsi que notre capacité juridique de répondre aux différents défis identitaires. Ces deux axes seront développés conjointement. Mais précisons de prime abord qu'il existe une potentialité d'universalité dans toutes les cultures ; autrement dit la démarche ne peut reposer sur l'universalité des droits comme un *a priori* méthodologique. Il faut plutôt explorer la relation entre l'universalité et la diversité culturelle en tant qu'objet de recherche. C'est pourquoi le groupe s'est proposé d'interroger d'abord le fondement « culturel » même de l'universalité. Autrement dit, appréhender le thème de l'universalité des droits

des points de vue historique, anthropologique, sociologique et philosophique.

Il a été question aussi de consacrer un autre volet de notre recherche au mode d'appréhension du pluralisme et des minorités, autrement dit comment repenser « pluralisme et minorités » d'une manière qui concorde avec nos traditions juridiques (universalité/particularité ; neutralité/identité ; individualité/collectivité...).

Il conviendra également d'analyser comment se pose le problème identitaire dans les différents pays représentés au sein du groupe.

On abordera ses différents axes à partir d'une méthode analytique et comparative qui aura pour souci de voir comment constituer une grille d'analyse et de saisie de l'universalité des droits qui soit commune à l'ensemble des composantes du groupe, grille à partir de laquelle les équipes pourraient travailler sur les thèmes spécifiques.

I. – DE L'IDENTITÉ NATIONALE À L'IDENTITÉ D'UN GROUPE

La philosophie des Lumières, si elle a eu une influence considérable sur la pensée et les structures de l'État libéral européen ou américain, a eu bien des incidences sur les droits africains, même si ceux-ci revendiquent leur authenticité ; une authenticité qui est loin d'être une simple apparence ¹.

Fondée sur une anthropologie philosophique, qui tend à considérer l'homme comme individu raisonnable (Locke), ou comme étant animé d'une vertu immanente (Rousseau), ou comme étant conduit par des intérêts ou des « vices » (Mandeville, A. Smith, A. Ferguson), elle débouche sur une conception universalisante de l'homme ².

Les particularités culturelles étudiées par Buffon ne sont que les manifestations d'une diversité liée aux conditions géographiques et climatiques ³, mais qui ne remettent pas en cause l'unité fondamentale de la raison humaine. On peut remarquer déjà que cette raison n'atteindra sa plénitude que dans une espace politique approprié ⁴.

D'où l'idée d'une nation fondée sur un « sens commun », « un destin commun », plutôt que sur une appartenance à un groupe humain ayant des caractères culturels ou ethniques communs. Il est remarquable que G. Herder qui a tenu compte de certains éléments culturels pour définir la

1. Cf. Norbert ROULAND, *Anthropologie Juridique*, PUF, 1988, pp. 183 et s.

2. Cf. Claude GAUTIER, *L'invention de la société civile*, PUF, 1993, pp. 33 et s.

3. Cf. Michèle DUCHET, *Anthropologie et histoire au siècle des Lumières*, Albin Michel, 1995, pp. 229 et s.

4. Cf. Alexandre MATHERON, *Individu et communauté chez Spinoza*, Éd. de minuit, 1988, pp. 285 et s.

nation, est resté attaché à une conception universelle de l'homme. Nous trouvons, chez lui, cette idée : « [...] comme l'intelligence humaine cherche partout l'unité dans la variété, et que la pensée divine dont elle est l'image à marqué la multiplicité la plus abondante du caractère de l'unité, nous pouvons essayer de revenir au sein même de la diversité et du changement à ce simple théorème : il n'y a sur la terre qu'une seule et même espèce d'hommes. »⁵.

La nation et donc l'État, deviennent des entités extensibles. L'idée d'une nation fondée sur les idéaux communs a prévalu aussi dans l'empire soviétique. Les deux conceptions n'accordent le caractère politique qu'aux nations. Celles-ci, étant fondées sur une « structure morale de base », comme disait J. Rawls, peuvent, de ce fait accéder à l'état politique. On peut constater, alors, que la politique exprime l'identité d'une nation. Renvoyant à une totalité, elle devient l'expression condensée de l'identité nationale.

Cependant, depuis les guerres coloniales et la chute de l'empire soviétique, la notion d'identité va tendre à une autre signification. Progressivement, elle va se détacher de la conception morale de la nation – la nation qui a une vocation consensuelle « par recoupement des doctrines philosophiques et politiques »⁶ –, pour devenir plutôt et de plus en plus, l'expression d'un « être-ensemble » culturel. Ce sont des groupes culturels ou ethniques qui revendiqueront leur identité avec une virulence toute particulière.

La revendication identitaire ne traduit pas seulement un désir d'authenticité ou un besoin de reconnaissance⁷, mais une volonté d'être.

Le respect de la diversité des cultures n'est pas une reconnaissance de type identitaire. Dans l'ancienne U.R.S.S., malgré une bureaucratie omnipotente et omniprésente, une représentation des différentes cultures était reconnue. Cependant, une telle reconnaissance demeure sans effet réel lorsqu'il s'agit d'un groupe social conscient, non seulement de sa différence, mais de sa singularité propre et aspirant à une autonomie, voire une indépendance administrative et politique.

Ainsi, l'identité n'est pas fondée sur des idées morales communes, mais sur un « mode d'existence », une culture au sens anthropologique.

L'identité d'un groupe culturel ou ethnique – comme l'identité nationale – ne peut s'exprimer dans sa plénitude que dans un espace politique défini. Le politique est ainsi le lieu privilégié où s'exprime l'identité ultime d'un être collectif.

5. J.G. HERDER, *Idées sur la philosophie de l'histoire de l'humanité*, Coll. « Agora », 1991, pp. 48-49.

6. Voir la notion de « Consensus par recoupement » chez J. RAWLS, *Justice et démocratie*, Seuil, 1993, pp. 208 et s.

7. Cf. Charles TAYLOR, *Multiculturalisme*, Éd. Aubier, 1992, p. 41 et *Malaise de la modernité*, Éd. du CERF, 1994, p. 33.

Cette idée traduit une conception plus juste du politique, puisque le politique n'est plus l'apanage des grandes nations mais peut s'étendre à tout groupe culturel ou ethnique, aspirant à l'autonomie.

La revendication identitaire ne peut être considérée comme un retour en arrière, vers une « ethnicisation du monde », mais l'expression d'une justice politique longtemps refusée aux peuples. Étant une « volonté d'être », elle traduit un droit fondamental qui ne peut être assimilable aux autres droits.

Il est vrai qu'il est souvent difficile d'établir une hiérarchie dans les droits individuels et collectifs. Cependant, peut-on mettre sur la même place le droit à la vie et les autres droits ?

De même qu'un homme aliéné est dans une situation de « pré-mort », comme l'écrit Georges Semprun ⁸, un peuple qui ne peut s'exprimer comme il l'entend, est voué à une mort culturelle ou, dirait-on, à une mort identitaire. La question identitaire ne donne pas lieu seulement à la revendication d'un droit, elle donne lieu à une véritable lutte pour la survie. D'où la violence parfois inouïe de certaines luttes identitaires. On peut même reconnaître le caractère identitaire d'un mouvement politique, culturel ou religieux à travers une certaine pratique de la violence.

A. – *L'identité par le droit ou l'identité par le groupe*

L'intérêt des réunions des membres du groupe de recherche est apparu d'emblée dans l'annonce d'approches différentes, conséquence directe d'accumulations socio-historiques différenciées.

L'équipe de Montpellier, par son chef de projet, le p^r Rousseau, a montré l'importance contemporaine de la revendication identitaire : devant le désarroi existentiel, deux types de réponses sont proposées : l'identité par le droit ou l'identité par le groupe.

La première considère que cette situation permet à l'homme de s'engager dans une communication avec ses semblables pour construire une identité humaine. Une des pistes possibles est le droit, qui peut être un des lieux où l'humanité peut avoir raison de son morcellement en une myriade d'esprits locaux (Goethe). Le droit est moins un contenu qu'une procédure permettant aux hommes de discuter...

Le second type de réponse engage la reconstruction de l'identité de l'homme par la réaffirmation de son insertion dans son groupe d'origine. L'accent est mis ici sur les différences, les particularités qui traversent l'humanité. Cette reconstruction par le groupe peut être recherchée par différents moyens : la minorité, l'ethnie, le peuple, la culture...

Ces deux réponses ont toujours été pensées dans une logique d'opposition, de confrontation. Le pari est de tenter de penser leur possible conciliation,

8. *L'écriture ou la vie*, Gallimard, 1994.

c'est-à-dire de penser à un universalisme des droits de l'homme qui ne sacrifie pas les diversités qui font la richesse de l'humanité.

B. – *Vers une reconnaissance politique
des peuples autochtones*

L'équipe québécoise de l'Université Laval a ensuite présenté une réflexion inscrivant la question identitaire dans la philosophie juridique libérale contemporaine. Ce choix s'explique par le fait que les différents acteurs du droit ont pensé les revendications des peuples autochtones canadiens dans le cadre du libéralisme juridique. Ce cadre ne pouvait conduire qu'à une impasse juridique, puisque les paradigmes individualiste et neutraliste conduisent à refuser de reconnaître tout statut particulier en faveur des peuples autochtones. D'ailleurs, l'idéologie du libéralisme juridique ne peut concevoir un droit autochtone que comme une mesure transitoire, temporaire, la logique menant, à terme, à sa nécessaire disparition.

Les limites de ce raisonnement poussent le p^r Melkevic à considérer que la question identitaire ne peut être pensée et traitée que par une solution s'inscrivant « au delà du libéralisme » dans une reconnaissance politique des peuples autochtones.

Poussant la réflexion dans le même sens, le p^r Otis s'est appuyé sur le droit constitutionnel canadien pour démontrer le rapport entre la conception universaliste des droits fondamentaux et l'identité autochtone (reconnaissance à la fois de droits fondamentaux et de certains droits aux peuples autochtones du Canada en tant que groupes ethno-culturels distincts).

Ce qui explique la modification du concept même de droit fondamental, car l'identité autochtone apparaît comme une dérogation à la conception universaliste des droits (primauté en cas de conflit).

L'expérience française a été exposée par deux doctorants, (MM. Blacher et Gely) qui, s'appuyant sur la jurisprudence constitutionnelle, ont démontré respectivement que l'indivisibilité du peuple français se comprend par le respect de deux principes : le principe d'égalité qui renvoie aux individus égaux entre eux et le principe de souveraineté qui ne peut avoir qu'un titulaire, le peuple. Si le Conseil constitutionnel s'est montré très ferme sur l'unité du peuple, il a été plus souple au regard du particularisme institutionnel local (définition d'un statut d'administration locale différent, enseignement de la langue corse...).

II. – TRAVAUX FUTURS DU GROUPE DE RECHERCHES

Sur la base de ces différentes interventions, le groupe a décidé de travailler désormais sur quatre problématiques :

– Le droit à l'identité, droit fondamental ?

- Quelle est la place du droit à l'identité dans le droit international ?
- Quelle est la place du droit à l'identité dans le droit interne ?
- Le droit peut-il relever le défi indentitaire ?

A. - Identification du titulaire du droit à l'identité

L'identification du titulaire de ce droit soulevait une première série de difficultés, mises en lumière dans l'intervention introductive du p^r Rousseau : est-ce un droit fondamental ? Et la principale difficulté rencontrée par les membres du groupe fut de déterminer le titulaire de ce droit à l'identité. Si pour le p^r Rousseau, le droit à l'identité pouvait se définir comme un mode de reconnaissance d'un droit fondamental de forme individuelle, les Lavallois et les Marrakchis (MM. Otis, Berrahou et Alami) ont retenu une vision plus collective du titulaire de ce droit, tandis que le p^r Machelon (Paris V) a vu pour sa part dans cette expression la consistance pragmatique d'un « droit au bonheur » prenant sa place en amont du droit des peuples.

Le p^r Rousseau d'emblée s'interroge : est-ce que le droit à l'identité est un droit fondamental ? Et quelle portée donner à un rattachement à cette catégorie ? Est-ce l'un de ces droits de l'homme de la « troisième génération » qui ouvrirait la porte d'un monde meilleur ? Est-ce même un droit ? Il fallait jeter un doute cartésien, en bonne méthode, sur l'appartenance possible de « l'identité » à l'univers juridique.

L'identité, ajoute p^r Rousseau, n'est pas une donnée de nature, elle est à construire. Elle résulte d'un processus permanent de socialisation qui rend très difficile son appréhension par le droit. Reconnaître l'identité comme un droit revient à la fixer arbitrairement à un stade inachevé de son évolution (le stade national, par exemple). Le risque est grand aussi, le relativisme et l'historicisme aidant, de lui donner un contenu faussement réducteur.

L'identité véritable est plurielle. Comme l'écrit Edgar Morin, « nous sommes des êtres poly-identitaires ». Ces identités s'enchevêtrent, se succèdent parfois, chaque individu « zappant » d'une identité à l'autre, d'un rôle social à l'autre selon les situations qui se présentent. Et toutes les identités ne se valent pas. Une double conclusion a été dégagée : l'identité n'existe pas en soi, le caractère fondamental ne saurait être reconnu qu'aux droits qui concourent à sa formation c'est-à-dire des principes constitutionnels abstraits, le droit à l'identité ne pouvant quant à lui être éventuellement consacré que sous sa bannière individuelle. Et par là M. Rousseau a critiqué comme indûment conservatrice l'approche « communautariste » du problème qui voit dans l'identité une forme naturelle héritée de l'histoire et valant quel que soit son contenu.

Son exposé a été abondamment discuté par les professeurs Melkevic, Otis (Université Laval), Berrahou, Alami, El Ouazzani (Université de Marra-

kech). Leurs observations ont principalement porté sur le concept de droit fondamental et sa place dans la hiérarchie des normes, ainsi que sur les liens possibles avec les revendications à l'identité des groupes ethno-culturels. Elles ont abouti à d'utiles mises au point sur l'existence ou la nature d'un droit à l'identité et sur son contenu en droit positif.

C'est ainsi que le professeur Otis dégage des voies étroites mais praticables d'un droit à l'identité à partir de trois principes fondateurs de la modernité juridique : la pluralité, la liberté et l'égalité.

- Les minorités sont directement impliquées dans la gestion de la pluralité sociale et culturelle, qui ferme toute voie vers l'exclusion, de sorte que pour mériter la protection, les revendications identitaires doivent se faire dans le respect des droits des autres groupes composant le corps social.
- Reconnaître des droits identitaires subjectifs aux groupes eux-mêmes peut renforcer leur capacité de préservation et de transmission de leur culture propre ; c'est en fait accorder à la minorité et aux autochtones ce que la majorité a acquis pour elle-même. D'ailleurs les États ont sans doute moins à craindre du dialogue des identités en leur sein que des conséquences sociales et politiques d'un refus dogmatique de donner une voix collective organisée aux groupes ethno-culturels non dominants.
- Le principe d'égalité et de non-discrimination permet de fonder un droit à l'identité en ce que ce droit tend à accorder aux minorités et aux autochtones le même degré de reconnaissance juridique que celui dont jouit la majorité en démocratie. Le p^r Otis conclut que la finalité de l'autochtonie dans l'ordre juridique contemporain (en droit canadien) se ramène au respect et la promotion de la spécificité autochtone à partir d'une reconnaissance de droits collectifs particuliers issus du rapport historique établi entre les groupes sociaux.

Pour les p^{rs} Alami et Berrahou, l'individu chercherait aujourd'hui une certaine sécurité « existentielle » dans des groupes et communautés restreints, ne croyant plus à la force et à la neutralité bienveillante de l'État. La conscience identitaire ne se manifeste pas d'elle même. Il n'y a pas de revendication d'un droit spécifique tant qu'un groupe ne se sent pas menacé d'altération ou d'étouffement. L'altérité, qu'elle soit douce ou violente, provoque l'éveil de la conscience identitaire.

D'ailleurs, on peut dire que le modèle identitaire arabe est caractérisé par des temporalités culturelles différentes qui se succèdent, s'enchevêtrent, puis s'opposent. La pensée politique arabe contemporaine est fondée sur un paradigme unitaire qui a entravé le développement différentiel de la pensée politique et a fortement imprégné les politiques publiques des États, provoquant ainsi des manifestations micro-identitaires, parfois très violentes (Algérie, Liban...).

*B. – Le droit à l'identité
entre les droits international et interne*

Une telle dualité d'option n'a rien qui doive surprendre. Elle touche à d'autres notions, celle du droit fondamental par exemple, qui renvoie en droit international à des droits garantis par divers instruments internationaux, à caractère universel ou régional, et en droit interne à des droits constitutionnellement protégés.

– Le p^r Melkevic s'est efforcé de situer le droit à l'identité en droit international positif, en l'inscrivant dans le prolongement de la reconnaissance, aujourd'hui acquise, du droit des minorités. Laissant de côté les solutions classiques mises en œuvre au temps de la SDN, où le droit à l'identité n'a longtemps eu qu'un rôle plutôt mineur dans le droit international en général, celui-ci étant bâti sur le paradigme de l'universalité, le propos du p^r Melkevic s'est voulu résolument prospectif. Il a retracé l'évolution des instruments juridiques de protection des minorités dans le système des Nations Unies, depuis le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (particulièrement l'article 27) jusqu'au récent projet relatif aux peuples autochtones, approuvé par la Sous-commission des droits de l'homme en 1995, en passant par la Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques et la Convention n° 169 de l'OIT.

Ces quatre systèmes normatifs constituent le corpus principal auquel il faut ajouter des textes régionaux sur les minorités et les peuples autochtones. Il faut cependant souligner la tension qui existe entre le droit international, tel que structuré selon le paradigme de l'universalité, et les normes internationales sur les minorités et les peuples autochtones développées largement à l'intérieur du système onusien. Ces normes ne sont pas généralement acceptées par la communauté internationale et intégrées dans le droit interne.

– Pour ce qui est des rapports et interventions qui ont porté sur les droits internes, chacun a semblé admettre, au moins implicitement, que le droit à l'identité n'a pas de contenu propre, à la manière d'un droit subjectif, mais qu'il exprime une revendication touchant à l'organisation politique et sociale des États. Le champ d'investigation était dès lors largement ouvert. Il a été exploré dans quatre directions. Le cas du Maroc a naturellement été évoqué. Certains intervenants (Karem, Ouazzani) ont fait valoir que son droit, tout en étant unitaire, a un caractère composite, du fait de l'autonomie reconnue à certains groupes (berbères). Ce qui a suscité l'intervention du p^r Otis sur le droit à l'identité au Québec. Celui-ci a montré que, s'il n'existe pas de droit à l'identité autochtone au Canada, des droits collectifs à vocation identitaire sont reconnus dans le cadre québécois.

La Norvège a fourni un exemple plus frappant encore, le p^r Melkevic a montré que les droits politiques y sont reconnus à une minorité culturelle de 35.000 personnes, les Sami, qui sont considérés, au même titre que les Norvégiens, comme les fondateurs du pays.

Rien de tel en France, terre d'application de la métaphysique égalitaire et de la conception abstraite de la citoyenneté. M^{me} Hofnung (Paris V) a procédé à une analyse d'ensemble de la réponse française au défi identitaire. Avec beaucoup de conviction, elle a justifié *l'a priori* d'universalité, avant d'examiner, au vu des textes et de la jurisprudence, le sort réservé en France à la revendication identitaire dans ses rapports avec la liberté religieuse et l'égalité devant les services publics. L'intérêt de l'intervention a été renforcé par l'énoncé de quelques pistes d'approfondissement comme le référendum d'initiative minoritaire, la représentation proportionnelle intégrale, le fédéralisme, le droit de sécession, le développement de la médiation interculturelle, etc.

*
* *

On le voit, le dossier n'est pas clos. L'approche comparative a montré que le droit à l'identité n'est pas facilement identifiable. S'il existe, il appartient toujours au domaine de ce que les internationalistes nomment le droit programmatore, la *soft law*...

Mais à l'épreuve de la réflexion en commun, les analyses théoriques et monographiques se sont efficacement confortées (13 articles et communications ont constitué le support nécessaire aux deux séminaires internationaux organisés à Montpellier et Marrakech).

Les membres du groupe sont unanimes pour la poursuite de la recherche dans les domaines défrichés jusqu'ici, avec la recommandation de l'élargir à des terrains nouveaux (États Baltes, paysage géopolitique de l'Europe centrale et orientale).

L'universalisme moderne à l'heure des identités : le défi singulier des peuples autochtones *

PAR

GHISLAIN OTIS

ET

BJARNE MELKEVIK

PROFESSEURS AGRÉGÉS À L'UNIVERSITÉ LAVAL (QUÉBEC)

La tradition constitutionnelle occidentale et l'ordre juridique international sont largement construits sur la conception stato-nationale de la modernité, qui tient l'universalité, la neutralité et l'égalité pour consubstantielles au droit. Or, les courants identitaires qui travaillent actuellement nos sociétés mettent à mal l'universalisme et l'égalitarisme formels de l'État-nation. L'identitarisme ethnoculturel interpelle l'individualisme atomisant propre à la représentation libérale de la modernité ; il recherche le dépassement d'une certaine idée de l'universalité par l'inscription juridique des appartenances communautaires différenciées et des héritages culturels.

Nous nous attacherons dans cette communication à faire ressortir en quoi l'émergence des droits des peuples autochtones du monde, ces communautés historiquement victimes d'une paupérisation matérielle et d'une oppression culturelle que l'on renonce difficilement à occulter, constitue un exemple singulier de l'irruption de l'identité dans le champ juridique. Nous voulons dans un premier temps expliquer de quelle manière la saisie juridique de l'autochtonité, au plan international et dans le système canadien, bouscule les présupposés fondateurs de la conception libérale de l'universalisme. Nous débusquerons aussi les risques de dérive ghettoisante et exclusiviste dont est porteuse l'autochtonisation du politique et du territoire. Il conviendra ensuite d'explorer les possibles voies de convergence entre d'une part l'affirmation identitaire autochtone et, d'autre part, les exigences modernes du pluralisme et des droits fondamentaux.

* Certaines pages de cette communication sont tirées pour l'essentiel des textes suivants du p^r OTIS : « Le droit ancestral des peuples autochtones à l'autonomie politique et le défi identitaire », (à paraître) ; « Ébauche d'une théorie d'un droit à l'identité appliquée à l'autochtonie canadienne », dans *Le défi identitaire*, Cahier d'études constitutionnelles et politiques de Montpellier I, Montpellier, 1996, pp. 6-17.

I. – L'UNIVERSALITÉ DES DROITS
ET LES DÉFIS DE L'IDENTITARISME AUTOCHTONE

A. – *L'infléchissement de l'universalisme libéral
par l'inscription juridique de l'autochtonité*

À l'heure de la résurgence des identités, le mouvement autochtoniste se singularise par l'ampleur des mutations qu'il est en voie d'imposer à la dynamique universalisante de la nation civique et politique. De plus en plus, les constitutions des États et le droit international prennent, sous la pulsion de revendications différentialistes autochtones, un virage identitaire par l'inscription juridique du particularisme ethnoculturel autochtone.

Que ce soit dans les Amériques, en Scandinavie¹ ou en Océanie², les systèmes constitutionnels sont plus que jamais pénétrés par le principe d'identité autochtone. Au Canada, le constituant a confirmé et reconnu en 1982 le statut distinctif des peuples autochtones comme titulaires de droits « ancestraux ou issus de traités »³. Ces droits ancestraux, que la loi fondamentale place même au-dessus de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴, expriment, selon la Cour suprême du Canada, « l'essence même de l'autochtonité »⁵ en ce qu'ils visent l'affirmation et la protection des « coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante des cultures distinctives »⁶ des premiers occupants du territoire.

C'est d'ailleurs sans hésitation aucune que la plus haute juridiction canadienne a pris acte du décalage entre les dispositions constitutionnelles

1. Voir B. MELKEVIK, « Autochtones et droit : le nouveau droit norvégien des Samés (Lapons) », 1991, 32 *C. de D.* 33.

2. Voir R. LAFARGUE, « La révolution Mabo ou les fondements constitutionnels du nouveau statut des aborigènes d'Australie », 1994, 5 *R.D.P.* 1329.

3. Les dispositions essentielles traitant des peuples autochtones du Canada se retrouvent à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui se lit comme suit : « (1) Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. (2) Dans la présente loi, 'peuples autochtones du Canada' s'entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada. (3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. (4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits – ancestraux ou issus de traités – sont garantis également aux personnes des deux sexes ».

4. L'art. 25 de la Charte des droits porte que : « Le fait que la présente Charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits et libertés – ancestraux, issus de traités ou autres – des peuples autochtones du Canada, notamment : a) aux droits ou libertés reconnus par la *Proclamation royale* du 7 octobre 1763 ; b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis ».

5. R. V. VANDERPEET, Cour suprême du Canada, no. greffe 23803, le 21 août 1996, par. 19.

6. *Ibid.*, par. 48.

autochtonistes et la tradition universaliste issue de la philosophie des Lumières ⁷.

Parallèlement aux mutations constitutionnelles au sein des États, l'internationalisation irrésistible de la question autochtone a puissamment contribué à l'avènement de l'identité dans le droit des gens. La problématique identitaire autochtone s'est d'abord manifestée dans l'œuvre normative de l'Organisation internationale du Travail (OIT) dont la Convention relative aux populations aborigènes et tribales (la « Convention 107 ») ⁸, malgré sa philosophie par ailleurs paternaliste et intégrationniste ⁹, fait bénéficier les autochtones de la première prohibition internationale de l'ethnocide ¹⁰.

Mais la Convention 107 ne cherche nullement à conforter l'altérité autochtone. La valorisation systémique de l'autochtonité fut véritablement introduite dans l'ordre international par le plus récent instrument de l'OIT, la Convention relative aux peuples indigènes et tribaux (la « Convention 169 ») ¹¹. Cet instrument délaisse toute perspective intégrationniste et affirme sans ambages un parti pris identitariste. La détermination des Parties à respecter et sauvegarder les particularismes autochtones est affirmée dès le préambule ¹² et se trouve explicitement articulée à l'article 5 de la Convention ¹³. L'énonciation novatrice d'un authentique droit collectif et individuel à l'identité imprègne la totalité de l'instrument ¹⁴.

La même conviction identitariste ressort avec force de projets de Déclaration des droits des peuples autochtones en cours d'élaboration au sein de l'ONU et de l'Organisation des États américains (OÉA). Ainsi, le projet de *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* ¹⁵, qu'éto-

7. Après avoir évoqué la tradition universaliste, la Cour déclare, *ibid.*, au par. 19 : « Toutefois les droits *ancestraux* ne peuvent être définis par l'application des préceptes de cette philosophie. Même s'ils ont une portée et une importance égales aux droits inscrits dans la *Charte*, les droits ancestraux doivent être considérés différemment des droits garantis par la *Charte* parce qu'ils sont détenus seulement par les autochtones au sein de la société canadienne. Les droits ancestraux tirent leur origine du fait que les peuples autochtones sont des *autochtones* ».

8. Le texte de la Convention est reproduit dans G. OTIS et B. MELKEVIK, *Peuples autochtones et normes internationales : analyse et textes relatifs au régime de protection identitaire des peuples autochtones*, Cowansville, Y. Blais, 1996, pp. 41-52.

9. *Ibid.*, pp. 6-7.

10. L'article 2(4) de la Convention énonce que « le recours à la force ou à la coercition en vue d'intégrer les populations dans la communauté nationale sera exclu ».

11. Reproduite dans OTIS et MELKEVIK, *op. cit. supra*, note 8, pp. 65-83.

12. On y légitime « l'aspiration des peuples en question à avoir le contrôle de leurs institutions, de leur mode de vie et de leur développement économique propre et à conserver et développer leur identité, leur langue et leur religion dans le cadre des États où ils vivent ».

13. L'article 5 fait obligation aux États de « reconnaître et protéger les valeurs et les pratiques sociales, culturelles, religieuses et spirituelles de ces peuples » et de « respecter l'intégrité des valeurs, des pratiques et des institutions desdits peuples ».

14. Voir OTIS et MELKEVIK, *op. cit. supra*, pp. 21-31.

15. Reproduit dans OTIS et MELKEVIK, *id.*, note 8, pp. 123-137.

die actuellement la Commission des droits de l'homme de l'ONU, prohibe toute mesure ethnocidaire à l'encontre des peuples autochtones¹⁶ et formule, en termes univoques, un droit des communautés et des individus à l'identité :

« Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif et individuel, de conserver et de développer leurs spécificités et identités distinctes, y compris le droit de revendiquer leur qualité d'autochtones et d'être reconnus en tant que tels¹⁷. »

Pierre angulaire d'un corpus normatif international en émergence, cette préoccupation identitaire ébranle le socle de la représentation universalisante des droits rattachés à une identité citoyenne à la fois commune et exclusive. Mais l'identitarisme autochtone, par la place centrale qu'il donne à la collectivisation des droits, heurte aussi la conception individualiste des droits, autre dogme de la modernité libérale.

B. – *Le défi autochtone au dogme individualiste*

Pour jauger l'ampleur du défi que représente la collectivisation des droits, il faut se rappeler que le droit moderne a généralement été considéré comme réfractaire par essence à tout référent ethnoculturel. Comme l'écrivait M. Gordon, l'idée moderne et libérale du droit se caractérise par :

« [...] l'absence, voire même la prohibition, de toute reconnaissance juridique ou politique des entités collectives, quelles soient raciales, religieuses, linguistiques, ou des groupes, dans le processus juridique ou politique, et par une prohibition de l'usage des critères ethniques de toutes sortes pour des raisons de discrimination ou encore pour un traitement spécial ou de faveur¹⁸. »

L'individualisme occidental classique tient en fait pour antinomiques la liberté identitaire de l'individu et l'institutionnalisation des collectivités comme titulaires de droits subjectifs. Les droits identitaires collectifs en faveur des minorités et des peuples autochtones sont souvent perçus comme un instrument de domination de l'individu par le groupe, comme une occultation du caractère transitoire et pluriel des allégeances identitaires individuelles¹⁹. Nous devons à J.P. Taguieff d'avoir formulé de façon exemplaire cette répudiation des droits collectifs lorsqu'il nous prévient que « chaque sujet a droit à sa culture » et qu'« aucune culture n'a de droit sur le sujet »²⁰.

16. Art. 7.

17. Art. 8.

18. M. GORDON, « Towards a General Theory of Racial and Ethnic Group Relations », dans GLAZER et MOYNIHAN (dir.), *Ethnicity. Theory and Experience*, Cambridge, Mass., Harvard University press, 1975, p. 105 (notre traduction).

19. Voir par exemple D. ROUSSEAU, « Le droit à l'identité est-il un droit fondamental ? », dans *Le défi identitaire*, Cahier d'études constitutionnelles et politiques de Montpellier I, Montpellier, 1996, pp. 1-5.

20. Cité dans N. ROULAND, S. PIERRÉ-CAPS et J. POUMARÈDE, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996, p. 458.

Au plan politique, les États craignent aussi que la personnalisation juridique des minorités et des peuples autochtones, comme entités distinctes de leurs membres, n'engendre une pluralité de corps intermédiaires et d'ordres juridiques au sein de la société et qu'elle n'induisse ultimement une dérive autonomiste porteuse de conflit.

Ces objections morales, idéologiques et politiques expliquent pourquoi dans les processus normatifs internationaux, et dans plusieurs systèmes nationaux, on parle des droits des *minoritaires* et non des droits des *minorités*²¹. On perpétue le modèle individualiste des droits²² même si en réalité ceux-ci ont pour finalité opérationnelle la protection du groupe puisqu'ils sont tributaires de l'agrégation de l'individu au groupe et n'ont de sens que par sa revendication de solidarité à l'égard du groupe²³.

Or le régime autochtoniste, tant dans les systèmes constitutionnels nationaux que dans l'ordre normatif international, se distingue fondamentalement du droit des minorités²⁴ en consacrant des droits collectifs fondateurs de véritables infranations ethnoculturelles autochtones au sein de l'État. Qu'ils soient purement culturels, fonciers ou encore politiques, les droits spéciaux des autochtones ont en général pour titulaires, non seulement les individus, mais les « peuples » eux-mêmes²⁵. Il existe d'ailleurs sur ce point une convergence frappante entre les normes internationales et le système canadien, qui définit d'emblée les droits autochtones en termes collectifs²⁶.

Cette consécration juridique de la communauté engendre la nécessité d'une articulation claire des droits individuels et des prérogatives collectives de l'identité, articulation qui passe inéluctablement par le primat des droits de l'homme et qui pose au juriste moderne le défi le plus pressant.

21. Voir sur ce point les différentes études parues dans l'important ouvrage de A. FENET, G. KOUBI, I. SCHULTE-TENCKOFF et T. ANSBACH, *Le droit et les minorités : analyses et textes*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

22. Remarquons cependant que l'article 1^{er} de la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques* de 1992, Rés. A.G. 47/75, protège l'identité minoritaire en tant que telle. Contrairement à l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, il ne réfère pas aux « personnes appartenant à ces minorités », mais renvoie à l'identité des minorités.

23. Pour une critique de l'approche individualiste, voir I. SCHULTE-TENCKHOFF et T. ANSBACH, « Les minorités en droit international », dans FENET *et al.*, *op. cit. supra*, note 21, pp. 54-59.

24. Au sujet de la difficile distinction qu'il convient d'opérer entre les peuples autochtones et les minorités, on consultera notamment N. ROULAND, S. PIERRÉ-CAPS et J. POUMARÈDE, *op. cit. supra*, note 20, pp. 434-437.

25. Voir par exemple les art. 1^{er} à 18 de la Convention 169. Quant au projet de déclaration de l'ONU, on y utilise presque partout l'expression « les peuples autochtones » pour désigner les bénéficiaires des droits énoncés, en référant parfois aux « autochtones » pour qualifier la dimension individuelle de certains droits. Voir par exemple art. 2, 6, 7, 8, 9, 15, 18 et 32.

26. En plus du libellé clair de l'art. 35 reproduit *supra*, note 3, voir entre autres l'affaire *R. c. Sparrow*, [1990] 1 *Recueils de la Cour suprême du Canada* 1075.

Mais l'émergence de droits collectifs à caractère identitaire malmène l'universalisme classique jusque dans l'organisation et l'aménagement spatial du pouvoir politique. Le régime autochtoniste opère en effet une identitarisation du politique qui, si elle n'était infléchie, risquerait de fragiliser grandement l'idéal pluraliste des sociétés démocratiques.

C. – *L'identitarisation du politique : le droit
des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale*

On invoque souvent la prétention des autochtones au statut de « peuples », et donc leur revendication d'un droit à l'autodétermination pour distinguer ces collectivités des minorités qui sont aussi par ailleurs des groupes ethnoculturels non dominants²⁷. On observe en fait que si la remise en cause de l'intégrité territoriale des États où vivent les populations autochtones paraît totalement exclue, la reconnaissance de droits politiques collectifs à l'intérieur de ces États, trouve un écho de plus en plus favorable en droit international tout comme en droit canadien.

Ainsi, dans la foulée de la Convention 169 de l'OIT, dont plusieurs dispositions favorisent la liberté d'action collective des autochtones, les projets de déclaration de l'ONU et de l'OÉA relaient puissamment la revendication autochtone d'un droit à l'autonomie politique interne²⁸. Ces instruments internationaux tendent à formaliser une dichotomisation des identités autochtone et non autochtone en aménageant des statuts de citoyenneté différenciée pour les « non-membres » dont l'adhésion à la communauté politique sera contrôlée par les gouvernements autochtones²⁹.

Au Canada, la thèse voulant que les autochtones jouissent d'ores et déjà, au sein du régime fédéral, d'un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale reçoit l'appui de la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones et de la grande majorité des juristes³⁰. Ce droit serait, aux termes mêmes de la Constitution³¹, réservé exclusivement aux personnes ayant la qualité d'autochtone³².

27. Voir par exemple, N. ROULAND, S. PIERRÉ-CAPS et J. POUMARÈDE, *op. cit. supra*, note 20, p. 435.

28. Pour une analyse des divers instruments internationaux relatifs à cette question, voir OTIS et MELKEVIK, *op. cit. supra*, note 8, pp. 31-34.

29. Voir par exemple l'art. 31 du projet de déclaration de l'ONU et l'art. XV(1) du projet de l'OEA.

30. Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, *Partenaires au sein de la confédération : les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, Ottawa, Groupe communication Canada, 1993.

31. Voir l'art. 25 de la Charte canadienne reproduit *supra*, note 4.

32. La Cour suprême a en effet rappelé récemment le fait que « par définition, les droits ancestraux ne peuvent être exercés que par les peuples autochtones », d'où l'obligation « d'empêcher les non-autochtones d'exercer des droits ancestraux », *R. c. Nikal*, Cour suprême du Canada, no. de greffe 23804, le 25 avril 1996, par. 95.

L'autochtonité se trouvera dès lors au principe même de la communauté politique envisagée ; on peut parler ici d'une identitarisation organique du politique car elle sert à délimiter, par un travail différentialiste, le tissu humain constitutif d'une communauté politique, la matière vivante de cette communauté.

Il y a là une distanciation manifeste par rapport à la conception universaliste de l'État-nation selon laquelle la communauté politique se compose, non pas de groupements définis par des référents nationaux ou ethnoculturels, mais bien de l'ensemble des citoyens formant un corps indivisible organisé territorialement en État ³³.

L'identitarisme caractérisant la revendication autonomiste autochtone n'est toutefois pas qu'organique ; il prend aussi la forme d'une instrumentalisation identitaire de la fonction gouvernementale elle-même, dont la finalité essentielle sera la pérennisation, voire la revitalisation, de l'identité des peuples intéressés. Cette finalité s'impose de manière générale par la philosophie identitariste irriguant l'ensemble du corpus normatif international et, plus particulièrement, par la nature des attributions que l'on s'entend pour reconnaître aux corps politiques autochtones. Ces attributions correspondent globalement, tant dans les projets canadiens ³⁴ que dans les instruments internationaux ³⁵, aux matières qui sont étroitement liées à l'identité et à l'intégrité des communautés autochtones.

L'investissement instrumental du politique par l'identité autochtone revient également comme un leitmotiv dans les travaux des spécialistes qui se sont attachés à dégager les fondements du droit inhérent des peuples autochtones à s'autogouverner ³⁶. Il existe d'ailleurs sur ce point une

33. On trouvera une excellente description de la conception classique de l'État-nation universaliste dans S. PIERRÉ-CAPS, *La Multination : l'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris, Odile Jacob, 1995, pp. 56-66.

34. Voir notamment l'art. 29 de l'*Accord de Charlottetown* reproduit dans A. TREMBLAY, *La réforme de la constitution au Canada*, Montréal, Thémis, 1995, p. 486 ; *L'autonomie gouvernementales des autochtones : l'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1995, p. 3 ; P.W. HOGG et M.E. TURPEL, « Implementing Aboriginal Self-Government : Constitutional and Jurisdictional Issues », 1995, 74 *Rev. du B. Can.* 187, pp. 193-194.

35. Voir l'art. 31 du projet de déclaration de l'ONU, l'art. XV(1) du projet de Déclaration de l'OEÀ ; *Rapport de la Réunion d'experts chargés d'examiner l'expérience des pays dans le domaine de l'application de plans d'autonomie interne en faveur des populations autochtones*, Nuuk, Groenland, 24-28 sept. 1991, E/CN.4/1992/42, par. 12.

36. Voir notamment dans le contexte canadien, P. MACKLEM, « Normative Dimensions of an Aboriginal Right of Self-Government », 1995, 21 *Queens L.J.* 173, pp. 185, 186, 190, 202, 204, 215, 216 et 217 ; M. ASCH et P. MACKLEM, « Aboriginal Rights and Canadian Sovereignty : An Essay on *R. v. Sparrow* », 1991, 29 *Alt. L. Rev.* 498, pp. 503 et 506 ; A. BISSONNETTE, « Les droits et libertés des peuples autochtones du Canada : débats constitutionnels et identités

convergence frappante entre la perspective canadienne et la réflexion qui a cours au sein des organisations internationales. Ainsi, la « définition de travail » des peuples autochtones ayant orienté les plus récents travaux onusiens décrit ces groupes comme étant :

« [...] déterminés à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques ³⁷. »

On tient donc la quête de persistance et de développement identitaires pour inhérente à l'autochtonie contemporaine.

L'emprise de l'identité sur le politique ne serait guère problématique si la puissance publique autochtone ne visait que les autochtones eux-mêmes, procédant ainsi d'un principe de personnalité des lois et non du modèle occidental de la territorialité politique ³⁸. Il n'y aurait en effet, dans ce cas, aucune dépossession politique des non-autochtones qui continueraient de jouir pleinement des droits civils et politiques afférents à leur identité citoyenne au sein de l'État.

Un régime de personnalité des lois est effectivement envisagé par les experts consultés par l'ONU ³⁹, de même qu'au Canada, comme modalité de mise en œuvre d'un droit inhérent à l'autonomie gouvernementale autochtone, plus particulièrement dans le cas des autochtones n'ayant pas d'emprise foncière différenciée ⁴⁰. Mais il n'est nullement question de dissocier complètement, et dans tous les cas, la puissance publique autochtone de toute emprise spatiale ⁴¹.

Au contraire, la territorialité autochtone tend, par la superposition spatiale de droits fonciers et de droits politiques à vocation identitaire, à mettre

culturelles », 1989, XIX *Recherches amérindiennes au Québec*, 3, p. 6 ; HOGG et TURPEL, *loc. cit. supra*, note 34, pp. 193-194.

37. *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, J.R. MARTINEZ COBO, rapporteur spécial de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, par. 379.

38. Pour une étude tout à fait remarquable de l'histoire et de l'évolution contemporaine de la territorialité politique, voir B. BADIE, *La fin des territoires : essai sur le désordre international et sur l'utilité social du respect*, Paris, Fayard, 1995.

39. Voir le Rapport de la réunion d'experts, *supra*, note 35, art. 5.

40. Voir la position du gouvernement fédéral, *supra*, note 34, pp. 22-24. Le texte de l'*Accord de Charlottetown* « n'établissait aucun rapport entre les gouvernements autochtones et l'assise territoriale de leur autorité, de telle sorte qu'on aurait pu imaginer un gouvernement autochtone dont l'autorité n'aurait pas été limitée à un territoire donné », TREMBLAY, *op. cit. supra*, note 34, p. 161. Voir aussi HOGG et TURPEL, *op. cit. supra*, note 34, pp. 199-200.

41. Ainsi, dans le cas de communautés disposant d'une emprise foncière, le principe de personnalité ne serait envisagé que de façon complémentaire au Canada, pour étendre les normes de la communauté territorialisée aux membres de celle-ci se situant à l'extérieur de son assise spatiale ; voir la politique du gouvernement fédéral, *supra*, note 6, p. 22 ; HOGG et TURPEL, *op. cit. supra*, note 34, pp. 199-200.

l'orthodoxie territoriale au service de la quête différentialiste. Il y a alors recherche de concordance géographique entre les données du bornage politique et celles de la construction identitaire.

D. – *L'identitarisation du territoire : du foncier sacralisé à la captation identitaire de l'espace*

La composition identitaire de l'institution territoriale paraît irrésistible lorsque la terre, expression sacrée de l'autochtonité, devient le fondement d'un titre foncier servant lui-même d'assiette spatiale privilégiée au pouvoir politique autochtone. La sacralité du rapport de l'homme à la terre représente un précepte fondateur de la cosmogonie autochtone traditionnelle. On trouve une formulation classique de cette vision du monde dans *La Charte de la Terre des peuples autochtones*, instrument international émanant des autochtones eux-mêmes et dont l'article 31 énonce ce qui suit :

« Les peuples autochtones ont été placés sur notre mère, la Terre, par le Créateur. Nous appartenons à la terre. Nous ne pouvons être séparés de nos terres et de nos territoires ⁴². »

C'est aussi le langage qu'utilisent les autochtones du Canada pour rendre compte de leur conception du lien les unissant aux terres ancestrales ⁴³. Les peuples autochtones de l'Amérique du Nord inscrivaient traditionnellement la terre dans une cosmogonie trinitaire de la nature, de l'homme et cosmos ⁴⁴. L'héritage s'y raconte à partir d'un Récit initial qui place l'homme et sa communauté sur des terres leur étant destinées par la volonté du Créateur. Le rapport à la terre est ainsi « sacré », tout comme les « droits coutumiers » communautaires.

Ce lien sacralisé devient un thème central du discours identitaire. Composante fondamentale de l'autochtonité, l'appartenance organique de l'homme à sa terre d'enracinement immémorial est aussi source de droits relatifs à l'espace et aux ressources ; des droits, qui, à leur tour, seront investis d'une qualité identitaire. Ce passage du sacré au foncier identitarisé, du mythique au juridique, ressort bien de l'affirmation suivante :

« Nos territoires sont des entités vivantes qui s'inscrivent dans une relation vitale permanente entre les êtres humains et la nature. De leur possession découle le développement

42. Adoptée lors de la Conférence mondiale des peuples autochtones sur le territoire, l'environnement et le développement, Kari-Oca (Rio), 25-30 mai 1991. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1994/12.

43. Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, *Conclure des traités dans un esprit de coexistence : une solution de rechange à l'extinction du titre ancestral*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1994, pp. 9-16. Voir aussi MACKLEM, *loc. cit. supra*, note 36, pp. 183-184.

44. Voir O. LYONS, « Spirituality, Equality, and Natural Law », dans Leroy LITTLE BEAR, Menno BOLDT et K. Anthony LONG (dir.), *Pathways to Self-Determination. Canadian Indians and the Canadian State*, Toronto, University of Toronto Press, 1984, pp. 5-13 ; R. ROSS, *Dancing with a Ghost : Exploring Indian Reality*, Markham, Octopus Books, 1992. Voir aussi, B. MELKEVIK, « Aboriginal Legal Cultures », dans Christopher B. GRAY (dir.), *The Philosophy of Law : An Encyclopedia*, New York, Garland, 1997 (à paraître).

de notre culture. Nos biens territoriaux devraient être inaliénables, incessibles et faire l'objet d'un titre de propriété [...] ⁴⁵. »

La revendication d'un patrimoine foncier ancestral devient le point d'« ancrage du droit à la différence » ⁴⁶, voire une condition essentielle à la survie de l'autochtonie ⁴⁷. Conformément à cette perspective, la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones du Canada appelait récemment à la mise au rancart de toute politique gouvernementale d'extinction consensuelle des droits fonciers ancestraux au motif qu'une telle mesure « vise l'extinction de droits intimement liés à l'identité autochtone » ⁴⁸.

Les instruments internationaux reconnaissent clairement la qualité identitaire des droits fonciers autochtones. L'article 13 de la Convention 169 de l'OIT fait même obligation expresse aux États de « respecter l'importance spéciale que revêt pour la culture et les valeurs spirituelles des peuples intéressés la relation qu'ils entretiennent avec les terres ou territoires [...] ». Dans le projet onusien, on n'hésite pas à verser dans l'essentialisme en assimilant purement et simplement à un génocide culturel tout acte ayant pour but ou effet de déposséder les autochtones de leurs terres ou de leurs ressources ⁴⁹. Rappelons aussi la définition de travail du rapporteur spécial Cobo selon laquelle les terres traditionnelles des autochtones « constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple » ⁵⁰.

Tout comme le droit international, le régime canadien donne un rôle central au référent identitaire dans la définition des maîtrises autochtones de l'espace et des ressources. Selon la Cour suprême du Canada, les droits ancestraux des peuples autochtones tirent leurs racines des coutumes, prati-

45. La *Charte de la Terre des peuples autochtones*, *supra*, note 42, art. 32.

46. ROULAND, PIERRÉ-CAPS et POUMARÈDE, *op. cit. supra*, note 20, pp. 468 et 470.

47. La Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones cite par exemple les propos de leaders autochtones pour qui l'abandon des droits ancestraux revient à « renoncer à ce qui définit de la façon la plus fondamentale notre identité et notre relation avec le Créateur [...] ». Voir *supra*, note 43, p. 51. On consultera aussi le document de référence sur la Constitution de l'Assemblée des Premières Nations, Rapport des commissaires, *First Nations Circle on the Constitution : To the Source*, Ottawa, 1992, pp. 8-9 et 42-43.

48. Voir *supra*, note 43, p. 69. À la p. 53, la Commission assimile l'exigence de l'extinction à un « refus de permettre l'expression, en droit canadien, de certains aspects de l'identité autochtone. ».

49. L'art. 7(b) projet de déclaration de l'ONU qualifie d'ethnocide ou de génocide culturel « Tout acte ayant pour but ou pour effet de les priver [les autochtones] de leurs terres, de leurs territoires et de leurs ressources ». D'autres vont encore plus loin et traitent toute proposition d'abandon des droits fonciers autochtones, même par voie de traité, comme un acte ethnocidaire. Voir *Sovereign Injustice : Forcible Inclusion of the James Bay Crees and Cree Territory into a Sovereign Québec*, Grand Council of the Crees, 1995, p. 273. On peut aussi y lire que « Si on considère que les aborigènes ont cédé tous leurs droits, il n'y a plus d'aborigènes ».

50. Voir *supra*, note 37.

ques et traditions précoloniales appartenant à la culture distinctive des autochtones ⁵¹.

Le titre foncier autochtone emporte la maîtrise de l'espace et du fond de terre plutôt qu'une maîtrise « fruitière » spécialisée visant une ressource en particulier ⁵². Au titre foncier se rattachent des droits d'occupation de l'espace, de prélèvement, de gestion et de disposition des ressources ainsi que des droits d'exclusion ⁵³. Cet exclusivisme est d'ailleurs parfois revendiqué au nom d'une véritable sacralisation de l'autochtonité foncière :

« L'existence des peuples autochtones remonte à la nuit des temps. Nous descendons en ligne directe du Créateur. Nous avons vécu et maintenu la Terre dans l'état où elle était au premier jour. Ceux qui n'appartiennent pas à cette terre doivent la quitter parce que leurs intérêts (ce qu'on appelle le 'développement') sont contraires aux lois du Créateur ⁵⁴. »

La reconnaissance du titre foncier sur les terres traditionnelles, en plus de servir de support mythique et juridique à l'identité autochtone, fera dès lors en sorte que les titulaires de droits fonciers puissent être identitairement homogènes.

Mais l'identitarisme franchit une étape capitale lorsque ces mêmes espaces fonciers identitarisés sont politicisés pour accéder au statut de « territoire », c'est-à-dire de support spatial de la puissance publique autochtone. La volonté de faire coïncider le territorial et le foncier fera que l'autonomie autochtone se déploiera au premier chef sur les terres sacralisées grevées de droits identitaires exclusifs.

Il y a alors fusion du terroir mythique, du foncier et du politique pour inscrire dans l'ordre constitutionnel l'aménagement identitaire de l'espace. Le discours différentialiste se saisit de la territorialité politique pour

51. VANDERPEET, *supra*, note 5. Les juges seront cependant tenus de définir les droits se rapportant à la terre et aux ressources à partir d'une représentation généralement stéréotypée et passéiste d'un mode de vie figurant l'héritage précolonial ; les droits ancestraux s'exerceront dans une large mesure en marge des modes de production et de développement que les Européens ont introduit sur le continent nord-américain.

52. Voir l'art. 15 de la Convention 169 et l'art. 26 du projet de l'ONU. Pour la Cour suprême du Canada, « le titre aborigène est une sous-catégorie de droits ancestraux qui concerne seulement les revendications de droits fonciers », VANDERPEET, *supra*, note 5, par. 74.

53. Voir l'art. 18 de la Convention 169 et l'art. 26 du projet de l'ONU. C'est ainsi qu'on a pu écrire que « le titre indigène confère à ses titulaires le droit de s'opposer au libre passage sur leurs terres de tout étranger à la communauté » : R. LAFARGUE, « Droits de l'homme, politiques judiciaires et gestion communautaire des conflits : la normalisation des rapports inter-ethniques par l'adaptation du droit anglo-australien à la coutume aborigène », 1996, 31 *Droits et Cultures*, pp. 219-265, à la p. 254. Pour le droit canadien on consultera notamment l'affaire *Adams c. La Reine*, [1993] *R.J.Q.* 1011 (C.A., en appel à la Cour suprême). La Cour suprême a commencé à identifier les droits afférents aux ressources dans l'affaire *Nikal*, *supra*, note 32, pars. 88-89 et 103-106.

54. *Charte de la Terre des peuples autochtones*, *supra*, note 42, art. 68.

« étendre au territoire la qualité indiscutable d'attribut naturel de l'identité revendiquée »⁵⁵.

Le vocabulaire juridique en matière autochtone tend à confondre le foncier et la territorialité politique de droit public. Il n'est pas rare que l'on parle allègrement de droits « territoriaux » pour désigner de simples maîtrises foncières et « fruitières »⁵⁶. Même si les instruments internationaux précisent que l'usage du mot « territoire » dans les dispositions foncières vise plutôt à assurer que la maîtrise autochtone puisse s'étendre à « la totalité de l'environnement »⁵⁷, on peut douter de l'utilité de la référence territoriale dès lors qu'il est convenu que le foncier concerne à la fois la maîtrise de l'espace et des ressources.

Au Canada, la Constitution elle-même entretient une ambiguïté fondamentale en faisant référence aux « accords sur des revendications territoriales »⁵⁸, alors même que l'on vise des ententes dont la plupart ne comportent aucunement l'attribution d'une assise spatiale à des corps politiques autochtones⁵⁹.

Cette ambivalence terminologique ne peut être tout bonnement mise au compte de la désinvolture langagière ; elle trahit plutôt une propension à établir une coïncidence géographique et matérielle entre le foncier et le politique. Ainsi, les autochtones estiment que leur titre traditionnel sur les terres comprend nécessairement la faculté d'exercer la puissance publique sur celles-ci⁶⁰, ce qui explique le refus de plusieurs communautés au Canada et au Québec de dissocier le politique du foncier dans leurs négociations avec l'État⁶¹.

55. BADIE, *op. cit. supra*, note 38, p. 102.

56. N. ROULAND, S. PIERRÉ-CAPS et J. POUMARÈDE, *op. cit. supra*, note 20, pp. 468-471.

57. Art. 13(4) de la Convention 169 et art. 26 du projet de déclaration de l'ONU.

58. Voir les art. 25 et 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

59. Ces accords ne garantissent que des droits fonciers, laissant de côté la question du droit constitutionnel à l'autonomie gouvernementale. Voir la *Convention définitive des Inuvialuit*, l'*Accord sur les revendications territoriales du Nunavut*, l'*Entente sur la revendication territoriale globale des Gwich'in*, l'*Entente sur la revendication territoriale des Dénés et des Métis du Sahtu*, l'*Entente définitive des premières nations de Champagne et de Aishihik*, l'*Entente définitive de la Première nation des Gwitchin Vuntut*, l'*Entente définitive de la Première nation des Nacho Nyak Dun* et l'*Entente définitive du Conseil des Tlingits de Teslin*.

60. M. ASCH, *Home and Native Land : Aboriginal Rights and the Canadian Constitution*, Toronto, Methuen, 1984, p. 30, où l'auteur écrit entre autres : « [...] it appears that the notion of a land base within a separate political jurisdiction is fundamental ». L'affaire *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97 (C.A.C.-B.) est éloquent à cet égard puisque les demandeurs y réclamaient à la fois des droits fonciers exclusifs et des droits d'autonomie politique sur les terres en litige.

61. On fait écho à cette position dans les travaux de la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones. Dans son rapport sur les solutions de rechange à l'extinction du titre ancestral, *supra*, note 43, la Commission écrit à la p. 67 : « De l'avis de la Commission, les parties à des négociations globales devraient s'efforcer de conclure une entente qui, s'agissant du territoire en jeu, protège les intérêts existants des tiers, reconnaît les droits fonciers des autoch-

La Réunion d'experts de l'ONU, à l'instar des juristes canadiens⁶², a également établi un lien étroit entre les maîtrises foncières traditionnelles et l'autonomie politique des peuples autochtones. Ces experts concluent que :

« Les territoires autochtones et les ressources qu'ils contiennent sont essentiels à l'existence physique, culturelle et spirituelle des peuples autochtones et à la jouissance effective de l'autonomie et de l'auto-administration [...] »⁶³

En outre, les politiques gouvernementales canadiennes et québécoises tendent de plus en plus à valider la jonction du foncier et du politique. Au Québec, on évoque le droit des peuples autochtones « de se gouverner sur les terres leur appartenant en propre »⁶⁴ alors que la politique du gouvernement fédéral conçoit l'autonomie gouvernementale comme se rattachant essentiellement à l'assise foncière des communautés vivant au sud du 60^e parallèle ainsi qu'au Yukon⁶⁵.

Le calquage de la cartographie politique autochtone sur les règles du découpage foncier est en quelque sorte exacerbé par la compétence législative prépondérante que l'on convient d'attribuer aux corps politiques autochtones relativement à l'occupation et l'usage des terres grevées d'un titre foncier autochtone⁶⁶. À la maîtrise foncière autochtone se superpose le pouvoir étatique autochtone de sanction contraignante de cette exclusivité foncière. Participant de cette logique, le projet de déclaration de l'ONU précise que les gouvernements autonomes autochtones pourront contrôler « l'accès des non-membres à leur territoire »⁶⁷.

En fait, le contrôle des droits de résidence et d'établissement qui accompagne la politisation du foncier facilite concrètement la logique politique d'exclusion des non-membres. On peut difficilement voir ce qui empêcherait que, par ce système de territorialité identitaire, on instaure ou perpétue le modèle de la réserve ethnoculturelle homogène. On notera d'ailleurs que

tones et de la Couronne et répartit entre les parties les droits relatifs à la fonction gouvernementale ».

62. P. MACKLEM, « First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination », 1991, 36 *McGill L.J.* 382. Cet auteur écrit, à la p. 389, que « *native self-government at least refers to the need for a territorial base on native land [...]* ». D'autres estiment que « *it is obvious that every First Nation would require extensive powers over its own land* ». HOGG et TURPEL, *op. cit. supra*, note 34, p. 198. Voir aussi le rapport de la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, *supra*, note 43, p. 67.

63. *Rapport de la Réunion d'experts, supra*, note 35, par. 5.

64. Art. 8 du *Projet de loi sur l'avenir du Québec*, Éditeur officiel du Québec, 1995. Voir aussi le principe n° 6 du document *Les 15 principes*, dans *Les fondements de la politique du Gouvernement du Québec en matière autochtone*, Québec, Secrétariat aux affaires autochtones, 1988, p. 4.

65. Voir *supra*, note 34, pp. 21-22.

66. Voir l'art. 31 projet de l'ONU, l'art. XV(1) du projet de l'OÉA ; l'art. 12 du rapport de la Réunion d'experts de l'ONU. Pour le Canada, voir HOGG et TURPEL, *op. cit. supra*, note 34, p. 198 ; Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, *supra*, note 43, p. 67. Voir aussi l'énoncé de politique fédéral, *supra*, note 34, p. 6.

67. Art. 31.

bien des autochtones et des analystes sont partisans du modèle de la réserve qui leur apparaît comme nécessaire, dans certains cas, à la préservation et au développement de l'autochtonité en conjuguant « le legs du passé et les exigences de la modernité »⁶⁸.

Des auteurs expliquent que les gouvernements autochtones identitairement « séparés » ne sauraient être assimilables aux ghettos ou aux bantoustans caractéristiques du régime d'*apartheid* qu'a connu l'Afrique du Sud⁶⁹ puisqu'ils n'ont nullement pour objet de cantonner les communautés autochtones et leurs membres dans un statut d'infériorité systémique par rapport aux autres composantes de la société⁷⁰.

Cela est sans doute vrai, mais en ne prêtant ainsi attention qu'au traitement égalitaire ou équitable des *groupes* ethnoculturels, on fait totalement l'impasse sur les droits des individus. En fait, on ne saurait cautionner la marginalisation permanente des personnes identitairement allogènes sans présumer de l'inaptitude de la pensée politique et constitutionnelle contemporaine à tracer des voies inédites de coexistence démocratique de communautés nationales hétérogènes.

Parce que la mobilisation du politique et de la territorialité au profit de l'identité n'exclut pas un « zonage identitaire », elle rend impérieux l'examen des mesures nécessaires à la préservation d'un certain espace pluraliste.

De plus, la fonction essentiellement identitaire attribuée au pouvoir politique autochtone pose le défi du respect de la liberté individuelle face à l'impératif communautaire de sauvegarde de la différence culturelle. L'identitarisme autochtone ne fait pas qu'évoquer la question essentielle du rapport de l'identité aux droits fondamentaux ; il oblige aussi à rechercher les voies d'une conciliation de l'identité collective et de l'universalité des droits de l'individu.

68. N. ROULAND, S. PIERRÉ-CAPS et J. POUMARÈDE, *op. cit. supra*, note 20, pp. 377 et 381.

69. M. ASCH, *op. cit. supra*, note 60, à la p. 101, affirme qu'il faudrait parler de *apartness* et non d'*apartheid*.

70. Voir ASCH, *op. cit. supra*, note 60, pp. 100-101 ; A. BISSONNETTE a défendu dans les termes suivants la possibilité de restreindre les droits politiques des non-membres dans le contexte de la mise en œuvre du défunt *Accord de Charlottetown* : « La reconnaissance constitutionnelle des gouvernements autochtones aurait pu être entièrement minée par des recours judiciaires permettant à tout citoyen canadien d'y participer et d'être élu. En effet, même s'il ne s'agit pas là d'un fondement racial, il reste que l'existence de ces gouvernements repose sur le fait que certaines personnes se reconnaissent et sont reconnues comme appartenant à des peuples autochtones. Permettre, par ailleurs, à leurs seuls membres d'utiliser ces mêmes droits démocratiques pourrait sembler acceptable dans la mesure où ces peuples estiment que la démocratie parlementaire est la seule façon pour eux d'exercer leur droit à l'autonomie gouvernementale ». Voir BISSONNETTE, « Analyse posthume d'un accord mis à mort », 1993, XXIII *Recherches amérindiennes au Québec*, 80, pp. 85-86.

II. — LES VOIES DE CONCILIATION
DES DROITS FONDAMENTAUX UNIVERSELS
ET DES DROITS IDENTITAIRES AUTOCHTONES

A. — *Le droit collectif à l'identité :*
un avatar de la modernité juridique

Malgré les critiques formulées par les adeptes de l'individualisme universalisant, la consécration de droits et de pouvoirs à vocation identitaire en faveur de communautés ne heurte pas en soi les grandes valeurs émancipatrices de la modernité⁷¹. En fait, l'inscription juridique de l'altérité autochtone, tout comme la protection identitaire des minorités, paraît correspondre de plus en plus à une exigence de la modernité pluraliste en ce qu'elle traduit la tolérance et l'esprit d'ouverture à l'égard de composantes historiques non dominantes du corps social.

En plus de participer d'un principe de pluralité, le droit collectif à l'identité ressortit aussi au principe d'égalité en ce qu'il tend à accorder aux autochtones ce que la majorité a acquis pour elle-même par le jeu de la démocratie représentative, savoir une capacité de renforcement et de transmission de sa culture. La légitimation fondamentale des identités non dominantes sera alors susceptible de les aider à se prémunir contre l'arbitraire étatique dans toute ses formes.

Le droit à l'identité peut en outre faciliter l'accès de tous à un patrimoine commun de droits fondamentaux parce qu'il fortifie la légitimité démocratique des groupes ethnoculturels marginalisés ainsi que leur aptitude à s'exprimer et à participer dignement aux délibérations ponctuant la vie nationale. De fait, les États ont sans doute moins à craindre du dialogue des identités en leur sein que des conséquences sociales et politiques d'un refus dogmatique de donner une voix collective organisée aux groupes ethnoculturels non dominants.

Mais un système constitutionnel moderne doit aussi garantir que les valeurs de pluralité, d'égalité et de liberté, qui sont susceptibles de fonder le « droit à la différence », pourront en même temps servir de balises, voire de freins, à l'identité comme principe d'organisation du pouvoir politique. Ainsi, un droit collectif à l'identité ne saurait autoriser l'incarcération de l'individu dans son groupe d'origine. L'individu doit pouvoir se réclamer librement et dignement de son autochtonité sans sacrifier au primordialisme identitaire ses droits fondamentaux de même que ses appartenances tout aussi changeantes que multiples.

De même, il sera impérieux que le droit identitaire ne soit pas lui-même destructeur des principes universalistes d'égalité et de pluralité par l'intolé-

71. Voir G. OTIS, « Ébauche d'une théorie d'un droit à l'identité appliquée à l'autochtonie canadienne », dans *Le défi identitaire*, *supra*, note *, pp. 6-7.

rance à l'égard des autres identités. Les peuples autochtones sont « directement impliqués dans la gestion de la pluralité sociale et culturelle qui ferme toute voie vers l'exclusion »⁷², de sorte que pour mériter une quelconque protection, leurs revendications identitaires doivent se faire dans le respect des droits fondamentaux des autres membres du corps social.

Une fois consacré le primat des droits fondamentaux, rien n'interdira évidemment que l'on se montre flexible dans sa mise en œuvre concrète. C'est dire que tout en délimitant un patrimoine commun de droits et libertés se rattachant à une citoyenneté politique commune au sein de l'État, on pourrait en moduler l'application de manière à rendre compte, dans des situations de fait particulières, de la spécificité des sociétés autochtones⁷³.

B. – *Le primat des droits de l'homme dans la quête identitaire*

La consécration de droits subjectifs collectifs et la personnalisation juridique du groupe qui en résulte témoignent certes d'une sorte de révolution dans l'idéologie libérale occidentale. Mais la primauté des droits fondamentaux vient faire échec à toute forme coercitive de collectivisme identitaire et de relativisme culturel radical par lesquels on tenterait de tenir pour opposés les droits de la personne et les droits des autochtones.

Cela ressort des instruments autochtonistes internationaux qui garantissent la priorité hiérarchique des droits fondamentaux individuels sur les institutions ou les droits collectifs à vocation identitaire⁷⁴. De même, l'attention particulière que les textes internationaux accordent au traitement égalitaire des femmes⁷⁵ témoigne de la préséance structurelle de la philosophie des droits fondamentaux par l'aménagement d'un statut moderne de la femme autochtone.

Les tenants d'un relativisme culturel intransigeant, amalgamant l'individualisme libéral et l'oppression culturelle des autochtones⁷⁶, n'auront donc pas à ce jour été en mesure d'imposer leur point de vue de sorte que les porte-parole autochtones paraissent de plus en plus acquis, ne serait-ce que par pragmatisme politique, au principe des droits fondamentaux.

72. G. KHOUBI, « Penser les minorités en droit », dans A. FENET *et al.*, *op. cit. supra*, note 21, 251, p. 259.

73. Les juges canadiens ont déjà eu l'occasion d'appliquer la Charte constitutionnelle des droits à des corps publics autochtones en tenant compte du contexte social et des valeurs culturelles propres aux collectivités autochtones. Voir par exemple *Eastmain Band v. Gilpin*, [1988] 3 C.N.L.R. 15 (C.P. Qué.) ; *R. c. Hatchard*, [1993] 1 C.N.L.R. 96 (C.Gén. Ont.).

74. Voir l'art. 8 de la Convention 169 ; l'art. 33 du projet de déclaration de l'ONU et l'art. II du projet de déclaration de l'OÉA.

75. Voir l'art. 3 de la Convention 169 et l'art. 45 du projet de Déclaration de l'ONU.

76. Voir M.E. TURPEL, « Aboriginal Peoples and the Canadian Charter : Interpretative Monopolies, Cultural Differences », 1989-90, 6 *Annuaire canadien des droits de la personne*, 3.

Au Canada, le consensus universaliste ⁷⁷, pour lequel plusieurs groupes de femmes autochtones n'ont eu de cesse de militer ⁷⁸, représente un des legs politique de l'Accord de Charlottetown de 1992 qui assujettissait, quoique de manière atténuée, les gouvernements autochtones aux prescriptions de la Charte canadienne des droits et libertés ⁷⁹. Le primat des droits fondamentaux figure d'ailleurs parmi les éléments clé de la politique fédérale relative à l'autonomie gouvernementale autochtone ⁸⁰.

Si l'on s'entend généralement pour dire que les individus autochtones devraient pouvoir invoquer à l'encontre de leurs gouvernements les droits et libertés qui sont opposables aux autres ordres étatiques, le statut des non autochtones sous un régime d'autonomie interne continue d'être problématique en raison de l'exclusivisme foncier et politique propre à la territorialité identitaire.

Pour faire place au pluralisme et à la communion des identités, la logique de la réserve propre à l'autochtonisation du territoire devra inéluctablement être dépassée. Leur adhésion persistante à la logique territoriale fait naturellement craindre aux autochtones ⁸¹ que la reconnaissance de droits résidentiels et politiques aux non-membres, ne leur fasse perdre, au gré des vicissitudes démographiques, la mainmise sur des institutions gouvernementales dont la justification première est pourtant de leur garantir une véritable autonomie politique.

Le droit collectif à l'autonomie politique, comme fondement d'une organisation politique territorialisée liée à l'identité autochtone, pourrait effectivement être menacé de dépérissement par l'imbrication des populations. Le défi sera alors de réaliser un *modus vivendi* constitutionnel à même d'har-

77. Pour des points de vue favorables à l'application des droits fondamentaux aux gouvernements autochtones, voir entre autres N. ROULAND, S. PIERRÉ-CAPS et J. POUMARÈDE, *op. cit. supra*, note 20, p. 459. Parmi les auteurs canadiens on consultera T. ISAAC et M.S. MALOUGHNEY, « Dually Disadvantaged and Historically Forgotten? Aboriginal Women and the Inherent Right of Aboriginal Self-Government », 1992, 21 *Man.L.J.* 453 ; J. BURROWS, « Contemporary Traditional Equality : The Effect of the Charter on First Nation Politics », 1994, 43 *U.N.B.L.J.* 19 ; Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, *supra*, note 30, pp. 39-40.

78. T. NAHANE, « Dancing With a Gorilla : Aboriginal Women, Justice and the Charter », dans *Aboriginal Peoples and the Justice System*, Ottawa, Services et Approvisionnement Canada, 1993, p. 359 ; ISAAC et MCLOUGHNEY, *loc. cit. supra*, note 77.

79. Voir l'art. 26 de l'Accord reproduit dans Tremblay, *op. cit. supra*, note 34, p. 485.

80. Selon le gouvernement du Canada, il faut « établir un juste équilibre entre les droits et libertés individuels et les valeurs et traditions propres aux peuples autochtones » : *supra*, note 34, p. 5. On constate d'ailleurs que cette préoccupation est inscrite dans le projet d'accord conclu récemment avec les Nisga'a de Colombie-Britannique, qui prévoit l'obligation pour les corps politiques Nisga'a de se conformer à la Charte canadienne. Voir *Nisga'a Treaty Negotiations Agreement-in-Principle*, le 15 février 1996, p. 6.

81. De même qu'à certains juristes, voir ASCH, *op. cit. supra*, note 60, pp. 102-104 ; BISSONNETTE, *loc. cit. supra*, note 70, p. 86.

niser l'impératif pluraliste et démocratique avec une autonomie politique réelle des identités. Des montages politico-institutionnels novateurs s'imposent afin de permettre à chaque groupe identitaire de s'affranchir des déterminismes territoriaux et de se développer comme entité culturelle distincte, sans égard à son poids dans la rationalité arithmétique de la démocratie majoritaire.

C. – Vers une fédéralisation des identités

Il faut penser une architecture constitutionnelle qui transcende la territorialité identitaire au profit d'une recomposition de la communauté politique réalisant la synthèse des logiques universaliste et identitariste. Le résultat, qui pourrait ressembler à la « multination »⁸² ou la « consociational democracy »⁸³, devrait être une formule apte à concilier le principe démocratique, à la base du gouvernement majoritaire commun, et les droits collectifs identitaires réservés aux composantes nationales différenciées.

L'inscription juridique de la « nation » ethnoculturelle parallèlement à la communauté politique universalisée permettrait de départager des sphères de compétence entre, d'une part, des institutions communes à tous, sans égard aux appartenances ethnoculturelles et, d'autre part, chaque groupe culturel constitué en unité juridique et politique autonome. Un tel régime d'association intercommunautaire devrait dès lors assurer à chaque composante ethnoculturelle des compétences exclusives en toute matière intimement liée à sa culture propre. Le champ des « affaires communautaires » donnerait lieu à une pluralité de corpus normatifs dont le domaine d'application serait fonction du libre rattachement communautaire des individus, alors que les « affaires communes » seraient traitées dans un cadre normatif unique d'application universelle sur l'ensemble du territoire⁸⁴.

*

* *

Nous avons montré comment l'autochtonie internationale, de même que les groupes autochtones nationaux, notamment ceux du Canada et du Québec, lancent, par leurs revendications identitaires, un défi encore largement

82. Voir PIERRÉ-CAPS, *op. cit. supra*, note 33. On consultera tout particulièrement la troisième partie de l'ouvrage.

83. A. LIJPHART, *Democracy in Plural Societies. A Comparative Exploration*, New Haven, Yale University Press, 1977.

84. Pour des propositions semblables appliquées au contexte de l'Europe centrale et orientale, voir PIERRÉ-CAPS, *op. cit. supra*, note 33, pp. 255-282. Étant donné la portée identitaire du titre foncier, la délimitation des « affaires communes » et des « affaires communautaires » en fonction de l'identité assurerait à la composante autochtone, sous réserve des droits résidentiels des non-membres, un pouvoir important relativement aux activités et aux pratiques inhérentes à la maîtrise foncière de ses terres traditionnelles.

sous-estimé à l'idéologie universaliste de l'État-nation libéral. Ce sont d'abord les dogmes individualistes et formellement égalitaristes de la modernité classique qui sont mis en cause au nom des droits collectifs et de l'institutionnalisation de l'altérité autochtone.

De plus, la composition identitaire de la communauté politique, l'inféodation de la puissance publique au principe d'identité et l'autochtonisation du territoire/terroir sacralisé sont autant de tendances lourdes qui concourent à une validation du modèle exclusiviste de la réserve identitaire homogène.

Il reste malgré tout possible de relever le défi de l'inscription dans la modernité juridique d'un droit collectif des autochtones à l'identité. On y parviendra en fortifiant le contrôle du groupe sur sa destinée tout en lui refusant un pouvoir de domination des individus et d'exclusion arbitraire des personnes identitairement allogènes. Il faudra pour cela dépasser la logique territoriale de même que l'absolutisme majoritaire de la démocratie représentative afin de permettre la cohabitation, au sein de structures inédites, des logiques particularistes et universalistes.

L'Observation générale du Comité des droits de l'homme au sujet de l'Article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

PAR

WILLIAM A. SCHABAS

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL *

L'article 25 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* constitue le cœur du volet « droits politiques » de cet instrument central du système universel de protection des droits de l'homme. Il déclare :

« Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables :

« a) De prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis ;

« b) De voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant l'expression libre de la volonté des électeurs ;

« c) D'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays ¹. »

Des projets en provenance de l'Union Soviétique ont été ajoutés lors des débats à la Commission des droits de l'homme ², ainsi qu'un texte de compromis rédigé par la Yougoslavie et la France ³. Ce dernier cherchait à faciliter l'adoption du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* par des États dits « moins démocratiques ».

Signe tangible des difficultés posées par l'interprétation et la mise en œuvre de cette disposition, le Comité des droits de l'homme vient tout juste de publier son Observation générale au sujet de l'article 25 ⁴, terminant ainsi son premier cycle d'observations, qui a commencé il y a quinze ans ⁵.

* Professeur et directeur, Département des Sciences juridiques.

1. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 1976, 999 R.T.N.U. 171.

2. Doc. N.U. E/CN.4/218 et 395 ; Doc. N.U. E/CN.4/L.120, L.125, L.221 ; Doc. N.U. A/C.3/L.96.

3. Doc. N.U. E/CN.4/L.224/Rev. 1 et Rev. 4.

4. Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7.

5. Sur le Comité des droits de l'homme, voir F. SUDRE et autres (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies* (communications individuelles), Montpellier, IDEDH, 1995 ; M. NOWAK, *CCPR Commentary*, Kehl, Engel Verlag, 1993 ; D. MCGOLDRICK, *The Human Rights Committee*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

Les observations générales sont autorisées par l'article 40 du Pacte, et constituent un genre de commentaire officiel ou authentique sur les dispositions de l'instrument. Depuis quelques années, le Comité a fait preuve de beaucoup d'audace dans la rédaction de ses observations générales. L'Observation générale 23 (50), adoptée en 1993, sur le droit des personnes appartenant à des minorités ethniques, religieuses et linguistiques, a avancé plusieurs hypothèses nouvelles quant à l'interprétation de l'article 27 du Pacte⁶. Ce dernier texte démontre que le Comité ne se sent pas lié par les travaux préparatoires du Pacte et est maintenant prêt à donner une interprétation dynamique et évolutive du Pacte⁷. Ses récentes observations originales et innovatrices ont même provoqué des réactions assez virulentes de la part des États parties, comme en témoignent les commentaires à l'égard de l'Observation générale 24 (52)⁸, au sujet des réserves, faites par les États-Unis, le Royaume-Uni et la France en 1995⁹. À la lumière de cette pratique nouvelle, l'Observation générale 25 (57) sur l'article 25 du Pacte et le droit de tout citoyen de participer aux affaires publiques de son État, adoptée par le Comité le 12 juillet 1996, est très décevante¹⁰. Le Comité se contente de réaffirmer des constatations qui paraissent dans les comptes rendus analytiques d'examen des rapports périodiques d'États parties depuis la fin des années 1970, et il évite soigneusement d'aborder plusieurs des grands problèmes d'interprétation qui préoccupent actuellement les milieux internationaux. L'Observation générale 25 constitue donc, pour les aspects de la question qu'elle examine, un texte timide, et pour ceux qu'elle ignore, un texte incomplet.

I. – UN DOCUMENT TIMIDE

Pour le président et rapporteur du Groupe de travail, Tamas Bán, qui a préparé le projet d'observation générale à partir d'un projet rédigé par Elizabeth Evatt¹¹, le Comité des droits de l'homme devait choisir entre deux approches. La première était d'interpréter l'article 25 comme une garantie de procédure qui devait être respectée par les États parties quels

6. Doc. N.U. A/49/40, Vol. I, Annexe V.

7. Un membre du Comité, Rajsomeer Lallah, a affirmé récemment que « le principe même de l'Observation générale est un produit de la guerre froide, étant donné qu'à cette époque les membres du Comité ne souhaitaient pas tous que des observations sur des rapports individuels soient publiées et préféraient formuler des observations généralisées à partir des informations extraites de nombreux rapports. » Doc. N.U. CCPR/C/SR.1399, § 15.

8. Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, (1995) 7 R.U.D.H. 59.

9. « Observation by the United States of America on General Comment No. 24 (52) », Doc. N.U. A/40/40, 16 H.R.L.J. 422 ; « Observations by the United Kingdom on General Comment No. 24 », Doc. N.U. A/50/40, 16 H.R.L.J. 424 ; Doc. N.U. A/51/40 (observations de la France).

10. Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7.

11. Doc. N.U. CCPR/C/53/CRP.1.

que soient les organes élus, ou comme un texte de droit positif donnant aux citoyens le droit de participer à des organes exerçant un pouvoir réel¹². Chose étonnante pour ce Comité prestigieux chargé de la mise en œuvre de cet instrument primordial de la protection des droits de l'homme, ce n'est qu'à la suite d'un débat que le Comité a décidé d'affirmer que l'article 25 du Pacte exige l'existence d'un système démocratique.

Pour Bán, l'emploi du mot « démocratique » l'incite à réflexion, car il ne lui apparaît pas clairement que l'article 25 impose aux États parties d'avoir une forme démocratique de gouvernement. « L'absence d'institutions démocratiques n'aboutit pas nécessairement à une violation de l'article 25¹³ ». Nisuke Ando était d'accord avec cette position, ajoutant « qu'il est vrai que certains pays qui ont encore un régime monarchique garantissent de façon satisfaisante les droits de l'homme. »¹⁴ En revanche, Rosalyn Higgins a dit « que le Comité ne ferait pas son travail s'il ne disait pas clairement aux États qu'en l'absence d'une démocratie capable de fonctionner, il est extrêmement difficile de garantir au moins certains des droits consacrés au Pacte ». Le Comité, ajoute-elle, « devrait défendre publiquement l'opinion selon laquelle le libellé de l'article 25 implique une pluralité de choix entre des candidats représentant des conceptions politiques différentes. »¹⁵ Heureusement, la version finale de l'Observation générale affirme que l'article 25 appuie le processus du gouvernement démocratique, fondé sur le consentement du peuple et en conformité avec les principes du Pacte.

Le droit international public a historiquement reconnu un lien entre le droit à l'autodétermination et la tenue d'élections « libres », « honnêtes » et « périodiques »¹⁶. Le Comité des droits de l'homme constate que les droits protégés par l'article 25 sont distincts tout en ayant un rapport avec le droit des peuples de disposer d'eux-mêmes, qui est reconnu à l'article 1^{er} du Pacte¹⁷. Le Comité observe que, tandis que l'article 1^{er} vise le droit des *peuples*, l'article 25 protège le droit des individus de participer au processus qui implique l'exercice du droit à l'autodétermination. Dans le passé, le Comité a souvent rejeté des communications déposées en vertu du *Protocole*

12. Doc. N.U. CCPR/C/SR.1399, § 5.

13. Doc. N.U. CCPR/C/SR.1399, § 25.

14. Doc. N.U. CCPR/C/SR.1399, § 28.

15. Doc. N.U. CCPR/C/SR.1399, § 30. Voir aussi les commentaires de M^{me} Medina Quiroga (§ 31) et de M. Klein (§§ 32-33).

16. Voir *L'affaire du Sahara occidental*, [1975] Rapports C.I.J. 12, à la p. 36. Aussi : « Rapport du Secrétaire-général sur la mise en œuvre des résolutions 46/137 et 17/138 », Doc. N.U. A/48/590 ; David PADILLA, Elizabeth HOUPPERT, « International Election Observing : Enhancing the Principle of Fair and Free Elections », 1993, 7 *Emory Int'l. L. Rev.*, 73, à la p. 79.

17. Le Comité a également émis une observation générale au sujet de l'article 1, mais qui n'aborde la question des élections que de façon oblique : « Observation générale 12(21) (art. 1) », Doc. N.U. CCPR/C/21/Add.3.

*facultatif au Pacte relatif aux droits civils et politiques*¹⁸ et basées sur l'article 1^{er}, au motif qu'un individu ne peut pas invoquer un droit qui appartient aux peuples¹⁹. En revanche, comme le Comité l'indique, une communication fondée sur l'article 25 peut être considérée comme recevable²⁰.

Le principe du suffrage universel est reconnu par l'article 25, sans « restrictions déraisonnables » et, bien sûr, sans discrimination fondée sur des motifs énumérés dans l'article 2 du Pacte²¹. Le paragraphe (a) l'affirme implicitement (« Tout citoyen a le droit et la possibilité [...] de prendre part à la direction des affaires publiques »), et le paragraphe (b) expressément (« [...] de voter et d'être élu, au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel »). À la différence des autres dispositions du Pacte, l'article 25, y compris le droit de vote, n'est applicable qu'aux citoyens. Le Comité déclare que des distinctions entre citoyens qui obtiennent leur citoyenneté par naturalisation par rapport à ceux qui l'ont obtenu par naissance peuvent soulever des questions de compatibilité avec l'article 25²².

Mais le Comité accepte des restrictions quant au droit de vote fondées sur l'incapacité mentale²³ ou sur l'âge²⁴, en ajoutant qu'en principe tout citoyen « adulte » doit pouvoir voter. Le mot « adulte » n'est pas défini. Peut-on faire un raisonnement *a contrario*, en se référant à la *Convention relative aux droits de l'enfant*, qui déclare que le mot enfant « s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable »²⁵ ? Mais la *Convention* autorise la participation des personnes âgées de plus de quinze ans dans des conflits armés²⁶. Peut-on juger un garçon ou une fille de quinze ans suffi-

18. (1976) 999 R.T.N.U. 216.

19. *Lubicon Lake Band (Bernard Ominayak) c. Canada* (n° 167/1984), Doc. N.U. CCPR/C/38/D/167/1984, Doc. N.U. A/45/40, Vol. II, p. 1 ; *A.B. et al. c. Italie* (n° 413/1990), Doc. N.U. A/46/40, p. 320, (1991) 12 H.R.L.J. 25 ; *E.P. et al. c. Colombie* (n° 318/1988), Doc. N.U. A/45/40, p. 184. *Micmaq Grand Council c. Canada* (n° 205/1986), Doc. N.U. A/47/40, p. 205.

20. *Supra* note 2, § 2.

21. « [...] notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation [...] ». Cet aspect non discriminatoire des droits politiques est renforcé par des dispositions dans la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 1969, 660 R.T.N.U. 195, art. 5 ; *Convention pour la prévention et la répression du crime d'apartheid*, 1973, 1015 R.T.N.U. 243, art. IIc) ; *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 1981, 1249 R.T.N.U. 13, art. 7 ; *Convention sur les droits politiques de la femme*, 1954, 193 R.T.N.U. 135, arts. I à III ; *Convention de l'O.I.T. (n° 111) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession*, 1960, 361 R.T.N.U. 31, art. 3 (d).

22. *Supra* note 2, § 3. Voir aussi : Doc. N.U. CCPR/C/SR.597.

23. *Ibid.*, § 4.

24. *Ibid.*, § 10.

25. Rés. A.G. 44/25, Annexe, art. 1.

26. *Ibid.*, art. 38 § 3.

samment mature pour mourir pour la patrie, mais trop immature pour participer à la vie politique ? Le Comité est muet sur cet aspect du problème.

En revanche, selon le Comité, toute restriction au droit de vote fondée sur l'incapacité physique, le niveau d'alphabétisme ²⁷ ou d'éducation, ou la possession de biens ²⁸, est inadmissible. De plus, l'appartenance à un parti politique ne peut constituer ni une condition d'éligibilité pour le scrutin, ni un critère de disqualification ²⁹. En ce qui concerne la suspension du droit de vote en cas de condamnation pour une infraction pénale, le Comité signale que la période de suspension doit être proportionnelle à l'infraction et à la sanction imposée ³⁰.

Le Comité examine le phénomène du recensement et constate que l'État doit faciliter le processus et éliminer les obstacles possibles. Si un critère de résidence fait partie des qualifications ³¹, il ne faut pas l'imposer de façon à priver du droit de vote les sans-abri. Des lois doivent réprimer toute ingérence dans le processus de recensement et le scrutin lui-même. Enfin, le Comité déclare que des campagnes d'enregistrement et d'éducation électorale sont « nécessaires » afin de garantir le respect des droits reconnus à l'article 25. Plus particulièrement, le Comité recommande l'utilisation de techniques afin de faciliter l'exercice des droits démocratiques, telles la diffusion de renseignements dans des langues minoritaires et l'emploi de symboles ou de photos sur le bulletin de vote, dans l'intérêt des électeurs analphabètes ³².

Il est généralement reconnu que la notion de restrictions au droit d'être candidat aux élections est légèrement plus large que dans le cas du droit de vote. Pour le Comité, il peut être raisonnable d'exiger un âge plus élevé pour le droit d'être candidat ou d'occuper un poste que dans le cas du droit de vote ³³, mais uniquement dans la mesure où une telle limitation est basée sur des critères raisonnables et non discriminatoires ³⁴. Une interdiction de se porter candidat fondée sur le niveau d'éducation, la résidence ou l'origine sera *prima facie* inadmissible, dit le Comité ³⁵. Par contre, le Comité suggère qu'une restriction fondée sur le fait que le candidat se trouve à être employé dans la fonction publique, dans la magistrature, ou membre de la police ou

27. Voir aussi : Doc. N.U. CCPR/C/SR.118.

28. Voir aussi : Doc. N.U. CCPR/C/SR.161, Doc. N.U. CCPR/C/SR.251.

29. *Supra* note 2, § 10.

30. *Ibid.*, § 14. Voir aussi : Doc. N.U. CCPR/C/SR.711, Doc. N.U. CCPR/C/SR.724.

31. Dans Doc. N.U. CCPR/C/SR.265, on a considéré une exigence de résidence de sept ans comme déraisonnable.

32. *Ibid.*, § 12.

33. *Ibid.*, § 4.

34. *Ibid.*, § 15.

35. *Ibid.*

des forces armées, peut être acceptable³⁶. Une phrase qui disait que l'exclusion des faillis de l'électorat doit être justifiée par des critères objectifs a été retirée du projet³⁷ et ne paraît pas dans le texte définitif³⁸.

Enfin, le Comité affirme qu'on ne peut refuser le droit d'être candidat en raison de l'opinion politique qui, de toute façon, est un critère de discrimination prohibé par l'article 2 du Pacte. Cependant, le Comité signale le rôle de l'article 5, § 1 ; « Aucune disposition du présent Pacte ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et des libertés reconnus dans le présent Pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues audit Pacte. » Or, à ce titre il sera possible d'interdire des activités de candidats ou de partis politiques qui font de la propagande en faveur de la guerre, ou des appels à la haine nationale, raciale ou religieuse, qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence³⁹. Le Comité a déjà déclaré irrecevable pour cette raison une communication individuelle, déposée en vertu du Protocole facultatif, par un Italien de l'extrême droite qui fut extradé de la France vers l'Italie⁴⁰. Mais certains membres, notamment Christine Chanet, se sont objectés à ce que ce point soit inclus dans l'Observation générale. Il s'agissait, pour elle, d'une boîte de Pandore et d'une invitation à la répression que le Comité serait mieux d'éviter⁴¹.

L'article 25 (b) exige que des élections soit « périodiques ». Sur ce point, le Comité se limite à des banalités qui, de toute façon, découle sans aucun doute du libellé du texte lui-même. Pour le Comité, des élections doivent être tenues à des intervalles qui ne sont pas indûment longues, afin d'assurer que l'autorité du gouvernement demeure fondée sur la libre expression de la volonté des électeurs⁴². Les travaux préparatoires de l'article 3 du *Protocole premier à la Convention européenne des droits de l'homme* suggèrent que les élections ne doivent pas être trop fréquentes ni trop rares. La Commission interaméricaine des droits de l'homme a considéré qu'une prolongation de dix ans constitue une violation de la *Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme*⁴³.

36. *Ibid.*, §§ 16, 18. Pour une discussion de l'exclusion des candidats et des électeurs fondée sur les antécédants judiciaires, voir : Doc. N.U. CCPR/C/SR.937, §§ 21-22.

37. Doc. N.U. CCPR/C/53/CRP.1, § 13.

38. Pour le débat, voir : Doc. N.U. CCPR/C/SR.1448, §§ 3, 5.

39. *Supra* note 1, art. 20. Voir Doc. N.U. CCPR/C/SR.937, § 24 (Cooray).

40. *M.A. c. Italie* (n° 117/1981), Doc. N.U. CCPR/C/OP/2, p. 33, § 13.3. Le projet d'observation générale faisait référence directe à cette constatation, mais la référence a été supprimée dans la version finale : Doc. N.U. CCPR/C/53/CRP.1, § 14.

41. Doc. N.U. CCPR/C/SR.1448, § 21.

42. *Ibid.*, § 9.

43. Third Report on the Development of the Situation of Human Rights in Chile, doc. AR 1977, 77-99 (1977).

Le droit du citoyen d'accéder aux fonctions publiques de son pays, dans des conditions générales d'égalité, est prévu à l'article 25 (c) du Pacte. Le Comité complète la disposition avec une série d'affirmations non contestables⁴⁴ : les critères de nomination et d'embauche, de promotion, de suspension et de congédiement doivent être objectifs et raisonnables ; des mesures affirmatives sont acceptables dans des cas appropriés afin de garantir un accès égal aux postes de la fonction publique⁴⁵.

II. – UN TEXTE INCOMPLET

Le Comité passe sous silence plusieurs des questions les plus délicates soulevées par le texte de l'article 25. Par exemple, depuis longtemps on s'interroge sur la nécessité d'un système de représentation proportionnelle afin de garantir que le citoyen participe de façon efficace « par l'intermédiaire de représentants librement choisis ». Un système électoral qui n'attribue pas de postes élus aux représentants des petits partis politiques, qui sont incapables d'obtenir une majorité dans aucune circonscription, peut porter atteinte à ce principe⁴⁶. Lors des débats, Andreas Mavrommatis a affirmé que la représentation proportionnelle est actuellement considérée comme le meilleur système pour une société démocratique⁴⁷. Cependant, le Comité n'aborde aucunement cette question. Il se contente de rappeler que le Pacte n'impose aucun système électoral en particulier. Selon le Comité, tout système doit permettre aux électeurs de s'exprimer librement. Le vote d'un électeur doit être « de valeur égale » à celui d'un autre, déclare le Comité, mais il implique que la question primordiale à cet égard est la délimitation des frontières électorales plutôt que la représentativité du système en soit⁴⁸.

Il en est de même pour le financement des partis politiques. Plusieurs États ont développé des systèmes de financement par lequel des fonds publiques sont attribués aux candidats afin de faciliter leurs campagnes électorales. De telles pratiques sont éminemment louables, mais elles peuvent avoir des effets pervers. Le Comité n'a rien à dire sur cette question : il se limite à l'observation qu'il est possible de limiter les dépenses électorales des candidats là où c'est nécessaire, en vue d'assurer le respect du libre choix des électeurs et l'intégrité du processus démocratique ainsi que de contrôler

44. *Ibid.*, § 23.

45. Voir : *Stalla Costa c. Uruguay* (n° 198/1985), Doc. N.U. CCPR/C/OP/2, p. 232 ; *J.K. c. Canada*, (n° 174/1984), Doc. N.U. CCPR/C/OP/2, p. 66, 7§ 3.

46. A. NADAIS, « Choice of electoral systems », dans Larry GARBER, Eric BJORN LUND (dir.), *The New Democratic Frontier. A Country by Country Report on Elections in Central and Eastern Europe*, Washington, National Democratic Institute for International Affairs, 1992.

47. Doc. N.U. CCPR/C/SR.1448, § 13. Voir aussi M. LALLAH, au § 20 ; M^{me} Medina QUIROGA, au § 27 ; M. Bruni CELLI, au § 30.

48. *Supra* note 2, § 21.

la possibilité de dépenses disproportionnées de la part de certains candidats ou partis politiques ⁴⁹.

Qu'en est-il des systèmes électoraux où il n'y a qu'un parti unique ? ⁵⁰ Là, aussi, le Comité refuse d'aborder le problème du multipartisme directement. Mais, implicitement, il se prononce contre tout système de parti unique. En discutant de la possibilité de se porter candidat, le Comité affirme que ce droit ne peut pas être limité de façon déraisonnable en imposant une exigence d'appartenance à un parti politique, ou à un parti en particulier ⁵¹.

Le Comité ne parle pas non plus du problème des dérogations. À quelques reprises, il considère la possibilité de la « suspension » du droit de vote ou du droit d'être élu, mais en la situant dans le contexte de la limitation, l'article 25 comportant sa propre clause de limitation (« sans restrictions déraisonnables »), plutôt que dans le cadre de la dérogation prévue à l'article 4. Or, la distinction entre la limitation et la dérogation est tout de même fondamentale. L'article 25 ne se trouve pas parmi les droits dont la dérogation n'est jamais permise. Il peut donc être suspendu en respectant les critères de forme et de fond prévus à l'article 4. Il est regrettable que le Comité n'examine pas cet aspect de l'interprétation de l'article 25, étant donné l'importance de la tenue des élections – ou de leur annulation – en période de « danger public exceptionnel [qui] menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel ». Une telle suspension des élections peut, dans certains cas, constituer la meilleure façon de protéger les droits démocratiques de ceux qui sont visés par le Pacte.

La surveillance électorale exercée par la communauté internationale est de plus en plus répandue, même s'il paraît probablement prématuré de parler d'une pratique généralement reconnue. Il faut se rappeler que pendant quarante ans, les Nations Unies ont considéré la question des élections comme étant au cœur même du domaine réservé aux États souverains par l'article 2, § 7 de la *Charte des Nations Unies*. Aussi récemment qu'en 1988, le Secrétaire général J. Perez de Cuellar a affirmé que l'ONU n'envoie pas d'observateurs aux élections dans des pays indépendants ; l'ONU « ne participe pas aux élections politiques ⁵². » À partir de 1989, à l'occasion d'une demande émanant du ministre des Affaires étrangères du Nicaragua, on a envisagé une modification de cette politique conservatrice ⁵³. Avec l'appui

49. *Ibid.*, § 19.

50. Pour le débat à ce sujet dans l'Assemblée générale, voir : Doc. N.U. A/C.3/44/L.72 ; Doc. N.U. A/C.3/44/SR.54, §§ 58-60.

51. *Supra* note 2, § 17.

52. Procès-verbal d'une conférence de presse, le 5 juillet 1988, Doc. N.U. SG/SM/4158/Rev.1. Dans une lettre au président de l'Assemblée générale datée du 5 avril 1989, le secrétaire-général déclare que l'O.N.U. a été invitée à surveiller des élections à plusieurs reprises, mais qu'elle a toujours refusé : Doc. N.U. A/44/210.

53. Doc. N.U. A/44/210.

de l'Assemblée générale ⁵⁴ et du Conseil de sécurité ⁵⁵, la surveillance électorale devient rapidement une pratique répandue et courante. Lors de la rédaction de l'observation générale, certains membres du Comité des droits de l'homme ont évoqué le phénomène de la surveillance par la communauté internationale ⁵⁶, mais le texte final ne parle que du droit à la révision judiciaire afin de contester des irrégularités ⁵⁷. Le Comité a manqué, sur ce point, une bonne occasion de faire avancer le débat quant à une obligation internationale de permettre et de faciliter des moniteurs internationaux lors d'élections.

Certaines réserves ont été formulées à l'égard de l'article 25 (c) par des États parties lors de la ratification du Pacte, notamment en ce qui concerne le droit des femmes d'accéder aux fonctions publiques sur une base d'égalité. La Belgique a formulé une réserve quant à la succession royale, qui exclut les femmes ⁵⁸. Le Royaume-Uni, au nom de l'Irlande du Nord, du Hong Kong et du Fiji, où il existe des restrictions sur l'emploi des femmes mariées dans la fonction publique, a également fait une réserve à cette disposition ⁵⁹. Le Comité des droits de l'homme a récemment annoncé une campagne à l'égard des réserves douteuses, et il est regrettable qu'il ne profite pas de l'occasion de son Observation générale pour dire si ces réserves sont compatibles avec l'objet et le but du Pacte ⁶⁰.

*
* *
*

Comme le Comité le signale dans l'observation générale 25, les libertés « classiques » – la liberté d'expression, celles de réunion pacifique et d'association – sont des conditions essentielles du droit de vote ⁶¹, mais il est intéressant de constater que ce dernier n'a été reconnu qu'assez récemment. Il ne s'agit pas, certainement, de droits de la « première génération », comme un examen sommaire des déclarations du dix-huitième siècle nous le démontre. L'article 6 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* à admis ce qui suit :

« Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. »

54. Par ex., Doc. N.U. A/RES/44/10 ; Doc. N.U. A/RES/45/3 ; Doc. N.U. A/RES/47/114.

55. Par ex., Doc. N.U. S/RES/637 ; Doc. N.U. S/RES/690 ; Doc. N.U. S/RES/693 ; Doc. N.U. S/RES/729 ; Doc. N.U. S/RES/745 ; Doc. N.U. S/RES/747 ; Doc. N.U. S/RES/772 ; Doc. N.U. S/RES/782 ; Doc. N.U. S/RES/797 ; Doc. N.U. S/RES/809 ; Doc. N.U. S/RES/866.

56. Doc. N.U. CCPR/C/SR/1399, § 8 ; § 17.

57. *Supra* note 2, § 20.

58. Doc. N.U. CCPR/C/2/Rev.3.

59. Manfred NOWAK, *CCPR Commentary*, Kehl, Engel, 1993, p. 751.

60. *Ibid.*, p. 769.

61. *Supra* note 2, § 12.

Le *Bill of Rights* américain a été amendé à la suite de la guerre civile, afin d'ajouter le 15^e amendement :

« Le droit du suffrage des citoyens des États-Unis ne pourra être refusé ou restreint par les États-Unis ni par aucun État, à raison de race, de la couleur, ou d'un état antérieur de servitude. »

À l'époque, les femmes n'avaient pas encore le droit de vote, une situation qui n'a changé dans la plupart des grandes démocraties que pendant le vingtième siècle. Pourtant, presque cent ans après l'adoption du 15^e amendement, un genre d'*apartheid* existait encore aux États-Unis, par lequel la population afro-américaine était privée du droit de vote par des examens d'électeurs et des irrégularités lors de l'enregistrement des électeurs. Et de nos jours, cette minorité ethnique demeure marginalisée par rapport au système démocratique américain, comme en témoigne le faible taux de sa participation aux élections.

Le texte de l'article 25 du Pacte est dérivé de l'article 21 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* :

« 1. Toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis.

« 2. Toute personne a droit à accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.

« 3. La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics ; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement, au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote. »⁶²

L'article 25 du Pacte provient d'un texte proposé conjointement par la France et la Yougoslavie lors des débats de la Commission des droits de l'homme, son but étant de rallier des États « moins démocratiques » grâce à un dénominateur commun plutôt vague qui laisse une grande marge de manœuvre aux États, par sa référence aux « restrictions déraisonnables »⁶³. À cette occasion, certains États ont exprimé des réticences quant à la possibilité de codifier dans un engagement conventionnel des règles uniformes, compte tenu des différences importantes entre les systèmes politiques⁶⁴. Par exemple, le représentant belge s'est opposé au texte de la disposition, parce qu'il considérait le principe comme un idéal démocratique plutôt qu'un droit véritable⁶⁵. Cette même préoccupation explique l'absence d'une dispo-

62. Rés. A.G. 217 A (III), Doc. N.U. A/810.

63. Doc. N.U. E/CN.4/L.224, Rev. 1. Rev. 4. Le texte de la Commission a été adopté par l'Assemblée générale avec quelques modifications mineures : Doc. N.U. A/C.3/SR.1096-1097. Pour l'interprétation de ce terme par un tribunal interne, voir : *Pavlou v. Chief Returning Officer, Mayor of Nicosia, Hjiandreas v. Chief Returning Officer, Mayor of Aglandjia*, (1991) 86 I.L.R. 109 (Chypre, Cour suprême).

64. Voir : M. NOWAK, *supra* note 56, aux pp. 437-439 ; K. PARTSCH, « Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms », dans L. HENKIN, *The International Bill of Rights : The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, Columbia University Press, 1981, p. 209.

65. Doc. N.U. E/CN.4/SR.367, aux pp. 12, 14.

sition comparable dans la *Convention européenne des droits de l'homme*⁶⁶, et le faible texte de la correction de ce défaut qui se trouve au *Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme*⁶⁷.

Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* est un document rédigé essentiellement pendant les années 1950. Comme la *Convention européenne des droits de l'homme*, il accuse son âge à plusieurs égards. Dans un cas particulier, le droit à la vie, la mise à jour du texte par le biais d'un protocole facultatif était devenue incontournable⁶⁸. Mais la majorité des dispositions du Pacte bénéficie d'une rédaction assez souple, permettant une interprétation contemporaine, malgré des ambiguïtés qui étaient souvent voulues en raison du débat au moment de leur rédaction. Le Comité des droits de l'homme est le moteur principal de dynamisme dans l'interprétation du Pacte. Force est de constater qu'il a fait défaut en ce qui concerne le droit des citoyens de participer aux affaires publiques de leur pays, objet de la dernière de ces Observations générales.

66. *Supra* note 22.

67. (1955) 213 R.T.N.U. 262, S.T.E. n° 9, art. 3.

68. *Deuxième protocole facultatif relatif aux droits civils et politiques*, A.G. Rés. 44/128 (1989).

Les difficultés de la démocratisation en Afrique

PAR

KUASSI J.B. MONKOTAN

PROFESSEUR À LA FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES,
ÉCONOMIQUES ET POLITIQUES DE L'UNIVERSITÉ NATIONALE DU BÉNIN

Habituellement, par pudeur autant que pour des raisons de bon sens, je n'aime pas trop évoquer, ailleurs que sur le Continent, la démocratisation de l'Afrique en termes de difficultés. Or, un incident banal, survenu à l'escale de Paris, m'interpelle fortement eu égard à cette réserve. Je vous le livre, pour qu'il vous interpelle aussi. Voyant mon effarement, un agent des Aéroports de Paris me demande ma destination : « Je vais en Afrique », répondis-je. « Oui, mais dans quel pays ? » « En Tunisie ». Mon interlocuteur fait une mine dubitative et me rétorque : « Vous savez, quand on parle de l'Afrique, ce n'est pas à la Tunisie que l'on pense ».

Et pourtant, c'est bien en Afrique que je suis. J'en veux pour preuve le fait que c'est la Tunisie qui a donné son ancien nom au Continent : Ifriqya. De plus, la remarque de mon interlocuteur parisien ne manque pas de bon sens : nouveau pays émergent, la Tunisie prend la voie du développement, tandis que la plupart des États africains s'enfoncent un peu plus chaque jour dans l'impéritie. Mais c'est précisément cela qui me fonde à me sentir bien en Afrique ici, et à aborder le sujet de la démocratisation avec le détachement intellectuel qui s'impose. Car cette circonstance particulière d'une Afrique à « plusieurs vitesses » montre que la « matière africaine » exprime à elle seule toutes les altérités du monde actuel.

Est-ce à dire que l'Afrique est le serpent de mer des réalités politiques et juridiques du monde contemporain, une sorte de zèbre dont tout le monde parle, mais que personne ne connaît réellement ? N'est-il pas de facteurs essentiels communs susceptibles de fonder une perception globale de la part des chercheurs ? La présente réflexion tentera de répondre à ces interrogations.

Ainsi, la démocratie aurait des difficultés à s'implanter en Afrique. Ainsi, les bords du Zambèze et du Sud-Méditerranée seraient si peu fertiles qu'ils ne permettent pas l'incubation et la germination de la bonne démocratie.

Une extraordinaire concentration d'événements importants fait dater de 1990 le début de ce qu'il est convenu d'appeler la démocratisation de l'Afri-

que. À ceux de l'extérieur se sont ajoutés des facteurs internes pour conférer à cette période une place particulière dans l'évolution politique de l'Afrique : disparition du mur de Berlin et réunification de l'Allemagne, effondrement de l'URSS et de son empire, puis contestations et remous sociaux de grande ampleur, conférences nationales, instauration à marches forcées du multipartisme, élections pluralistes, libération de la pensée et de la parole. L'Afrique renaît au monde et à la démocratie.

Puis, brusquement, tout bascule : mutineries en Centrafrique, tentative de coup d'État en Guinée, putsch réussi au Niger, assassinats politiques au Burundi¹, génocide au Rwanda, etc. L'échafaudage constitutionnel laborieusement mis sur pied pendant les « années de braises » (1990-1995) semble sur le point de s'effondrer comme un château de cartes. L'Afrique reprend, au grand étonnement de tous, les voies cahoteuses des remises en cause institutionnelles, de coups d'État et... de la descente aux enfers.

Sur un sujet habituellement objet de tant de clichés, il ne serait pas inutile de susciter la controverse et, partant, de fouetter les intelligences pour les faire sortir du confort douillet des certitudes tranquilles. Il va donc falloir, à propos de la démocratisation de l'Afrique, poser d'autres questions et, reprenant les questions anciennes, pérennes, les poser autrement, sous d'autres angles, dans d'autres perspectives.

Il existe des scories qui encombrant la grille d'analyse et de lecture de la démocratie africaine : il faut les dégager pour leur faire un sort (I), avant de tenter de fonder la problématique de la démocratie en Afrique sur des paradigmes sinon nouveaux, à tout le moins « autres » (II).

I. – LES SCORIES DU FAIT DÉMOCRATIQUE EN AFRIQUE

La grille de lecture du fait démocratique africain est encombrée par des obstacles intellectuels résultant de l'habitude prise au fil des ans d'analyser l'évolution politique de l'Afrique à partir de facteurs superficiels. Ainsi, la confusion entre démocratie et multipartisme.

A. – *La démocratie et sa « doublure »*

L'unité philosophique et téléologique de la pensée démocratique (1) n'exclut pas une grande diversité de situations dans les expressions et les modalités de mise en œuvre (2).

1. Deux chefs d'État sont tués coup sur coup, Melchior Ndadaye dans la nuit du 21 au 22 oct. 1993 et son remplaçant, Cyprien Ntaryamira, le 6 avril 1994.

1. *L'unité philosophique et téléologique de la démocratie*

Au niveau de ses principes, la démocratie jouit d'une unité conceptuelle et théorique incontestable. Gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple, la démocratie est le système dans lequel la souveraineté appartient au peuple, qui l'exerce soit directement, soit indirectement à travers ses représentants librement élus. Elle s'oppose à la tyrannie dont elle est l'antidote. La perfection n'est pas de ce monde, l'unanimité non plus. Pour qu'un système politique puisse être qualifié de démocratique, il lui faut un fondement opératif : la règle de la majorité. C'est ainsi que lorsque la majorité de la population choisit ses dirigeants en toute liberté, ceux-ci deviennent, *de facto* et *de jure*, responsables et gouvernants de l'ensemble des citoyens de l'État considéré.

La démocratie a paru, par moments, souffrir d'un excès de significations : démocraties pluraliste, populaire, présidentielle, parlementaire, etc. Mais, au-delà des distinctions factuelles opérées pour la clarté de l'analyse, entre ce qu'on appelle les différentes conceptions de la démocratie, celle-ci est essentiellement l'autogouvernement de tout le peuple, la participation de chaque citoyen à la gestion des affaires de la cité. Le gouvernement direct étant pratiquement impossible, cet autogouvernement se réalise par l'élection périodique, au suffrage universel, de représentants qui acceptent le caractère transitoire du pouvoir qui leur est confié, qu'ils exercent conformément aux règles fixées par la constitution. C'est là la traduction achevée de la souveraineté populaire.

Pour les philosophes du XVIII^e siècle, la démocratie a pour essence le droit pour le peuple de désigner et de contrôler le gouvernement de la nation. Car « lorsque, dans la république, le peuple en corps a la souveraine puissance, c'est une démocratie [...] Le peuple, dans la démocratie, est, à certains égards, le monarque, à certains autres, il est le sujet »².

Après trente ans d'indépendance et de monolithisme politique, les États africains ont renoué avec les pratiques de gouvernement communément admises par la communauté internationale : multipartisme, liberté d'expression, élections régulières, acceptation de l'alternance, c'est-à-dire du caractère transitoire du pouvoir conféré aux élus du jour. Le continent porte désormais un habit politique que l'on reconnaît, il entre dans un paysage visuel familier. Enfin !

Emportée par l'enthousiasme de voir l'unité conceptuelle et philosophique se réaliser, même à l'égard d'une zone géographique qui semble s'y être longtemps montrée réfractaire, la communauté internationale en a oublié que, partout et de tout temps, la démocratie multipartite se met en œuvre de différentes façons.

2. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, II, II.

2. Modalités particulières de mise en œuvre

Les collectivités n'ont pas connu la même histoire, ni ne baignent dans le même flux culturel. Elles n'ont pas les mêmes aspirations, et les impératifs généraux diffèrent considérablement. Ce ne sont là que truismes, dont il résulte que le sens du mot démocratie varie selon le milieu et le contexte. Cette ductilité du terme est la mesure même de la dynamique incluse dans l'idée démocratique pour en faire l'un des moteurs les plus puissants de l'évolution des sociétés³.

La démocratie est donc à la fois idéal et exigence. Idéal de liberté et de justice, exigence d'un mode de gouvernement et de gestion en vue de la réalisation du bien-être et du mieux-être collectifs. Elle n'est pas non plus une fin en soi, mais un instrument, comme la houe, le coupe-coupe ou la daba entre les mains du cultivateur. C'est l'état du terrain à labourer et le genre de culture à réaliser qui déterminent la nature et les dimensions de l'instrument aratoire.

Elle est plus qu'une simple modalité d'aménagement des rapports sociaux, économiques et politiques, ou une technique de dévolution ou de répartition du pouvoir politique. La démocratie exprime l'idée de « Bien » et comporte ainsi une dimension éminemment subjective. Elle exprime également l'inextinguible soif, l'inaliénable vocation de la personne humaine à prendre en charge son destin individuel et collectif. C'est là une exigence dont le contenu résulte de l'insatisfaction ressentie par des individus bien réels par rapport à une situation actuelle et à l'idée qu'ils se font de ce que serait un ordre politique « autre », sinon « meilleur ».

Le contexte historique, géographique, culturel et doctrinal influe donc considérablement sur l'idée et la pratique démocratiques, pour en révéler les valeurs réalisées, mais aussi les tares et les insuffisances, dans le jeu perpétuellement mouvant des rapports sociaux et politiques, économiques et culturels.

Ainsi, toute l'histoire montre que la démocratie réalisée n'est que la photographie d'une étape d'évolution collective, et un moment du mouvement démocratique, un mouvement qui, jamais, ne s'arrête tant qu'il y a d'hommes vivant d'expériences et nourris d'espérances.

La diversité de situations, d'analyses et de « ressentis » qui caractérisent ces expériences et ces espérances fait qu'une démocratie réalisée ne saurait

3. G. BURDEAU, *Encyclopaedia Universalis*, t. 7, 1995, pp. 151 et s. ; *L'État libéral et les techniques politiques de la démocratie gouvernée*, LGDJ, 3^e édition, Paris, 1987, pp. 25 et s. ; *Traité de science politique*, t. 1 et 2, LGDJ, 3^e éd., Paris, 1980 ; *La démocratie*, Seuil, Paris, 1990 ; H. KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Economica, Paris, 1988 ; O. DUHAMEL, *Les démocraties, régimes, histoire, exigences*, Seuil, Paris, 1993 ; J.H. HALLOWELL, *Les fondements de la démocratie*, Nouveaux Horizons, Paris, 1988 ; G. HERMET, *Culture et démocratie*, UNESCO/Albin Michel, Paris, 1993.

se réduire à une autre : il y a donc une démocratie italienne, qui ne peut se confondre avec la démocratie française, celle-ci étant irréductible aux démocraties américaine ou allemande, qui n'ont que des rapports bien théoriques, « poétiques » même, avec la démocratie japonaise. Unité de repères principaux et de bases téléologiques, diversité de modalités de mise en œuvre et d'expression. C'est que le baobab, bien enfoncé dans le sol avec ses racines, n'en darde pas moins des branches qui vont dans toutes les directions ; et c'est là, dans cette apparente contradiction, que résident la force et la vie même de l'arbre.

Aussi, dans les pays de « vieille démocratie », les analystes sont-ils conduits, inconsciemment ou non, à l'élaboration d'une multitude de grilles de lecture particulières dont ils tirent le regard qu'ils projettent sur le fait démocratique africain : regards italien, français, américain, allemand, etc. Les appréciations différentes, voire divergentes, que leurs observateurs portent sur les élections en Afrique, le montrent clairement.

La confusion entre l'idée et sa mise en œuvre, entre cause et effets, est facilitée par la puissance d'attraction de l'instrument inventé il y a un siècle et demi, pour servir de mesure à la démocratie réalisée : le parti politique.

B. – *Le parti politique,*
instrument de l'expression démocratique

Le merveilleux véhicule que l'on fait emprunter à la démocratie pour s'exprimer et se mettre en œuvre ici (1) est entaché de tares historiques qui sont susceptibles d'être un obstacle à son déploiement ailleurs et à son évolution ultérieure (2).

1. *Le multipartisme, d'hier à aujourd'hui*

Le parti politique comme mode d'organisation politique et d'expression démocratique a 150 ans environ. Il est né en Angleterre avec la réforme électorale de 1832 ; aux États-Unis d'Amérique, c'est également vers 1830, à l'époque de Jackson, qu'apparaissent les partis politiques. Ils surgissent en Europe continentale vers 1848 pour se propager au Japon au début de la nouvelle ère Meiji, entre 1867 et la Première Guerre mondiale⁴.

Les juristes et politologues (de La Palombara à R.G. Swartzenberg, en passant par Weiner et M. Duverger) affirment que le parti politique est une organisation créée pour perdurer, c'est-à-dire survivre à ses fondateurs et aux personnes qui l'animent, dont l'agencement s'étend sur tout un pays avec des structures aux niveaux national et local ; elle vise à conquérir, exercer et conserver le pouvoir ; à cette fin, cette organisation recherche le

4. R.G. SCHARTZENBERG, *Sociologie Politique*, Montchrestien, 4^e édition, Paris, 1988, pp. 70 et s.

soutien populaire qui se manifeste à travers les consultations électorales. Le parti politique repose, avant tout, sur une idée de solidarité nationale à travers une conception de la société globale, une idéologie.

Aujourd'hui, nous assistons sinon à « la fin de l'histoire » comme l'affirmait l'analyste politique F. Fukuyama, du moins à la fin d'une grande histoire de l'humanité : tout un pan est en train de s'effondrer sous nos yeux et les changements auxquels nous devrions nous attendre équivalent, selon R. Guénon, aux mutations que l'homme a connues au moment où la vie a quitté les eaux pour la terre ferme⁵. Dans cette perspective, l'effondrement du communisme n'est qu'une péripétie qui présage tout simplement la mort des idéologies. De toutes les idéologies. La vitalité du capitalisme a servi de pendant, de contrepoids au communisme triomphant des années 1950-1960. L'idéologie communiste s'étant effondrée sous le poids de ses propres contradictions internes et pour n'avoir pas pu ou su répondre aux questionnements des hommes auxquels elle prétendait assurer le bonheur, les failles du système capitaliste ont toutes les chances d'apparaître de plus en plus béantes lorsque l'euphorie actuelle tombera.

Sur le plan de l'organisation de la lutte pour le pouvoir, le parti politique, comme instrument de démocratie réalisée, n'est pas sans poser de graves interrogations à l'heure actuelle, surtout dans les pays où cet instrument a pris naissance et est solidement ancré dans les mœurs. Depuis quelques années, l'actualité bruit d'« affaires » aussi nauséuses les unes que les autres : corruption institutionnalisée comme en Italie, pratiques de financement occulte des partis politiques (France, Japon, etc.), dérives « mafieuses » qui ne reculent devant ni rackets ni assassinats. Il n'est pas un jour où la presse ne révèle des pratiques qui, le moins qu'on puisse dire, n'honorent pas la démocratie multipartisane. Les scandales politico-financiers et la « mafioisation » des institutions politiques, que révèlent l'opération *manu pulite* en Italie et la cascade de « mises en examen » d'hommes politiques français, constituent des éléments indicateurs d'une triste dérive et, peut-être, d'une mutation de grande ampleur.

Plus fondamentalement, la démarcation idéologique entre les partis devenant de plus en plus ténue, et les conditions d'accès au pouvoir révélant des pratiques de moins en moins acceptables, la problématique démocratique, aujourd'hui, interroge plus l'« après » que l'« avant », ce que recouvre la notion de responsabilité : qu'a-t-il fait pendant qu'il avait le pouvoir ? Le « que va-t-il faire quand il y sera » intéresse de moins en moins les citoyens qui, partout dans les pays occidentaux, sont de plus en plus détachés de leurs classes politiques.

5. R. GUÉNON, *La crise du monde moderne*, Gallimard, Paris, 1946.

Et c'est au moment où la démocratie multipartite a atteint ce niveau achevé de perversion qu'on la projette telle quelle sur l'Afrique en s'attendant à une réussite exemplaire. N'y a-t-il pas maladresse ?

2. Les « lectures » africaines de la démocratie multipartisane

Il est de notoriété publique que les idéologies ont très peu « pris » en Afrique. Elles ont servi plutôt d'alibi, de faire-valoir, car les ressorts intimes du fonctionnement politique des Africains se situent ailleurs.

Peut-on parler d'une conception de la société globale dans quelque pays que ce soit en Afrique ? Il faut en douter. Chacun sait combien l'Afrique est sociologiquement et culturellement variée. De manière générale, dans les régions subsahariennes tout au moins, le chef de collectivité (chef traditionnel) a plus d'autorité sur les populations que le représentant de l'État, (Préfet, « commandant ») ou le secrétaire de la section locale du parti au pouvoir. De plus, la « propriété » terrienne est, par principe, collective et incessible, sans pour autant qu'il s'agisse du socialisme à la soviétique ou à la chinoise, mais elle ne saurait non plus s'analyser en une relation d'usufruit⁶. La famille fonde un homme qui en est, lui-même, la base. Un célibataire endurci a moins de considération qu'un homme marié et il n'est pas rare de voir des justiciables polygames prendre un juge à partie au motif que celui-ci, non marié et sans charge de famille, ignore tout de ce à quoi il a affaire et, par conséquent, ne peut juger sereinement et dire le droit en parfaite connaissance de cause. En quoi une telle prise à partie serait-elle moins justifiée que celles que les Africains ont « reçues » des droits européens ?

Quelle idéologie intellectuellement compréhensible pour l'Occident (droite, gauche, centre, extrêmes) peut-elle être opérante dans un tel milieu ?

Par ailleurs, l'organisation durable qu'est le parti politique s'agence pour couvrir tout le territoire d'un pays. C'est-à-dire que le pays existait déjà, avec sa nation, son peuple, à l'intérieur d'un territoire délimité et reconnu par tous, à commencer par les populations concernées. Or, en Afrique, cette intériorisation des dimensions physiques des États pose problème. Il ne peut en être autrement, le tracé des frontières ayant été effectué en 1885 à Berlin, à la règle et sur papier, par des négociateurs distingués représentant les puissances esclavagistes et coloniales qui, à l'époque, doutaient même que les « créatures » qui se trouvaient en Afrique eussent une âme et fussent, simplement, des gens⁷.

6. G.A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?*, Paris, Pédone, 1971 ; *L'homme et la terre : droits fonciers coutumiers et droit de propriété en Afrique occidentale*, ORSTOM/Berger Levrault, Paris, 1986.

7. L. SALA-MOLINS, *Le Code noir, ou le calvaire de Canaan*, PUF, Paris, 1987 ; *La misère des lumières : sous la raison l'outrage*, R. Laffont, Paris, 1992 ; C. BRAECKMAN, *Le dinosaure : le Zaïre de Mobutu*, Fayard, Paris, 1992.

De toute façon, l'inconscient collectif africain est généralement réfractaire à cette « territorialisation » du pouvoir et de l'État. Dans l'Afrique traditionnelle, la terre n'entre nullement en compte dans la qualification et la définition juridiques de l'État. Dans un tel contexte sociologique, l'État peut se définir comme un pouvoir s'exerçant sur des populations, à partir d'une reconnaissance mutuelle fondée sur des actes posés en des circonstances particulières, ou des engagements réciproques en vue de circonstances à venir, relativement à la sécurité des hommes (sécurité juridique, physique, morale, spirituelle). L'État y est de type confédéral, éclaté, mouvant dans l'espace et le temps : les liens se créent et se dénouent en fonction des alliances, mésalliances, dictées par le souci de paix et de sécurité des populations. « L'État unitaire ne relève pas de la panoplie des pratiques et des théories politiques de l'Africain avant l'irruption de l'influence sémito-arabe ou indo-européenne »⁸.

S'ajoute à cela, le fait que, le plus souvent, les frontières traversent des villages, séparent des cases, des champs, et des familles, avec, parfois, des domaines habités à l'intérieur des *no man's land*. On comprend que les Touareg, par exemple, ne se sentent ni nigériens, ni maliens, ni libyens, ni algériens, ou, plus exactement, se sentent tout cela à la fois, posant simplement leur problème en termes d'existence et d'homme. Ce sentiment de non-reconnaissance, ou, plus exactement, de refus de reconnaissance – dans nombre de cas – est très vivace dans plusieurs régions africaines. On feint de ne pas le savoir jusqu'au jour où, excédées, les populations se mettent à poser des actes de désespoir.

Enfin, le parti politique s'assure le soutien populaire à travers les élections, moyen par lequel le peuple désigne ceux qu'il charge d'exercer en son nom, lieu et place, cette souveraineté qui lui appartient. Ce système d'action politique a très rapidement été relu, corrigé et « adapté », avant d'être « adopté » en Afrique, où la victoire électorale démocratique, repose aujourd'hui sur deux facteurs précis : l'équation ethnique (ou tribale) et l'argent. Si le fils du terroir se lance dans l'aventure électorale muni d'un confortable matelas financier, qu'il partage généreusement, les débats d'idées et autres projets de société sont loin d'attirer l'électorat. Si à cela s'ajoute une « équation personnelle » reconnue, ses chances de réussite deviennent proprement irrésistibles. Dans un monde de perversion généralisée, peut-on opposer à cette « méthode » les élections démocratiques réalisées à partir d'un usage effréné de la démagogie, avec la manipulation cathodique, une campagne faite avec l'argent sale obtenu de manière occulte de sources peu recommandables ? À l'inverse, soutenir que la démocratie réalisée en Afrique doit se contenter de tels réflexes conduirait à une institutionnalisation de la tribali-

8. I.A. AKINDJOGBIN, « Le concept de pouvoir dans l'Afrique traditionnelle », dans *Introduction à la culture africaine*, n° 4, UNESCO, Paris, 1986, pp. 9-27 ; P. DIAGNE, « Le pouvoir en Afrique », dans *id.*, pp. 40-60.

sation du jeu politique et du pouvoir d'État, et à une légitimation historique des dérives rwandaises et burundaises.

Il appert donc que accrocher le wagon de la démocratie politique en Afrique à la seule locomotive du multipartisme et de l'automatisme arithmétique relève d'un fétichisme qui conduirait à mutiler dangereusement l'idée démocratique et à l'enfermer dans une cage où, faute d'ouverture sur les « vents nouveaux », la démocratie court le risque d'une rapide asphyxie.

II. – PLAIDOYER POUR UNE VÉRITABLE DIVERSITÉ DANS LE JEU DÉMOCRATIQUE AFRICAIN

« La femme qui tombe ne fixe pas le point où la jarre s'est brisée »⁹. En d'autres termes, ce n'est pas en regardant le caillou sur lequel la jarre s'est brisée que la femme connaîtra la cause de sa chute : c'est en cherchant là où ses pieds ont trébuché, c'est-à-dire... derrière elle.

Il y a des difficultés pour l'instauration et la pérennisation de la démocratie multipartisane en Afrique. L'évidence de la constatation impose la recherche de la (ou des) cause(s), la projection sur le fait politique et démocratique africain d'un éclairage réflexif participant de cet effort de créativité et d'inventivité intellectuelles sans lequel l'évidence confinerait à la permanence.

L'insatisfaction éprouvée face à l'évolution de la démocratie en Afrique ne résulte-t-elle pas du fait qu'on s'attend à ce qu'arrive en Afrique ce qui, jamais, ne s'est produit où que ce soit ? L'échec (momentané ou définitif ?) de la démocratie africaine ne provient-il pas de la fixation faite sur le « partisme » (mono ou multi) comme seul et unique instrument de mise en œuvre ?

Avant de dégager les axes paradigmatiques d'une démocratie africaine au XXI^e siècle (B), il importe de mettre en relief leurs fondements opérationnels (A).

A. – *Les centres d'impulsion des pouvoirs en Afrique*

En Afrique comme ailleurs, il existe des centres d'impulsion de pensées et d'informations qui, soit détiennent de véritables pouvoirs sur et dans les collectivités, soit exercent une influence plus ou moins forte sur les pouvoirs constitués. Les relations entre ces centres et lesdits pouvoirs sont, parfois concurrentielles, parfois complémentaires, mais toujours en rapport avec la vie des collectivités qu'elles « informent » de leurs pulsations diverses. On en trouve de deux sortes sur le Continent : les centres traditionnels (1) et les centres émergents (2) d'impulsion des pouvoirs.

9. Proverbe béninois.

1. *Les centres traditionnels d'impulsion des pouvoirs en Afrique*

L'Afrique traditionnelle a secrété nombre de centres de pouvoirs ou d'impulsion des pouvoirs qui, bien que subissant les assauts divers de la modernité, continuent de jouer un rôle d'équilibre social très important.

Il en est ainsi, en premier lieu, des chefferies traditionnelles. Véritables détenteurs du pouvoir d'État dans les temps anciens, les Chefs traditionnels (encore appelés Rois, Chefs de collectivités, Chefs supérieurs) sont, pour la plupart et officiellement, devenus de vénérables vestiges du passé, entourés d'une aura de respectabilité, mais sans réels pouvoirs. En fait, l'effort fait par le nouvel État africain après son accession à l'indépendance pour « écraser » le pouvoir traditionnel n'a que partiellement réussi. Cet échec tient à plusieurs causes. D'abord, le pouvoir traditionnel est un pouvoir sur les esprits beaucoup plus qu'un pouvoir sur les individus physiques ; il est difficile d'effacer son influence d'un trait de plume. Ensuite, le pouvoir traditionnel africain est très « éclaté » : le chef (le Grand Chef) d'une tribu ou d'une ethnie n'est, en fait que la face émergée d'un iceberg dont la partie cachée est composée d'autres chefs : clans, secteurs d'activités socioprofessionnelles (griots, chasseurs, fossoyeurs, forgerons, etc.), tranches d'âges (jeunes hommes, jeunes filles), etc.

En deuxième lieu, il faut mentionner les structures qui obéissent à une démarche de société civile, parce que situées hors du champ du pouvoir effectif : les chefs de tontines, les sociétés secrètes traditionnelles dont le poids dans nombre de pays d'Afrique est aussi « visible » qu'insaisissable.

Chaque responsable de « secteur » (clan, famille, ordre professionnel,...) est « LE » chef dans son domaine de compétence. Il entretient avec les autres chefs, et même avec le plus grand chef de la tribu ou de l'ethnie, des rapports qui jamais ne s'analysent en termes de hiérarchie, mais d'homologie¹⁰. Dans un tel environnement, en dehors des périodes de crises graves (guerres, déchaînement des éléments, etc.), le Roi passe quasiment inaperçu : il n'a aucune « présence » dans la vie quotidienne des citoyens. Le pouvoir est totalement et complètement désincarné, impersonnalisé. Le Roi est le Roi, le pouvoir est le pouvoir. Instrument entre ses mains, le Roi ne se servira du pouvoir (c'est-à-dire n'utilisera la puissance pour faire exécuter les normes qu'il édicte en tant qu'autorité) que pour accomplir des actes dont l'opportunité, la nature et la portée ne relèvent pas de sa souveraine volonté.

Cette relation, d'une part de différenciation entre le Roi et le pouvoir, d'autre part d'homologie entre les différents rois, chefs, ou responsables, n'altère en rien la force pérenne et prégnante du « pouvoir » dans l'État : le

10. I.A. AKINDJOGBIN, *op. cit.* ; P. DIAGNE, *op. cit.*

Roi l'incarne, comme symbole, comme point de ralliement psychologique, de convergence et de réalisation des pensées et des aspirations.

C'est ce qui a fait dire à nombre de chercheurs africains que l'État n'est pas un phénomène d'importation en Afrique, mais aussi que la démocratie existait sur le Continent. Seulement, cet État était bien différent de celui que le colonisateur laissera en héritage à ses anciennes possessions et cette démocratie se faisait « voir » et se manifestait à travers des modalités bien éloignées de celle de l'époque moderne.

Le caractère perdurable de telles structures traditionnelles, même relativement édulcorées, n'est pas de nature à permettre une incubation de la démocratie « façon moderne », « partiste » (mono ou multi). De plus, le greffage des deux pouvoirs, l'un traditionnel, fluide, plus « prégnant » que « pre-nant », où l'État est flux et interface et, l'autre, moderne, manifesté et où l'État est « LA » force, ne peut pas facilement réussir.

Si la colonisation a pu s'effectuer et son administration s'implanter, c'est qu'elle reposait sur des rapports de force brute. Dès lors qu'on quitte ce terrain pour s'engager sur celui des idées, des arguments et des projets de société, l'inégalité de la lutte entre la « chose des ancêtres » et celle du « Blanc » devient plus qu'une évidence, une nécessité.

Mais voilà, l'État existe en Afrique, et l'Afrique elle-même (avec ses contradictions) est partie intégrante d'un monde qui, bien que s'étant pratiquement construit sans elle, n'en reste pas moins le cadre de son expression existentielle et du déploiement de ses virtualités. Ainsi, si compte doit être tenu de ce que l'histoire a laissé, les brassages et les contacts avec les autres ont laissé d'autres centres qui doivent trouver place dans l'analyse.

2. Les centres émergents d'impulsions des pouvoirs

Après quelques années d'expérience démocratique réussie dans certains États africains (Sénégal, Bénin, Botswana) ou cahoteuse dans d'autres (Zaire, Nigéria, etc.) il est apparu clairement que les partis politiques participent bien peu à la formation politique des citoyens. Ils sont organisés et gérés dans le sens le plus strict de leur définition juridique : conquérir et exercer le pouvoir, pour en jouir dans tous les sens du terme.

Instrumentalisés à l'extrême, les partis politiques servent de faire-valoir : les dénominations officielles ne sont que des variantes sémantiques de « projets de sociétés » parfaitement interchangeables. Ils sont impulsés plus qu'ils n'impulsent et, idéologiquement, ils se ressemblent tous : il semble bien qu'en Afrique, on soit en présence d'un phénomène de multipartisme administratif, ou de partis uniques multipliés. La personnalité, voire la personne, des leaders pèse d'un poids bien plus grand que les projets avancés. Si le contexte international n'est, évidemment, pas sans influence sur une telle situation, celle-ci, fondamentalement, résulte des tendances lourdes qui

caractérisent les ressorts intimes du fonctionnement politique des Africains. Aux yeux de la grande majorité des populations, les idéologies n'ont jamais rien exprimé, ni en terme de vie politique démocratique, ni en celui d'aspiration pour un mieux-être social et économique.

Par contre, les médias et le « mouvement social » constituent des centres émergents dont l'importance et l'influence vont croissant.

Dans le domaine des médias, on sait que l'activité d'information existait dans l'Afrique traditionnelle ¹¹ avec ceux qu'on appelle les griots, les gens (ou maîtres) de la parole, ou du verbe. Ses modes d'action et son régime juridique étaient soigneusement typifiés. Malgré les profonds changements résultant de l'entrée du Continent dans la modernité, l'information de type traditionnel existe toujours (même sous une forme édulcorée) et, aujourd'hui, le Continent est traversé par deux flux d'information : d'une part, le flux traditionnel, qui emprunte des canaux souterrains particuliers, et agissant de manière interpersonnelle à travers ses leaders d'opinion, pour donner la nouvelle, induire une pensée, en vue d'un comportement pour un changement social donné. D'autre part, le flux moderne, avec ses canaux impersonnels, massifs et massificateurs : stations de radiodiffusion et télévision, installation de grandes stations étrangères (RFI, BBC, Africa n° 1, etc.) en modulation de fréquence. Aujourd'hui, ces deux flux agissent sur des secteurs thématiques relativement distincts. Mais leur imbrication progressive finit par conférer au paysage médiatique africain un visage très caractéristique. L'utilisation simultanée de ces canaux confère un redoutable volant de manœuvre et d'action pour qui cherche à influencer sur le cours de la chose politique.

Quant au « mouvement social », il s'agit des structures de la société civile : ONG nationales, étrangères ou internationales, opérant dans des secteurs extrêmement variés, de la défense des droits de l'homme à la production agricole. Il n'est pas un domaine important qui ne soit couvert, en Afrique, par la société civile. Mieux, la faiblesse structurelle de l'État et le « sens du terroir » ont produit des structures qui peuvent, au mieux, servir de relais ou de levain, au pire, constituer, demain, de véritables facteurs de déstabilisation politique, avec une possible dérive ethnique ou tribale. Ce sont les « associations de développement » qui se donnent pour objectif de promouvoir le développement, sous toutes ses formes, de leurs villages, régions ou communautés.

Par les alliances de toutes natures qu'elles nouent, et du fait d'une tessiture législative peu garnie, les structures engendrées par la société civile

11. K.J.B. MONKOTAN, *Information et intégration africaine, quel rôle pour une agence continentale ?*, Thèse de doctorat d'État en droit public, Université de Dakar, 1993, pp. 72-89 ; « Information et démocratie en Afrique : le pluralisme en question », dans *Afrique 2000*, n° 22, juillet-septembre 1995, pp. 51-62.

conquièrent de plus en plus une influence considérable. Leur extension rapide sur les plans spatial et thématique les conduit à prendre en charge des activités jusque-là gérées par les structures traditionnelles dont elles empruntent la logique organisationnelle, à laquelle elles intègrent également les secteurs modernes qu'elles contrôlent. Aujourd'hui manipulées, infiltrées, elles servent de soupape de sécurité au pouvoir politique. Elles peuvent, demain, constituer des contrepoids sérieux dans l'action du pouvoir d'État. En attendant, elles permettent d'arriver au pouvoir : le Mali l'illustre parfaitement ¹².

Le pouvoir réel semble progressivement se transférer dans ces centres émergents qui puisent leur dynamique dans un vocabulaire moderne et une articulation de terroir : ils deviennent ainsi la courroie de transmission entre l'État officiel et le pays réel, entre hier et aujourd'hui. Est-il prudent de s'en désintéresser dans l'œuvre de construction démocratique ?

Cette revue rapide des principaux centres d'impulsion de pouvoirs nous conduit à la nécessité d'engager la démocratie en Afrique sur des « rails » qui rompent avec le passé (passé africain, passé colonial et occidental) sur la base de paradigmes sinon nouveaux, du moins « autres ».

B. – *Plaidoyer pour une démocratie autrement fondée*

Il est nécessaire de faire un constat : celui de l'existence d'États qui, dès leur accession à l'indépendance, n'ont proclamé leur souveraineté sur des territoires hérités de la colonisation que pour mieux affirmer leur volonté d'aller vers l'unité. La permanence du discours politique à cet égard et l'ensemble des actes juridiques constituant le droit international africain interdisent qu'on en fasse litigieuse dans une réflexion comme celle-ci. Pour prendre son essor et son enracinement, la pensée démocratique africaine doit donc compter avec des aspects institutionnels strictement internes (1) et des aspects sociologiques ayant des répercussions extérieures (2).

1. *Les paramètres institutionnels internes*

Les constitutionnalistes et politologues sont habitués à articuler leur réflexion sur le pouvoir d'État autour des trois pouvoirs que sont l'Exécutif, le Législatif et le Judiciaire. La séparation des pouvoirs se présente comme

12. C'est en tant que fondateur, dirigeant et animateur d'ONG que le Chef de l'État actuel, M. Alpha Oumar Konaré, s'est fait connaître au Mali. Distribution de vivres jusque dans les villages les plus reculés à un moment où l'État n'arrivait plus à payer les fonctionnaires, programmes d'alphabétisation et de soutien à l'alphabétisation par la publication de journaux (*Jamana*) en français et en bambara (une des principales langues maliennes), projets d'assistance aux agriculteurs, gestion de coopératives de producteurs et de consommateurs, etc., toutes activités dont les structures se regroupent pratiquement en 1990 pour donner naissance au parti Adema qui n'a, alors, eu qu'à servir à faire élire leur animateur principal, M. Konaré.

la pierre angulaire de la démocratie en action. Cette démarche semble aujourd'hui perdre de sa pertinence, du moins à l'égard de l'Afrique. Pour trois raisons principales.

D'abord, en Afrique, peut-être plus crûment qu'ailleurs, le pouvoir, c'est comme la femme : ça ne se partage pas, surtout entre des hommes politiques¹³. Il y a un pouvoir d'État à l'intérieur duquel une distribution de rôles est faite entre les trois éléments sus-indiqués, auxquels, sur le Continent, s'ajoutent aujourd'hui deux autres : les organes de régulation de l'audiovisuel (gestion des fréquences et accès équitable aux médias publics) et les structures chargées de la gestion des élections. Mais même « distribué », « réparti », le pouvoir demeure à la fois un et unique, et est entre les mains d'un homme, le Chef de l'État et du gouvernement, dont l'élection au suffrage universel interdit qu'il soit confiné dans un rôle symbolique d'inaugurateur des chrysanthèmes.

Une trop bonne appréciation de cette nécessité conduit à des régimes présidentiels écrasants, avec un Premier Ministre plus ou moins « potiche » et une Assemblée nationale réduite à un rôle d'enregistrement (Sénégal, Égypte, Côte d'Ivoire, Tunisie). Toutefois, une erreur dans cette appréciation de la part de l'un quelconque des « bénéficiaires » de cette répartition conduit presque inévitablement à des crises institutionnelles graves (Niger¹⁴, Togo¹⁵, par exemple).

Ensuite, aux yeux des Africains, la terre est sacrée. La considérant comme lieu d'apparition, voire la manifestation de toutes choses invisibles, ils entretiennent avec la terre, des relations de grande piété, de religiosité, qui les conduisent à lui conférer une âme, mieux, à la traiter comme une âme manifestée. La terre est souveraine, divine. À cela, s'ajoute l'attachement des Africains aux phénomènes « irrationnels » et à l'esprit des ancêtres (qui ne meurent jamais). Parce que sacrée, la terre est soustraite au commerce. La « pression » du monde moderne, avec la monétarisation généralisée, rencontre un « durcissement » de la pensée qui tend, elle aussi, à tout généraliser, donc à soustraire toute la terre aux échanges économiques¹⁶. La

13. B. Ben YAHMED, « Le pouvoir ne se partage pas », dans *Jeune Afrique*, n° 1866, octobre 1996, p. 4.

14. A. BOURGI, « Fric-frac à Niamey », dans *Jeune Afrique*, n° 1854, juillet 1996, p. 12 ; F. SOUDAN, « Baré est-il démocrate ? », dans *Jeune Afrique. op. cit.*, pp. 10-13.

15. F. SOUDAN, « Togo, la cohabitation a vécu », dans *Jeune Afrique*, n° 1860, août-sept. 1996, pp. 4-5.

16. Il faut, évidemment, bien cerner les contours de la démarche traditionnelle. Éviter d'édicter des lois inapplicables, établir un répertoire systématique des terres « hors commerce », en leur conférant un régime juridique clair, dégagé en fonction de leur utilité collective (couvents, forêts et bois sacrés) et en les destinant expressément à des phénomènes sociaux précis. En d'autres termes, établir le droit commun, préciser les terres qui y font exception ; reconnaître et affirmer le caractère sacré de telles terres, et dire pourquoi elles le sont. Les traditions sont respectées, permettant ainsi à la modernité de déployer ses virtualités sans heurts et sans encombres.

désacralisation de la terre se présente de plus en plus comme un impératif, d'abord pour la mettre dans le commerce régulier et normal, ensuite pour donner aux transactions portant sur elle la sécurité juridique sans laquelle aucun investissement sérieux ne peut être fait.

Enfin, le fonctionnement politique des États africains depuis 40 ans environ a mis en évidence un fait saisissant : le phénomène de la collusion des pouvoirs, qui est, en fait, l'obstacle à la pérennisation de la démocratie sur le Continent ¹⁷.

Il existe globalement trois « pouvoirs » dans la société : la force, la richesse et la connaissance. Ou encore le pouvoir de faire faire, le pouvoir d'avoir et le pouvoir de savoir. Lorsque, dans une société, ces trois pouvoirs sont concentrés entre les mains d'une seule personne, ou d'un groupe de personnes, l'instauration de la démocratie est quasiment impossible, même dans un contexte formellement multipartisan.

Le pouvoir de faire faire, c'est la force brute (armée, gendarmerie, police, services parallèles), mais aussi le pouvoir d'édicter les lois et de les faire appliquer. Le monopole de la force et de la justice au profit de l'État est l'une des caractéristiques fondamentales d'une collectivité moderne politiquement organisée. C'est d'ailleurs ce que le droit international entend quand, voulant définir l'État, il parle de « pouvoir » s'exerçant sur une population à l'intérieur d'un territoire déterminé.

Le pouvoir d'avoir, la richesse, appartient à ceux qui détiennent les leviers de l'économie et les instruments de production. En Afrique, l'État a longtemps été à la fois le principal employeur (il l'est toujours) et le détenteur des plus gros capitaux à travers les entreprises étatiques et para-étatiques. Le retrait de l'État du secteur économique permet de le dépouiller de l'un des instruments essentiels de sa puissance et, par conséquent, de réduire sa capacité de « nuisance ».

Le pouvoir de savoir est constitué par l'accès à l'instruction (la connaissance) et à l'information. L'analphabétisme généralisé dans une société empêche celle-ci d'accéder à l'instruction qui confère la capacité d'abstraction, de réflexion, de recul, capacité qui permet à l'homme de « penser », d'avoir une opinion, de se construire une grille complexe de lecture de la réalité qu'il vit et qui l'entoure. Ainsi, l'élargissement de la palette de l'instruction et sa généralisation à l'ensemble du corps social sont les conditions premières de l'instauration et du renforcement de la démocratie.

D'un autre côté, le pouvoir appartient à celui qui détient la capacité de donner et de manipuler l'information. Ainsi, l'accès à l'information (information plurielle et crédible, c'est-à-dire la création d'un espace médiatique animé par plusieurs organes « disant » le fait sociopolitique et le commentant

17. K.J.B. MONKOTAN, « Le jeu et les enjeux de la démocratie en Afrique », dans *Afrique 2000*, n° 23, avril-juin 1996, pp. 17-35.

sous divers éclairages) constitue l'un des éléments sans lesquels la démocratie « instaurée » court le risque d'un effondrement rapide.

Il y a collusion des pouvoirs lorsque le Chef est en même temps responsable administratif, dirigeant du parti dominant au pouvoir, chef tribal ou religieux, et possède en propre ou par prête-nom, des affaires commerciales et industrielles, et des organes de presse. De même, lorsque les chefs religieux et les entrepreneurs dépendent du pouvoir politique pour jouir de privilèges et avantages, ou obtenir les contrats qui assurent leurs assises, leur influence ou leur prospérité, on assiste également à une collusion des pouvoirs.

Et c'est là le danger le plus grave que court la démocratie en Afrique. Or, dans un contexte général de rareté, la tentation est grande d'utiliser le peu de moyens existant pour gérer et conserver le pouvoir d'État, donc, de ne les distribuer qu'à l'intérieur d'un cercle restreint composé de gens « sûrs »¹⁸.

Quelle solution apporter à une telle situation ? Est-ce la quadrature du cercle ?

2. *Les paramètres sociologiques à dimension double*

L'éducation et la démocratie de proximité, tels sont les deux points auxquels une attention particulière devrait être accordée, et qui ont des répercussions très marquées à l'extérieur des frontières nationales de chaque État africain.

L'éducation moderne a eu pour conséquence dramatique de créer une fracture entre les lettrés et les analphabètes, les enfants et leurs parents. Ceux-là sont considérés comme des favorisés du sort, les « évolués », selon la terminologie officielle de la colonisation, ceux-ci étant tout simplement... le contraire. Si cette éducation pouvait, de proche en proche, « manger » toute la société, il n'y aurait pratiquement rien à dire. Mais elle ne l'a pas pu et, à l'évidence, ne semble pas pouvoir le faire : elle coûte trop cher et propose des perspectives déculturantes qui déstabilisent sociologiquement les collec-

18. Le cas du Burundi illustre parfaitement cette analyse. La minorité Tutsi (15 % de la population) n'y est pas seulement au pouvoir, elle « possède » tous les pouvoirs : État (sécurité, administration, justice), économie, éducation. L'État, ce sont les Tutsi. La démocratie pluraliste instaurée par le major Pierre Buyoya (Tutsi et auteur du coup d'État qui l'a porté au pouvoir le 3 sept. 1987), a abouti à sa propre éviction. Démocratiquement élu le 30 juin 1993, Melchior Ndadaye (membre de la majorité Hutu, 85 % de la population) est assassiné dans la nuit du 21 au 22 oct. 1993 ; son remplaçant, Cyprien Ntaryamira, est également tué avec Juvénal Habyarimana (alors Chef d'État du Rwanda), le 6 avril 1994. Le pays entre dans un cycle de violences incontrôlées ; un « vide de pouvoir » se crée, qui « attire » à nouveau le même Buyoya le 25 juill. 1996. Tant qu'une « décollusion » des pouvoirs n'y sera pas effectuée par un régime qui, pour pouvoir le faire, ne peut être que Tutsi, l'instauration de la démocratie pluripartisanne exprimera le fait majoritaire Hutu..., qui ne pourra pas gouverner, parce que les pouvoirs dans la société burundaise sont entièrement entre les mains de la minorité Tutsi.

tivités. Ayant pensé que les Africains n'avaient pas d'éducation, les concepteurs de l'école moderne se sont abstenus de rechercher ce qui, hier, conférerait à l'homme africain sa conscience d'être social et sociable, sa conscience d'appartenance, et, finalement, sa science.

À l'aube du XXI^e siècle, l'État africain se trouve devant la nécessité de repenser complètement l'école, en l'articulant dans une démarche qui inclurait modernité et tradition. L'introduction de l'école moderne, de l'instruction, dans les couvents et les forêts sacrées, serait un premier pas dans cette direction. Cette seule idée soulève de violentes « pulsions » diverses. Cependant, il faut se rappeler que les religions traditionnelles actuelles étaient, en fait, des ordres et systèmes d'éducation, d'enseignement et de formation, qui, parce que « ghettoisés » et méprisés, se sont « durcis » en prenant la forme de sociétés ultra-secrètes, pour offrir un espace de résistance existentielle aux exclus de la modernité, et de refuge « personnalisé » de ressourcement aux « évolués » qui se sentent « perdus » dans l'immensité anonyme d'une modernité fondamentalement marchande et chosificatrice ¹⁹.

Le secteur de l'éducation (entendu au sens large) est donc le lieu où le mariage modernité-tradition peut se révéler fécond. Objectif : permettre aux Africains de re-avoir la maîtrise de leur propre destin, à travers la conquête de libertés fondamentales bien comprises par eux. Pour être utiles, celles-ci doivent être puisées dans leur fonds culturel propre.

Une telle réorientation du système éducationnel peut achopper sur le facteur dont les « exploits » donnent une image si grimaçante à l'Afrique d'au-

19. C'est ce qui explique l'irritante persistance de l'excision. Pratique condamnable et très largement condamnée, l'excision résiste à toutes les actions engagées par les autorités nationales, les ONG et les organisations internationales. La prolifération normative ne l'a pas fait reculer, pas plus que les condamnations politiques ou judiciaires. L'abondante littérature consacrée à cette funeste pratique et à ses développements (cf., entre autres : M. LEVINET, « L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'excision, observations sous T.A. Lyon, 12 juin 1996 », *RTDH*, 1^{er} avril 1996, pp. 695-720 ; I. GILLETTE-FRENOY, *L'excision et sa présence en France*, Paris, GAMS, 1992), montre bien que les techniques habituelles développées par le droit moderne pour régler les problèmes de violations des droits de l'homme sont inopérantes. Incomprise des uns, qui la condamnent sans nuance et sans rémission, et des autres, qui l'encensent sans retenue et avec une étonnante ferveur (Tobie NATHAN affirme que « l'excision est en quelque sorte un mécanisme de prévention mentale, un bénéfice social extraordinaire que la société française devrait d'urgence reconsidérer », dans *Science et Nature*, n° 52, fév. 1995, pp. 79-80, et dans *Le Nouvel Observateur*, 8-14 juin 1994, pp. 102-103), l'excision semble devoir ne cesser que si le mal est combattu à la racine, c'est-à-dire à l'intérieur des lieux mêmes où se décident les règles traditionnelles : les couvents, les bois et forêts sacrés. Du fait de l'oralité qui les caractérise, les traditions africaines sont confondues avec des coutumes. Ce sont pourtant deux notions très différentes dans la vie des sociétés africaines. Si les coutumes obéissent, ici, aux mêmes caractéristiques juridiques qu'ailleurs, les traditions, elles, sont des règles édictées, à des moments donnés de l'histoire, pour des raisons précises en vue d'atteindre des objectifs clairs : en d'autres termes, elles reposent sur des décisions motivées, prises par des structures qui en ont le pouvoir. Comment les changer et, *a fortiori*, les abolir sans recourir au principe du parallélisme des formes ?

jourd'hui : le facteur tribal et ethnique. Les tribus et ethnies sont généralement identifiables par les langues ou dialectes, les pratiques cosmogoniques, les traits culturels ou les concentrations géographiques. Le plus souvent, tous ces éléments se trouvent réunis dans les pays africains.

Une politique tendant à ouvrir les « sociétés » traditionnelles à l'éducation moderne se trouvera donc bien obligée d'emprunter les traits des tribus et ethnies, ce qui contribuerait à propulser celles-ci vers des positions de centres d'impulsion des pouvoirs. Est-ce nécessairement mauvais ? Et peut-on l'éviter ?

Car c'est là qu'intervient la démocratie de proximité, devenue le credo du discours politique sur l'organisation des États en Afrique. Dénommée ici « programme de développement municipal », là, « décentralisation », ailleurs, « démocratie à la base », cette politique avance au gré des appréhensions et des utilisations politiciennes conjoncturelles, mais apparemment, sans grande vision claire de sa nécessité et, surtout, de sa capacité de refondation des sociétés et des États africains à l'aube du XXI^e siècle.

Une démocratie de proximité qui ne viserait pas un développement lui-même de proximité et de proche en proche, qui n'aurait pas d'autre contenu que l'élection de maires-prétextes, alibis ou cache-misère, a bien des chances d'échouer. D'un autre côté, conférer à un tel projet des prérogatives dans le domaine de l'éducation et de la formation pourrait avoir des conséquences importantes pour l'autorité du pouvoir étatique national hérité de la colonisation. Non seulement les tribus et ethnies sont géographiquement identifiées, mais s'étendent sur plusieurs territoires étatiques, elles font fi des frontières qui fondent physiquement les États. Ces frontières risquent de disparaître purement et simplement dans la perspective d'une « redensification » des tribus et ethnies, ce à quoi aboutiraient presque inévitablement une ouverture des structures traditionnelles à l'éducation moderne et une orientation « locale », humainement maîtrisable, du jeu démocratique en Afrique.

C'est pourquoi la démocratie en Afrique gagnerait à être « déterritorialisée », « dénationalisée », et faire l'objet de politiques préparant et assumant des convergences entre plusieurs États. Jusqu'ici serpent de mer des relations inter-africaines, l'idée d'intégration trouverait alors un moteur qui lui permettrait de prendre les chemins de la réalité.

*

* *

En Afrique, il y avait des hommes, des sociétés, des civilisations et des cultures, à certains égards très complexes. L'Afrique n'était pas – et n'est pas – un continent hors du temps et de l'histoire. Elle fait partie de l'histoire de l'humanité et y a, comme d'autres continents, sa propre trajectoire. Avant sa mise en contact avec d'autres peuples dans les conditions que l'on

sait, l'Afrique avait des États, des Empires, certains très grands, avec une organisation politique et administrative bien structurée.

Ni plus ni moins « sanguinaires » ou despotiques que d'autres, les chefs de l'Afrique géraient à partir de l'instrument de « l'arbre à palabres », du processus de la décision par moulage et mouture successifs. La survivance, sinon des structures, du moins des méthodes traditionnelles de commandement et de gestion de la cité, montre que le débat contradictoire y était présent, prégnant. En Afrique, avant que le parti politique soit, la démocratie était.

Tout cela est resté vivace dans les mémoires. Ce qui a disparu a laissé de fortes traces dans les esprits, pour s'agencer avec les apports nouveaux, pour constituer un mélange aujourd'hui détonnant, demain, peut-être, enrichissant.

Finalement, l'Afrique n'est pas différente des autres continents : elle connaît les mêmes interrogations essentielles, et se trouve aux mêmes croisées de chemins. Le « partisme » a cessé d'être le point de ralliement de la pensée démocratique en Occident. Il faut cesser de croire que la démocratie africaine devrait ne se mettre en œuvre ou ne se penser qu'à partir de ce seul instrument. De plus, dans un contexte général d'analphabétisme, mais aussi du verbe (verbe qui crée, verbe qui tue), l'ordre constitutionnel reposant sur le seul écrit, sans aucune considération pour les constructions et les équilibres coutumiers, n'est pas de nature à traduire et fonder la réalité de l'organisation politique nationale.

Certes, l'Afrique compte des expériences démocratiques réussies : multipartisme, élections régulières, etc. Mais n'y voir que le fait multipartisan serait une erreur. Il a fallu prendre l'exacte mesure des centres traditionnels d'impulsion des pouvoirs et compter avec eux, pour que le « jeu » marche. Au Bénin, toute la vie sociale est rythmée par les pratiques et rites traditionnels, et les centres émergents y ont pris une importance considérable²⁰. Le fonctionnement politique du Botswana repose presque entièrement sur les structures traditionnelles. Au Sénégal²¹, les confréries religieuses disposent d'un poids social tel que, depuis l'indépendance, elles sont

20. La société civile a été la véritable cheville ouvrière de la Conférence nationale de février 1990 (par laquelle les Béninois ont, pacifiquement, mis fin à 17 ans de pouvoir militaro-marxiste), dont la réussite immédiate et les conséquences ultérieures permettent, aujourd'hui, de porter le Bénin aux nues en matière de démocratisation.

21. *A contrario*, le Sénégal illustre le phénomène de la collusion des pouvoirs. D'abord unique, puis dominant à partir de 1981, le parti socialiste n'y est pas seulement au pouvoir : il le possède totalement. Malgré un multipartisme vibronnant, manifestation d'une démocratie réalisée, l'alternance ne s'y est jamais produite. Et sa perspective produit violences et mort. La démission du Président et l'assassinat, quelques jours plus tard, du Vice-président du Conseil constitutionnel (juge électoral) dans l'intervalle allant de l'élection présidentielle de mars 1993 à la proclamation des résultats, sont des facteurs de « grande gêne » pour tous les partisans de l'exemplarité du fait démocratique sénégalais.

ménagées par le pouvoir, qui leur accorde privilèges et avantages exorbitants du droit commun. C'est ce qui explique leur soutien constant au pouvoir, pour une grande part, la solidité de la démocratie sénégalaise et, jusqu'ici,... l'impossibilité d'alternance. En Ouganda, la réinstallation du Roi des Bogandas (la plus importante et influente ethnie du pays) n'est pas pour peu dans l'étonnante performance du régime de M. Yoweri Museveni, aussi bien sur le plan économique et social que dans le domaine de la démocratie, malgré l'absence de partis politiques. D'ailleurs, personne n'a vraiment critiqué sa victoire (74 %) lors de la dernière élection présidentielle.

En avons-nous assez dit pour qu'on comprenne que le cours chaotique de l'enracinement de la démocratie multipartite est, en fin de compte, une heureuse circonstance, en ce sens qu'elle ouvre des perspectives nouvelles pour la réflexion et les initiatives novatrices ? L'avenir du monde est un immense défi pour la race humaine. Le monde entier, et l'Afrique avec.

L'émergence de la protection et du contrôle des droits fondamentaux en Afrique australe

PAR

XAVIER PHILIPPE

PROFESSEUR ASSOCIÉ À L'UNIVERSITÉ DE WESTERN CAPE
(RÉPUBLIQUE SUD-AFRICAINE)

La protection des droits fondamentaux est devenue dans de nombreux pays du Nord un sujet intarissable, dont témoignent les revues juridiques. Celles-ci ne désemploient pas de nouvelles contributions relatives au développement et aux nouvelles dimensions de ces droits. Ce phénomène, qui avait permis à M. Cappelletti de caractériser cette fin de siècle *d'ère du droit constitutionnel jurisprudentiel*¹, a dépassé les frontières de l'hémisphère Nord pour irradier les pays qui se dotent d'une nouvelle Constitution.

L'exemple de l'Afrique australe l'illustre : jamais la question des droits fondamentaux n'y avait revêtu une acuité aussi forte, tant dans le débat politique que juridique de ces dernières années² ! L'observateur comme le technicien averti pourraient n'y voir que la tentation de céder à une mode ou de rechercher dans la différenciation, un *leitmotiv* bien connu des démocraties anciennes. En réalité, il n'en est rien. Il s'agit bel et bien de droits fondamentaux, tels qu'ils sont communément définis, auxquels est assigné la mission de sauvegarde de l'État de droit. Cependant plus que d'une simple transposition de la reconnaissance des droits fondamentaux, il s'agit de créer une « culture des droits fondamentaux » dans des États où ces mots ne possédaient pas de signification juridique. La présente communication se propose de démontrer que l'idée même de protection des droits fondamentaux est devenue consubstantielle à l'idée de constitutionnalisme dans les démocraties modernes.

Cependant si les résultats recherchés peuvent souvent être comparés à la recherche d'une (meilleure) protection de l'État de droit, les moyens pour y parvenir diffèrent assez largement d'un État à l'autre. L'intérêt de l'étude

1. Voir M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, coll. Droit public positif, Economica-PUAM, 1990, pp. 177 et s.

2. Voir P.-F. GONIDEK, « Constitutionnalismes Africains », *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, 1996, p. 13, spéc. pp. 31 et s.

comparatiste vise précisément à évaluer ces différences de chemins empruntés afin d'en réaliser une éventuelle synthèse.

Le choix de l'Afrique australe dans cette étude de la protection des droits fondamentaux est délibéré. Trois pays serviront de support à cette analyse : l'Afrique du Sud, la Namibie et le Zimbabwe.

L'Afrique du Sud, plus qu'un exemple, représente un symbole. La fin du régime d'*apartheid*, la mise en place d'un régime de transition³ et l'adoption d'une Constitution définitive⁴, soumise au respect de principes constitutionnels fondamentaux, représentent un changement radical dans le constitutionnalisme de cet État mis au ban des nations pendant de longues années en raison précisément de la négation des droits fondamentaux. L'Afrique du Sud est l'exemple type d'État dans lequel le changement radical de régime constitutionnel s'est opéré sans phénomène de rupture violente.

La Namibie est également représentative d'un autre phénomène : celui de la création d'un État naissant issu d'un conflit international dont l'histoire était intimement liée à celle de l'Afrique du Sud. Le refus d'octroi d'indépendance était ici encore partiellement dû à la négation des droits fondamentaux⁵. La différence fondamentale avec l'Afrique du Sud tient à ce qu'il n'existait aucun antécédent constitutionnel pour cet État (hormis l'application du régime constitutionnel sud-africain). La création d'un État de droit s'est opérée *ex nihilo*⁶. La protection des droits fondamentaux a représenté l'un des points clefs de la création du nouveau régime. Enseignement du droit comparé ou simple logique de bon sens, la protection des droits fondamentaux ne s'est pas limitée à la reconnaissance et la garantie de ceux-ci. Elle a orienté le régime constitutionnel et lui a donné une physionomie qu'il n'aurait pas eu sans elle.

Le Zimbabwe – ex-Rhodésie – constitue un autre type d'exemple un peu plus ancien et issu d'un phénomène un peu différent, mais courant sur le

3. Constitution intérimaire du 22 décembre 1993 (Acte n° 200 de 1993). Voir D. BASSON, *South Africa's Interim Constitution – Texte commenté*, Juta, 2^e éd. 1995.

4. Constitution définitive adoptée le 8 mai 1996 par l'Assemblée constituante. Ce texte n'est pas encore entré en vigueur en raison de sa non-certification partielle aux principes constitutionnels définis à l'origine du processus constitutionnel par les parties aux négociations.

5. Voir sur ce point les décisions rendues par la Cour Internationale de Justice sur le *Sud-Ouest Africain* en 1950, 1962 & 1966.

6. *Constitution namibienne* adoptée le 9 février 1990, entrée en vigueur le 21 mars 1990, date de la proclamation de l'indépendance. Le processus constitutionnel namibien s'est opéré sur la base de l'élection d'une Assemblée constituante dans le cadre d'élections libres et démocratiques (7-11 novembre 1989). Cette Assemblée s'est réunie pour la première fois le 2 novembre 1989 et a décidé de procéder à l'élaboration de la Constitution sur le fondement des principes adoptés en 1982 lors des premières négociations en vue de l'indépendance. A.P. BLAUSTEIN & B. FEIN, « Republic of Namibia », dans *Constitutions of the Countries of the World*, vol. XII, pp. 13-15.

Continent africain : la décolonisation ⁷. La reconnaissance des droits fondamentaux y est marquée par le régime politique et constitutionnel issu des anciennes institutions ⁸. Cela ne signifie pas que la protection de ces droits ne connaisse pas d'originalité, mais qu'elle soit davantage la conséquence – au moins partielle – d'un héritage. La méthode de reconnaissance s'en ressent et revêt une dimension particulière.

Ces trois exemples aux origines différentes ne doivent néanmoins pas masquer une idée commune quant au rôle exercé par la garantie des droits fondamentaux. Ces droits ne sont pas seulement ceux reconnus à l'individu contre l'État. Ce sont également les droits que les composantes politiques et sociales se sont accordées à accepter comme « *contrat social* ». Ils représentent plus qu'une partie de la Constitution. Ils font partie intégrante du régime constitutionnel et lui impriment une dimension qu'il ne posséderait pas sans eux. À ce titre, ils sont aussi importants que le système de gouvernement ou l'articulation de la séparation des pouvoirs. Leur originalité se prolonge au delà du régime politique et transforme également le régime juridique. En d'autres termes, la même Constitution – avec et sans garantie des droits fondamentaux – ne conduirait pas au même résultat.

La situation de l'Afrique australe au regard de la protection des droits fondamentaux fait ainsi contraste avec le constat opéré dans nombre de pays d'Afrique centrale. La transposition des modèles issus des pays de l'hémisphère nord ne conduit pas nécessairement à un échec pour peu que l'on accepte l'idée que ces modèles ne représentent qu'une source d'inspiration et non une solution toute faite. Se greffe alors une nouvelle question : est-il concevable d'envisager un système de protection qui dépasse le cadre national de chaque État ? Ou, en d'autres termes, est-il possible d'envisager un socle commun de protection des droits fondamentaux entre plusieurs États ? Cette question semble aujourd'hui relever de la science (juridique) fiction ! Elle mérite pourtant d'être examinée au regard du rôle que prétend jouer l'Afrique australe sur le Continent africain, dont témoigne le développement de la coopération commerciale.

Seront successivement examinés la place occupée par les droits fondamentaux dans les négociations et textes constitutionnels et leur contrôle par les autorités juridictionnelles.

7. Le processus de décolonisation au Zimbabwe s'est engagé en 1976 mais n'a véritablement abouti qu'en 1979. Entre ces deux dates, une succession de propositions et de contre-propositions furent faites et adoptées sans déboucher réellement sur un accord adopté par toutes les parties. Ce n'est qu'en février 1980 que cet accord put être trouvé. L'indépendance fut proclamée le 18 avril 1980, après le déroulement d'élections libres qui virent la victoire du Front patriotique de M. Robert Mugabe. K.R. RUSH, « Constitution of Zimbabwe », dans *Constitutions of the Countries of the World*, vol. sup., pp. 17-19.

8. *Constitution du Zimbabwe : Zimbabwe Constitutional Order Act 1979 (Statutory Instrument 1979/1600)*.

I. — LA PLACE DES DROITS FONDAMENTAUX
DANS LES NÉGOCIATIONS ET TEXTES CONSTITUTIONNELS

La reconnaissance des droits fondamentaux dans les Constitutions des pays d'Afrique australe étudiés se caractérise tout d'abord par certaines données objectives communes. L'intégration de ces droits dans le texte constitutionnel ne doit pas éluder l'importance de leur discussion préalable lors des négociations constitutionnelles. La perception qu'en ont les autorités constituantes est souvent révélatrice de la position octroyée à ces droits au sein du texte constitutionnel. Bien que cette perception des droits fondamentaux soit à ce stade essentiellement politique et ne préjuge pas de leur contenu futur, elle permet d'évaluer le degré de réceptivité des constituants et la place qu'ils entendent assigner à ces droits.

En second lieu, la place et le contenu des droits fondamentaux dans la Constitution elle-même sont également révélateurs de leur perception au sein de l'État de droit. Une analyse littérale de ces droits peut conduire à n'y voir qu'un ensemble de garanties reconnues à l'encontre des organes de l'État. Une analyse synthétique de la Constitution conduit en revanche à les intégrer dans un ensemble plus vaste et à considérer qu'il ne s'agit pas d'un « gadget constitutionnel » ou d'une question subsidiaire, mais bel et bien de l'un des aspects du système de gouvernement qui fait corps avec lui.

A. — *Le rôle des droits fondamentaux
dans le processus des négociations constitutionnelles*

Les négociations constitutionnelles sont souvent délaissées de l'étude des droits fondamentaux dans la mesure où elles ne préjugent pas du contenu et de la valeur de ces droits. Si ceci est juridiquement exact, la place qui leur est accordée au sein de ces négociations permet de déceler s'il s'agit d'une question qui préoccupe les constituants à titre principal ou subsidiaire. Il est néanmoins symptomatique que la proclamation et l'organisation des droits fondamentaux figurent au premier rang des questions évoquées par les organes chargés de l'élaboration de la Constitution. Trois questions peuvent être évoquées : l'accord sur les droits fondamentaux ; le rôle qui leur est attribué et la perception qu'en ont les auteurs du texte constitutionnel.

1. *L'accord sur les droits fondamentaux*

L'accord sur les droits fondamentaux représente le préalable indispensable à leur reconnaissance et à leur existence. Si la protection des droits et libertés apparaît subsidiaire lors des négociations constitutionnelles, la garantie qui leur sera accordée s'en ressentira et sera vraisemblablement laissée à l'appréciation du pouvoir législatif. Les Constitutions étudiées des

pays d'Afrique australe démontrent cependant qu'il n'en a rien été et que les droits fondamentaux sont apparus non seulement comme une nécessité, mais également comme un facteur de renforcement de la démocratie.

En Afrique du Sud, l'évocation de la seule idée de droit fondamental était, il y a encore peu de temps, un sujet tabou⁹. Plus que l'idée de garantie des droits de la personne, l'idée même de droit garanti contre l'État apparaissait aux dirigeants du régime d'*apartheid* incompatible avec l'idée de gouvernement et de souveraineté. Or, lors des négociations des accords de *Kempton Park*, les droits fondamentaux sont apparus comme l'un des premiers points d'accord entre les différents partis¹⁰. L'article 2 des Principes constitutionnels¹¹ dispose que « tout individu possède le droit de bénéficier des droits fondamentaux universellement reconnus, des libertés et droits civiques qui seront reconnus par la présente Constitution. » La situation de rupture dans laquelle s'est inscrit le processus constitutionnel a conduit les partenaires à s'accorder autant sur l'idée même de démocratie que sur les droits fondamentaux qui en représentaient l'une des composantes. Il est vrai cependant que cette volonté de rupture avec le régime d'*apartheid* incitait à une telle consécration, mais cet impératif aurait pu se limiter à la reconnaissance de l'égalité entre les races. Tel n'a pas été le cas et la protection des droits fondamentaux a été pensée en termes généraux.

La situation est sensiblement la même en Namibie, où l'administration sud-africaine du régime d'*apartheid* appliquait les mêmes principes, et notamment celui de développement séparé et inégalitaire des races. Dès l'indépendance et la nécessaire rédaction d'une nouvelle Constitution, la consécration des droits fondamentaux est apparue comme une nécessité ou plus exactement comme un passage obligé lors des négociations constitutionnelles. L'accord sur les droits fondamentaux s'est opéré naturellement en réaction envers le passé.

La situation au Zimbabwe a été différente dans la mesure où la rédaction et l'élaboration de la Constitution se sont opérées dans un contexte de déco-

9. Ainsi, dans la *Constitution sud-africaine* de 1983 (Acte n° 110 de 1983), on ne trouvait aucune référence à l'idée de droit fondamental.

10. V. W. DE KLERK, « The process of political negotiation : 1990-1993 », dans B. DE VILLIERS, *Birth of a Constitution*, Juta, 1994, p. 1, spéc. p. 10.

11. Les principes constitutionnels constituent 34 principes sur lesquels les parties aux négociations constitutionnelles en Afrique du Sud se sont accordées avant de rédiger la Constitution intérimaire. Ces principes ont non seulement gouvernés la Constitution intérimaire mais également la Constitution définitive. Le 6 septembre 1996, la Cour constitutionnelle sud-africaine a déclaré le texte final de la Constitution partiellement non conforme à ces principes (décision CCT 23/96). Ces principes ont donc occupé dans le processus des négociations un rang qui pourrait être qualifié de supra-constitutionnel.

lonisation négociée¹². Cette transition a rendu la protection des droits fondamentaux d'une acuité peut-être moindre que dans les deux précédents exemples, mais ne les en a pas moins empêché de figurer au rang des questions constitutionnelles de premier plan.

Ainsi dans les trois cas considérés, l'idée de protection constitutionnelle des droits et libertés n'a pas représenté en elle-même un point de désaccord lors de négociations constitutionnelles, mais est au contraire apparue comme l'un des *modus vivendi*. Cet accord global autour des droits fondamentaux ne doit néanmoins pas cacher certaines différences quant à la fonction qui leur est attribuée.

2. La fonction attribuée aux droits fondamentaux dans le cadre des négociations constitutionnelles

Un autre aspect de l'analyse des droit fondamentaux lors des négociations réside dans la raison pour laquelle les parties aux négociations cherchent à les y intégrer. Ici apparaissent des motivations contradictoires, variant en fonction des participants à cette négociation. Une première explication consiste à n'y voir qu'un moyen de défendre les droits des individus contre l'État. Cette idée n'est pas à rejeter mais ne représente pas la seule fonction qui leur est assignée lors des négociations. Une autre explication permet d'y déceler également un moyen pour les partis non dominants de garantir leurs propres droits contre une trop grande emprise du parti majoritaire sur le processus décisionnel politique¹³. En d'autres termes, les négociations constitutionnelles représentent un moyen de cristalliser le contenu minimal, voire une certaine conception des droits fondamentaux ainsi que leur garantie. Il s'agit de dresser – au stade des négociations constitutionnelles – un rempart contre les déviations que pourraient entraîner par la suite l'usure du régime politique. Évidemment, ce but représente essentiellement un souhait au moment où les négociations se déroulent, dans la mesure où il est difficile de préjuger de la mise en œuvre des droits fondamentaux. Mais il est nécessaire pour créer les conditions favorables à l'effectivité des droits fondamentaux.

Les exemples namubiens et sud-africains ont ainsi démontré la volonté des constituants d'assigner aux droits fondamentaux une fonction de garantie de l'État de droit à laquelle s'est intégrée un souci d'équilibre politique. Ceci ressort nettement, par exemple, d'une décision récente de la Cour constitutionnelle sud-africaine dont le premier paragraphe illustre cette idée :

12. Bien que le processus de décolonisation ne se soit pas opéré sans heurts et rebondissements, la reconnaissance des droits fondamentaux n'a pas représenté un point d'achoppement des négociations.

13. T. ELOFF, « The process of giving birth », dans B. DE VILLIERS, *Birth of a Constitution*, *op. cit.*, pp. 12-20.

« Pendant quarante ans, l'histoire sud-africaine a été dominée par un conflit profond entre une minorité qui se réservait l'entier contrôle des instruments politiques de l'État et une majorité qui cherchait à résister à cette domination. Les droits fondamentaux sont devenus un enjeu majeur de ce conflit, dans la mesure où la résistance de ceux refusant cette violation était punie par des textes juridiques dont le but avoué était de briser l'efficacité de cette résistance ¹⁴. »

Si les négociations constitutionnelles ont été placées sous le signe de la protection des droits fondamentaux, c'est en raison de l'acceptation par les parties de leur reconnaissance en tant que pilier de la future organisation politique.

La fonction des droits fondamentaux consiste ici à représenter l'un des fondements du régime politique nouveau mis en place. Il est remarquable dans l'exemple sud-africain que les organes politiques du régime d'*apartheid* aient pu s'asseoir à la table des négociations en raison précisément de leur accord à l'égard de la reconnaissance des droits fondamentaux, sorte de dénominateur commun minimum. D'arme de leurs opposants, elle est devenue leur propre moyen de défense et l'une des conditions de leur participation au processus nouveau ¹⁵. Qu'elle soit perçue comme le signe de la victoire politique ou de la résignation, l'intégration des droits fondamentaux dans une situation de rupture traduit cette volonté de conférer à ces droits un rôle d'équilibre au sein du nouveau régime constitutionnel mis en place.

3. *La perception des droits fondamentaux*

Un troisième aspect du rôle exercé par les droits fondamentaux durant les négociations constitutionnelles repose sur la perception ou la définition qu'en ont les autorités. Cette question revient à déterminer si les droits fondamentaux sont considérés comme une affirmation de principe qui restera sans lendemain ou si ces droits sont au contraire destinés à être appliqués quotidiennement et directement aux bénéficiaires auxquels ils s'adressent. Il s'agit ici de s'interroger sur la « culture » des droits fondamentaux qui prévaut au moment des négociations.

Plusieurs cas de figure se présentent. Le premier est celui où l'invocation des droits fondamentaux apparaît comme une sorte de rituel incantatoire auquel toute nouvelle Constitution doit satisfaire pour présenter un visage

14. Constit. Court, 25 juillet 1996, affaire n° CCT 17/96, *Azanian Peoples Organization et autres c. Président et Gouvernement de la République sud-africaine et autres*, non encore publié, § 1.

15. Il était évidemment difficile aux représentants des partis anciennement interdits de refuser ce qu'eux-mêmes avaient réclamé pendant plusieurs décennies. Au demeurant, l'effort de pacification devait être réciproque.

honorable. Sans préjuger de ce que pourra devenir une telle intégration ¹⁶, elle reflète souvent le caractère subsidiaire de ces droits dans l'arsenal constitutionnel.

Une seconde hypothèse réside dans ce que l'on pourrait qualifier d'effectivité « médiane » ou « à la marge ». En soi, la protection des droits fondamentaux n'est pas conçue comme une priorité principale par les constituants, qui ne rechignent toutefois pas à les intégrer comme élément du processus constitutionnel. Cette situation se traduit par une reconnaissance de ces droits intégrant un système de contrôle marginal ou dont la procédure de contrôle est complexe. Ce second « modèle » de perception des droits fondamentaux peut rester en l'état comme il peut également se développer dans un sens favorable à l'effectivité de ces droits ¹⁷.

Enfin, la troisième hypothèse est celle où la protection des droits fondamentaux apparaît comme un élément central du débat constitutionnel et où les moyens de contrôle sont organisés, coordonnés et accessibles pour les bénéficiaires des droits fondamentaux. Dans ce dernier cas, l'idée d'un organe spécifique chargé du contrôle de constitutionnalité s'impose souvent comme la solution consubstantielle à la reconnaissance des droits fondamentaux.

Les différents exemples examinés en Afrique australe font ressortir que la première perception – minimaliste – n'a pas été à l'ordre du jour et que les choix ont oscillé entre la seconde et la troisième hypothèses. L'Afrique du Sud a nettement opté pour la troisième solution maximaliste, tandis que la Namibie et dans une moindre mesure le Zimbabwe ont préféré la seconde. On relèvera au passage l'importance revêtue par le système juridique – romano-germanique ou de *common law* – en vigueur au moment des négociations constitutionnelles. Sans rendre impossible toute transformation, ce système implique certaines pesanteurs et lenteurs dans la modification du contrôle des normes de référence. Il explique ainsi pourquoi la mise en œuvre des droits fondamentaux est parfois greffée sur le système existant ou limitée par la volonté de ne pas trop bouleverser le système qui deviendrait inintelligible ou d'application trop complexe pour être efficiente.

Quelle que soit la solution retenue et pour tenir compte des variables propres à chaque État, la perception des droits fondamentaux au moment des négociations constitutionnelles traduit bien l'existence de cette culture

16. Il existe de nombreux exemples dans lesquels la fonction assignée aux droits fondamentaux et à leurs organes de contrôle a été complètement bouleversée par la pratique constitutionnelle. Ceci démontre que même purement déclaratoire, la reconnaissance des droits fondamentaux dans une Constitution n'est jamais superflue. Elle permet au contraire de créer un terrain favorable à leur développement pour peu que la nature et les équilibres du régime politique se transforment.

17. Pour peu qu'une réforme du mode de saisine des organes de contrôle ou qu'une politique jurisprudentielle activiste des organes de contrôle développe les moyens de saisine.

des droits fondamentaux. Son développement est évidemment susceptible de variations et de degrés, mais la perception des droits fondamentaux est ici globale et cherche à ancrer le système constitutionnel dans le camp des pays qui acceptent la suprématie de l'État de droit pour tous, individus comme organes de l'État.

Cette perception des droits fondamentaux lors des négociations constitutionnelles se retrouve dans le corpus des Constitutions elles-mêmes.

B. – *L'intégration des droits fondamentaux dans le corpus des Constitutions*

Si l'analyse de cet aspect des droits fondamentaux revêt un caractère plus technique, il représente également la traduction des résultats des négociations constitutionnelles et permet d'évaluer l'état d'esprit dans lequel la perception des droits fondamentaux s'est opérée. Deux types de données permettent de prendre la mesure du sort et de l'importance des droits fondamentaux : la place qu'occupent les droits fondamentaux dans la Constitution et l'organisation interne de la déclaration des droits fondamentaux.

1. *La place des droits fondamentaux dans l'organisation générale de la Constitution*

La place réservée aux droits fondamentaux dans toute nouvelle Constitution est souvent révélatrice de l'importance qui leur est conférée et du rôle que les constituants entendent leur faire assumer.

De façon liminaire, les préambules des Constitutions étudiées¹⁸ intègrent une référence à la nécessité de protéger les droits fondamentaux. Bien que ces préambules ne possèdent pas, à proprement parler, de valeur normative (compte tenu de leur style de rédaction déclaratoire), ils témoignent du rôle central confié aux droits fondamentaux dans la compréhension du nouveau texte. Tel est notamment le cas des préambules des Constitutions sud-africaine et namibienne dont les premières phrases reposent sur cette reconnaissance¹⁹.

Dans le corps du texte constitutionnel, on relève une tendance à faire figurer ces droits au tout premier rang, souvent avant même le système de gouvernement. Ainsi, la *Déclaration des droits* figure-t-elle dès l'article 7

18. À l'exception de la *Constitution du Zimbabwe*, qui n'en comporte pas.

19. *Constitution namibienne* : « Considérant que la reconnaissance de la dignité, de l'égalité et des droits inaliénables du genre humain est indispensable pour le respect de la liberté de la justice et de la paix. » *Constitution sud-africaine* : « Considérant qu'il existe un besoin de créer un nouvel ordre juridique dans lequel tous les Sud-africains disposeront d'une citoyenneté commune dans un État de droit souverain et démocratique, dans lequel existera une égalité entre homme et femme et peuples de toutes races, de façon à ce que tous les citoyens puissent être capables de jouir et d'exercer leurs droits et libertés fondamentaux. »

dans la *Constitution intérimaire sud-africaine*, l'article 5 dans la *Constitution namibienne* et l'article 11 dans la *Constitution du Zimbabwe*. Les articles précédant ces Déclarations visent le caractère démocratique de l'État et les conditions de la citoyenneté²⁰, c'est-à-dire des dispositions consubstantielles (et souvent préalables !) à la reconnaissance des droits fondamentaux.

Ce rôle principal conféré à la *Déclaration des droits* est révélateur de la soumission des organes de l'État à son contenu. La déclaration des droits possède en effet avant tout un effet vertical : elle protège les individus bénéficiaires de ces droits, individuellement ou collectivement contre les empiétements de l'État ou plus généralement des pouvoirs publics dans toutes les formes qu'ils peuvent prendre. Cette forme de garantie des droits est évidemment pour partie une réaction contre les excès du passé, qu'il s'agisse de la rupture (ne serait-ce que psychologique !) avec un régime colonial ou de la rupture avec un régime autoritaire dont le fondement était la négation de l'égalité entre les individus. Cet aspect de la garantie des droits fondamentaux doit être relié à la séparation des pouvoirs dont elle représente un complément. On trouve dans le texte de la Constitution des références directes à la *Déclaration des droits* conçue comme une charte liant l'intégralité des autorités publiques ou para-publiques²¹.

Surgit alors une autre question consistant à déterminer si cette déclaration des droits s'étend au delà de la seule Constitution pour en permettre une application indirecte entre les individus. Cette application horizontale des droits fondamentaux ne fait généralement pas l'objet d'un traitement spécifique²², mais permet de mesurer l'étendue des droits fondamentaux au delà de leur violation par les entités étatiques. Les droits fondamentaux sont ici envisagés pour leur contenu et non plus dans leur seule fonction de défense de l'individu contre l'autorité de l'État.

Une illustration de ce phénomène est fournie par la *Constitution sud-africaine*. Celle-ci garantit les droits des minorités au sein de la *Déclaration des droits*. Le texte constitutionnel ne se borne cependant pas à cette reconnaissance ; il la met en œuvre dans les chapitres ultérieurs, notamment par la reconnaissance des « autorités traditionnelles »²³ et par le droit qui leur est reconnu de bénéficier de leur régime juridique propre, en matière notamment des droits de la personne et de la famille²⁴.

20. Voir par ex. les articles 4 à 10 de la *Constitution du Zimbabwe*.

21. Voir par ex. l'article 98(2)(a) de la *Constitution intérimaire sud-africaine* relatif au rôle et à la juridiction de la Cour constitutionnelle.

22. Les articles 8 et 38 de la *Constitution définitive sud-africaine* offrent cependant la possibilité de mettre en œuvre la Déclaration des droits de façon horizontale. Voir J. LOURENS, « The South African Bill of Rights – public, private or both : a viewpoint on its sphere of application », *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* (XXVII), 1994, p. 341.

23. Voir le chapitre 12 de la *Constitution définitive sud-africaine*, articles 211 et 212.

24. Voir par ex. l'article 15 de la *Constitution définitive sud-africaine*, relatif à la liberté de religion, spécialement le § 3.

On peut ainsi s'interroger sur la nature et le caractère de la *Déclaration des droits* fondamentaux. Placés en tête de la Constitution, les droits fondamentaux conditionnent eux-mêmes les autres chapitres de la Constitution. Si formellement ils n'apparaissent pas hiérarchiquement supérieurs aux autres principes constitutionnels, fonctionnellement ils conditionnent l'ensemble du texte constitutionnel²⁵. Leur influence pourrait être qualifiée de conglomérale, c'est-à-dire à la fois verticale et horizontale. De ce fait, la place des droits fondamentaux au sein du texte constitutionnel ne doit pas être considérée comme fortuite ou vide de sens. Elle traduit un choix, symbole de la suprématie de l'État de droit. Ce choix est confirmé par l'analyse du contenu des droits fondamentaux.

2. *L'organisation interne des « Déclarations des droits fondamentaux »*

Quel que soit le nom qu'elle prenne, l'analyse du contenu des catalogues de droits fondamentaux révèle une organisation et une articulation qui démontrent le caractère organisé et coordonné du système de protection institué. En cela, les pays d'Afrique australe étudiés révèlent une convergence des structures dans leur *Déclaration des droits fondamentaux*. Ceci est observable tant au regard de la structure des déclarations des droits et de leur mode de reconnaissance qu'au regard de la relation égalité/liberté.

a) *La structure des Déclarations*

La situation des trois pays examinés révèle certaines différences dans le mode de garantie des droits, qui s'opère toutefois sur un fonds commun quant à la structure des déclarations. Les *Déclarations des droits* sont en effet longues, explicites et détaillées, fournissant souvent une interprétation du droit reconnu et permettant son application immédiate. Cette situation tranche avec la méthode employée par nombre d'États de l'hémisphère nord dans lesquels les normes constitutionnelles de référence – notamment celles relatives droits fondamentaux – nécessitent souvent l'intervention de la Cour constitutionnelle pour pouvoir être appliquées.

Les *Déclarations des droits* reconnaissent tout d'abord les droits civils et individuels les plus imprescriptibles : droit à la vie, à la liberté, protection de l'égalité, respect de la dignité, interdiction des travaux forcés et de l'esclavage, des traitements inhumains et dégradants, respect des droits de la famille, de la protection de l'enfant. Cette liste n'est pas exhaustive, mais illustre le caractère complet de la protection offerte à l'individu, pris en dehors du groupe social.

25. Formellement, cette suprématie peut parfois être décelée au sein du texte constitutionnel lui-même. Ainsi l'article 131 de la *Constitution namibienne* prévoit-il l'impossibilité pour le constituant d'amender la Constitution de telle façon que cette modification aboutisse à méconnaître ou à réduire les droits fondamentaux garantis par la Constitution.

Elles reconnaissent ensuite un certain nombre de droits économiques et sociaux, tels le droit de propriété ou certains droits collectifs comme le droit à l'éducation ou au respect de l'identité culturelle. Ces droits sont marqués par leurs origines, ce qui signifie que leur contenu est souvent adapté au contexte dans lequel ils s'appliquent et qu'ils ne recouvrent pas nécessairement le même sens que celui observé pour les pays de l'hémisphère Nord.

Les Déclarations des droits reconnaissent ensuite une série de droits procéduraux tels que le droit à un procès équitable, le droit à une action administrative transparente et le droit à une justice administrative qui sont directement issus des systèmes de *common law*, mais qui trouvent ici une consécration constitutionnelle intéressante dans la mesure où ces principes font désormais partie du droit constitutionnel écrit.

L'aspect le plus intéressant des déclarations reste cependant leur caractère concret avec les dispositions finales organisant la mise en œuvre des droits fondamentaux. Afin de se prémunir contre une reconnaissance platonique des droits, les constituants ont dans les trois cas « organisé » la mise en œuvre des droits fondamentaux par l'adoption de dispositions relatives à l'interprétation²⁶, à la limitation, voire à la suspension des droits fondamentaux. Cet aspect revêt sous des dehors techniques une grande importance pratique. Il habilite d'une part les autorités publiques à organiser ces droits fondamentaux, mais, d'autre part, il les limite également en encadrant leur pouvoir d'organisation. La Constitution définit ainsi le degré de pouvoir discrétionnaire dont disposent les autorités publiques dans la mise en œuvre des droits fondamentaux. Il est remarquable que ces dispositions fassent l'objet de tant de précision. À cet égard, la *Constitution sud-africaine* est particulièrement intéressante puisqu'elle fournit aux autorités chargées de mettre en œuvre ces droits fondamentaux (législatives, administratives, juridictionnelles) des directives d'interprétation qui intègrent les principes du droit international ainsi que les exemples tirés du droit comparé.

L'analyse de la structure des *Déclarations des droits* examinées fait ressortir ce caractère concret et pragmatique de la protection des droits fondamentaux. Il s'agit en quelque sorte de *Déclarations des droits* « prêtes à employer ». Ceci est nécessaire, compte tenu de la diversité et de la nature des droits à protéger.

b) Mode de reconnaissance des droits fondamentaux

Une autre caractéristique des droits fondamentaux des Constitutions étudiées repose sur la particularité de leur mode de reconnaissance. Comparée aux autres catalogues des droits fondamentaux, les trois pays d'Afrique australe étudiés ont choisi de définir et de préciser les conditions d'exercice des

26. Voir articles 25 et 26 de la Constitution du Zimbabwe, articles 24, 25 et 26 de la *Constitution namibienne*, articles 36 et suivants de la *Constitution définitive d'Afrique du Sud*.

droits reconnus. Ceci a pour effet de fournir une sorte de grille d'emploi des droits et de limiter leur réduction ou leur extension.

À cet égard, certaines différences peuvent être relevées entre les Constitutions namibienne et sud-africaine et la *Constitution du Zimbabwe*.

Les deux premières Constitutions ont opté pour une technique de reconnaissance de droits fondamentaux exhaustive et affirmative. Ceci se traduit par l'affirmation des droits, doublée des conditions de leur exercice et éventuellement des conditions de leur limitation²⁷. Les droits fondamentaux y sont définis par leur contenu et non par simple affirmation ou reconnaissance.

La *Constitution du Zimbabwe* a en revanche opté pour une reconnaissance d'un type un peu particulier dans la mesure où elle définit le contenu des droits fondamentaux de façon négative, c'est-à-dire en joignant à leur reconnaissance une liste d'hypothèses et de restrictions dans lesquelles ces droits ne sont pas considérés comme violés ou méconnus. Ainsi par exemple l'article 13 de la *Constitution du Zimbabwe*, qui protège le droit à la sûreté comprend, dans son paragraphe premier, l'affirmation du principe alors que dans son deuxième paragraphe, il vise une liste de neuf situations dans lesquelles l'arrestation d'une personne n'est pas considérée comme arbitraire. Ce mode de reconnaissance des droits présente un avantage mais également plusieurs types d'inconvénients. L'avantage est représenté par le caractère immédiatement opérationnel d'une telle reconnaissance, ce qui, dans ce pays où le contrôle de constitutionnalité des droits fondamentaux est confié aux tribunaux ordinaires supérieurs²⁸, n'est pas un facteur négligeable. En revanche, un certain nombre d'inconvénients jalonnent ce mode de reconnaissance. Il laisse tout d'abord peu de place à l'interprétation créatrice du juge²⁹. Il est ensuite facteur de cristallisation des droits, ce qui peut poser problème à l'égard de l'évolution des droits fondamentaux dont le caractère dynamique n'est plus à démontrer. Cela étant, la *Constitution du Zimbabwe* est plus ancienne que les Constitutions namibienne et sud-africaine dont les liens de parenté sont évidents. Les conditions d'élaboration des Constitutions ont été différentes et le choix des modes de reconnaissance ne doit pas occulter leur fonds commun.

Le mode de reconnaissance exhaustif des droits et de leurs conditions d'exercice permet également de structurer le contenu des droits fondamentaux entre eux. Ainsi, il est possible de faire la liaison entre les droits civils

27. Autres que les conditions générales.

28. Articles 79 et suivants de la *Constitution du Zimbabwe* : *Supreme Court* et *High Court*.

29. Ce qui peut être considéré comme un avantage mais doit être replacé dans le contexte de la *common law*. Ceci signifie que le texte constitutionnel est rigidifié par son contenu et que les règles juridiques applicables dans les autres branches du droit ne le sont pas. Ceci peut entraîner certains dysfonctionnements dont la Constitution peut souffrir par manque de souplesse.

et individuels et les droits « socioculturels » collectifs. Par exemple, le droit à l'éducation est lié avec la liberté de religion et le libre choix de la langue ou de la culture. Ces interactions entre les droits fondamentaux sont souvent reléguées dans l'organisation des droits dans d'autres systèmes constitutionnels, c'est-à-dire concrètement remis entre les mains du législateur ou du juge. En les intégrant dans les *Déclarations des droits*, le constituant a tracé les lignes directrices de ces interactions.

c) Le couple égalité/liberté

Les Constitutions d'Afrique australe étudiées réservent une place privilégiée à l'égalité³⁰. Les considérations historiques expliquent assez largement les raisons de ce choix. L'égalité y a été conçue comme l'un des piliers des droits fondamentaux, qui doit fonder et guider le développement de l'État de droit.

L'égalité est classiquement conçue comme l'absence de discrimination, mais les Constitutions namibienne et sud-africaine octroient une place particulière aux discriminations positives (*affirmative action*) opérées en faveur de ceux qui ont par le passé été particulièrement touchés. Ces discriminations positives doivent être mises en œuvre par les autorités publiques dans l'organisation de leur action. Elles permettent de prendre en considération le critère de la race ou du sexe comme principe d'action politique. Cette conception du principe d'égalité donne lieu à un débat constant sur les limites des discriminations positives et leur bien-fondé. Les *Déclarations des droits* ont cependant cherché à combiner cette conception de l'égalité avec les principes de la liberté. Il n'est évidemment pas question d'appliquer le principe d'égalité comme il l'est dans les pays européens par exemple. Si dans ces derniers, les discriminations dans l'espace peuvent être prises en considération, celles relatives aux discriminations dans le temps ne sont généralement pas acceptées ou font figure d'exception. On observe ici l'un des particularismes de l'Afrique australe liée à sa civilisation et à son histoire³¹.

Cette conception de l'égalité ne doit toutefois pas être comprise comme établissant une hiérarchie entre les droits fondamentaux. L'égalité discrimi-

30. Voir la place occupée par l'égalité dans les Constitutions namibienne et sud-africaine, notamment dans les préambules. On remarquera que les trois pays étudiés possèdent une donnée commune : les trois États sont des États multiraciaux où la race blanche a exercé une domination de fait ou de droit. Ceci explique le statut particulier de l'égalité dans ces Constitutions ainsi que dans les textes d'amendement qui ont suivi (voir par ex. sur ce point la *Constitution du Zimbabwe* et la suppression en 1987 des sièges réservés aux blancs).

31. Cette situation peut se retrouver dans d'autres États multiraciaux où ces problèmes se sont posés dans des termes proches, comme aux États-Unis. Voir par ex. C. VROOM, « Principe d'égalité et *affirmative action* aux États-Unis », *Rev. française de droit constitutionnel*, vol. 24, 1995, p. 805.

natoire est ici l'une des données de l'application des droits fondamentaux, mais elle n'est pas destinée à occulter ou supprimer l'existence des autres droits. Il s'agit d'un élément à prendre en considération lorsque, dans un choix à opérer, la préférence peut être octroyée aux individus ou groupes qui ont été défavorisés. En réalité, le contenu et l'efficience des discriminations positives dépendent pour beaucoup de la conception qu'en a l'autorité juridictionnelle. Elle peut en faire un principe d'action marginal ne servant qu'à résoudre les cas litigieux, comme elle peut en faire un principe d'action prioritaire. Dans ce cas, ce principe devient une directive permanente à prendre en considération dans toute action publique. Les exemples namibien et sud-africain démontrent que si la volonté des constituants repose souvent sur la volonté d'en faire une directive d'application permanente, la pratique transforme cette perception de l'égalité en un principe supplétif, compte tenu des difficultés d'action qu'il engendre.

Au terme de cette présentation de la place des droits fondamentaux dans les négociations et textes constitutionnels, il apparaît que les Déclarations des droits ont été conçues dans les différents pays étudiés comme des documents pragmatiques, empruntant aux expériences étrangères ce qu'elles pouvaient leur apporter de positif. Mais elles traduisent également un souci d'adaptation constant aux réalités et contextes propres à chaque État. À l'inverse de ce qui a trop souvent été relevé dans nombre de nouvelles Constitutions, les pays d'Afrique australe étudiés ont su créer à travers leur *Déclaration des droits fondamentaux* un terrain favorable au développement et au respect de l'État de droit. Qu'en est-il concrètement du contrôle exercé par les autorités juridictionnelles sur le respect de ces droits ?

II. — LE CONTRÔLE PAR LES AUTORITÉS JURIDICTIONNELLES DU RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX

L'effectivité des droits fondamentaux est souvent remise en cause sur le continent africain par le manque ou l'imperfection du contrôle (juridictionnel ou non !) sur ces droits. Autant que la reconnaissance des droits, l'intégration de mécanismes visant à leur respect est nécessaire. L'encadrement de ce contrôle par la Constitution constitue un élément indispensable à cette efficience, mais il n'est pas suffisant. S'y ajoute en effet la nécessité pour les « autorités constituées » de respecter les règles constitutionnelles. Les pays d'Afrique australe étudiés ont réussi à ce jour le premier pari en misant sur une effectivité du contrôle juridictionnel des droits fondamentaux, auxquels ils ont ajouté un certain nombre d'organes spécifiques indépendants. Surgissent néanmoins un certain nombre de difficultés démontrant la nécessité permanente de rechercher de nouvelles solutions aux problèmes qui se posent.

A. – *Unité du but poursuivi et diversité
des modalités de contrôle des droits fondamentaux*

Le pari engagé par les Constitutions des pays étudiés repose principalement sur la garantie des droits assurés par le pouvoir judiciaire. Ce choix n'était pas exempt de certains risques, mais il est apparu comme celui susceptible de recevoir le plus d'effectivité. L'analyse de ces modalités de contrôle peut s'opérer autour de trois axes : les moyens de contrôle, les méthodes de contrôle et l'effectivité des décisions judiciaires.

1. *Les moyens de contrôle*

Les Constitutions étudiées ont emprunté des chemins différents quant aux moyens de contrôle des droits fondamentaux pour viser cependant un même but : le respect de l'État de droit. On remarquera cependant que ce choix a été conditionné par les systèmes judiciaires des différents États.

La *Constitution du Zimbabwe* règle, dans son article 24, les moyens de protection des droits fondamentaux. Le mode de contrôle de constitutionnalité exercé est concret et *a posteriori*, limité cependant à un certain nombre de juridictions. La division d'appel³² (Cour Suprême) possède la compétence de principe en matière de contrôle de constitutionnalité des droits fondamentaux³³. Cette compétence ne limite cependant pas les parties lorsqu'elles invoquent la violation de la *Déclaration des droits* dans leurs arguments. Toute juridiction saisie³⁴ peut, par voie de question préjudicielle³⁵, demander à la Cour suprême de statuer sur la constitutionnalité d'une loi qui méconnaîtrait les droits fondamentaux. Ce droit est même ouvert directement à tout accusé détenu en matière pénale³⁶. Le choix opéré par la *Constitution du Zimbabwe* repose donc sur un contrôle concret mais majoritairement centralisé autour de la division d'appel de la Cour suprême. Ce système s'explique par la volonté de concilier les nécessités d'un contrôle de constitutionnalité accessible avec un système juridique fondé sur la tradition de *common law*. On remarquera néanmoins que la particularité de ce système repose sur la centralisation (au moins partielle) du contrôle de constitutionnalité entre les mains de la plus haute juridiction. Le système

32. Le système judiciaire du Zimbabwe est organisé par les articles 79 et suivants de la Constitution. Il se compose d'une Cour suprême compétente pour statuer sur les appels des décisions rendues par la Haute Cour et d'une Haute Cour compétente en matière criminelle et pour toute autre matière qui lui sont conférées par la loi. Les autres Cours et tribunaux (Cours inférieures) sont organisés par la loi. Les appellations *Division générale* et *Division d'appel* désignent successivement la Haute Cour et la Cour Suprême (article 113 (1) (b) de la Constitution.

33. Article 24 sous-section (4) de la *Constitution du Zimbabwe*.

34. À condition qu'elle relève de l'une des juridictions d'appel (*Cour suprême ou Haute Cour*).

35. Article 24 sous-section (2) de la *Constitution du Zimbabwe*.

36. Article 24 sous-section (7) de la *Constitution du Zimbabwe*.

de contrôle de constitutionnalité adopté n'est donc pas une copie du modèle américain, mais une adaptation de celui-ci aboutissant à la concentration du contentieux constitutionnel entre les mains d'une seule juridiction. La possibilité d'invoquer directement la garantie des droits fondamentaux reste néanmoins possible et apparaît comme l'un des aspects protecteurs les plus importants aux yeux des justiciables.

La *Constitution namibienne* apparaît, au regard de la situation du Zimbabwe, comme une évolution proche de cette dernière tout en s'en rapprochant. L'article 25 de la *Constitution namibienne* prohibe tout d'abord l'adoption de toute loi ou acte réglementaire qui méconnaîtrait la *Déclaration des droits*³⁷. Il s'agit donc d'une adresse directe aux organes législatifs et exécutifs, ce qui n'était pas le cas dans l'hypothèse du Zimbabwe. Mais le texte de la Constitution ajoute comme mécanisme de sanction d'une telle méconnaissance que toute Cour compétente³⁸ doit, au lieu de déclarer directement la loi inconstitutionnelle, saisir en référé l'autorité compétente pour qu'elle corrige les effets inconstitutionnels du texte examiné³⁹. Ce premier mécanisme de contrôle de constitutionnalité des droits fondamentaux se double de la possibilité pour la Cour suprême et la Haute Cour d'appliquer et de protéger la *Déclaration des droits* dans tout litige concret. Cette possibilité se traduit par la possibilité d'écarter la loi ou le texte inconstitutionnel et permet même au juge d'allouer des dommages-intérêts lorsqu'il estime cette solution appropriée⁴⁰.

Les moyens de contrôle offerts par la *Constitution namibienne* en matière de contrôle des droits fondamentaux se veulent pragmatiques et simples à utiliser. Le contrôle de constitutionnalité mis en œuvre est concret et *a posteriori*, avec cependant un correctif permettant de modifier pour l'avenir les dispositions d'une loi inconstitutionnelle. La solution namibienne a délibérément opté pour la simplicité et l'efficacité. Elle doit être replacée dans son contexte pour être comprise. La Namibie est un État nouveau, faiblement peuplé, connaissant un système judiciaire de *common law*⁴¹ qui permet ce

37. Article 25 (1) de la *Constitution namibienne*.

38. En fait, la Cour suprême et la Haute Cour.

39. Article 25 (1) (a) de la *Constitution namibienne*. Ce référé législatif ou administratif est toutefois encadré dans des conditions de délai, dès lors que ceux-ci sont écoulés sans qu'aucune modification soit intervenue. Il existe donc un butoir à cette navette entre le juge et l'autorité compétente pour modifier la norme.

40. Article 25 (4) de la *Constitution namibienne*.

41. Le système judiciaire namibien est calqué sur celui qui existait en Afrique du Sud avant la Constitution de 1993. Ce sont les articles 78 et suivants de la Constitution qui l'organisent. Le système se compose de trois types de Cours : la Cour suprême, la Haute Cour, les Cours inférieures. La Cour suprême est compétente pour connaître des appels des décisions de la Haute Cour. La Haute Cour est directement compétente en matière civile et criminelle ainsi que pour connaître des appels des Cours inférieures. Les Cours inférieures sont compétentes pour toutes les autres matières déterminées par la loi. Ce système limite le contrôle de constitutionnalité aux deux juridictions suprêmes (Cour suprême et Haute Cour).

type de contrôle de constitutionnalité. En limitant la compétence du contrôle de constitutionnalité aux deux juridictions suprêmes, la *Constitution namibienne* n'a cependant pas opté pour un système de contrôle diffus qui s'avérerait inutile et dangereux. Comme dans la *Constitution du Zimbabwe*, le système namibien a mis l'accent sur l'accessibilité du contrôle de constitutionnalité des droits fondamentaux, tout en recherchant une certaine concentration de ce contrôle.

La situation sud-africaine apparaît en comparaison plus élaborée. Elle est également la dernière à avoir vu le jour, ce qui explique qu'elle ait pu profiter des expériences de ses deux voisins. Le contrôle de constitutionnalité a été conçu en Afrique du Sud comme un élément clef du nouveau système constitutionnel. Il repose par principe sur la Cour constitutionnelle, organe nouvellement créé, qui dispose du monopole de l'interprétation en matière constitutionnelle⁴². Le système mis en place est à la fois abstrait et concret. Il repose tout d'abord sur la possibilité pour la Cour de statuer sur les lois non encore promulguées⁴³ : ce type de contrôle inconnu dans les deux autres Constitutions étudiées a permis à la Cour de déclarer plusieurs projets de lois non conformes à la Constitution. D'autre part, la Cour constitutionnelle est également chargée de veiller à la répartition des compétences en matière fédérale, ce qui peut avoir certaines incidences sur le régime des droits fondamentaux. Enfin, la Cour constitutionnelle peut être saisie soit directement, soit par le biais d'une question préjudicielle, pour statuer sur la constitutionnalité de tout acte normatif qui contreviendrait aux dispositions du texte constitutionnel et plus spécifiquement sur toute atteinte aux droits fondamentaux⁴⁴.

Le contrôle de constitutionnalité n'est cependant pas limité à la Cour constitutionnelle. Les autres Cours supérieures⁴⁵ disposent aussi de la possibilité de statuer sur la constitutionnalité des textes impliqués dans les affaires qu'ils ont à connaître. Toutefois, afin de prévenir les difficultés qui pourraient surgir des interprétations divergentes entre les Cours, les décisions d'inconstitutionnalité de ces Cours ne deviennent valides que lorsque la Cour constitutionnelle a confirmé cette décision⁴⁶. Cette procédure permet à la Cour constitutionnelle de conserver le monopole d'interprétation de

42. Article 98 (2) de la Constitution intérimaire et article 167 (3) et s. de la *Constitution définitive sud-africaine*.

43. Article 98 (9) de la Constitution intérimaire et article 80 de la *Constitution définitive sud-africaine*.

44. Article 167 (6) de la *Constitution définitive sud-africaine*.

45. Ce qui vise la Cour suprême et les Hautes (articles 168 et 169 de la *Constitution définitive sud-africaine*). Les Cours inférieures et spécialisées ne disposent pas du pouvoir de statuer en matière constitutionnelle ; elles peuvent cependant s'adresser à la Cour constitutionnelle si une difficulté surgit.

46. Article 172 de la *Constitution définitive sud-africaine*.

la Constitution, tout en la déchargeant de l'instruction et de l'étude de dossiers qu'elle n'aurait pas la possibilité d'examiner.

Le système de contrôle de constitutionnalité sud-africain est donc un système mixte, qui allie contrôle abstrait et contrôle concret. Il apparaît réaliste dans la mesure où il permet une détection des inconstitutionnalités aux différents stades de mise en œuvre des textes et plus particulièrement au regard du respect des droits fondamentaux. Ce choix opéré par les constituants a été dicté par une double idée : d'une part, l'identification des inconstitutionnalités *a priori* est une garantie fondamentale dans la mesure où elle permet d'écarter et de ne pas faire rentrer dans l'ordre juridique des textes qui seraient générateurs de violation des droits fondamentaux ; mais d'autre part, il est apparu impensable aux auteurs de la Constitution de ne pas permettre aux individus de défendre eux-mêmes leurs droits devant les juridictions. Il y aurait eu quelque paradoxe à reconnaître les droits fondamentaux comme signe d'établissement de l'État de droit et de ne pas permettre à leurs bénéficiaires de les invoquer directement. Le contrôle *a posteriori* était une obligation politique plus qu'une nécessité juridique.

La présentation générale de ces trois systèmes fait ressortir des différences dans la mise en œuvre des mécanismes de contrôle de constitutionnalité sur une toile de fond commune. L'idée directrice est représentée par la recherche d'un contrôle de constitutionnalité efficace et simple⁴⁷. Le Zimbabwe et la Namibie ont choisi de greffer leur contrôle de constitutionnalité sur leur organisation judiciaire existante tandis que l'Afrique du Sud y a ajouté une Cour constitutionnelle chargée de veiller à la cohérence du système. Il est vrai que dans ce dernier cas l'ampleur du problème nécessitait une adaptation du mécanisme à la gravité de la situation. Cependant, au delà de ces divergences, ce contrôle intègre la dimension des droits fondamentaux comme facteur de garantie de l'État de droit. Les trois exemples examinés révèlent cette philosophie commune du contrôle de constitutionnalité à travers la protection de ces droits. Ce trait dominant se retrouve dans les méthodes de contrôle.

2. Les méthodes de contrôle : perméabilité des systèmes de protection et recherche d'un accès au juge facilité

Les trois Constitutions d'Afrique australe examinées ont appréhendé le problème des méthodes de contrôle de façon assez similaire. Les techniques de contrôle appliquées reposent sur un fonds commun représenté par les caractéristiques d'interprétation de la *common law*⁴⁸. Le développement des motifs de la décision permet ainsi de suivre de près le raisonnement déve-

47. Voir P.-F. GONIDEC, *Constitutionnalismes Africains*, op. cit., pp. 31 et s.

48. Ceci se traduit par la rédaction de jugements assez longs et explicatifs, avec possibilité d'intégrer des opinions séparées ou dissidentes.

loppé par les juridictions. Cet héritage historique possède un autre effet. Il permet aux juges dans leurs interprétations soit d'appliquer des sources confortatives en complément de leurs sources constitutionnelles, comme les principes généraux du droit international public⁴⁹, soit de se référer aux exemples fournis par les juridictions étrangères⁵⁰ comme source d'interprétation. Cette technique possède un effet induit important au regard de la perméabilité des systèmes juridiques. Les juridictions d'un État sont naturellement portées à s'intéresser aux solutions rendues dans les États voisins. Ceci a pour effet de faire connaître les décisions d'un État dans un autre État. Compte tenu des liens existants entre les systèmes juridiques des trois États étudiés, leurs solutions respectives en matière de contrôle de constitutionnalité sont réciproquement examinées.

Cette convergence est importante et pourrait constituer un terrain favorable à la constitution future d'un organe régional de contrôle de droits fondamentaux. Il est certes prématuré d'envisager sa création dans l'immédiat, mais cet élément de convergence représente une condition préalable à la mise en place d'une telle institution.

Un autre élément commun mérite d'être relevé. Il repose sur l'approche commune des Constitutions en matière d'accès à la justice constitutionnelle. L'idée fondamentale qui a marqué l'élaboration des Constitutions étudiées repose sur l'accès direct du justiciable au juge constitutionnel. Même si les voies empruntées – notamment par l'Afrique du Sud – n'ont pas été strictement identiques, elles traduisent ce même souci de mettre le contrôle des droits fondamentaux à la portée du justiciable et de ne pas en faire un système réservé à un corps restreint. Ceci peut paraître secondaire et pourtant, il s'agit là d'un élément déterminant pour la crédibilité de la justice constitutionnelle. Au delà de l'efficacité des droits fondamentaux eux-mêmes, il est nécessaire qu'existe une confiance dans le système juridique et judiciaire. En reconnaissant au juge ordinaire la capacité de statuer sur le contrôle de constitutionnalité des droits fondamentaux, les constituants ont cherché à préserver ce rapprochement entre juge et protection de ces droits. La même remarque prévaut en ce qui concerne l'Afrique du Sud pour l'accès direct auprès de la Cour constitutionnelle. Ce choix est souvent critiqué en raison de son caractère peu efficient⁵¹. Psychologiquement cependant, il rapproche le juge constitutionnel des titulaires des droits fondamentaux. Ceci se retrouve également dans les mécanismes attachés à l'effectivité des décisions.

49. Voir par ex. l'article 144 de la *Constitution namibienne* ou encore l'article 39 de la *Constitution définitive sud-africaine*.

50. Voir, à cet égard, l'article 39 (1) (c) de la *Constitution définitive sud-africaine*.

51. Compte tenu de l'instauration fréquente d'un système de filtrage.

3. *L'effectivité des décisions statuant sur la constitutionnalité des droits fondamentaux*

L'effectivité des décisions des organes chargés du contrôle et de la protection des droits fondamentaux représente souvent en Afrique un problème majeur. Nombre de Constitutions sont restées et restent encore lettre morte en raison de l'impossibilité de conférer à leur contenu un contrôle efficace et accepté. Les Constitutions restent un contrat politique, mais possèdent la plus grande difficulté à être transformées en document juridique. Les pays d'Afrique australe étudiés ont à cet égard pris en considération cette dimension et accepté la Constitution et plus particulièrement les *Déclarations des droits* comme des textes juridiques susceptibles de leur être opposés. La soumission envers le pouvoir judiciaire n'est pas la seule raison⁵². Les systèmes de contrôle de constitutionnalité ont eux-mêmes pris en considération ces difficultés en recherchant une forme consensuelle d'acceptation des inconstitutionnalités. Cette idée est représentée dans les trois Constitutions étudiées par la possibilité pour une juridiction de ne pas prononcer une décision d'inconstitutionnalité, mais de demander à l'organe de décision chargé de mettre en œuvre ces droits de corriger les dispositions inconstitutionnelles d'un texte. La solution repose alors non sur une annulation, mais sur la mise en conformité du texte aux exigences de la Constitution⁵³. Cette solution transforme quelque peu la juridiction constitutionnelle en organe de conciliation dont les « avis » seraient conformes. Cependant, ce type de contrôle peut être mieux accepté et plus efficient qu'une simple déclaration d'annulation.

Ce tableau peut apparaître idyllique et un peu trop optimiste par rapport à la situation quasi catastrophique d'autres États africains. Sans vouloir minimiser les efforts entrepris par les pays du sud de l'Afrique australe, il est indispensable de faire état des limites que rencontre l'acceptation du nouvel État de droit. Il existe en effet un certain nombre de barrières non juridiques qui limitent les effets de l'ouverture de la protection des droits fondamentaux.

En premier lieu, il existe une barrière linguistique importante entre la masse des justiciables et les langages officiels employés par les systèmes judiciaires. Quand bien même la Constitution reconnaît plusieurs langages, il est souvent difficile, voire impossible de les pratiquer tous. De nombreux

52. Voir l'article 81 de la *Constitution namibienne*, l'article 165 (5) de la *Constitution définitive sud-africaine*.

53. Voir l'article 24 (4) de la *Constitution du Zimbabwe* ; l'article 25 (1) (a) de la *Constitution namibienne* ; l'article 172 (1) (b) (ii) de la *Constitution définitive sud-africaine*.

justiciables n'osent pas ou se sentent incompris et n'utilisent guère les possibilités qui leur sont offertes de défendre leurs droits fondamentaux⁵⁴.

En second lieu, une autre difficulté de mise en œuvre du système repose l'obstacle financier. Celui-ci peut bien sûr être levé par la mise en place de mécanismes d'aide judiciaire, voire par un coût très faible des saisines. Il n'empêche que les difficultés d'accès à ces aides – notamment les procédures d'octroi de ces aides –, voire le coût que représente la provision réclamée par le Conseil juridique découragent souvent les justiciables⁵⁵ et nuisent à l'efficacité et à la crédibilité du système.

En troisième lieu, un autre type d'obstacle est représenté par l'accès aux juridictions, qui constitue une barrière psychologique. L'obstacle n'est plus ici simplement linguistique, il est aussi socioculturel. Les différends juridiques – même lorsqu'ils mettent en cause les droits fondamentaux – ne sont pas nécessairement résolus par des moyens juridiques. Certaines communautés peuvent rejeter l'idée d'une solution juridictionnelle ou la trouver dans leur système juridique propre. Tel est le cas lorsque le droit coutumier est reconnu et intégré dans l'ordre juridique. Bien que ce droit doive se conformer au respect des droits fondamentaux, il est peu probable qu'un contrôle de ceux-ci soit exercé au travers des mécanismes juridictionnels mis en place. Les solutions seront psychologiquement mieux acceptées si elles émanent des organes coutumiers chargés d'appliquer ces règles. Ce n'est pas le seul exemple ! Ainsi et sans se référer au droit coutumier, il existe dans la population rurale une absence de crédibilité du système juridique, lié au mode de vie et au faible rapport que ces populations entretiennent avec le droit.

Enfin, un dernier élément propre à l'Afrique du Sud et à la Namibie repose également sur la faible confiance d'une large partie de la population envers les juges. Une partie non négligeable du personnel judiciaire en Namibie et en Afrique du Sud émane des juridictions du régime d'*apartheid*. Il existe donc une certaine méfiance envers ce personnel judiciaire qui symbolise encore le régime d'*apartheid*. Bien que la situation évolue progressivement, cette raison et la difficulté de former immédiatement un nouveau personnel judiciaire expliquent, par exemple, que l'une des raisons de création de la Cour constitutionnelle en Afrique du Sud ait été partiellement repré-

54. Cette situation a abouti à la création de ce qui a été baptisé de systèmes parajudiciaires. ces systèmes en dehors de toute règle établie essaient d'apporter dans chaque cas et en équité des solutions aux conflits qui se posent. Leur originalité repose sur leur absence de référence à un système de valeurs juridiques. Voir sur ce point E. KLINCK, *Paralegals in South Africa : a Wasted Resource ?*, conf. SULTSA, janvier 1996.

55. L'une des solutions développée par l'Afrique du Sud a consisté à développer les *Centres de ressources juridiques* ainsi que les *Cliniques du droit*, organismes d'aide et d'assistance aux indigents et aux personnes à faibles ressources. Ces centres sont généralement dirigés par des personnes de renom.

sentée par l'idée de création d'une juridiction symbolisant le nouvel ordre juridique.

Ce type de difficultés ne doit pas être négligé pour comprendre l'imperfection d'un système juridique. Il ne remet pas en cause le principe du contrôle de constitutionnalité des droits fondamentaux et ne doit pas conduire à minimiser l'effort entrepris, ni son succès. Simplement, il démontre que même adapté et accepté, l'effectivité du contrôle se heurte à de nouvelles difficultés qu'il faut prendre en considération pour prendre la pleine mesure du système.

Cette situation conduit inévitablement les acteurs de la protection des droits fondamentaux à rechercher un équilibre dans les modalités de leur contrôle.

B. – *La recherche d'un équilibre dans les modalités du contrôle des droits fondamentaux*

Les États d'Afrique australe étudiés ont et continuent de rechercher les moyens d'ancrer le contrôle juridictionnel des droits fondamentaux dans une seconde phase qui serait celle de la stabilisation. Ce contrôle y a été institutionnalisé et accepté. Ceci représente une avancée considérable, mais n'est toutefois pas suffisant. Au delà de la protection des droits fondamentaux eux-mêmes, la protection du régime qui reconnaît ces droits est recherchée. Par quels moyens cet équilibre peut-il être protégé ? Trois aspects peuvent être envisagés : le rôle de l'interprétation opérée par le juge constitutionnel, l'apport des institutions indépendantes, la culture des droits fondamentaux.

1. *Le rôle de l'interprétation opérée par le juge constitutionnel*

Le pouvoir d'interprétation du juge constitutionnel et sa fonction d'orientation du régime en faveur de la protection des droits fondamentaux ne sont plus à démontrer. Ils revêtent cependant, dans le cadre de pays nouvellement ouverts à la protection des droits fondamentaux, une connotation particulière. Dans le cas des trois pays étudiés, le contrôle de constitutionnalité revêt un caractère relativement concentré, ce qui favorise une interprétation uniforme de la Constitution, mais également du système constitutionnel. Le rôle particulier de la Cour constitutionnelle sud-africaine mérite ici d'être mentionné. La Cour de Johannesburg a en effet été chargée de certifier la conformité de la Constitution définitive aux principes constitutionnels originaires ayant fondé le processus des négociations constitutionnelles. Dans sa décision du 6 septembre 1996⁵⁶, la Cour a rendu un arrêt qui représente une véritable doctrine constitutionnelle en matière d'évolution et de développe-

56. CCT 23/96.

ment du régime sud-africain. Cet exemple démontre que le pouvoir d'interprétation remis entre les mains des juges constitutionnels ne se limite pas aux cas d'espèces qui lui sont soumis, mais lui permettent de dégager également une doctrine d'ensemble du système constitutionnel. Cette doctrine est nécessaire pour développer un équilibre au sein de la protection des droits fondamentaux mais également du système lui-même.

L'interprétation ne se limite pas à une simple lecture ou à l'octroi d'une signification. Elle est nécessaire pour développer la cohérence de l'ensemble constitutionnel. Cette fonction doit évidemment être analysée dans le temps. L'une des difficultés de l'interprétation réside dans cette inscription nécessaire dans la durée. Il est impératif que les juges constitutionnels prennent en considération cette perspective dynamique de l'interprétation. Ceci peut expliquer également que certaines décisions paraissent trop timides ou en retrait par rapport à ce que le texte constitutionnel autorisait. Elles doivent se lire de façon immédiate, mais aussi médiata. À cet égard on relèvera que les quinze premières années d'existence sont souvent déterminantes pour forger une lecture de la Constitution qui donne une certaine cohérence à l'ensemble. Cette interprétation représente souvent une seconde écriture de la Constitution.

2. *L'apport des institutions indépendantes*

Le développement des droits fondamentaux dans les pays étudiés a également conduit les constituants à ne pas négliger les autres voies de contrôle non juridictionnelles de protection des droits fondamentaux et d'équilibre du système. Une place particulière a été faite aux autorités indépendantes, notamment dans les Constitutions namibienne et sud-africaine⁵⁷. Outre le traditionnel *ombudsman*⁵⁸, les commissions indépendantes mises en place concernent l'égalité, les opérations électorales, le service public, la restitution des terres, pour ne donner que quelques exemples⁵⁹. Toutes ne concernent pas la protection des droits fondamentaux, mais visent à rendre concrets et effectifs les droits intégrés dans la Constitution. Une mention spéciale doit être faite à la Commission « Vérité et réconciliation » en Afrique du Sud chargée d'établir les faits relatifs aux violations des droits fondamentaux durant le régime d'*apartheid*. Cette commission, dont le rôle se limite à établir un rapport sur ce qui s'est produit, jouera en pratique un grand rôle puisque l'amnistie ne pourra être octroyée aux personnes qui en font la demande que si elles ont accepté de déposer devant cette Commission.

57. Voir également dans la *Constitution du Zimbabwe* les articles 73 et ss.

58. Articles 107 et s. de la *Constitution du Zimbabwe*, article 182 de la *Constitution sud-africaine*, article 89 et s. de la *Constitution namibienne*.

59. Voir par ex. le Chapitre 9 de la *Constitution définitive sud-africaine* intitulé *Institutions de l'État chargées de promouvoir la démocratie constitutionnelle*.

Une autre caractéristique de ces autorités indépendantes est de n'être soumises ni au Gouvernement, ni au Parlement⁶⁰. Leur statut leur confère une position à part dans l'organisation des pouvoirs et elles peuvent mener leur tâche comme elles l'entendent dans la mesure où leur existence est constitutionnelle. Ceci est particulièrement important pour les autorités dont la tâche se situe à mi-chemin entre la défense du droit et les choix politiques. Elles peuvent ainsi doubler la garantie d'indépendance des choix opérés puisque ces choix peuvent faire eux-mêmes l'objet d'un contrôle juridictionnel.

Ces autorités indépendantes ne représentent pas en elles-mêmes une innovation en matière de recherche de nouvelles formes de protection de l'État de droit. En revanche, l'institutionnalisation de ces autorités dans les États d'Afrique australe, dans des secteurs traditionnellement sensibles et considérés comme des vecteurs de violation des droits fondamentaux, mérite d'être soulignée. Même s'il ne s'agit que d'une avancée modeste, elle contribue à la recherche de cet équilibre dans les modalités de contrôle de l'État de droit.

3. *La culture des droits fondamentaux*

L'aspect le plus important de la recherche de cet équilibre reste cependant centré sur un aspect psychologique du contrôle. Il réside dans ce qui peut être qualifié de « culture des droits fondamentaux ». Plus qu'un ensemble de décisions ou l'interprétation des dispositions de la Constitution, l'acceptation des nouvelles règles de contrôle constitue un facteur déterminant pour le succès de l'acceptation de l'État de droit. Cela signifie que toutes les parties et tous les partenaires (organes publics, organes privés, individus) doivent accepter l'idée d'un contrôle et d'une éventuelle sanction de leurs actes et de leurs comportements. Ceci suppose de la part des organes de contrôle (juridictionnels ou non) une certaine psychologie ainsi qu'une certaine pédagogie dans les décisions qu'ils rendent. Cela se traduit notamment par des explications assez longues que le système anglo-saxon favorise.

S'y ajoute la familiarisation nécessaire avec les procédures nouvelles de contrôle. Ceci peut paraître anodin, mais constitue souvent un obstacle important pour lequel un certain laps de temps est nécessaire. Il existe un besoin de formation des juristes, mais aussi de la population quant aux modalités et contenus des nouvelles règles applicables. Il est ainsi nécessaire d'intégrer les droits fondamentaux ainsi que leurs limites dans les valeurs de la société de façon concrète et effective. Pour les familiers des questions juridiques, ceci peut prendre un certain temps, compte tenu de la modification du raisonnement qu'implique cette prise en considération, notamment dans des pays habitués à appliquer le raisonnement de la *common law*. La

60. Si ce n'est pour rapporter leurs travaux ou faire des recommandations.

difficulté est évidemment encore plus grande pour les non-spécialistes, pour qui l'idée même de droits fondamentaux est souvent très confuse⁶¹. Le facteur temps ainsi que la répétition des nouvelles données représentent ainsi une condition indispensable de l'équilibre du système. La politique de communication des organes de contrôle, leur ouverture, leur accessibilité, l'accès direct aux sources représentent ainsi des conditions importantes du succès du nouveau système mis en place.

À ce titre, les différents exemples étudiés démontrent cette volonté commune de développement, même si le niveau atteint dans chaque pays n'est pas le même. Il existe cette volonté commune d'ancrer les droits fondamentaux dans la substance même du régime politique. L'indépendance des institutions de contrôle est bien sûr l'une de ces conditions. Mais indépendance ne signifie pas absence de communication ! Il est nécessaire que les organes de contrôle diffusent le contenu des décisions qu'ils rendent. L'exemple sud-africain l'a démontré avec le poids pris par les institutions de contrôle et leur acceptation.

*

* * *

La conclusion à laquelle conduit cette étude comparée fait contraste avec la perception souvent négative que produit l'application des droits fondamentaux sur le continent africain. Il est bien sûr trop tôt pour pouvoir tracer les lignes d'une extension de ce renouveau dans ces trois pays d'Afrique australe, mais un certain nombre d'idées peuvent être lancées.

En premier lieu, l'analyse comparée de la protection des droits fondamentaux entre les différents pays fait ressortir l'émergence d'un fonds commun de protection des droits fondamentaux. Certes, des différences existent, mais le sujet et la façon de l'appréhender sont les mêmes. Le rôle joué par les règles générales du droit international public ne sont pas à négliger dans cet effort de synthèse. Ceci apparaît important pour l'avenir dans la mesure où chacun connaît l'approche de l'autre sur le même sujet.

En second lieu, le renforcement des liens entre ces États voisins représente une évolution incontournable. L'histoire de ces pays, leurs ressources, leurs liens économiques les poussent à se tourner les uns vers les autres. Dès lors que la protection des droits fondamentaux devient l'une des conditions de l'État de droit ainsi que l'une des caractéristiques du régime, il devient difficile d'ignorer ce facteur dans le développement des relations entre les États. Les conditions politiques d'un développement économique supposent une acceptation au moins tacite des caractéristiques générales des

61. On doit à cet égard souligner l'initiative originale en Afrique du Sud qui consiste à enseigner les droits fondamentaux dans les écoles à travers des manuels illustrés. Ces enseignements, qui s'intitulent *Street Law* (droit de la rue), rencontrent un certain succès auprès des jeunes.

régimes constitutionnels des partenaires. Ce facteur a mis l'Afrique du Sud au ban des Nations pendant des années. Il lui permet aujourd'hui d'être intégré comme partenaire. La suite logique de ce développement repose sur la recherche d'une intensification des relations politiques et juridiques.

L'idée qui s'inscrit dans le prolongement de ces développements consiste à s'interroger sur l'opportunité de la création d'une Cour régionale de protection des droits fondamentaux ? Une telle idée est-elle réaliste ? La réponse immédiate milite plutôt pour la négative, compte tenu de son caractère prématuré. Cette analyse n'est pas sans fondement, mais doit être corrigée par l'idée selon laquelle la création d'une telle Cour ne serait pas nécessairement contradictoire avec les ordres constitutionnels des trois États examinés.

La réponse à deux questions conditionne une telle éventualité : une telle Cour ne rendrait-elle pas les contrôles existants sans objet ? Qu'apporterait de plus la création d'une telle juridiction régionale ? Il est bien difficile à l'heure actuelle de s'avancer sur ce terrain, mais la protection régionale des droits fondamentaux par un organe extérieur à l'État n'apparaît pas contradictoire avec cette idée. Au contraire, il existe un courant assez favorable à une telle idée, étant entendu que se poseront immédiatement les questions des membres et des conditions d'accès à cette Cour. Le modèle de la Cour européenne de droits de l'homme est, bien sûr, présent dans les esprits ⁶². L'idée qui fait surgir cette éventualité repose précisément sur ce fonds commun de valeurs entre les différents pays qui permettraient d'envisager favorablement une telle création. Si le projet actuel d'une Cour africaine des droits de l'homme ⁶³ en est encore à ses balbutiements, celui d'une Cour régionale limitée à l'Afrique australe paraît moins irréaliste et plus facilement réalisable pour des pays qui ont connu un système comparable avec le Conseil privé britannique.

Quels sont alors les conditions objectives de réalisation d'un tel projet ? Elles reposent sur l'achèvement préalable de l'État de droit interne et sur la liaison de la protection des droits fondamentaux avec les autres types de relations qui sont entretenues entre États. L'ancrage du contrôle des droits fondamentaux est un préalable incontournable. Il demande un certain

62. L'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Convention démontrent qu'il n'est pas nécessaire que l'État de droit soit totalement achevé pour que de tels institutions voient le jour. En 1950, l'État de droit n'était pas le même qu'aujourd'hui, et si la Convention européenne est restée en état de semi-léthargie pendant un certain nombre d'années, cela ne l'a pas empêchée de connaître des développements spectaculaires vingt ans après sa création. Voir sur ce point : C. HEYNS, « African Human Rights Law and the European Convention », *South African Journal of Human Rights*, 1995, p. 252.

63. Voir à cet égard le compte rendu de la réunion des experts gouvernementaux sur la question de la création d'une *Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, qui s'est tenue au Cap du 6 au 12 septembre 1995, *Revue africaine de droit international et comparé*, vol. 1, 1996, p. 501.

temps, mais est en voie de réalisation dans les États étudiés. La connexion des droits fondamentaux avec les autres secteurs de développement des relations interétatiques semble être un point de passage naturel. Les relations économiques et politiques existent, elles constituent un socle de discussion pour élargir les termes du débat. Ainsi, la SADC, organisation économique qui lie les États d'Afrique australe ⁶⁴, pourrait représenter ce point de départ d'une extension des relations entre États de la zone dans le domaine juridique de la protection des droits fondamentaux. Ce type d'extension relève aujourd'hui encore du rêve, mais n'est pas aussi irréaliste qu'il y a une dizaine d'années.

La protection des droits fondamentaux et le renforcement de l'État de droit en Afrique apparaissent souvent comme un pari difficile. Les exemples étudiés démontrent que s'il existe des craintes, il existe aussi des espoirs. Tout autant que la violation des droits fondamentaux peut apparaître comme une réalité quotidienne sur le continent africain, la protection de ces mêmes droits possède un effet contagieux. La liaison du développement économique de l'Afrique australe à celui des droits fondamentaux et à son effet irradiant vers d'autres États africains est un pari à ne pas négliger.

64. Communauté de développement de l'Afrique Australe, 32 ILM 122 (1993).

**Contrôle de constitutionnalité
au nom des droits fondamentaux
dans les États de droit :
convergence des solutions en Occident
et idées pour l'Afrique**

PAR

PIERRE FOUCHER

PROFESSEUR À L'ÉCOLE DE DROIT, UNIVERSITÉ DE MONCTON (CANADA)

L'idée selon laquelle les êtres humains sont mieux gouvernés par le droit que par l'arbitraire du Prince est aussi ancienne que l'antique Grèce. L'idée de l'État, en revanche, est relativement récente ; celle de l'État de droit encore plus. Aux XVIII^e et XIX^e siècles, alors que l'État exerçait des missions de police et de maintien de l'ordre, la fonction du droit à l'égard de l'État consistait surtout à vérifier la conformité des décisions de l'administration à certains principes juridiques de nature procédurale considérés comme essentiels au processus de prise de décision et au respect de la liberté. Par ailleurs, les droits fondamentaux étaient traités soit comme des abstractions philosophiques, des idéaux, soit comme des droits naissant du fonctionnement adéquat des institutions politiques¹. La séparation des pouvoirs, le contrôle de la légalité administrative, les règles et modalités du suffrage et du scrutin retenaient plus l'attention que la garantie judiciaire des droits fondamentaux. La primauté du droit avait un sens restreint : il s'agissait essentiellement du respect de garanties procédurales minimales.

La seconde moitié du XX^e siècle a vu ce paradigme changer radicalement en Occident. Sous l'impulsion de la communauté internationale ainsi que sous la pression de facteurs liés à la croissance de l'État, on a senti le besoin de compléter l'édifice institutionnel par des chartes de droits et libertés ainsi que, phénomène encore plus remarquable, par un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité en vue du respect et de la garantie de ces droits. La Déclaration de Delhi² a mis l'accent sur le sens substantif de la primauté du droit : l'État de droit est un État qui s'assure que la façon dont il traite

1. A.V. DICEY, *The Law of the Constitution*, 10^e éd., Londres.

2. Commission internationale des juristes, Rapport sur les travaux du Congrès international des Juristes, *Le Principe de la légalité*, New Delhi, 1959, p. 11 ; voir aussi du même organisme, Rapport sur les Travaux du Congrès des Juristes du Sud-Est Asiatique et du Pacifique, *La Primauté du Droit*, Bangkok, Thaïlande, 1965, p. 193.

ses citoyens est équitable, qui consent à être lié par le droit et se sert du droit comme mécanisme de régulation des rapports sociaux ; ce faisant, l'État de droit s'engage à respecter des normes fondamentales qui protègent les valeurs et principes considérés comme étant les plus essentiels et en confie l'appréciation à un organe détaché des contingences politiques immédiates : une cour suprême ou une cour constitutionnelle spécialisée, selon les modèles ³.

L'État de droit est donc un État dans lequel l'ensemble des rapports sociaux et politiques sont soumis au droit. Mais lequel ?

Lourde est la tâche confiée au droit, en effet ! On lui demande d'arbitrer entre des intérêts divergents, de contraindre le pouvoir, de faire des choix moraux et de préserver les libertés. Mauro Cappelletti a bien montré par ses travaux comment la croissance du législateur, source de plus en plus importante de droit, celle de l'exécutif, puissance politique redoutable depuis l'aube des temps, et celle de l'administrateur, bureaucrate préoccupé par la technique et l'efficacité, tous lieux de production de normes ayant des conséquences sérieuses pour la liberté des gens, entraînaient nécessairement une réaction des sociétés saines : le pouvoir judiciaire s'élevait à son tour pour contrer, au moyen de règles juridiques de plus en plus lourdes et contraignantes, l'inflation législative et l'envahissement bureaucratique ⁴.

Or l'un des outils les plus aptes à jouer ce rôle s'est révélé être la Constitution elle-même. Sans toujours en être conscients, les constituants ont, en créant le contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux, fourni aux juges constitutionnels les moyens qui leur manquaient jusque là pour faire face avec un maximum d'efficacité à la présence croissante de l'État dans la vie des gens.

Les droits fondamentaux sont particulièrement utiles à l'État de droit. Ce sont des droits, d'abord. Certes, ils expriment des valeurs et des principes bien plus que des normes précises – d'où d'ailleurs la créativité judiciaire qui s'ensuit, comme nous le verrons. Mais ce sont des droits. Traditionnellement, c'est le pouvoir judiciaire qui est chargé de veiller au respect et à l'application de droits. Il apparaît donc normal qu'une juridiction de type judiciaire se voie investie du mandat de les faire respecter et de mesurer les interventions législatives ou administratives à leur aune ⁵.

Ensuite, ces droits sont fondamentaux. Bien sûr, le débat fait rage partout pour identifier, ne fût-ce qu'approximativement, les droits qui sont vraiment fondamentaux et les distinguer des autres. Pour les fins de la dis-

3. D. MOCKLE, « L'État de droit et la théorie de la *Rule of Law* », (1995) 35 *Cahiers de Droit* (Université Laval) pp. 823-905 ; L. TREMBLAY, « La théorie constitutionnelle canadienne et la primauté du droit », 1994, 39 *Revue de droit de McGill*, pp. 101-144.

4. M. CAPPELLETTI, *Le Pouvoir des Juges*, Paris, Economica, 1990, pp. 46-57.

5. K. VASAK, *Les dimensions internationales des droits de l'Homme*, Paris, Unesco, 1980, pp. 3-11.

ussion, disons que les choix opérés par le constituant lui-même, ainsi que par la communauté internationale lorsqu'elle s'exprime au moyen de conventions, nous indiquent avec une assez grande précision la liste des droits qui sont généralement considérés comme fondamentaux. Certains de ces droits sont reconnus comme essentiels au fonctionnement même de la démocratie : la liberté d'expression politique, la liberté d'association, le droit de vote et l'égalité formelle. D'autres constituent des remparts contre les abus de pouvoir potentiels : il s'agit des garanties juridiques en matière pénale, des droits visant le fonctionnement de l'administration et des droits de la personnalité.

L'État de droit est donc l'État qui accepte d'agir au moyen du droit et d'être régi par le droit ; un droit qui possède une certaine qualité, un droit qui prémunit contre l'arbitraire et les abus de pouvoir. Pour que cette idée ait un sens, une réalité, une portée concrète au bénéfice des citoyens, l'État de droit accepte donc qu'en son sein, une instance de type judiciaire (qu'elle soit ou non reliée à l'appareil judiciaire traditionnel, il s'agit d'une institution qui a des traits beaucoup plus judiciaires que politiques, condition d'ailleurs essentielle au succès de sa mission) soit chargée de vérifier si les divers pouvoirs étatiques respectent les droits fondamentaux que s'est donné cette société.

Le débat autour de la légitimité de ce contrôle judiciaire semble maintenant relativement réglé, tant en Europe qu'en Amérique : maintes justifications ont été avancées pour la confirmer et rassurer les gens inquiets de l'émergence du gouvernement des juges⁶. Les Cours constitutionnelles européennes et les Cours suprêmes américaines ont montré qu'elles ne représentent pas un risque dangereux pour la démocratie.

Les travaux des deux dernières décennies en la matière ont surtout consisté à bien identifier et classer les divers modèles de justice constitutionnelle, en évaluer la pertinence et l'adaptation à chaque société et montrer les différences qui existent entre elles⁷.

À partir de l'observation de l'émergence du contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux dans quelques juridictions, de son fonctionnement et de son évolution, nous nous proposons ici de dégager, si possible, certains traits qui nous apparaissent communs à des expériences diverses et qui confirment la profonde intuition de Cappelletti, selon qui le contrôle judiciaire des droits fondamentaux représente le plus remarquable effort de rapprochement des systèmes juridiques dans l'histoire moderne de

6. J. GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, coll. Minerve, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991 ; L. FAVOREU, « La légitimité du Juge constitutionnel », 1994, 2, *Revue Internationale de droit comparé*, pp. 557-583.

7. L. FAVOREU, « Rapport introductif », dans *Les Cours constitutionnelles européennes et les droits fondamentaux*, Paris, Economica, 1981, p. 28.

l'État. Nous réfléchissons aussi aux causes de l'échec relatif de ce contrôle, voire de l'idée même de constitution, dans plusieurs États d'Afrique noire.

I. — ÉMERGENCE DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ
AU NOM DES DROITS FONDAMENTAUX :
CONVERGENCE DES CONDITIONS DANS LE MODÈLE EUROPÉEN
ET LE MODÈLE DE COMMON LAW

Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité au nom des droits fondamentaux n'est jamais né de génération spontanée. Il a toujours fallu que, d'une part, la constitution proclame et garantisse certains droits et, d'autre part, qu'elle investisse — explicitement ou de manière implicite —, un organe quelconque de la compétence pour connaître des litiges les impliquant. Dans les régimes européens, un acte délibéré du constituant fut nécessaire. Dans les régimes de *common law*, seule la reconnaissance constitutionnelle des droits fondamentaux a suffi, puisque ces États connaissaient le contrôle judiciaire de la légalité. Les fédérations, tout comme les anciennes colonies britanniques, étaient aussi habituées au contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois. Le contrôle de la constitutionnalité au nom des droits fondamentaux ne représentait pas une innovation au plan de la technique juridique, bien qu'il représentât une profonde transformation de la façon d'exercer le pouvoir.

Implicite ou explicite, le contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux n'a été introduit qu'à la faveur de réformes qui ne visaient pas uniquement cette démarche.

A. — *Quant au moment de son instauration*

Cet acte de volonté étatique se produit, semble-t-il, au moment de profondes réformes institutionnelles. Ou bien il s'agit de l'octroi de l'indépendance par une métropole à une ex-colonie, à la faveur de laquelle on dote le nouvel État d'une constitution contenant un catalogue de droits fondamentaux dont l'application est confiée à une instance juridictionnelle ; ou bien c'est l'État lui-même qui, à la faveur d'autres réformes constitutionnelles majeures, institue ce genre de contrôle. En Europe, les observateurs n'ont pas manqué de montrer comment l'impact de la Seconde Guerre mondiale a rendu présent à l'esprit des constituants cette préoccupation à l'égard du contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux, particulièrement dans les États qui avaient connu les excès du fascisme⁸. On peut en dire autant des nouvelles constitutions des États d'Europe de

8. J. RIVERO, « Rapport synthèse », dans *Les Cours constitutionnelles européennes, ibid.*, p. 518.

l'Est, issus de la chute du communisme⁹. Au Canada et en Belgique, ce sont des problèmes constitutionnels internes qui ont conduit le constituant à sentir la nécessité d'instaurer un tel contrôle, problèmes qui n'y étaient d'ailleurs pas directement reliés. En Afrique, les constitutions issus des mouvements de démocratisation du début des années 1990 ont prévu ce contrôle, à des degrés divers. Dans la nouvelle Afrique du Sud démocratique, le contrôle judiciaire des droits fondamentaux et l'adoption d'un *Bill of Rights* représente l'un des enjeux majeurs de la réforme.

Le contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux apparaît donc tardivement dans l'histoire de l'État, non comme une condition de l'émergence de l'État de droit, mais comme une condition de son parachèvement. Elle n'est rendue possible que par la nécessité d'ancrer dans l'ordre juridique des valeurs fondamentales qui doivent être partagées par l'ensemble de la population (fédéralisme) et le désir de protéger les citoyens contre les excès de pouvoir (anciennes colonies). Même si les finalités peuvent varier selon la structure de l'État, notre deuxième partie cherchera à montrer que la pratique du constitutionnalisme conduit aux mêmes équilibres institutionnels.

Le désir de mieux se gouverner, de mieux protéger les droits et libertés et de mieux assurer l'équilibre des pouvoirs n'est donc pas l'unique motivation de l'instauration du contrôle de constitutionnalité ; c'est pourtant l'effet qu'il produit.

B. – *Quant aux droits faisant l'objet de ce contrôle*

Le constituant doit donc choisir lesquels des droits et libertés de la personne il désire placer dans le texte constitutionnel et soumettre à l'appréciation judiciaire. Chacun des droits garantis et reconnus par le constituant a un impact sur le fonctionnement de la démocratie et l'exercice du pouvoir par les agents de l'État. La liberté d'expression, la liberté d'association, l'égalité formelle, les garanties juridiques en matière pénale sont autant de remparts contre l'arbitraire possible des gouvernants, fussent-ils législateurs, politiques ou bureaucrates. Le choix des droits garantis respecte constamment ce noyau de droits que l'on estime aujourd'hui essentiels à la saine gestion du pouvoir. On y retrouve aussi des aménagements propres aux exigences de l'État lui-même, comme la liberté de l'enseignement en Belgique, le droit de propriété à Maurice ou les droits linguistiques au Canada.

9. M. BRZENINSKI, « The emergence of judicial review in Eastern Europe : the Case of Poland », 1993, 4, *American Journal of Comparative Law*, p. 153 ; colloque : « Constitutionalism in the Post Cold War Era », 1994, 18, *Yale Journal of International Law*, pp. 187-255 ; A. SAJO, « Reading the Invisible Constitution : Judicial Review in Hungary », 1995, 15, *Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 253-279.

Un autre choix concerne les droits économiques et sociaux. Là-dessus, on constate une propension plus grande à les inclure dans les textes constitutionnels en Europe et dans les nouveaux États, tandis que, dans les pays de tradition de *common law*, l'exercice de ces droits est plutôt laissé à la discrétion du législateur et du gouvernement. C'est que la seconde génération de droits fondamentaux, comme on le sait, nécessite par définition même une intervention étatique. Même si les pays de *common law* ne pratiquent pas une séparation rigide des pouvoirs comme l'Europe ou l'Afrique, ce principe impose aux cours suprêmes une certaine réserve quant à la « socialisation » des droits civils et politiques ou à l'application de véritables droits économiques et sociaux.

C. — Quant à l'organe et aux procédures de contrôle

Le choix de l'organe de contrôle, de sa compétence, de sa saisine, de sa procédure et des recours qui sont à sa disposition obéissent à des considérations plus contingentes, liées à l'histoire, à la réalité politique et à l'expérience judiciaire de chaque État. Lors du colloque sur la justice constitutionnelle en Europe, on a dissipé le mythe de l'universalité du soi-disant modèle américain : on a montré comment ce modèle ne pouvait pas être transposé dans le contexte juridictionnel et politique européen et comment, dans ces circonstances, l'option en faveur d'un contrôle concentré de constitutionnalité par un organe situé en dehors de chacun des trois pouvoirs de l'État, souvent *a priori* et abstrait, devait recueillir l'adhésion¹⁰. Le modèle de *common law*, lui, privilégiait un contrôle diffus, de saisine généralisée, concret et à l'intérieur du pouvoir judiciaire. La pratique révèle de toutes façons que les modèles ont évolué pour intégrer divers éléments de la taxonomie classique. Ainsi, il existe un contrôle abstrait au Canada, mais il est exercé par une Cour suprême et non un Conseil constitutionnel. La Cour peut en effet statuer sur la conformité de la norme elle-même avec la garantie constitutionnelle, tout comme elle peut statuer sur l'applicabilité de la norme aux faits de l'espèce. Le Canada connaît aussi le contrôle *a priori*, et cela ne gêne pas du tout la Cour suprême de s'y livrer. À Maurice, la Cour suprême exerce une juridiction de première instance sur le contentieux des droits fondamentaux. En Belgique, la question préjudicielle rend le contrôle bien plus concret qu'on pourrait le croire, car bien qu'il s'agisse d'un examen de la compatibilité d'une norme avec la Constitution et que la Cour d'arbitrage se garde bien d'imposer au juge du fond quelque solution que ce soit en matière d'application de celle-ci, la question constitutionnelle se pose dans le cadre d'un litige réel. L'important ne semble pas être le choix du modèle lui-même, mais la présence de ce contrôle et son fonctionnement.

10. FAVOREU, *loc. cit. supra*, note 7, p. 26.

Bien entendu, certaines variables peuvent influencer grandement ces deux derniers paramètres ; la saisine, en particulier, peut faire la différence entre un contrôle effectif et un contrôle ineffectif. La compétence de l'organe de contrôle est aussi un facteur : quand le constituant suisse exclut de la portée du contrôle les lois fédérales, quand le constituant belge limite la compétence de la Cour d'arbitrage aux droits à l'égalité et à la liberté de l'enseignement, quand le constituant français limite le pouvoir de saisine du Conseil constitutionnel, ils restreignent grandement l'impact que peut avoir le contrôle sur le fonctionnement de la société politique et sa façon d'exercer le pouvoir. La gestion des droits fondamentaux n'est alors pas laissée à ses bénéficiaires, les citoyens et citoyennes. Les droits fondamentaux demeurent une affaire de gouvernants : un exercice d'équilibrage entre chacun des pouvoirs étatiques, en dehors et au-delà de la citoyenneté.

Aucune juridiction, cependant, n'admet une saisine généralisée sans contrôle aucun ou une compétence absolue et illimitée. D'une part, même dans les cas où la saisine est étendue aux citoyens et citoyennes, ils doivent justifier d'une violation, réelle ou potentielle, de leurs droits : on ne saisit pas l'instance constitutionnelle pour le plaisir de débattre avec elle d'une question juridique intéressante¹¹. Même lorsqu'on admet la qualité pour agir dans l'intérêt public et que le seul objet du litige constitutionnel est de trancher la conformité de la loi avec un droit fondamental constitutionnalisé, ce n'est qu'à la condition que les requérants aient pu démontrer qu'il n'y a véritablement aucun autre moyen de porter l'affaire à l'attention des tribunaux, qui en sont les juges ultimes, et qu'il se pose une question réelle ayant des implications concrètes et non seulement une question théorique¹². La qualité pour agir dans l'intérêt public s'apparente quand même au contrôle abstrait en vigueur en Europe, en ce que, loin de constituer un incident d'un procès, il en représente le seul enjeu.

Choix des droits, choix du modèle, choix des procédures : chaque État agit en fonction des préoccupations et particularités qui lui sont propres. Si aucune d'entre elles ne se réclame ouvertement de l'État de droit, toutes y sont reliées. En effet, s'agissant du choix des droits, une conception substantive de l'État de droit conduit à ne pas négliger les droits que la communauté internationale considère essentiels à l'exercice de la démocratie. S'agissant du choix de l'organe de contrôle, les Cours et Conseils constitutionnels s'apparentent plus aux Cours suprêmes de *common law* qu'aux instances judiciaires normales qu'on retrouve dans les pays de tradition romano-germanique. Même si leur caractère politique est souligné par le mode de sélection des personnes, la position de l'organe dans les structures étatiques et le caractère politique des problèmes qu'ils ont à résoudre, ils

11. *Borowski c. Canada (no 2)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

12. *Conseil Canadien des Églises c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 236.

disposent d'attributs qui les rapprochent des cours de justice plus que des organes politiques : indépendance, neutralité, impartialité. Quant aux Cours suprêmes, le caractère politique de leur intervention n'est plus nié ni masqué par une rhétorique formaliste : les jugements prennent de plus en plus la peine d'expliciter les choix de valeurs, les processus de raisonnement et les sources qui conduisent à telle interprétation d'un droit fondamental. Cette constatation n'est pas nouvelle. Mais dans l'État de droit, elle est importante. Le droit constitutionnel est produit, en effet, au plan législatif par le constituant, une entité juridique qui, normalement, n'intervient pas fréquemment dans la vie de la nation, sauf en cas de crise importante et au prix d'efforts considérables et risqués (Belgique, Canada, Afrique). En dehors de ces cas, l'évolution de la norme constitutionnelle en matière de droits fondamentaux est confiée soit à des organes administratifs et quasi-judiciaires (des commissions des droits de la personne, par exemple, ou des ombudsmen), soit à des organes judiciaires. Si la Cour constitutionnelle n'a pas nécessairement et toujours le monopole de l'interprétation des droits fondamentaux, elle oriente l'action de tous les autres puisque ses décisions s'imposent à tous les autres pouvoirs. Dans les États ne prévoyant pas explicitement cette hiérarchie, celle-ci s'est imposée par la pratique.

Ainsi, un contrôle constitutionnel des droits fondamentaux pourrait s'avérer fort contraignant pour la vie du droit, en raison de ce quasi-monopole sur le droit. Heureusement, ni la pratique des Cours constitutionnelles ni la nature même des sujets abordés n'ont conduit à une censure lourde, omniprésente et étouffante. Bien au contraire : son travail s'est avéré être celui d'un régulateur plutôt que d'un censeur. L'activisme judiciaire de la Cour suprême des États-Unis est chose du passé. La Cour suprême du Canada, celle de Maurice, la Cour d'arbitrage belge, institutions nouvellement investies du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois au nom des droits fondamentaux, font preuve d'une retenue judiciaire jugée trop timide aux goûts de certains. Il est vrai aussi que la transformation du rôle de l'État, qui de régulateur policier devient arbitre des politiques sociales, son désengagement de plusieurs secteurs et la privatisation correspondante des services modifient non seulement l'étendue et la portée du contrôle de constitutionnalité, mais aussi son exercice.

II. — LE FONCTIONNEMENT DU CONTRÔLE

DE CONSTITUTIONNALITÉ AU NOM DES DROITS FONDAMENTAUX : CONVERGENCES DES SOLUTIONS ENTRE LE MODÈLE EUROPÉEN ET LE MODÈLE DE *COMMON LAW*

Au-delà des différences ayant présidé à l'introduction du contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux, au-delà des approches théoriques et des modèles, des procédures et des finalités, l'observation de

la *praxis* constitutionnelle des institutions de contrôle et leur interaction avec les autres pouvoirs de l'État fait apparaître aux yeux de l'observateur quelques ressemblances frappantes. Ces ressemblances n'ont pas pour but d'occulter les différences elles-mêmes ni d'en diminuer l'importance, mais plutôt de constater l'émergence d'une certaine logique interne du contrôle judiciaire de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux. Cette logique interne constitue peut-être le prélude à l'émergence d'une nouvelle culture juridique centrée autour de ce concept, véritablement universelle parce qu'interactive et non figée dans des dogmes.

La caractéristique sans doute la plus évidente de l'exercice du contrôle, et elle fut maintes fois soulignée, c'est la créativité de l'organe de contrôle. Celle-ci s'exprime à tous les niveaux : définition du contenu des droits et libertés, des limites acceptables à celles-ci, des recours à offrir en cas d'inconstitutionnalité... Cette créativité ne va pas de soi : l'organe de contrôle pourrait bien choisir de se cantonner, comme l'observe le p^r Cappelletti, dans un rôle passif et retiré, rendant ainsi son action discrète et négligeable et son travail, à la limite, inutile¹³. Mais tel n'est pas le cas. Autant dans l'exercice de retenue judiciaire que dans l'exercice d'un activisme plus prononcé, les Cours constitutionnelles n'hésitent pas à sortir des sentiers battus pour motiver leurs décisions. La Cour devient ainsi le lieu d'une synthèse entre une certaine conception du droit naturel, donné, non écrit, implicite, universel et intemporel, et le droit positif contingent, écrit, explicite, local et limité. Ce phénomène a été observé partout, en Europe et en Amérique, en Afrique noire, dans les États ayant connu puis abandonné ce contrôle comme dans ceux qui l'ont toujours. Si le législateur et l'exécutif s'évertuent à imaginer de nouvelles façons de contraindre nos comportements, le juge constitutionnel ne manque pas non plus d'imagination pour développer des concepts pouvant restaurer une bonne dose de liberté dans la société.

Les lignes qui suivent ont pour but d'identifier certaines zones où se déploie cette créativité.

A. — *Quant aux sources*

À mesure que se répand le contrôle de constitutionnalité et qu'il devient connu, s'instaure un réseau d'échanges importants qui permettent au juge constitutionnel de puiser non seulement à la jurisprudence des organes et Cours internationales qui statuent en matière de droits fondamentaux, mais aussi aux autres Cours constitutionnelles. La Cour suprême du Canada, par exemple, cite régulièrement ses homologues des États-Unis, de l'Inde, de l'Australie, du Pakistan, à côté de la Cour européenne des droits de l'homme ou même du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Bien qu'elle se défende d'utiliser ces sources à titre de précédents, elle y puise des argu-

13. *Loc. cit supra*, note 3.

ments supplémentaires au soutien de la conception qu'elle propose de tel droit dans une société libre et démocratique. Elle n'est sans doute pas la seule à procéder ainsi. Dans la mesure où 1) le contrôle existe et que 2) les arrêts sont rapportés, donc disponibles, rien, sinon les éventuelles barrières linguistiques, ne s'oppose à recourir de plus en plus à des sources extrinsèques. Les Constitutions et *Bill of Rights* de plusieurs États sont souvent inspirés de Constitutions d'autres pays ; la jurisprudence de ceux-ci devient dont *de facto* une source intéressante d'interprétation. Ce phénomène se doit d'être encouragé le plus possible en vue de l'émergence graduelle d'un corpus riche de réflexions autour des grands enjeux de nos sociétés. Le droit comparé devient l'occasion d'une inter-fécondation des régimes juridiques les uns par les autres.

Une seconde tendance au niveau des sources consiste à puiser à l'extérieur de la norme de référence constitutionnelle, en d'autres endroits de la Constitution, et partant à élargir la base du contrôle. Outre le célèbre cas du bloc de constitutionnalité et des principes généraux de droit du Conseil constitutionnel français¹⁴, on peut mentionner l'interprétation de la Cour d'arbitrage belge qui, limitée à veiller au respect du droit à l'égalité, a interprété ce droit comme englobant le droit de jouir de tous les autres droits sans discrimination, élargissant ainsi les motifs possibles de contrôle à la discrimination non seulement dans une loi, mais à la discrimination dans la jouissance de la liberté d'expression ou d'association par exemple, suivant en cela l'approche retenue pour l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁵. La Cour suprême du Canada se réfère aussi à des principes généraux de la *common law*, comme la primauté du droit ou l'indépendance judiciaire, pour justifier ses interprétations constitutionnelles ; elle puise ces principes dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et dans la jurisprudence britannique et les intègre ainsi dans l'ordre juridique canadien.

Enfin, par la nature même des questions qui leur sont soumises, les Cours constitutionnelles se doivent de puiser en dehors des textes juridiques et des prononcés judiciaires et de se tourner vers des disciplines extérieures au droit proprement dit, comme la sociologie, la science politique ou la philosophie. La Cour suprême des États-Unis a maintes fois fait usage de l'économiste John Stuart Mill, de même que de Emerson, pour motiver certaines interprétations de la liberté d'expression. La Cour suprême du Canada

14. Décision du 16 juil. 1971, *Liberté d'Association* (44 DC) ; décision du 11 fév. 1982. *Loi de nationalisation* (139 DC).

15. F. DELPERRÉE, et A. RASSON-ROLLAND, « Décisions de la Cour d'arbitrage en 1993 », (1994), *Revue Belge de Droit Comparé*, pp. 164-194.

appelle Aristote au secours de son analyse de l'égalité¹⁶, Carré de Malberg est conscrit dans la défense de l'État de droit¹⁷. En tant que tels, ces auteurs ne sont pas des sources en ce qu'ils ne créent pas la norme. Lorsque leurs analyses et raisonnements viennent enrichir la réflexion judiciaire, lorsqu'ils sont intégrés aux motifs d'un jugement (comme il arrive fréquemment dans les juridictions de *common law*), ils deviennent source d'inspiration de l'actualisation de la norme juridique.

Ces incursions hors du champ strict du droit m'apparaissent inévitables, normales et souhaitables, car le droit constitutionnel des droits fondamentaux n'est pas un droit ordinaire. Il fait appel à des termes flous, lesquels à leur tour font appel à des valeurs¹⁸. Or le droit n'identifie pas des valeurs, mais les sanctionne. Pour identifier des valeurs, on doit se tourner vers des disciplines externes. Comment évaluer si la criminalisation du suicide assisté va à l'encontre du droit à la vie, ou si celui-ci comprend celui de mourir dans la dignité¹⁹? Des notions comme le « raisonnable », la « justice fondamentale », le « *due process of law* », la « dignité de la personne », ne peuvent recevoir un contenu figé, technique, légaliste.

B. – Quant aux limites aux droits

Un autre trait qui me paraît émerger de l'étude de la pratique de la justice constitutionnelle au nom des droits fondamentaux, c'est la prééminence de la norme de proportionnalité à titre de limite autorisée aux droits fondamentaux. Ceux-ci ne sont jamais absolus, même les conventions internationales le reconnaissent. En effet, sous réserve d'un petit noyau dur de droits dits irréductibles²⁰, celles-ci prévoient la possibilité de limiter les droits garantis et de déroger aux protections offertes par les conventions. Les Constitutions, elles aussi, admettent qu'il peut y avoir des occasions dans lesquelles les législateurs doivent apporter certaines limites aux droits et libertés au nom d'impératifs supérieurs. Arme dangereuse et délicate, comme l'ont montré divers excès des pouvoirs exécutifs au cours de l'histoire récente de l'humanité. Aussi les constituants s'en remettent-ils à l'appréciation du juge constitutionnel pour connaître de la pertinence de ces limites, dans des balises fixées par le texte lui-même (même sans celles-ci, la Cour suprême américaine a dû développer une jurisprudence de l'excep-

16. A. BISSON, « Aristote rue Wellington », 1989, 20, *Revue Générale de Droit*, pp. 557 ; C. BRUNELLE, « L'interprétation des Droits Constitutionnels par le Recours aux Philosophes », 1990, 50, *Revue du Barreau du Québec*, p. 353.

17. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

18. D. PINARD, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de l'article premier de la Charte Canadienne des Droits et Libertés », 1989, 30, *Cahiers de Droit*, p. 137.

19. *Rodriguez c. British Columbia*, [1993] 3 R.C.S. 519.

20. Article 4 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques.

tion pour tempérer la rigueur du *Bill of Rights* et permettre aux législateurs américains de passer outre, dans certains cas et à certaines conditions, aux protections offertes par ce document) ²¹.

Or une constante semble se dégager de la jurisprudence constitutionnelle : au-delà des nuances et des différentes formulations, deux pôles de réflexion occupent le temps de la Cour, soit l'évaluation de la pertinence des objectifs du législateur et la proportionnalité des moyens qu'il utilise pour les atteindre, ainsi que la corrélation entre les deux. Autrement dit, dans un premier temps, la Cour vérifie si l'objet de la loi correspond à une préoccupation importante dans une société démocratique. Dans un second temps, elle évalue la proportionnalité de la mesure par rapport à l'objectif identifié et les place en relation l'un avec l'autre : plus la violation alléguée du droit semble sérieuse et grave, plus l'on exigera que ce soit au nom d'un objectif important et dans une stricte proportionnalité, allant souvent jusqu'à exiger la démonstration de la nécessité de la mesure.

Un autre trait semble apparaître dans la jurisprudence constitutionnelle : celui de la marge d'appréciation, de la déférence judiciaire, du non-interventionnisme. Présent à des degrés divers selon les circonstances et les juridictions, ce concept paraît particulièrement utile au juge constitutionnel lorsqu'il doit statuer au sujet de grandes législations sociales qui mettent en œuvre d'ambitieux programmes sociaux. Une politique de protection de l'environnement, une garantie contre la discrimination engendrée par le discours raciste, une politique de mise à la retraite obligatoire ou une réglementation de la publicité du tabac sont des mesures découlant de vastes programmes. Les lois qui les instaurent sont couchées en termes généraux et font la part belle à la discrétion administrative et aux politiques. Devant ces choix que le juge constitutionnel sent dictés par le fonctionnement adéquat des institutions démocratiques et la nécessité de programmes sociaux, il préfère reconnaître les limites de son institution et, sans se décharger de son rôle régulateur, assouplir la règle de la proportionnalité. Ici apparaît utile la constitutionnalisation de certains droits sociaux : il est plus facile de justifier une interdiction de la publicité sur le tabac si la Constitution reconnaît le droit à la santé, même s'il s'agit d'une atteinte à la liberté d'expression.

C. - Quant aux remèdes

Un dernier élément de convergence doit être signalé : le développement de remèdes moins draconiens que l'annulation complète de la norme inconstitutionnelle. La validité sous réserve d'interprétation et ses nombreuses

21. L. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola, New York, 1978, pp. 994-1002, pour l'approche de la Cour suprême américaine au sujet de la protection contre les lois discriminatoires du XIV^e amendement.

variantes ne sont pas l'apanage des Cours constitutionnelles européennes. En effet, les Cours suprêmes de *common law* ont aussi usé d'imagination pour éviter de sanctionner l'inconstitutionnalité d'une loi. La technique de l'interprétation atténuée consiste à donner à la norme législative entreprise une interprétation et une application qui la rendra conforme à la constitution. Plus audacieuse – et plus discutée en doctrine –, est l'interprétation large (en anglais, le « *reading in* »), qui consiste à ajouter à la loi des éléments qui corrigeront l'inconstitutionnalité en maintenant ses effets positifs. Ainsi, lorsqu'une loi est jugée discriminatoire parce qu'elle n'étend pas un bénéfice à un groupe qui devrait y avoir accès, y a-t-il lieu, par le prononcé judiciaire, d'ajouter ce groupe aux catégories déjà visées par la loi, ou convient-il plutôt de signaler le problème et de prononcer l'inconstitutionnalité de la loi ? La première solution est risquée puisque le juge se substitue carrément au législateur ; la seconde n'est pas souhaitable puisqu'elle annule une loi qui offrait des bénéfices sociaux²².

Les systèmes fondés sur le modèle américain ne se limitent pas à donner effet au jugement uniquement entre les parties. Lorsque l'objet même du litige est uniquement la conformité de la norme attaquée au regard de la protection constitutionnelle, lorsque les parties sont d'une part l'État et d'autre part des groupes d'intérêt agissant dans l'intérêt public, la décision aura un effet *erga omnes*. De plus, la décision d'inconstitutionnalité prononce la nullité de la loi. La Cour suprême du Canada fut on ne peut plus claire sur ce point²³.

Donc, même dans la décision d'annulation, il y a convergence des remèdes.

III. – L'IMPACT DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ : CONVERGENCE DES EFFETS ENTRE LE MODÈLE EUROPÉEN ET LE MODÈLE DE *COMMON LAW*

Malgré l'utilisation de techniques fort variées selon les modèles, le contrôle judiciaire de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux conduit à un résultat juridique désiré et constant : l'ineffectivité de la norme ou de la décision administrative entreprise en raison de sa non-conformité avec un droit ou une liberté protégés par la Constitution. En second lieu, on constate que le contrôle de constitutionnalité devient un élément de la vie politique de l'État, d'au moins deux manières : il devient l'un des éléments d'une stratégie politique et il entraîne une réaction de l'État.

22. *R. c. Schacter*, [1992] 2 R.C.S. 679.

23. *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

A. – *L'effet de la décision d'inconstitutionnalité
dans l'ordre juridique*

Le but d'une contestation d'une norme législative ou réglementaire ou d'une décision administrative au nom d'un droit ou d'une liberté est la plupart du temps utilitaire : le requérant cherche à éviter l'application de la norme, soit préventivement et de façon générale, soit curativement eu égard à sa propre situation. Lorsque la Cour constitutionnelle constate la violation de la norme constitutionnelle, c'est exactement le résultat auquel parvient le requérant.

Il y a convergence des solutions pratiques dans le temps d'abord. Soit que la norme est annulée avant sa sanction ou sa promulgation : alors elle est censée n'avoir jamais existé et ne produira jamais ses effets. Soit qu'elle est annulée *ex post facto* : en théorie, puisqu'il s'agit d'une violation de la loi fondamentale, l'effet temporel de la décision devrait être rétroactif à la date de l'adoption : l'inconstitutionnalité est née avec la norme. Or les juridictions constitutionnelles ont toujours fait preuve de souplesse à cet égard. La Cour d'arbitrage belge par exemple peut limiter les effets de la rétroactivité en maintenant les effets juridiques d'une norme déclarée inconstitutionnelle²⁴. La Cour suprême du Canada a parfois suspendu une déclaration d'invalidité durant un temps déterminé afin de permettre au législateur de corriger le défaut²⁵. La *common law* connaît la doctrine de la validité *de facto*, en vertu de laquelle l'acte administratif posé en vertu d'une loi inconstitutionnelle produit quand même ses effets s'il a été posé avec une apparence de droit²⁶. Quant aux décisions judiciaires, elles conservent leur effet juridique, pour peu que les délais d'appel soient expirés, puisqu'elles représentent la loi des parties : elles ont l'autorité de la chose jugée. Ainsi, malgré l'insécurité potentielle engendrée par une déclaration rétroactive d'inconstitutionnalité (et la supériorité pratique, à cet égard, du système européen de contrôle *a priori*), le besoin de sécurité juridique issu de la primauté du droit permet de tempérer la rigueur du principe.

Il y a ensuite une convergence des modèles dans la solution retenue à l'égard de l'ensemble de l'ordre juridique. La décision d'inconstitutionnalité d'une Cour constitutionnelle statuant dans l'abstrait a un effet contraignant – en théorie –, sur l'ensemble du système juridique de l'État : elle s'impose à tous les pouvoirs publics, qui se voient donc obligés de cesser d'appliquer la norme annulée. Dans les régimes inspirés de la *common law*, il faut distinguer l'action en inconstitutionnalité de l'exception d'inconstitutionnalité. Lorsque la seule question en litige, soumise par un groupe d'intérêt public, concerne la constitutionnalité de la norme, ce serait tronquer la

24. Article 8 de la Loi spéciale du 6 janv. 1989 concernant la Cour d'arbitrage.

25. *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

26. *Renvoi*, *supra* note 23.

vérité que de dire que le jugement ne lie que les parties. L'une de ces parties est le Procureur général, agissant au nom de l'État lui-même : il est donc lié. Quant aux autres juridictions de l'ordre judiciaire, elles sont liées aussi par l'application du principe de *stare decisis* et de l'autorité des jugements d'une Cour suprême sur les autres tribunaux. Aussi bien dire que l'effet du jugement est vraiment *erga omnes*. S'agissant de l'exception d'inconstitutionnalité ou de la question préjudicielle, on peut nuancer cette affirmation : en ce cas, la décision d'inconstitutionnalité ne vise effectivement que les parties, dans le contexte du litige posé. Elle ne s'étendra donc qu'à des litiges impliquant des effets semblables ; mais en raison même de ce principe, la norme entreprise deviendra pratiquement inopérante et l'État cessera de s'en réclamer dans les faits, sachant que toute invocation de la norme annulée le conduira inévitablement dans une contestation judiciaire dont il sortira perdant.

S'agissant des décisions de conformité sous réserve d'interprétation, l'effet atteint est le même puisque l'interprétation correcte de la norme entreprise devient obligatoire et impérative.

Il existe une technique de *common law* dont je n'ai pu retrouver le pendant dans les modèles européens : il s'agit de l'exemption constitutionnelle. En vertu de ce principe, la norme demeure en vigueur, mais le tribunal déclare son inapplicabilité à une personne en particulier en raison du fait que, *dans son cas*, cela entraînerait une violation de ses droits constitutionnels. Ainsi la consommation d'une substance illégale à des fins rituelles par des autochtones n'a pas conduit à l'annulation de la norme criminelle, mais à exempter les autochtones de l'application de cette norme en raison du fait que cela porterait atteinte à leur liberté religieuse²⁷. Ce remède demeure exceptionnel. Les tribunaux préfèrent prononcer la nullité de la norme en raison de son objet ou de son effet inconstitutionnel²⁸.

Lorsqu'on observe le fonctionnement du système juridique de l'État dans son ensemble, on en arrive à l'inévitable conclusion que la décision d'inconstitutionnalité a un véritable effet contraignant sur l'ensemble de l'appareil d'État. Certes, celui-ci pourrait tout aussi bien choisir d'ignorer la décision d'inconstitutionnalité et continuer à appliquer la norme, au risque de se faire poursuivre à chaque fois ; mais voilà où l'idée de l'État de droit intervient pour assurer à ces décisions la prééminence. En introduisant le contrôle de constitutionnalité, le législateur et le gouvernement acceptent à l'avance de se plier à des décisions judiciaires qui sanctionnent ses manquements. Car il sait qu'il court un risque grave à l'ignorer : si le gouvernement

27. Dans les affaires *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577 ; *Rodriguez c. British Columbia*, *supra* note 19 ; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, plusieurs juges de la Cour suprême du Canada font état de leurs réserves à l'égard de l'exemption constitutionnelle ; elle persiste mais ne sera utilisée qu'avec parcimonie.

28. *R. c. Schacter*, *supra* note 21.

ou le législateur ignorent les décisions judiciaires, comment pourront-ils exiger des citoyens le respect des lois ? L'ensemble de l'ordre et de la stabilité sociale commandent au gouvernement le respect des décisions judiciaires. De plus, le gouvernement sait que, d'une part, ces décisions ont pour but de faire prévaloir les libertés et les droits fondamentaux ; d'autre part, la procédure est aménagée de telle sorte qu'un débat ouvert peut avoir lieu autour de la constitutionnalité de la norme ou de la décision administrative entreprise, de sorte que l'arrêt d'inconstitutionnalité ne survient pas sans que le gouvernement ait pu tenter de défendre ses actions. Il ne sera alors ni surpris ni frustré par la décision, sachant qu'il a pu être entendu.

B. – *L'effet du contrôle de constitutionnalité
dans l'ordre politique et social*

Lorsque la saisine est limitée à quelques intervenants politiques, il n'a peut-être pas la même ampleur que dans un système qui admet l'exception d'inconstitutionnalité, la question préjudicielle ou la saisine généralisée. Mais cela ne signifie pas qu'il soit sans conséquence dans le premier cas, ni qu'il soit l'élément central de la vie du droit dans le second.

Dans le premier cas, en effet, si l'on excepte la situation dans laquelle seuls trois ou quatre personnes clés de l'appareil gouvernemental ont la capacité de saisir l'organe de contrôle – Président de la République, Président d'une des Chambres –, ce qui rend le mécanisme presque impotent, l'élargissement de la saisine aux parlementaires permet d'injecter le droit constitutionnel dans la vie politique. Les ONG peuvent organiser des campagnes auprès de la députation afin de conduire à une saisine de la Cour constitutionnelle. Les parlementaires peuvent, pour des motifs tenant à la partisanerie, choisir de loger un recours auprès de la juridiction compétente. Certes, cela suppose que le système électoral et la représentation parlementaire assurent à l'opposition une présence suffisante pour que le recours soit possible.

Les États qui veulent introduire un véritable contrôle de constitutionnalité et savent que les forces politiques et le système électoral rendraient une saisine politique illusoire se tournent vers une saisine élargie. On craint beaucoup, dans plusieurs milieux juridiques, l'inondation des recours que peut provoquer un tel élargissement, compte tenu du nombre de juges limité et des ressources de la Cour constitutionnelle. Mais les juridictions – tant d'inspiration civiliste que de *common law* – ont imaginé divers moyens de pallier ces inconvénients. L'une des techniques les plus efficaces à cet égard est de remettre à la Cour constitutionnelle ou à la Cour suprême elle-même le pouvoir discrétionnaire de choisir les causes qu'elle entendra. La Cour peut aussi utiliser un contrôle strict de la qualité pour agir et du caractère purement théorique ou politique des questions pour effectuer un filtrage. Bref, si la nature du travail d'une Cour suprême se transforme lorsqu'on lui

confie le contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux, cela ne conduit pas nécessairement à l'embouteillage judiciaire et à l'inflation jurisprudentielle.

Il est toutefois exact de dire que l'élargissement de la saisine sort la question constitutionnelle des seules sphères politiques pour la faire entrer de plein fouet dans la sphère sociale. Là où il fallait passer par les parlementaires pour faire respecter les droits fondamentaux, voilà que les ONG et les citoyens peuvent maintenant saisir directement la Cour. Leur but ultime, je l'ai mentionné, est d'éviter la mise en œuvre d'une norme à laquelle ils sont opposés. Ainsi, le recours constitutionnel devient une tactique, parfois importante, dans une stratégie globale de revendication politique. Mis à part le cas du droit criminel, où l'enjeu est immédiat pour le requérant, le litige constitutionnel n'a pas toujours une finalité qui lui est propre : il sert aussi à éduquer le public, à mobiliser les troupes, à faire pression sur le gouvernement pour le contraindre à introduire des réformes. Les partis politiques peuvent profiter de l'aubaine pour épouser l'une ou l'autre cause. Le gouvernement peut refuser d'agir et d'appliquer la loi tant que ne sera pas vidée la question de la constitutionnalité, puis se réfugier derrière la décision pour justifier l'abandon d'une mesure pourtant populaire. De par la nature même des questions débattues, le forum judiciaire devient un autre lieu de développement de la démocratie et de l'art de gouverner. Le contrôle de constitutionnalité acquiert donc une dimension politique dynamique, non seulement parce que les questions ont une connotation politique, mais parce que le procès constitutionnel devient un autre lieu de création du droit constitutionnel, donc de choix politiques importants, à côté du Parlement ou des officines gouvernementales.

En conséquence, constatons la grande présence qu'acquiert la Cour constitutionnelle dans la vie politique et sociale, dès qu'on lui confie le contrôle de la constitutionnalité des lois. Même dans les États fédéraux qui connaissent ce contrôle au chapitre de la répartition des compétences législatives, la Cour constitutionnelle ou la Cour suprême n'ont pas la visibilité et l'importance sociale que leur confèrent l'introduction du contentieux des droits fondamentaux. Même aux États-Unis, ce n'est qu'après la Seconde Guerre mondiale, lorsqu'elle a décidé d'adopter une attitude active dans l'application du *Bill of Rights*, que la Cour suprême est devenue l'arbitre de luttes sociales majeures et que sa visibilité s'est accrue. Il en va de même de la Cour suprême du Canada, que les Canadiens ont découvert après 1982, alors que la Charte a ouvert tout le contentieux de la constitutionnalité au nom des droits fondamentaux, ou de la Cour d'arbitrage belge qui, depuis qu'elle applique les dispositions constitutionnelles en matière d'égalité et de liberté d'enseignement, acquiert une place importante dans l'ordonnement juridique et politique de l'État. Les décisions du Conseil constitutionnel français, celles des Cours constitutionnelles de plusieurs pays européens, attirent

l'attention des médias, sont débattues dans les enceintes parlementaires et commentées dans les journaux. La constatation est évidente : plus que tout autre contentieux constitutionnel, le contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux accroît l'importance de l'organe qui l'effectue et l'introduit de plein pied dans la vie sociale et politique moderne. La juridiction constitutionnelle devient donc ce troisième géant que Cappelletti appelait de ses vœux pour faire contrepoids au pouvoir démesuré de l'exécutif et du législatif.

L'État de droit est ainsi parachevé en ce que la détermination des droits fondamentaux que protège la Constitution n'est plus laissée à l'appréciation des forces politiques du moment, mais appartient à un organe qui a les traits d'un organe judiciaire tout en s'insérant dans l'ordre politique. La constitutionnalité des lois au nom des droits fondamentaux n'est pas seulement un débat éthéré réservé aux seuls philosophes du droit, mais s'insère dans les grands enjeux politiques de notre temps, comme l'avait déjà montré les débats à la Commission des droits de l'homme des Nations Unies et à sa Sous-Commission de la lutte contre la discrimination et de la protection des minorités.

Le paradoxe de cet état de fait et, à mon avis, la démonstration la plus évidente de son succès, est que ce terrifiant gouvernement des juges dont on nous annonçait qu'il marquerait la fin de la démocratie et le retour à la dictature n'a pas encore eu lieu. Une étude de la jurisprudence canadienne et américaine montrent en effet que les cas d'annulation de lois en raison d'une violation de droits fondamentaux sont plus rares – et d'autant plus spectaculaires –, qu'il n'y paraît. La présence de la retenue judiciaire et de la doctrine de la marge d'appréciation y sont pour beaucoup. Cette entrée par la grande porte du judiciaire dans le politique n'a pas politisé le droit, au sens partisan du terme. Il y a certes une certaine politisation, si l'on entend par là que les nominations obéissent à des critères partisans ou, à tout le moins, idéologiques : de même que le ministre choisit comme sous-chef de ministère une personne en qui il peut avoir confiance, le pouvoir exécutif nomme à la juridiction constitutionnelle des personnes qui lui semblent partager une certaine orientation politique. Les auteurs ont signalé que là résidait une partie de l'acceptation et de la légitimité des décisions de la Cour constitutionnelle²⁹. Mais là s'arrête la politisation partisane de cette instance ; et les renouvellements périodiques d'une partie de ses membres fait en sorte que le principe d'alternance s'en trouve respecté. De plus, il est bien difficile de déceler des tendances nettes dans une jurisprudence constitutionnelle au sujet des droits fondamentaux : tantôt, au sujet de certaines questions, la Cour montrera un activisme certain, tantôt, sur d'autres, elle fera preuve d'une prudence qu'on lui reprochera en plusieurs

29. FAVOREU, *loc. cit. supra*, note 7, p. 32.

milieux. Cet équilibre que doit respecter la Cour constitutionnelle elle-même, au sein même de sa jurisprudence, complète l'équilibre qu'elle instaure entre l'exercice du pouvoir par la puissance publique et le respect des droits et libertés.

La stature politico-juridique accrue de la Cour constitutionnelle au sein des organes étatiques et de la société fait en sorte que le pouvoir ne peut pas rester indifférent à son travail. Là encore, l'expérience tend à démontrer que le gouvernement réagit à l'arrêt d'inconstitutionnalité. D'une part, il peut, comme nous l'avons dit, s'y conformer et cesser simplement d'appliquer la norme annulée. Cette réaction confirme la légitimité du contrôle aux yeux du gouvernement et son respect de la primauté du droit. Par ailleurs, on a pu observer des cas où le pouvoir était tellement offusqué d'une décision et certain que la population le suivrait qu'il a pris des mesures pour corriger les effets de celle-ci. Ainsi, le gouvernement du Québec a-t-il eu recours à la faculté de déroger à la Charte des droits pour restaurer un certain unilinguisme dans l'affichage commercial³⁰. Le gouvernement mauricien s'est servi de sa majorité parlementaire pour modifier la Constitution afin de soustraire au contrôle de constitutionnalité certaines mesures d'expropriation³¹. Le gouvernement américain a menacé d'augmenter le nombre de sièges à la Cour suprême et d'y nommer des partisans des politiques présidentielles pour contourner une majorité de blocage à la Cour (cette technique dite du « *court-packing* » a aussi été utilisée en Amérique latine, mais comme moyen de revenir à la démocratie)³². Quelle que soit la technique employée, elle illustre les limites du contrôle de constitutionnalité, sa fragilité et la souveraineté ultime des autorités politiques et des représentants de la nation. Elle montre aussi que, s'il est vrai que le juge constitutionnel n'a jamais le dernier mot en matière de droit constitutionnel, les autorités politiques qui osent perturber une décision judiciaire courent un risque politique important. Mais cette attitude recèle un danger, celui de revenir à la situation où la tyrannie de la majorité ou encore l'emprise de l'exécutif sur le Parlement rendent illusoire le contrôle de constitutionnalité et conduisent à des excès que l'humanité ne veut plus revivre. Voilà pourquoi il convient d'être vigilant à l'endroit des sautes d'humeur du pouvoir politique à l'endroit des décisions constitutionnelles et alerter l'opinion publique afin de contenir cette faculté ultime de contourner la décision d'inconstitutionnalité à des cas où les conséquences pour les libertés ne mettent pas la démocratie

30. *Ford c. Procureur Général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712 ; *Loi modifiant la Charte de la Langue française (Loi 150)*, L.Q. 1988 c.

31. Modification constitutionnelle de 1982, République mauricienne.

32. O. FISS, « The Limits of Judicial Independence », 1993, 25 *University of Miami Inter-American Law Review* 57-77, dans lequel Fiss argumente que pour restaurer la démocratie, il peut être acceptable de modifier la composition d'une Cour constitutionnelle afin de faire contrepoids aux juges nommés par le régime militaire précédent. Une telle thèse mériterait des développements qu'on ne pourra faire ici.

en péril. Voilà pourquoi il faut aussi encourager la pluralité et la diversité des opinions dans la décision de contrôle de constitutionnalité : à l'attitude consistant à prêter le poids de toute la cour à une conclusion d'annulation, je préfère celle de motifs soigneusement rédigés, en majorité et en dissidence, illustrant l'ampleur des problèmes, la complexité des solutions et l'existence d'alternatives qui permettraient au pouvoir de s'ajuster. Voilà pourquoi aussi il faut publiciser la décision constitutionnelle, la commenter, la critiquer au besoin, démontrer en doctrine les incohérences ou les conséquences de tel ou tel raisonnement : la Cour constitutionnelle ne peut être insensible à ces commentaires, adaptant ainsi constamment la norme constitutionnelle aux réalités socio-politiques tout en lui conservant une certaine pérennité.

Le contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux ne représente donc pas à lui seul la garantie d'un véritable État de droit soucieux du respect intégral des libertés. Il est cependant un élément important du fonctionnement moderne d'une démocratie. En effet, c'est sa présence même et l'utilisation que l'on en fait, autant que l'impact réel de ses décisions, qui le rendent intéressant comme facteur d'équilibre des pouvoirs. L'État de droit ne peut plus être celui qui, comme le souhaitaient les auteurs du XIX^e siècle, limite ses interventions au moyen de lois précises et ponctuelles. La discrétion administrative est un élément majeur de toute démocratie moderne. De plus, l'image du législateur-ennemi des libertés qui a prévalu au long du XX^e siècle ne rend pas compte de la réalité du phénomène de l'État-régulateur, qui pour atteindre certaines politiques sociales d'équité, la réalisation de droits de deuxième ou troisième générations et l'instauration de la justice sociale, se voit parfois contraint d'empiéter sur la liberté individuelle et l'égalité formelle. L'État de droit se conçoit de plus en plus comme un État dans lequel le droit joue un rôle d'encadrement de l'action politique. Le contrôle de constitutionnalité ne peut plus être l'expression de l'imposition d'une norme rigide, mais bien plutôt l'expression d'un équilibre au nom de certaines valeurs placées en interaction les unes avec les autres, dans un mouvement dynamique. Certes, il conserve sa force contraignante, sa lourdeur si l'on peut dire, en ce que le litige doit conduire à une solution : ou bien la norme est valide, ou bien elle ne l'est, mais uniquement quand on l'interprète dans un certain sens, ou bien elle ne l'est pas et on doit cesser de l'appliquer. Une question est posée à la Cour et celle-ci y apporte une réponse. Il y a là une toute autre démarche que celle qui consiste à faire des compromis en vue d'adopter un programme législatif et gouvernemental aux multiples facettes. Mais ce n'est plus un exercice mécaniste et formel. C'est un exercice subtil et délicat de maintien d'équilibres plutôt que de cloisonnements qui paralysent l'État.

Si le contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux a gagné ses lettres de noblesse en Occident, depuis les quelques années où il

est sérieusement pratiqué, si l'on assiste à une certaine convergence des solutions et des effets au-delà des distinctions d'un État à l'autre, comment se fait-il qu'il soit si difficile de l'introduire avec succès dans plusieurs États d'Afrique noire ? Ce sera l'objet de notre dernière partie.

IV. – L'AFRIQUE NOIRE
ET LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ
AU NOM DES DROITS FONDAMENTAUX

A. – *Problèmes liés à l'émergence de ce contrôle*

Dans la mesure où l'Afrique francophone a introduit le contrôle de constitutionnalité au moment des indépendances ou à la faveur du mouvement de démocratisation du début des années 1990, sa position ne diffère pas tellement de celle des États européens ou nord-américains : il s'agissait bien dans chaque cas de réformes institutionnelles importantes débordant largement le cadre du seul contrôle lui-même. Dans chaque cas, ou bien l'innovation était proposée par la métropole à l'ex-colonie, ou bien l'État sentait la nécessité de contrôler le pouvoir pour instaurer un ordre juridique nouveau : les conventions nationales en témoignent³³. Toutefois, il existe une différence entre les ex-colonies britanniques et les ex-colonies françaises : les premières étaient habituées au fait qu'un organe judiciaire contrôlât la légalité de leurs décisions, de leurs lois et des actions de leurs administrateurs : le Comité judiciaire du Conseil privé, à Londres, a longtemps joué (et continue de le faire dans certains cas) à leur égard le rôle d'une Cour suprême. Il était donc plus normal de confier à une autorité juridictionnelle le contrôle de la constitutionnalité, fût-ce au nom des nouveaux droits fondamentaux introduits dans la Constitution. Les ex-colonies européennes n'avaient pas connu un tel système : cela représentait donc une nouveauté pour elles. Mais ce seul facteur n'explique pas tout. Certains des États africains du monde de la *common law* se sont éloignés du contrôle de constitutionnalité. Il faut chercher ailleurs les raisons de ces difficultés.

L'Europe et l'Amérique partagent un héritage commun de la conception de la nature humaine et du rôle du droit. Ce substrat de valeurs idéalisées au centre desquelles on peut placer la liberté individuelle et l'égalité formelle, ne correspond pas nécessairement à celles qui avaient cours à l'époque et qui continuent, en plusieurs milieux, à prévaloir en Afrique. Voilà à mon sens un premier obstacle important à l'instauration réussie de ce contrôle comme le conçoit l'Occident.

33. J.J. RAYNALD, « Les Conférences nationales en Afrique : Au delà du mythe, la démocratie », [1994], *Penant, Revue de droit africain*, p. 310.

En second lieu, le contrôle de constitutionnalité est une innovation tardive, née en réaction contre le gigantisme du législateur et de l'exécutif. L'État précède le contrôle de constitutionnalité ; l'État de droit aussi. Par contre, l'État africain souffre d'une profonde crise de légitimité, politique et populaire. L'artificialité de ses frontières n'en est pas la cause principale : les États-Unis et le Canada sont des pays multi-ethniques aussi complexes que plusieurs pays africains et ont pourtant réussi leur intégration sociale et politique. La crise de légitimité de l'État africain provient de l'absence d'une histoire commune, de l'absence du temps comme facteur de développement de la société politique.

On invoque aussi souvent le fait que le système de contrôle de constitutionnalité, étant importé, exogène, conçu pour d'autres contextes et situations, n'est pas exportable. Lors du colloque de 1981 sur la justice constitutionnelle en Europe, le rapporteur général, le professeur Rivero, avait conclu que le colloque avait sonné le glas des espoirs de ceux qui voulaient introduire le modèle américain en Europe³⁴. Ce modèle était inadapté et impossible à transposer. On peut dire la même chose à propos de l'Afrique : le modèle européen n'y est pas transposable, les différences sont trop importantes entre les deux types de sociétés et les institutions. Il est donc inutile de s'acharner à copier le modèle européen. Mais encore là, cette explication est incomplète. Plusieurs des anciennes colonies britanniques ont facilement adopté un modèle exogène et présumément aussi inadapté pour elles que le modèle européen pour d'autres³⁵. S'il est vrai qu'on ne peut jamais greffer telles quelles des institutions conçues pour d'autres lieux et d'autres temps, il est faux de nier l'utilité de s'en inspirer lorsqu'on est à la recherche de solutions locales à des problèmes concernant les droits et libertés.

Est-ce donc uniquement une question de valeurs ? Les écrits montrent que les valeurs africaines privilégient le consensus, la communauté, la conciliation, l'oralité. Le droit constitutionnel semblerait privilégier tout le contraire : un droit écrit, individualiste, « adversarial », qui conduit à l'imposition de solutions au nom de droits qu'on estime fondamentaux. Or ce contraste est plus apparent que réel. Nous avons cherché à montrer comment le fonctionnement du contrôle de constitutionnalité peut se révéler aussi flexible, souple, conscient du bien commun et des équilibres nécessaires entre les droits et les exigences de la vie en société, que ne le laissent entendre les valeurs africaines. Quant à la notion d'une norme fondamentale contraignante, les travaux du p^r Maurice Kamto ont montré avec brio que ce concept existe d'une certaine manière dans l'Afrique pré-coloniale. Ce n'est donc pas une idée complètement étrangère à la mentalité africaine³⁶.

34. J. RIVERO, « Rapport synthèse », dans *Cours constitutionnelles en Europe*, supra note 8.

35. Voir le rapport complémentaire sur l'Afrique australe, présenté par le professeur Xavier Philippe et publié dans ces *Actes*.

36. M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire*, Paris, L.G.D.J., 1987, pp. 185-206.

La cause la plus importante de l'échec relatif de l'introduction du contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux en Afrique tient au rôle de la Constitution elle-même. La Constitution n'est pas la norme contraignante qu'elle devrait être, source de tous les pouvoirs étatiques. Elle n'est qu'un programme, un objectif, l'expression affaiblie d'une situation politique fragile, un effort pour légitimer un pouvoir politique vivant dans l'insécurité et peu enclin à tolérer l'opposition ni la concurrence envers sa toute-puissance³⁷. Comment veut-on que les droits fondamentaux qu'elle garantit s'imposent aux dirigeants lorsque le reste de la Constitution n'a même pas pour eux de valeur obligatoire ?

Là se trouve la crise de légitimité la plus grave : c'est une crise de légitimité à l'endroit du pouvoir lui-même. L'ingénierie constitutionnelle n'a jamais réussi, ni en temps de crise ni en temps ordinaire, à régler les problèmes profonds de légitimité politique qui agitent l'État. Tout au plus fournit-elle un cadre de référence. Elle n'a de sens, elle ne peut déployer tous ses effets que lorsque tant le gouvernement que l'opposition et les forces sociales acceptent à l'avance certaines règles fondamentales, au rang desquelles on peut noter l'acceptation de la défaite électorale, la liberté d'expression politique, le règlement des litiges par le droit plutôt que par le bâton ou le fusil, et l'absence de remise en cause de l'État lui-même. Il est inutile de chercher le modèle de contrôle de constitutionnalité qui instaure la liberté et l'égalité en Afrique, tant que les États eux-mêmes n'auront pas acquis une certaine légitimité populaire.

B. – *Problèmes liés au fonctionnement de ce contrôle*

Les problèmes liés à l'émergence du contrôle de constitutionnalité se compliquent lorsqu'on observe le fonctionnement réel de l'institution dans l'État.

On a noté en maints endroits que le juge constitutionnel africain est souvent dépendant de l'exécutif, soit pour sa nomination, soit pour l'exécution de son mandat, soit pour son renouvellement³⁸. Tant que la justice constitutionnelle ne se trouve pas à une bonne distance du pouvoir exécutif, elle ne peut remplir sa mission primordiale de gardienne des libertés et des droits.

L'organisation du contrôle peut aussi poser problème. Si la saisine est limitée aux autorités exécutives, il y a fort à parier qu'aucun contrôle n'aura lieu. Si la saisine est automatique, *a priori*, la juridiction constitutionnelle se transforme en conseillère juridique officielle du Président et ses arrêts ne serviront qu'à légitimer ses décisions. La Cour constitutionnelle

37. G. CONAC, *Les Cours suprêmes en Afrique : le droit constitutionnel*, Paris, Economica, 1988, pp. V-XVI et F. MODERNE, *id.*, pp. 35-37.

38. Voir le rapport sur le Tchad par le professeur Djonata DJATTO, publié dans ces *Actes*.

adoptera les interprétations les plus fantaisistes pour ne pas nuire au Président³⁹. La créativité cédera la place à la fiction, diminuant du même coup le capital de crédibilité de la Cour. Si l'organe de contrôle a compétence sur le contentieux électoral ou les procédures internes du Parlement, il s'expose à être entraîné au cœur de questions politiques extrêmement litigieuses et sensibles. (Il n'est pas inutile de noter ici que dans plusieurs États de *common law*, le Parlement jouit d'une autonomie totale sur la conduite de ses procédures internes et aucun tribunal n'y fait appliquer le droit constitutionnel ; cette réserve est sage.) Certes, on ne manquera pas de noter que les questions constitutionnelles sont toujours politiques : c'est exact. Mais il en est dont le caractère juridique est plus marqué. L'excellent travail d'une Cour constitutionnelle au sujet des droits fondamentaux peut être escamoté par la contestation ouverte de ses décisions en matière de contentieux électoral.

C. — Problèmes liés à l'impact de ce contrôle

Les auteurs signalent tous l'impact faible, voire inexistant de ce contrôle. Cela tient à un facteur fondamental : le droit lui-même n'a qu'une très faible pénétration sociale⁴⁰. Pour une population rurale, peu scolarisée, la présence de droits constitutionnels fondamentaux, administrés dans une capitale lointaine par un organisme un peu obscur dans une langue étrangère n'a que bien peu de pertinence. Le droit constitutionnel ne peut jouer le rôle qu'il joue en occident, celui d'un outil de revendication politique. Les droits fondamentaux sont revendiqués en d'autres forums et d'autres contextes : on voit peu d'utilité pratique à intégrer un recours constitutionnel dans l'arsenal des revendications.

Il est un autre facteur externe à l'institution qui nuit à son effectivité : la personnalisation du pouvoir. Toute contestation d'une décision exécutive est perçue par la population comme une attaque personnelle contre le chef de l'exécutif, une remise en cause de la légitimité de son pouvoir. Comme il se sent fragilisé, le chef de l'État se montre extrêmement chatouilleux dès qu'un autre organe, qu'il ne contrôle pas et dont le mandat est justement de le contraindre, annule ses décrets et ses lois au motif que des droits fondamentaux auraient été violés. Dans une telle conception du pouvoir, le contrôle de constitutionnalité a peu de chance de s'installer véritablement comme un outil intéressant de régulation politique : on n'en voit aucunement l'utilité.

Ainsi, lorsque, comme à Maurice ou plus récemment au Bénin, les Conventions nationales débouchent sur de véritables consensus sociaux

39. CONAC, *op. cit. supra*, note 37.

40. J. VANDERLINDEN, *Les systèmes juridiques africains*, coll. Que Sais-Je ?, n° 2103, Paris, PUF, pp. 118-127.

autour d'idées comme le pluralisme politique, la résolution des conflits par le droit et la saisine plus ouverte autour du contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, les conditions sont alors réunies pour permettre à celui-ci de se déployer et de produire ses effets. Par lui-même toutefois, il ne peut atteindre ce but. Le pouvoir judiciaire est le pouvoir le moins dangereux, « *the least dangerous branch* », de l'État. L'excellence de ses analyses, sa finesse politique et la crédibilité de ses membres auprès de la population ne suffisent pas à en établir la pertinence.

*
* *

En conclusion, que faire ? Les avancées récentes sur la voie de la démocratie dans maints États africains ouvrent une perspective encourageante. Le contrôle de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux peut devenir un outil intéressant d'équilibrage politique : l'expérience de l'Europe et de l'Amérique le démontrent. De plus, le pouvoir n'a pas à craindre outre mesure l'exercice de ce contrôle : à moins de détruire elle-même son image et sa crédibilité, la Cour constitutionnelle ou la Cour suprême sauront trouver les mécanismes et les motivations qui préserveront les libertés quand c'est nécessaire, mais adapteront les normes constitutionnelles aux exigences concrètes. La jurisprudence a un bel avenir en Afrique.

L'État de droit est d'abord un État qui édicte des normes connues protégeant les droits des personnes et dont une institution indépendante et neutre veille à leur mise en œuvre. Il est aussi un État dont le droit a une grande pénétration dans les rapports sociaux entre l'État et ses citoyens. L'État ne laisse pas la chose publique se dissoudre : il navigue prudemment entre le totalitarisme étouffant et le chaos anarchique. La Cour constitutionnelle représente le pilote de ce navire, le gardien de cette opération.

Kelsen assignait au contrôle de constitutionnalité la finalité de définir les voies normatives que devront emprunter les détenteurs du pouvoir pour procéder à leurs réformes. Aujourd'hui, on peut dire qu'il est bien plus que cela. Hart distingue les normes constitutionnelles primaires (procédurales, légitimantes) et les normes constitutionnelles secondaires (substantielles, structurantes). Les droits fondamentaux, parce qu'ils expriment une préférence quant aux valeurs, procèdent de la seconde forme. La Cour constitutionnelle dépasse donc le cadre strictement procédural et injecte une dimension concrète dans la démocratie.

Je me contenterai d'évoquer ici quelques pistes de réflexion pour le développement d'une justice constitutionnelle pertinente en Afrique :

1° D'abord, assurer la stabilité politique dans les États où elle ne l'est pas encore. Un pays en guerre civile n'a que faire de la justice constitutionnelle.

2° Laisser les systèmes se développer de l'intérieur. Une solution imposée de l'extérieur ne pourra pas fonctionner à long terme.

3° Adapter les mécanismes aux réalités sociales. On peut se demander si un contrôle diffus est préférable à un contrôle concentré.

4° Miser sur la capacité pédagogique du contrôle. La personnalité des juges constitutionnels est un facteur capital. Ils et elles doivent être en mesure de commander le respect tant de la population que des dirigeants. La fonction du juge constitutionnel est autant pédagogique que juridique. Aussi conviendrait-il de consacrer des efforts à la diffusion de la décision constitutionnelle, sa publication, son commentaire par la doctrine.

5° Miser sur le trans-constitutionnalisme. La disponibilité des décisions constitutionnelles rendra celles-ci attrayantes pour des États voisins disposant d'un système juridique semblable. Les solutions et raisonnements retenus en un endroit pourront servir d'inspiration ailleurs. Le débat autour des valeurs fondamentales de la société s'élargira. L'ensemble normatif des droits fondamentaux en sortira renforcé.

6° Enfin, la justice constitutionnelle, dit-on, ne s'improvise pas. Il faut donc lui laisser du temps. L'Afrique, malgré ses sursauts de fièvre, connaît bien le temps : n'est-elle pas le berceau de l'humanité ?

Le contrôle judiciaire de constitutionnalité au nom des droits fondamentaux, condition de l'État de droit

PAR

DJONATA DJATTO

UNIVERSITÉ DE N'DJAMÉNA (TCHAD)

Ancienne colonie française, le Tchad a accédé à l'indépendance le 11 août 1960. En trente-cinq ans, le pays a connu une grande instabilité institutionnelle et politique.

Les premières institutions mises en place avaient comme par mimétisme prévu un régime de séparation des pouvoirs (exécutif, législatif, judiciaire) de type parlementaire. Le chef de l'État était désigné au départ par le suffrage indirect par le collège des députés¹. Émanant du corps législatif, il n'avait pas la plénitude des pouvoirs.

En 1962, une réforme constitutionnelle a permis l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. Cette réforme transforme par ricochet la nature du régime qui prend en compte les éléments du régime parlementaire (responsabilité ministérielle, dissolution) ; s'y ajoute un élément du régime présidentiel (élection au suffrage direct). Le chef de l'État devient dès lors le personnage clé de la vie politique face à un législatif contrôlé par les partis politiques et un judiciaire qui se cherche.

Cette prépondérance du chef de l'État vis-à-vis des autres pouvoirs fut renforcée par l'instauration du parti unique en 1962². Parallèlement, le corps législatif dit Assemblée nationale n'est pas mis en place ou ne renferme que des élus en majorité du parti unique au pouvoir, obligés d'observer la discipline partisane.

Le coup d'État militaire d'avril 1975 et les multiples guerres civiles que le pays a connues entre 1979 et 1981 ont contribué à la disparition de l'or-

1. Article 9, § 3, de la *Loi constitutionnelle n° 18-60* du 28 nov. 1960, *J.O.* du 15 déc. 1960 : « Le chef de l'État est élu par l'Assemblée nationale. L'élection est acquise au premier tour du scrutin à la majorité des deux tiers des membres composant l'Assemblée nationale, au second tour du scrutin à la majorité des trois cinquièmes des membres composant l'Assemblée et à partir du troisième tour de scrutin à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée ».

2. G. CONAC, « Portrait du chef de l'État », dans *Pouvoirs*, 1983, p. 121 : « Le chef de l'État est au centre de tout. C'est lui qui bâtit la nation, dirige l'État et le personnalise à l'extérieur comme à l'intérieur. Dans une large mesure, il se confond avec le système politique lui-même ».

gane législatif et à la mise en sommeil des textes constitutionnels jusqu'en 1989, date à laquelle une nouvelle Assemblée fut élue et une Constitution adoptée par référendum. Pendant une dizaine d'années, un exécutif tantôt bicéphale, tantôt monocéphale grâce à des actes dénommés chartes ou actes fondamentaux, a exercé l'essentiel des pouvoirs.

La dernière Assemblée, élue en 1989, n'a pu siéger une seule fois. Un autre coup d'État intervient en décembre 1990 pour mettre un terme aux nouvelles institutions mises en place dans des conditions somme toute discutables³. Empruntant la voie tracée par les autres États (Bénin, Congo) vers la démocratisation du système politique, les auteurs du coup d'État ont accepté l'organisation d'une Conférence nationale souveraine⁴. Les travaux de ce forum se sont terminés par la mise en place d'organes de transition. Une Assemblée provisoire (le Conseil supérieur de transition), dont les soixante membres sont désignés par les délégués à la Conférence, partage l'initiative de loi avec un exécutif dirigé par le chef de l'État en titre et un Premier ministre élu par « les Conseillers »⁵.

La Charte de transition adoptée par la Conférence nationale souveraine le 5 avril 1993 est le texte de base de l'exercice du pouvoir. Elle détermine les organes, leurs rapports mutuels, leurs rapports avec les citoyens, notamment dans la Déclaration des droits et libertés individuels et collectifs.

Le projet de constitution, élaboré par le Comité technique institutionnel, a fait l'objet d'amendements de la part des différents acteurs politiques au cours d'un débat national, puis a été soumis au référendum le 30 avril 1996. Le texte en fut promulgué le 14 avril 1996 par le Président de la République⁶.

La constitution ou loi fondamentale fixe le cadre général du fonctionnement de l'État. Elle détermine les différentes institutions futures, les rapports entre elles, entre elles et les citoyens par la Déclaration des droits et libertés ainsi que le mécanisme de leur protection. Outre le pouvoir constituant originaire, le législateur pose des règles de portée générale et impersonnelle (les lois) applicables à tous les membres de la communauté nationale. L'exécutif tchadien partage cette fonction avec le législateur par la

3. Le référendum organisé en 1989 pour l'adoption de la Constitution faisait figure de plébiscite. L'article 209 du texte constitutionnel indique : « L'adoption de la présente Constitution par le peuple emporte élection du Président de la République en fonction pour un mandat de sept ans ».

4. La C.N.S a réuni 800 délégués de février à avril 1993.

5. Les membres de l'Assemblée porte le titre de conseiller (art. 69 de la Charte de transition).

6. *Décret n° 186/PR/96* du 14 avril 1996, portant promulgation de la Loi constitutionnelle.

possibilité offerte de proposer des projets de lois, mais aussi grâce à la législation déléguée ⁷.

Le législateur a une compétence limitée par la Constitution. La loi n'est adoptée que dans les matières suivantes :

- la citoyenneté, les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ;
- la nationalité, l'État et la capacité des personnes, le régime des biens, les régimes matrimoniaux, les successions ;
- la détermination des crimes et délits aussi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale, l'amnistie ;
- l'organisation des tribunaux, le statut des magistrats, la procédure civile ;
- la déclaration de guerre ;
- l'enseignement ;
- les finances publiques.

Toutes les autres matières relèvent du règlement.

Le contrôle de constitutionnalité prévu par les textes ne s'applique qu'aux lois *stricto sensu*. Le contrôle de légalité effectué sur les autres actes, notamment ceux de l'exécutif, est du ressort du juge, qui a une double compétence (administrative et judiciaire) ⁸.

En dehors de la période de troubles politiques et militaires (1975-1981) le principe de la séparation fut affirmé par tous les régimes à travers les textes constitutionnels.

- Le préambule de la Loi constitutionnelle du 20 novembre 1960 contenait les dispositions suivantes : l'instauration d'une véritable démocratie, fondée sur le système de la séparation de trois pouvoirs : législatif, exécutif, judiciaire.
- La Constitution de 1989 dans son article 4 indiquait : Le principe de l'exercice du pouvoir est le Gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple, fondé sur la séparation des pouvoirs.

L'article 160 du même texte affirme l'indépendance du pouvoir judiciaire : « Le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif ». La Constitution de 1996 intègre une disposition semblable dans son article 7 : « Le principe de l'exercice du pouvoir est le Gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple fondé sur la séparation des pouvoirs ». Est-ce une volonté réelle d'opérer la séparation des pouvoirs, qui n'est d'ailleurs jamais effective, ou un simple conformisme par rapport aux modèles universels ? L'examen du rôle joué par chaque organe depuis

7. Art. 129 de la Constitution : Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Art. 134 : L'initiative des loi appartient concurremment au Gouvernement et aux membres du Parlement.

8. L'Ordonnance n° 67/PR du 21 mars 1967 a instauré une unicité de juridiction.

1960 permettrait la clarification de l'exercice réel du pouvoir au Tchad par rapport aux droits fondamentaux.

Membre de l'ONU et de l'OUA, le Tchad a été obligé d'insérer dans ses textes fondamentaux les droits proclamés dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948, et dans la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* de 1981. Si les droits de la première et de la seconde génération furent amplement développés, ceux de la troisième génération (solidarité, environnement sain, etc.) sont très peu pris en compte par les textes nationaux.

La dernière Constitution consacre 31 articles aux libertés et droits fondamentaux :

- La personne humaine est sacrée et inviolable (art. 17).
- Tout individu a droit à la vie, à l'intégrité de sa personne, à la sécurité, à la liberté et à la protection de sa vie privée.
- Nul ne peut être soumis ni à des sévices ou à des traitements dégradants et humiliants, ni à la torture.
- Tout individu a droit au libre développement de sa personne dans le respect des droits d'autrui, de bonnes mœurs et de l'ordre public.
- Nul ne peut être tenu en esclavage ou en servitude (art. 20).
- Les arrestations et détentions illégales et arbitraires sont interdites.
- Nul ne peut être détenu dans un établissement pénitentiaire s'il ne tombe sous le coup d'une loi pénale en vigueur.
- Nul ne peut être arrêté ni inculqué qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement aux faits qui lui sont reprochés.
- Tout prévenu est présumé innocent jusqu'à l'établissement de sa culpabilité à la suite d'un procès régulier offrant des garanties indispensables à sa défense (art. 24).
- Les libertés d'opinion et d'expression, de communication, de conscience, de religion, de presse, d'association, de réunion, des circulation, de manifestations et de cortèges sont garanties à tous.
- La liberté syndicale et le droit de grève sont reconnus.
- L'État reconnaît à tous les citoyens le droit au travail.
- Tout Tchadien a droit à la culture et à l'instruction.
- L'État et les collectivités territoriales, décentralisées créent les conditions pour l'épanouissement et le bien-être de la jeunesse.
- L'État s'efforce de subvenir aux besoins de tout citoyen qui, en raison de son âge ou de son inaptitude physique ou mentale, se trouve dans l'incapacité de travailler, notamment par l'institution d'organisme à caractère social.
- La propriété privée est inviolable et sacrée, le domicile est inviolable.
- Tout Tchadien a le droit de circuler librement à l'intérieur du territoire national, d'en sortir et d'y revenir.

- Le secret de la correspondance et des communications est garanti par la loi.
- Toute personne a droit à un environnement sain.

Cette énumération non exhaustive des droits démontre que le constituant a voulu assurer aux citoyens un certain nombre de droits en plus de ceux qui figurent dans les conventions internationales.

Si depuis 1990, les droits civiques et politiques sont valorisés par la légalisation des partis politiques et des associations ⁹, le Tchad demeure un des États où la violation des droits et libertés individuels est fréquemment dénoncée ¹⁰.

I. - LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ ET DE LÉGALITÉ AU TCHAD

En droit public tchadien, parler de contrôle de constitutionnalité des lois consiste à limiter la réflexion à la vérification de la conformité des textes votés par le Parlement à la Constitution.

Le Parlement est certes souverain et peut prendre des mesures qui peuvent limiter les droits et libertés des citoyens, à condition qu'elles n'aillent pas à l'encontre de ce qui est souhaité par le constituant lui-même. L'essentiel des textes de lois est d'origine gouvernementale ¹¹. Le gouvernement est tenté d'utiliser la voie législative pour prendre des mesures qui s'avèreraient impopulaires ou qui porteraient atteinte aux droits des citoyens, surtout en matière économique et sociale.

Mis à part les textes législatifs, l'ordonnancement juridique est dominé par les actes de l'exécutif, qu'il faudrait inclure dans le contrôle du juge. Le contrôle de légalité suppose qu'un acte qui violerait une loi violerait par ricochet la Constitution dans son préambule ou ses dispositions, surtout en matière des droits et libertés.

Si le contrôle de constitutionnalité est ineffectif, le juge de légalité est beaucoup plus sollicité.

A. - *Un contrôle de constitutionnalité des lois inopérant*

L'ineffectivité du contrôle s'apprécie par rapport à la mise en place d'un organe permanent, à l'exercice du contrôle, aux résultats observés.

9. 55 partis politiques sont légalisés et 230 associations reconnues par le ministère de l'Intérieur.

10. *Rapports sur les violations des droits (LTDH)*.

11. Le Conseil supérieur de transition, Parlement actuel dont les membres furent élus le 3 avril 1993 par la Conférence nationale souveraine, a adopté 75 lois en deux ans, dont 73 sont d'origine gouvernementale.

Pour une partie de la classe politique tchadienne, l'instauration du contrôle de constitutionnalité des lois est une aberration parce que le juge ne peut remettre en cause ce qui a été décidé par le législateur, représentant de la nation. Mais pour les défenseurs des droits de citoyens, le juge n'est pas le censeur du législateur, mais le gardien des droits et libertés. À ce titre, il veille à ce que les droits et libertés inscrits dans la Constitution soient respectés même par le législateur, que les lois soient en conformité avec le contenu de la Constitution.

Le contrôle de constitutionnalité est confié à un organe placé en dehors de l'ordre judiciaire, exception faite de la période de transition où une Chambre constitutionnelle est intégrée à la Cour d'appel de N'Djaména. Elle est composée de sept membres dont trois magistrats désignés par le ministre de la Justice et quatre personnalités reconnues pour leur compétence juridique ou administrative. Celles-ci sont nommées par le Président de la République et le Président du Conseil supérieur de Transition (CST) ; la Chambre constitutionnelle est présidée par un Conseiller élu par ses pairs. Elle connaît du contrôle de la constitutionnalité des lois et de leur conformité avec la Charte de Transition.

Le contrôle *a priori* des lois et engagements internationaux ne peut intervenir qu'à la demande de certaines personnalités (Président de la République, le Président du CST ou un quart des membres du CST. Aucune disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application. Les arrêts de la Chambre constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours. Ses décisions sont prises à la majorité simple.

De par le mode de désignation, d'une saisine limitée à certaines personnalités, du champ d'intervention limitée aux lois et traités, il est fort à craindre que cette Chambre ne sombre dans la même léthargie que les autres cours supérieures tchadiennes. À titre de preuve, depuis la date de sa création, la chambre n'a pu, deux ans après, rendre que deux arrêts dont un arrêt d'incompétence et un arrêt de rejet¹². La divergence des points de vue sur le rôle du juge fait qu'au Tchad ce contrôle n'est pas permanent.

La Constitution de 1960 (article 58) instaure une Cour suprême composée de cinq membres dont quatre personnalités connues pour leur compétence en matière juridique et administrative, nommées pour 5 ans, à raison de deux par le Chef de l'État et deux par le Président de l'Assemblée nationale. Le Président de la Cour suprême est nommé par le Président de la République après avis du Président de l'Assemblée. Cette Cour est compétente en matière de référendum. Elle statue sur la validité des élections législatives, se prononce sur la conformité à la Constitution des lois organiques, des lois et conventions internationales. Les décisions de la Cour ne sont susceptibles d'aucun recours.

12. Loi n° 20/PR/94 du 18 juill. 1994 portant création de la Chambre constitutionnelle.

Dès 1960 déjà le constituant a limité l'intervention du juge suprême dans les domaines précis qui concernent davantage le fonctionnement des institutions que la protection des droits et libertés. Une révision constitutionnelle de 1967 fait du contrôle de constitutionnalité une attribution d'une chambre de la Cour suprême et élargit la compétence de celle-ci en matière judiciaire et financière.

La Constitution de 1989 maintient l'intégration du contrôle de constitutionnalité dans l'ordre juridictionnel unique. La loi constitutionnelle de 1996 prévoit la création d'un Conseil constitutionnel qui, outre la compétence en matière électorale, connaîtra du contrôle de constitutionnalité des lois (art. 166).

Si les différentes constitutions ont retenu un contrôle de constitutionnalité des lois, ce contrôle n'a jamais fonctionné, soit parce que l'exécutif refuse de désigner les membres de ce corps, soit que les différentes cours ne sont pas saisies pour violation de la Constitution.

Au cours d'une conférence de presse tenue le 21 décembre 1965, le Chef de l'État, parlant de la Cour suprême, avait déclaré : « Nous ne devons, à notre avis, considérer désormais la Cour suprême comme une simple chambre de consultation », tout en ajoutant : « Les attributions de la Cour suprême malgré tout ne seront pas amoindries ; elles tendront à contrôler judiciairement l'application stricte de nos lois. Cette chambre deviendra donc l'arbitre entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire ».

Ce point de vue du Président de la République ne fut pas partagé par son ministre de la Justice qui déclarait : « La Cour suprême n'a qu'un rôle purement politique occulte et ignoré du citoyen ». Elle n'a jamais rendu des décisions juridictionnelles ni n'a donné un quelconque avis. Les faits ont donné raison à ce dernier puisque la réforme de 1967 a supprimé le contrôle de constitutionnalité des lois et n'a maintenu que le contrôle judiciaire.

La non-organisation voulue du contrôle de constitutionnalité des lois marque la volonté des responsables politiques de ne pas soumettre les textes qu'ils font adopter par le législateur à un contrôle du juge. Cette option correspond à la gestion peu démocratique de l'État observée au Tchad depuis l'indépendance et la marginalisation du juge par le pouvoir exécutif. Toutefois le contrôle du juge s'étend aux autres actes de l'exécutif.

B. - *Le contrôle judiciaire et les droits fondamentaux*

Le juge d'instance ou d'appel, saisi d'une atteinte à une violation d'un droit par l'administration, fait usage des règles de droit public dérogatoires au droit commun. Bien que prévale l'unicité de juridiction, l'administration n'est pas soumise aux mêmes règles que les particuliers. Les considérations d'intérêt général ou de satisfaction d'intérêt général placent l'administration dans une situation privilégiée dont le juge doit tenir compte. Le droit admi-

nistratif est appliqué en cas de violation de la légalité, des clauses du contrat administratif, d'excès de pouvoir ou d'abus d'autorité.

Seules l'emprise irrégulière et la voie qui sont des comportements, agissements ou décisions qui ne peuvent être rattachés à l'action de l'administration sont soumises aux règles de droit privé. L'administrateur, en cas de voie de fait ou d'emprise irrégulière, a outrepassé ses compétences. Mais pour que le juge puisse protéger les droits reconnus aux citoyens, il faudrait qu'il fût saisi.

À examiner la jurisprudence tchadienne, les litiges entre particuliers sont les plus courants.

En matière de contentieux administratif, le bilan des activités de la Chambre administrative de la Cour d'appel est très mitigé. En 1991, six affaires sont enregistrées et aucune n'est jugée. En 1992, dix-huit sont enregistrées et quatre sont jugées. En 1993, onze plaintes sont déposées auprès de la Cour, mais un seul arrêt est rendu ¹³.

Ce nombre limité de décisions rendues sur les litiges opposant les citoyens à l'administration est lié à la lenteur de la procédure devant le juge, à la méconnaissance des voies de recours, à la crainte de s'attaquer à l'administration. Les affaires généralement portées devant le juge sont relatives aux expropriations, aux révocations de la fonction publique, à la sur-imposition ; aux séquestrations arbitraires.

L'analyse des différents arrêts montre qu'il arrive que le juge donne raison aux plaignants en annulant certaines décisions administratives et en condamnant l'administration à leur verser des dommages et intérêts.

Mais les cas non soumis au juge sont plus nombreux, surtout dans les milieux ruraux où les tracasseries administratives et policières sont les plus courantes.

Le rapport de la Commission d'enquête sur les crimes commis par l'ancien président H. Habré, établi en mai 1992, relève combien les droits ne sont pas respectés au Tchad. En huit ans de pouvoir, 42.000 personnes sont mortes en prison ou ont été exécutées. Le rapport n'a porté que sur 10 % des atteintes aux droits et libertés des citoyens.

Les motifs d'arrestation sont généralement futiles, voire dérisoires, comme le souligne le rapport. La personne arrêtée :

- tente de voyager sans un laissez-passer ;
- a écouté Radio-Bardai ¹⁴ ;
- est un agent de l'ennemi ;
- est détenteur d'une grosse somme d'argent.

13. *La justice au Tchad* : Rapport fait par A. BACCARD, Avocat général près la Cour d'appel de Paris.

14. Radio-Bardai émettait au Nord du pays, contrôlé par les opposants armés au régime de Hissein Habré.

Le paradoxe est que le pouvoir judiciaire existait bel et bien pendant que ces droits étaient systématiquement violés. Le caractère dictatorial du régime interdit que les victimes rescapées des tortures, les parents des disparus puissent se plaindre, au risque de subir le même sort. Il était interdit (sans texte) au parquet de se saisir des cas d'arrestations arbitraires effectuées par la police politique.

Si le juge n'est pas le protecteur des droits fondamentaux du citoyen et si le contrôle qu'il aurait dû effectuer sur les agissements de l'État et ses agents s'avère inopérant, c'est que des obstacles érigés ne lui permettent pas de jouer le rôle qui lui est assigné par les textes.

II. – LES OBSTACLES AU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ

Le juge tchadien se trouve confronté à des obstacles d'ordre politique, social, économique et culturel qui limitent à la fois son indépendance et fragilisent le mécanisme de contrôle.

A. – *Obstacles d'ordre politique*

L'objectif de la théorie de séparation des pouvoirs prônée par Montesquieu est de limiter le pouvoir¹⁵. Or, les faits montrent que cette théorie, respectée dans la séparation des organes (exécutif, législatif, judiciaire), ne l'est pas dans le fonctionnement des institutions. L'organe judiciaire est perçu comme une administration classique relevant du pouvoir exécutif. Cette conception de la répartition des rôles est à l'image de l'exercice du pouvoir en Afrique, qui ne date pas seulement d'après la colonisation. À observer la société tchadienne, dans ses composantes (familiales, ethniques, claniques), le pouvoir est un domaine réservé au chef et qui ne fait l'objet d'aucun partage. Généralement, il y a une délégation opérée au bénéfice de certaines corporations qui sont tenues de rendre compte.

Ceux qui rendaient la justice faisaient partie de la cour. Ils étaient aussi chargés d'exécuter les décisions prises par le chef. La dévolution et l'exercice du pouvoir au Tchad peuvent être comparés aux systèmes monarchiques :

« L'autoritarisme politique repose sur un autoritarisme sociétal diffus et récurrent. Il est révélateur de ce point de vue que les relations politiques se déclinent couramment sur le mode des relations parentales, le Président étant désigné par exemple comme le vieux ou le Grand Camarade »¹⁶.

Le pouvoir judiciaire est, en raison de la nomination et du mécanisme d'avancement des magistrats, largement dépendant de l'exécutif. Les magis-

15. « Pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ».

16. J.F. BAYART, « Les sociétés africaines face à l'État », dans *Pouvoirs*, n° 25, p. 23.

trats sont nommés par décret du Président de la République pris en Conseil des ministres sur proposition du ministre de la Justice et révoqués après avis de la commission de discipline. En 1970, les magistrats étaient pris à partie par le Chef de l'État pour avoir refusé de condamner quelques hommes politiques accusés de complot contre la sûreté de l'État. Au Tchad, il est courant qu'une injonction soit adressée par l'exécutif au juge pour remettre en liberté un citoyen poursuivi pour crime ou délit.

L'immixtion de l'exécutif dans le pouvoir judiciaire s'observe par le non-respect de la règle de l'inamovibilité prévue au Statut particulier des magistrats. Récemment, le gouvernement a décidé d'affecter certains magistrats de siège, jugés trop « zélés », de la capitale en province, sans leur accord. Cette forme de mutation qui ressemble à une sanction a pour but d'intimider le juge et lui ôter toute envie d'affirmer son indépendance. L'article 4 du Statut particulier indique que les magistrats de siège sont inamovibles et ne peuvent recevoir d'affectation nouvelle, même par voie d'avancement, sans leur consentement préalable. Mais l'inamovibilité des magistrats tchadiens est limitée puisqu'un alinéa du même article stipule : « Toutefois, lorsque les nécessités du service l'exigent, ils peuvent être déplacés pour une durée déterminée sur avis conforme de la commission de discipline ».

Du moment que la situation qualifiable de « nécessité du service » relève du pouvoir discrétionnaire du Ministère, il est facile d'en inventer pour muter un magistrat contre son gré.

L'autonomie institutionnelle du corps judiciaire n'est pas aussi réelle. Sur les 101 magistrats, 69 seulement exercent des fonctions judiciaires ; les 32 autres sont soit en position de détachement, soit mis en disponibilité. L'interférence des organes exécutif et judiciaire tient à la possibilité offerte aux magistrats de quitter leur corps et de servir l'exécutif à un poste politique plus lucratif.

Outre les obstacles à caractère politique qui reflètent la conception du pouvoir au Tchad, les magistrats sont confrontés à des difficultés économiques individuelles ou collectives entravant le bon fonctionnement de l'institution de la justice.

B. – *Les obstacles matériels et financiers*

Le Statut particulier des magistrats, adopté en 1991, place le personnel de l'organe judiciaire dans une situation financière meilleure que les autres agents de la fonction publique. Le jeune magistrat sorti de l'École Nationale d'Administration et de Magistrature est intégré à l'indice 1120 soit 112.000 FCFA ou 1120 FF par mois.

Ils bénéficient d'une indemnité mensuelle de logement et d'encouragement liée à la fonction, alors que le jeune cadre qui a le même niveau de formation (Maîtrise en droit) est intégré à l'indice 850 soit 85.000 FCFA ou

850 FF par mois. Mais comme les magistrats sont payés par le Trésor comme les autres fonctionnaires, ils accusent aussi des retards de 4 à 5 mois de salaires. Tout compte fait, c'est comme s'ils travaillaient sans être payés.

Les conditions financières sont peu encourageantes, mais les conditions matérielles de travail sont aussi déplorables.

Selon le même rapport sur la justice ci-dessus cité, les magistrats travaillent dans des conditions difficiles. Le palais de justice de N'djaména construit au temps de la colonisation ne contient plus les tribunaux. Les bureaux ont été pillés en 1990. Les meubles ont été emportés et les dossiers dispersés par les prisonniers qui ont recouvré la liberté à la faveur de ces événements. Le rééquipement se fait progressivement.

Les 24 conseillers de la Cour d'appel travaillent dans une pièce de 4 mètres sur 4. Les juges du siège sont au nombre de cinq dans un même bureau. Trois fois par semaine, ils doivent le quitter pour laisser la place à un seul d'entre eux qui y préside, soit une audience de flagrants délits, soit une audience civile en conciliation. La seule salle d'audience qui ne compte que quelques bancs ne peut suffire pour toutes les audiences de la Cour d'appel, du Tribunal de première instance, du Tribunal de travail et des tribunaux d'exception.

Le palais ne dispose ni de bibliothèque ni de documentation. La salle des archives a connu le même sort de pillage.

La police judiciaire ne dispose que de quelques véhicules pour les enquêtes. Les policiers et gendarmes ne peuvent se rendre sur les lieux d'un crime que si les victimes viennent les chercher.

Dans ces conditions, le magistrat, quelles que soient sa compétence et sa bonne volonté, ne peut véritablement assurer la protection des droits fondamentaux, d'autant plus qu'il a des problèmes personnels à régler pour sa famille et lui-même ¹⁷.

L'indépendance de la magistrature est donc conditionnée par l'inamovibilité des magistrats de siège, la sécurité financière, l'autonomie institutionnelle. Les magistrats du Tchad, malgré leur statut particulier, se heurtent à ces difficultés, qui ne leur permettent pas d'assurer comme il faut la défense des droits fondamentaux.

Dans ce contexte, quelles seraient les mesures envisageables pour la garantie de ces droits ?

17. J. DUBOIS DE GAUDUSSON, « Le statut de la justice dans les États d'Afrique francophone », dans *Afrique Contemporaine*, Documentation française, 1990.

III. – MÉCANISMES EXTRA-JUDICIAIRES DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

À l'instar d'autres pays comme la France, la Suède, le Canada, le Sénégal, le recours à une personnalité ou à des commissions administratives permettrait de mieux régler les conflits entre l'administration et les citoyens.

A. – *Les structures fonctionnelles*

La Conférence nationale souveraine, dans un cahier de charges du Gouvernement de transition, du 6 avril 1993, a recommandé des mesures relatives aux droits fondamentaux :

- Création d'une commission nationale chargée de faire les enquêtes et d'établir les responsabilités dans les cas d'atteintes aux droits de l'homme et les cas de personnes enlevées et portées disparues depuis 1960 ;
- traduction en justice de tous les membres des forces de sécurité responsables des atteintes aux droits de l'homme depuis 1960, y compris les personnes ayant agi en situation de rébellion ;
- création d'une structure étatique de prise en charge de toutes les victimes de crimes et de répressions politiques, à savoir les veuves, orphelins et handicapés, leur servant de centre de réinsertion sociale ;
- interdiction formelle des arrestations arbitraires, détentions illégales et exécutions extra-judiciaires et punition les auteurs et complices de ces crimes ;
- création d'une Commission nationale de droits de l'homme habilitée à donner un avis sur toutes les questions concernant les libertés fondamentales et les droits de l'homme ;
- engagement de l'État à participer à la lutte pour la défense des droits de l'homme par le biais des subventions directes ou indirectes aux ONG de cette catégorie ;
- libération immédiate de tous les détenus d'opinion et des prisonniers de guerre ;
- introduction de l'enseignement des droits de l'homme et des libertés dans les écoles civiles et militaires et création d'un centre d'appui en vue de promouvoir cet enseignement.

Certaines de ces mesures ont été prises par le gouvernement comme la création de la Commission nationale des droits de l'homme. Celle-ci a été effectivement créée par la loi n° 031/PR/91 du 9 septembre 1994. Elle est composée de 21 membres : des représentants du gouvernement, des associations, des syndicats et des personnalités choisies en raison de leur intégrité et de leur compétence dans le domaine des droits de l'homme.

La Commission ne rend pas de décisions, mais elle est chargée de :

- formuler des avis au gouvernement concernant les libertés et les droits de l’homme, y compris la condition de la femme, les droits de l’enfant et des handicapés ;
- assister le gouvernement et les autres institutions nationales et internationales pour toutes les questions qui concernent les droits de l’homme au Tchad ;
- participer à la révision de la législation en vigueur et à l’élaboration de nouvelles normes en conformité avec la Charte des droits de l’homme et des libertés adoptés par la Conférence nationale souveraine et les instruments régionaux et internationaux, en vue de la construction de l’État de droit et du renforcement de la démocratie.

La Commission procède à des enquêtes, études et publications et émet des avis au gouvernement sur toutes les questions concernant les droits de l’homme et les libertés fondamentales, notamment la ratification et la mise en œuvre des instruments internationaux et les pratiques en vigueur. Elle donne des avis sur les cas se rapportant :

- à l’existence et aux actions d’une police politique ;
- à la pratique de la torture, des traitements inhumains et dégradants ;
- à l’existence de lieux où se pratiquerait la détention secrète ;
- aux disparitions forcées et aux transferts secrets.

La Commission est autonome quant aux choix des questions qu’elle examine sans sélectivité, par auto-saisine. Elle est entièrement libre de ses avis qu’elle transmet au gouvernement et dont elle assure la diffusion auprès de l’opinion publique.

La Commission a eu effectivement à émettre des avis, mais comme ceux-ci ne lient pas le gouvernement et comme elle n’intervient qu’a *posteriori*, les atteintes aux droits et libertés sont consommées.

Depuis 1995, elle a rendu quatre avis sur les violations des droits de l’homme tout en invitant le gouvernement à prendre des mesures appropriées pour y mettre fin. Elle a mené deux enquêtes sur les violations des droits de l’homme dans les deux Logones et sur l’affaire *N’Djamena-Hebdo*¹⁸.

En plus des avis à émettre, il aurait été souhaitable de donner à la Commission la compétence pour assister en justice les victimes des violations des droits et libertés par financement des frais de justice et d’avocat. En plus de la mise en place et de son action, il serait souhaitable de chercher d’autres voies et moyens pour assurer la protection des droits et libertés.

18. Les deux Logones sont deux préfectures du sud du Tchad où opère une opposition armée. Dans le cadre de la lutte contre cette opposition, les forces de l’ordre portent parfois atteinte aux droits et libertés des citoyens. *N’Djamena-Hebdo* est un journal d’opposition qui a été victime le 1^{er} juin 1995 d’une attaque d’hommes armés qui ont saccagé le matériel de travail.

B. – *Suggestions d'amélioration
de la protection des droits fondamentaux*

L'arbre à palabres a été au Tchad la procédure utilisée pour régler les conflits entre citoyens ou entre les différentes communautés.

Les gouvernements ont eu recours à une personnalité nationale pour négocier avec les groupes armés en lutte contre le pouvoir ou pour apaiser les tensions entre agriculteurs et éleveurs. Le médiateur, qui a été jusqu'ici un homme politique ou un chef traditionnel, est choisi par le gouvernement en fonction de sa sagesse, de son impartialité, de son acceptabilité par les parties en conflit.

L'accès difficile à la justice, son coût, l'ignorance des droits et de la procédure judiciaire par la majorité de citoyens, la multiplicité des cas de violation des droits fondamentaux militent pour l'institutionnalisation permanente d'un médiateur.

Ce dernier pourrait avoir des correspondants dans les préfectures qui régleraient les problèmes mineurs avec possibilité d'appel. Il ne s'agit pas d'une administration de justice parallèle, mais d'une procédure plus souple accessible aux citoyens. Saisi d'une requête, le médiateur prend contact avec l'administration incriminée pour un règlement amiable du conflit. En cas de non-règlement par celui-ci, le litige peut être porté devant le juge.

Le médiateur ferait un rapport annuel sur ses activités. L'exploitation de ces rapports par le Gouvernement permettrait de limiter les irrégularités administratives et de moraliser l'administration. La publication de ce rapport serait un instrument d'information et de formation du citoyen au sujet de ses droits et des voies de protection à amiable.

Tout ceci n'exclut pas la création des commissions administratives spécialisées dans la protection des droits fondamentaux.

Les chefs traditionnels, qui sont les auxiliaires de l'administration et sont proches des administrés, peuvent être mis à contribution pour la protection des droits des citoyens. Jusqu'ici, les notables ne règlent que les conflits entre individus, mais prennent rarement fait et cause pour leurs administrés face aux violations des droits de l'homme par les agents administratifs (civils ou militaires). Très écoutés par les administrés, les chefs traditionnels, par des conseils à l'administration, des dénonciations, des plaintes, peuvent faire cesser certains abus d'autorité ou d'excès de pouvoir exercés sur la population, surtout rurale, qui dans la plupart des cas ignore ses droits ou les moyens de défense existants.

Sont également actives les associations de la société civile. Le Tchad connaît depuis 1990 une éclosion du mouvement associatif, surtout dans le domaine de la défense des droits fondamentaux. Un certain nombre d'asso-

ciations (LTDH-ATPDH) ¹⁹ ont pour objectifs, outre la formation du citoyen dans les domaines de droits, la dénonciation des violations des droits fondamentaux, la défense des droits des citoyens par des actions en justice, l'information de l'opinion nationale et internationale sur la situation des droits au Tchad ²⁰.

Si, depuis 1990, la protection des droits fondamentaux devient une tâche des associations, leur action n'est pas bien appréciée par le gouvernement, qui les accuse de vouloir s'immiscer dans la vie politique ou encore de se substituer à la justice.

Le dynamisme des associations, leur sollicitation par les citoyens montrent qu'effectivement le contrôle classique n'assure guère la protection des droits fondamentaux, d'où l'intérêt d'utiliser d'autres voies et moyens pour la préservation de ces droits.

Impuissance de la justice devant la violation des droits, activisme des associations de la société civile dans la protection des droits, tels sont les constats qui peuvent être faits de notre système de contrôle face aux droits fondamentaux, d'où la nécessité de son renforcement.

19. Ligue tchadienne des droits de l'homme ; Association tchadienne pour la promotion et la défense des droits de l'homme.

20. La LTDH publie chaque année un rapport sur les violations des droits au Tchad.

