

Arrêt
Evodius Rutechura c. République Unie de Tanzanie
26 février 2021, Requête n° 004/2016

Opinion individuelle
du
Juge Blaise Tchikaya

Introduction

1. *Evodius Rutechura*, une décision conforme de *lex lata*

- 1.1 Le cas *Evodius*, questions et solutions
- 1.2 La décision *Evodius* et jurisprudence antérieure
- 1.3 *Evodius* et les particularismes de *l’Affaire Dexter*

2. *Evodius Rutechura*, la peine de mort et les mesures incitatives

- 2.1 Le spectre de *l’ultra petita* devrait-il donc limiter la fonction créatrice de la Cour ?
- 2.2 La proscription judiciaire de la peine de mort
- 2.3 La primauté du régime international de la peine de mort nonobstant la non-ratification des textes par certains États

Conclusion

- 1. Le droit international des droits de l’homme, par sa jurisprudence la plus avancée, a déjà tiré de *l’interdiction des tortures, des peines ou traitements cruels*,



inhumains ou dégradants l'interdiction internationale de la peine de mort¹. La question des fondements juridiques de cette interdiction ne se pose plus.

2. Comme mes honorables collègues, j'ai approuvé le dispositif de la décision *Evodius Rutechura c. République de Tanzanie*² rendue ce 26 février 2021³. Toutefois, il aurait été souhaitable que ce dispositif fût complété par un des aspects liés à l'évolution de la peine en cause : la peine de mort. Cette peine ne fut pas l'objet principal dans cet arrêt, non plus sa question de droit. Cependant, cette peine est indubitablement la cause des contestations procédurales de *Sieur Evodius Rutachura* devant la Cour de céans. *Evodius* limite les griefs qu'il fait à la Cour d'appel au rejet de sa demande de prorogation de délai aux fins de déposer une requête en révision, au défaut d'assistance judiciaire pendant son procès en première instance et en appel et à l'insuffisance des preuves⁴.

3. Dans cette même procédure, le requérant avait demandé sur sa condamnation à la peine capitale des mesures provisoires. Pour éviter un préjudice irréparable en dépit du moratoire de fait adopté par État défendeur et du fait qu'aucune exécution n'avait eu lieu depuis longtemps. La Cour se déclara

¹v. La lecture des articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (4 novembre 1950) faite par la Cour de Strasbourg (les arrêts *Ocalan c. Turquie*, 12 mai 2005 et *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, du 2 mars 2010) permet à la Cour de qualifier en traitement inhumain une condamnation la mort prononcée à la suite d'un procès non-équitable. Elle dit de cette dernière qu'elle est de nos jours une « sanction inacceptable » prohibée par l'article 2 et considère, au vu de la pratique étatique, que l'exécution de la peine de mort, en toutes circonstances, constitue dorénavant un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3. Rappeler que la décision de la Cour suprême américaine dans *Roper v. Simmons*, 13 octobre 2004. Dans ce cas était invoqué le VIII^e amendement de la Constitution interdisant les châtiments cruels et inhabituels. Elle considérait que l'exécution de personnes de moins de 18 ans lors des faits jugés constituait un châtiment cruel et inhabituel, contredisant les 8^e et 14^e amendements.

² Le 21 novembre 2019, cet État avait signifié auprès du Président de la Commission de l'UA., son retrait de la Déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour pour recevoir des requêtes introduites directement par les individus et les organisations non gouvernementales. La Cour, compte tenu du droit applicable et de sa jurisprudence (*Ingabire Victoire Unuhoza c. Rwanda*, 3 juin 2016, 1 RJCA 584, § 67 ; *Andrew Ambrose Cheusi c. Tanzanie*, 26 juin 2020, §§ 37 à 39), a décidé que le retrait n'avait aucune incidence sur les affaires pendantes devant elle ainsi que sur les affaires introduites avant sa prise d'effet, un an après le dépôt de l'instrument y relatif, à savoir le 22 novembre 2020. La Cour gardait ainsi recevabilité et compétence sur cette affaire.

³ CADHP., *Evodius Rutechura c. Tanzanie*, Arrêt, 26 février 2021.

⁴ *Idem.*, § 6.

favorable à ces mesures provisoires dans une décision en date 2016⁵. Le dispositif de cette décision restait strict. Il n'avait pas pour objet de se prononcer sur le régime de la peine de mort⁶.

4. Les pratiques, bien qu'en recul, qui visent à exécuter des personnes pour des infractions « jugées graves », existent encore dans le continent. Sans qu'il en soit totalement le lieu pour une analyse, la peine de mort dite « légale », celle prononcée par les juges, est un prolongement du pouvoir de l'État de droit. Une condamnation à mort résulte dans ce cas de la construction de l'État lui-même. Le mot *potence* vient d'ailleurs de son étymologie latine *potentia*, signifiant « puissance » au sens public et politique du terme. C'est précisément la position romaine⁷, visant à considérer que la peine de mort protégerait la société, parce qu'elle serait une peine exemplaire et dissuaderait les criminels. Cette position, bien que répandue, n'a sociologiquement pas été démontrée. On a pu considérer que cette peine constitue une négation absolue des droits humains, un meurtre commis par l'État, avec préméditation et sang-froid ou encore un acte de barbarie. Depuis 1973, plus de cent soixante (160) condamnés à mort ont été mis hors de cause ou libérés aux États-Unis après que leur innocence eut été démontrée⁸. D'autres prisonniers ont été exécutés alors même qu'ils existaient de sérieux doutes quant à leur culpabilité⁹.

5. La question – dont l'intérêt reste à démontrer - est celle de savoir si le droit de l'homme affirme ou infirme la mise hors la loi de la peine de mort. Cette *Affaire*

⁵ CAFDHP, Ordonnance, *Evodius Rutechura c. Tanzanie*, 18 mars 2018.

⁵ *Idem.*, § 6.

⁶ La Cour notait toutefois dans son Ordonnance que : « la requête en l'espèce révèle une situation d'extrême gravité et présente un risque de porter atteinte aux droits des requérants protégés par les articles 7 de la Charte et 14 du PIDCP, si la peine de mort venait à être appliquée », v. *Ordonnance précitée*, § 17.

⁷Gaudemet (J.), *Les institutions de l'Antiquité*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat Droit public », 5^e éd., 1998, 511 p. ;

⁸ Badinter (R.), *Contre la peine de mort*, Ed. Poche, 320 p. ; *L'aboliion*, Ed. Poche, 2002, 288 p.

⁹ <https://www.amnesty.org/fr/what-we-do/death-penalty/>

Evodius a donné l'occasion à la Cour d'approfondir la réflexion sur le sujet. Une fois de plus, l'instance judiciaire africaine avait noté l'opportunité qui lui était donnée de rappeler, par mesure incitative, de clarifier une doctrine, de plus en plus universelle, relative à l'abolition de la peine de mort. Le cas *Evodius Rutechura* arrive notamment après le second protocole additionnel au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* qui abolit la peine de mort pour les États qui y adhèrent. L'Assemblée générale demandait en effet le 17 novembre 2020 aux « États qui ne l'ont pas encore fait d'envisager d'adhérer au deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, ou de le ratifier »¹⁰.

6. Dans le dispositif de la décision *Evodius Rutechura*, que nous avons approuvé, la Cour de céans traduit une conformité certaine au droit applicable (1.), mais la Cour aurait pu, à cette occasion, clarifier et inciter les États de la région à une attention plus fournie à l'évolution des droits de l'homme qui se dessine devant eux sur la question de la peine de mort (2.).

1. *Evodius Rutechura*, une décision conforme de *lex lata*

¹⁰ AGONU, Rés. n°73/175, *Moratoire sur l'application de la peine de mort*, 17 décembre 2018 (rapport de la 3^{ème} Commission (A/73/589/Add.2), § 10. 123 États membres de l'ONU ont voté pour la résolution, dont Djibouti, la Jordanie, le Liban et la Corée du Sud, qui soutiennent une telle proposition pour la première fois. La République du Congo, la Guinée, Nauru et les Philippines, le Yemen et le Zimbabwe ont aussi apporté leur soutien à la Résolution. La Commission des Nations-Unies pour les droits de l'homme estimait que « les États qui n'appliquent plus la peine de mort, mais la maintiennent en vigueur dans leurs textes législatifs, à l'abolir » (Point 6) de la Résolution de la Commission des droits de l'homme 2004/67 adoptée par 29 voix contre 19, avec 5 abstentions, à l'issue d'un vote enregistré. Chap. XVII E/2004/23-E/CN.4/2004/127], 21 avril 2004.

7. Comme rappelé, le Requéran et deux acolytes, ont entrepris de cambrioler la demeure d'Erodia Jason à Mwanza (le 13 mai 2003). La fille d'Erodia Jason, Arodia, a été abattue alors qu'elle essayait de s'échapper de la maison. Le 15 mai 2003, le Requéran a été arrêté. Il a été déclaré coupable le 19 novembre 2008 et condamné à mort par pendaison par la Haute Cour siégeant à Mwanza¹¹.

1.1– Le cas *Evodius*, questions et solutions

8. Le Requéran est un ressortissant tanzanien condamné à la peine capitale par pendaison pour meurtre. Il en contestait la procédure et, en définitive, la peine prononcée contre lui. Dans le dispositif de l'arrêt, la Cour, à bon droit, conclut que l'État défendeur n'a pas violé l'article 7 de la Charte en ce qui concerne la manière dont les éléments de preuve ont été appréciés ; non plus le droit à l'assistance judiciaire gratuite auquel le requéran pouvait prétendre. Tout en adhérant à sa décision, il eut été souhaitable que la Cour prît position sur la question de la peine de mort qui fut la trame de l'arrêt. Cela eut été un prolongement souhaité de son pouvoir prétorien, dans cette matière si préoccupante.

9. Les arguments de l'État défendeur ne pouvaient prospérer. La Cour, attachée à ses principes, et, de façon unanime, a considéré qu'elle est compétente pour évaluer les procédures pertinentes devant les instances nationales à la hauteur des instruments internationaux ratifiés par l'État. Elle s'appuyait sur une jurisprudence maintenant établie¹². De même qu'elle soulignait, à bon droit, que

¹¹ CADHP., *Evodius Rutechura c. Tanzanie*, arrêt, § 3.

¹² CAfDHP, *Ernest Francis Mtingwi c. Malawi* (compétence) (15 mars 2013), 1 RJCA 197, § 14 ; *Kenedy Ivan c. Tanzanie*, Requête n° 25/2016, 28 mars 2019, § 26; *Armand Guéhi c. Tanzanie* (fond et réparations) (7 décembre 2018), 2 RJCA 493, §33 ; *Nguza Viking (Babu Seya) et Johnson Nguza (Papi Kocha) c. Tanzanie* (fond) (23 mars 2018) 2 RJCA 297, § 35.

le retrait de la Déclaration déposée conformément à l'article 34(6) du Protocole n'a pas d'effet rétroactif et n'a aucune incidence sur cette *Affaire Evoduis* dans la mesure où elle était pendante au moment du dépôt de l'instrument de retrait. Ce dernier ne prend effet que douze (12) mois après ce dépôt (le 22 novembre 2020)¹³.

10. La Cour déclarait l'affaire recevable, car il en ressortait que le Requéran avait interjeté appel de sa déclaration de culpabilité et de sa peine devant la Cour d'appel de Tanzanie, la plus haute juridiction, le 18 juin 2010, celle-ci a confirmé le jugement de la Haute Cour de justice. L'État défendeur a donc eu la possibilité de corriger les violations alléguées. Le Requéran a donc épuisé préalablement tous les recours internes disponibles. Cette position de la Cour était défendable et de jurisprudence établie¹⁴. Il faut rappeler que la recevabilité de la requête est assujettie au principe l'épuisement préalable des voies de recours internes. Ce principe prescrit aux personnes qui attaquent un État en contentieux de droits de d'homme devant un organe international ont, en principe, une obligation d'utiliser préalablement les recours qu'offre le système juridique de leur pays.

11. Se posait à la Cour dans cette affaire la question du délai raisonnable dans lequel la saisine a été faite. Comme dans nombreuses précédentes affaires, « le caractère raisonnable d'un délai de sa saisine dépend des circonstances particulières de chaque affaire »¹⁵. Dans *Evodius*, la Cour a retenu que le Requéran a été détenu et condamné à mort, incarcéré et restreint dans ses

¹³CAFDHP, *Ingabire Victoire Unuhoza c. Rwanda* (compétence) (2016) 1 RJCA 584, § 67; *Cheusi c. Tanzanie* (fond), §§ 35 à 39.

¹⁴CEDH., *Akdivar et al. c. Turquie*, 16 septembre 1996 ; *JDJ*, 1996,239, obs. E. Decaux ; *RTDH*. 1998, 27, note P. Legros et P. Coenraets. Il est acquis clairement que les États n'ont pas à répondre de leurs actes devant un organisme international avant d'avoir eu la possibilité de redresser la situation dans leur ordre juridique interne. v. notamment CIJ., *Affaire de l'Interhandel*, Suisse. c. États-Unis, Exceptions préliminaires, CIJ 21 Mars 1959, *REC CIJ* 1959, p.27 ; Wiebringhaus (H.), La règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes dans la jurisprudence de la Commission européenne des Droits de l'Homme, *AFDI*, 1959. pp. 685-704.

¹⁵CAFDHP., *Zongo et autres c. Burkina Faso* (fond), *op. cit.*, § 92 ; Voir aussi *Thomas c. Tanzanie* (fond) *op. cit.*, § 73.

mouvements avec un accès limité à l'information. A deux reprises, il a tenté d'exercer un recours en révision, la dernière tentative datant du 8 juin 2015, soit sept (7) mois et cinq (5) jours avant la saisine de la Cour de céans. Elle a, en outre, considéré que les circonstances évoquées ont retardé le dépôt de la Requête devant elle. La requête était donc réputée avoir été déposée dans un délai raisonnable.

12. Le dispositif fut acquis à l'unanimité. Dans l'ensemble, la Cour ne fit pas suite aux prétentions du requérant, exception faite de l'aspect ayant trait à l'État défendeur qui, au titre de l'article 7(1)(c) de la Charte, n'a pas assuré une assistance judiciaire gratuite au requérant.

1.2– Le lien de la *décision Evodius* avec la jurisprudence antérieure

13. Il faut se souvenir que la Cour de céans a rendu nombreuses décisions portant question de la peine de mort. Cette affaire *Evodius*, en l'espèce, n'en faisait pas un point de droit mais était fondamentalement aux sources de l'instance devant la Cour africaine. Dans sa première et importante *Affaire Armand Guehi* (2018)¹⁶ en la matière, la Cour, conformément aux motivations contenues dans son arrêt, se prononçait défavorablement à la remise en liberté demandée. Elle disait, sans autre disposition relative à la peine de mort, qu'elle rejetait « la demande du requérant d'ordonner l'annulation par la Cour de la déclaration de culpabilité et de la peine prononcée contre le requérant ainsi que sa remise en liberté »¹⁷. La Cour n'allait donc pas plus loin qu'un prononcé sur les demandes du requérant.

¹⁶CAfDHP., *Armand Guehi c. Tanzanie*, 3 juin 2016 (compétence et recevabilité) et 7 décembre 2018 (fond) .

¹⁷ *Idem.*, 205, point X du dispositif.

14. La Cour d'Arusha a été saisie de différentes affaires touchant à la peine capitale¹⁸. De 2015 à 2020, la Cour a connu près d'une vingtaine d'affaires touchant à la peine de mort. Elles arrivent à la Cour, dans l'ensemble sur le fondement de l'article 7 (1) de la Charte africaine qui protège le droit à un procès équitable. L'argumentation typique que l'on retrouve notamment dans *l'Affaire Oscar Josiah* de 2019¹⁹ est formulée de la manière suivante :

« La Cour d'appel a fondé son arrêt sur des éléments de preuve tirés des déclarations des témoins à charge entachées d'incohérences et d'erreurs flagrantes et manifestes au vu du dossier. (...) la Cour d'appel a commis une erreur en rejetant ses moyens d'appel sans les avoir examinés comme il se devait, mais en s'appuyant plutôt sur des dépositions à charge recueillies auprès de témoins peu fiables. Le rejet injustifié de son appel par la Cour d'appel constitue une violation de ses droits prévus de l'article 3(1) et (2) et de l'article 7(1)(c) de la Charte »²⁰.

15. On ne peut apprécier par *a priori*, cette argumentation, mais on peut relever, comme ici dans *Evodius*, sa quasi-permanence dans les dossiers sur la peine de mort.

¹⁸On peut citer notamment les affaires *John Lazaro c. Tanzanie*, Ord. 18 mars 2016; *Habiyalimana Augustino et Mburo Abdugarim c. Tanzanie*, Ord., 3 juin 2016 ; *Deogratius Nicholas Jeshi c. Tanzanie*, Ord., 3 juin 2016 ; *Cosma Faustin c. Tanzanie*, 3 juin 2016 ; *Joseph Mukwano v Tanzanie*, 3 juin 2016 et ; *Oscar Josiah c. Tanzanie*, mesures provisoires, 3 juin 2016 ; *Dominick Damian c. Tanzanie*, 3 juin 2016 ; *Chrizant John c. Tanzanie*, 18 novembre 2016 ; *Crospery Gabriel et Ernest Mutakyawa c. Tanzanie*, mesures provisoires, 18 novembre 2016 ; *Nzigiyimana Zabron c. Tanzanie*, mesures provisoires (2016) ; *Marthine Christain Msuguri c. Tanzanie*, mesures provisoires, 18 novembre 2016 ; *Goibert Henerico c. Tanzanie*, mesures provisoires, 28 novembre 2016, *Mulokozi Anatory c. Tanzania*, mesures provisoires, 28 novembre 2016 ; *Amini Juma c. Tanzanie*, 18 novembre 2016.

¹⁹ CAFDHP., *Oscar Josiah*, fond, 28 novembre 2019

²⁰ *Idem.*, § 7 et 8.

16. L'*Affaire Ally Rajabu* a retenu abondamment l'attention de la Cour²¹. En l'espèce, les sieurs *Ally Rajabu* et quatre autres ressortissants tanzaniens furent condamnés à la peine capitale pour meurtre. Ils alléguaient, comme déjà mentionné, avoir été condamnés alors que leur cause n'avait pas été pleinement entendue et que le fait qu'ils aient été :

condamnés constitue une violation de l'article 235(1) du code de procédure pénale et, en conséquence le bénéfice du doute leur devrait être accordé²².

17. Le dispositif de l'arrêt n'évoquait nullement le régime de la peine de mort en cause, contesté par les requérants. Le Cour disait plutôt que :

« l'Etat défendeur n'a pas violé le droit des Requérants d'être jugé dans un délai raisonnable, droit protégé par l'article 7(1) (d) de la Charte, (ni)(...) le droit à la vie inscrit à l'article 4 de la Charte, relativement d'imposition obligatoire de la peine capitale, qui supprime le pouvoir discrétionnaire du juge »²³.

18. De ce fait, la Cour de céans dans *Evodius Rutechera* rappelle simplement sa jurisprudence constante sur la question de la peine de mort, elle se tient résolument à l'écart des débats ayant cours et applicables au droit en vigueur, approche qui sera suivie dans cadre de *l'affaire Dexter*.

1.3. Le cas *Evodius* et les particularismes de *l'Affaire Dexter*

²¹ CAFDHP., *Allv Rajabu, Angaia Kazeni, Geofrey Stanlev, Emmanuel Michael et Julius Michael c. Tanzanie*, Ord. 18 mars 2016 ; recevabilité et compétence, 4 juillet 2019.

²² *Idem.*, § 6.

²³ *Ibidem.*, § 171 – vii et viii.

19. L'affaire, *Dexter Eddie Johnson*²⁴, introduite contre la République du Ghana, induisait le raisonnement, avec quelques particularismes certes, mais la Cour de céans gardait sa ligne jurisprudentielle.

20. Le 27 mai 2004, ce requérant de double nationalité ghanéenne et britannique, avait tué un ressortissant américain dans la région du Grand Accra au Ghana. Traduit en justice, il a nié l'infraction. Le 18 juin 2008, la Haute Cour d'Accra, en procédure accélérée, l'a déclaré coupable du meurtre et l'a condamné à la peine de mort. Outre la question de l'exactitude de la procédure suivie liée au procès équitable, celle du droit à la vie et de l'interdiction des peines ou des traitements inhumains ou dégradants, le problème de l'affaire *Dexter* a trait à ce que la seule peine prévue pour cette infraction dans la législation ghanéenne se trouve être la peine capitale, ce que l'on a appelé la peine de mort obligatoire²⁵. Dexter se trouve actuellement en attente de son exécution.

21. Dans ce précédent, la Cour reprend, de *lex lata*, sa jurisprudence. En application de l'article 56.7 de son règlement, elle statuait que le l'affaire n'était pas recevable pour avoir été connu par une autre instance, le Comité des droits de l'homme, il s'agissait donc, d'un « *non bis in idem* ». En l'occurrence, la Cour ne se prononça pas au fond. Du paragraphe 33 à 57 de l'arrêt *Dexter*, la Cour perçoit la question de la peine de mort obligatoire, mais elle se conforme dans cette décision de 2018 à la restriction procédurale liée au *non bis in idem*.

22. La Cour, à bon droit, ne pouvait adjoindre des mesures incitatives à son dispositif dans la décision *Dexter*, au moins pour deux raisons : la première raison consiste en ce que l'affaire se concluait par une irrecevabilité ; la seconde raison tenait au fait que dès lors qu'elle avait considéré que le Comité des Nations Unies

²⁴ CAFDHP, *Dexter Eddie Johnson*, Ord. 28 septembre 2017 et arrêt au fond, 28 novembre 2019.

²⁵Comité des Nations-Unies pour les droits de l'homme, Communication *Dexter Eddie Johnson c. Ghana*, 18 juillet 2012.

pour les droits de l'homme avait vidé l'essentiel du différend, il aurait paru judiciaire de s'intéresser surabondamment au fond que d'adjoindre des mesures incitatives à sa décision de rejet²⁶. La position de la Cour dans *Dexter*, ne paraît, sur ce point, que cohérente.

23. La question de la forme de ces mesures incitatives se pose déjà et celle de leur fondement se présente de la même façon.

2. *Evodius Rutechura*, la peine de mort et les mesures incitatives

24. A juste titre, l'attention de la Cour fut attirée par l'édiction des mesures incitatives sur la peine de mort. Il a été relevé que la Cour de céans ne pouvait s'y adonner tant que l'instance n'eut pas ceci comme question principale de droit ou lorsque cela ne se présentait pas comme une demande dans la requête.

25. A la marge, une question est donc apparue à la Cour, celle d'un prolongement spécifique du dispositif de l'arrêt sur l'attitude du l'État défendeur quant au droit applicable à la peine de mort. Cela était-il possible, au regard du contenu des termes du différend ? En somme, la Cour pouvait-elle inscrire dans son dispositif une déclaration, qu'elle jugerait opportune, afin de faire évoluer les droits de l'homme, alors qu'elle ne figure pas parmi les demandes du requérant ? La Cour ne prononcerait-elle pas un dispositif *ultra petita*. Cette question mérite d'être abordée.

2.1 - Le spectre de l'*ultra petita* devrait-il donc limiter la fonction créatrice de la Cour ?

²⁶ Cet argument peut paraître relatif dans le cadre des droits impératifs, certains droits de l'homme, notamment celui relatif à l'interdiction de la peine de mort.

26. La question évoquée est, sans doute, l'une des plus importantes et la plus délicate des droits humains : la peine de mort. Lorsque la Cour en est saisie, directement ou indirectement, sa fonction juridictionnelle devrait se dérouler normalement, tout en veillant strictement au pendant essentiel de ce droit : le droit à la vie²⁷.

27. Il est admis qu'une juridiction ne peut se prononcer que sur les conclusions qui lui sont soumises parce que sa fonction juridictionnelle est l'application du droit. Elle doit fournir l'interprétation qui en résulte. L'arrêt *Evodius* dans son dispositif, de *lex lata*, ne se limite qu'aux demandes du requérant. Ce point est si important qu'il demande des précisions. Trois arguments permettent de considérer que la Cour peut aller plus loin.

28. Le premier argument vise à considérer que la Cour possède lorsque cela va dans le sens des droits de l'homme, un pouvoir d'interprétation étendu. Elle ne peut le limiter pour sauvegarder sa fonction juridictionnelle. Elle peut considérer que cela, était induit par les demandes ou par les faits litigieux²⁸. En somme, Il est connu en droit international que le juge peut établir lui-même le sens de son arrêt sur les points visés par les conclusions car la procédure d'interprétation du

²⁷Le droit à la vie a été justement invoqué pour protéger le citoyen contre « le meurtre légal », autrement dit : la peine de mort. On sait conventionnellement que « Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie », articles 5 et 7 de la Convention américaine des droits de l'homme qui garantissent le droit à la vie, à l'intégrité physique et à la liberté personnelle. v. CIDH, *Affaire Velasquez Rodriguez*, Except. préliminaires, 26 juin 1987 ; fond, 29 juillet 1988. Cohen-Jonathan (G.), *RGDIP*, 1990, p. 145-465; Cerna (Ch.), *AFDI*, 1996, pp. 715-732 ; Frumer (Ph.), *RBDIP*, 1995/2, p. 515 ; Hennebel (L.) et Tigroudja (J.), *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2005, n° 66, p. 277-329 ; Tigroudja (H.), *AFDI*, 2006, pp. 617-640 ; Burgorgue-Larsen (L.) et Úbeda de Torres (A.), *Les grandes décisions de la CIDH*, Ed. Bruylant, 2008, 996 p.

²⁸v. notamment, C.I.J., Ord., *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, France c. Suisse, 19 août 1929 : « eu égard au fait qu'il ne saurait, dans la règle, être imposé à la Cour de choisir entre des interprétations déterminées d'avance et dont il ne se pourrait qu'aucune ne correspondit à l'opinion qu'elle se serait formée », p. 15.

droit est toujours propre à une Cour²⁹. Il en serait ainsi, que la Cour ne saurait être considérée comme ayant jugé *ultra petita*.

29. Dans son arrêt, *Papamichalopoulos*³⁰, la CEDH rappelait que son pouvoir de sanction n'est pas enfermée dans d'étroites limites. Au contraire, l'adjectif «équitable» et le membre de phrase «s'il y a lieu» témoigneraient de la latitude dont elle dispose dans son exercice³¹. Il en ressort nettement que la Cour dispose, dans l'exercice ses attributions, d'une marge d'édiction significative. Ceci correspond d'ailleurs à l'idée même des compétences implicites, non contestables, établies en droit international général³².

30. Le second argument tient au fait que la Cour elle-même, et à bon droit, a eu l'habitude d'assortir ses dispositifs de mesures contraignants ne figurant pas dans les demandes des Parties. Certes, elles résultent du sens même des injonctions de la Cour, mais ceci constitue une base de justification d'éventuelle mesures incitatives. Elles auraient pu permettre d'inscrire des mesures incitatives sur la peine de mort au sens de l'évolution droit international actuel des droits de l'homme.

²⁹v. aussi (CPIJ, *Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (Usine de Chorzów)*, 16 décembre 1927, pp. 15-16: « En procédant à cet examen, la Cour ne se considère pas comme tenue de répondre simplement par oui ou non aux propositions formulées dans les conclusions de la Requête allemande. Elle se place à ce point de vue parce que, pour interpréter un arrêt, elle ne saurait être liée par des formules choisies par les Parties en cause, mais doit pouvoir se prononcer librement ».

³⁰ CEDH, *Papamichalopoulos c. Grèce*, 31 octobre 1995

³¹ CEDH., *Comingersoli SA c. Portugal*, 6 avril 2000, § 29.

³²La notion de compétence implicite est bien établie en droit des gens. Elle résulte d'une analyse confirmée et internationalement consacrée. La CJUE l'a reconnue dans l'ordre communautaire (29 novembre 1956, *Fédéchar*, aff. 8/55, *Rec.*, p. 291 ; 31 mars 1971, *Commission c. Conseil (AETR)*, *Rec.* 1971, p. 1263 ; 26 avril 1977, avis 1/76, *Rec.*, p. 754). C'est toutefois à la CPIJ que revient d'avoir appliqué au plan international le raisonnement qui aboutit à la constatation des compétences implicites (CPIJ, *Compétence de l'OIT*, avis, 23 juillet 1926, série B, n° 13, p. 18). La Cour fait une application constante de la théorie des compétences implicites. Voir notamment : CII., *Sud-Ouest africain*, 11 juillet 1950, p. 128 ; Avis, *Certaines dépenses des Nations unies*, 20 juillet 1962, p. 151 ; Avis, *Conséquences juridiques de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie*, *Rec.* 1971, p. 16 ; Arrêt, Cameroun c. R.-Uni de Grande-Bretagne et d'Ir. du Nord, *Cameroun septentrional*, 2 décembre 1963, *Rec.*, p. 15.

31. On trouve dans différents arrêts pareilles mesures. Ces dernières ne sont, ni contenues dans les termes propres du Protocole créant la Cour, ni dans les motivations des arrêts qui les portent. Deux exemples : a) Dans l'affaire *Ajavon* la Cour ordonne à :

« l'État défendeur de publier le dispositif du présent arrêt pour dans un délai d'un (1) mois, à compter de la date de sa notification, sur les sites internet du Gouvernement, du Ministère des Affaires Étrangères, du Ministère de la Justice et de la Cour constitutionnelle, et pendant six (6) mois »³³.

32. b) dans l'affaire *Mugesera*, la Cour ordonnait à :

« l'État défendeur de payer les montants indiqués aux points xi), xii) et xviii), en franchise d'impôts, dans un délai de six (6) mois, à partir de la date de notification du présent arrêt, faute de quoi il paiera également des intérêts moratoires calculés sur la base du taux applicable fixé par la Banque Centrale de la République du Rwanda, pendant toute la période de retard de paiement et jusqu'au paiement intégral des sommes dues³⁴.

33. Ces mesures portent certainement les conditions d'effectivité du dispositif en cause. Elles demeurent aussi des gages d'efficacité dans la protection des droits de l'homme. En cela, la Cour ne peut qu'y recourir, nonobstant le silence du Protocole à cet effet. Silence relatif, car l'article 27 du Protocole sur les mesures à prendre par la Cour lorsqu'elle estime qu'il y a violation fait référence à « toutes les mesures appropriées ». Cet article laisse à la Cour la latitude de prendre toutes

³³ CAFDHP., *Ajavon c. Benin*, 4 décembre 2020, § 369, XXVII

³⁴ CAFDHP., *Léon Mugesera c. Rwanda*, 27 novembre 2020, § 177, XIX

les mesures « afin de remédier à la situation »³⁵, y compris des mesures incitatives permettant l'adaptation des droits nationaux.

34. Le troisième argument a trait au nombre de requête relatif à la peine mort ou qui l'évoquent. La Cour devrait assister et considérer les pays qui conservent encore la peine de mort. La protection du droit à la vie en dépend. En cinq (5) ans, au moins vingt (20) affaires ont été portées, de façon répétitive, devant la Cour. Cette dernière circonstance justifie, à elle seule, que la Cour prenne dans le cadre de ses arrêts des mesures incitatives afin d'orienter les législations nationales dans le sens du droit international.

35. Cela a trait même à la façon dont -il faut comprendre la fonction et la compétence matérielle de la Cour. La compétence *ratione materiae* de la Cour telle établie par les articles 3, 7 et 27 du protocole. La Cour a invariablement considéré, en effet, que pour qu'elle soit compétente,

« il suffit que les droits dont la violation est alléguée soient protégés par la Charte ou par tout autre instrument des droits de l'homme ratifié par l'État concerné (...) »³⁶.

36. Outre que cela ouvre la compétence requise pour connaître de la cause, la Cour dispose d'une plénitude de juridiction pour s'enquérir de tous les aspects du litige afin d'examiner tous les aspects rendant effective la protection des droits concernés.

2.2. La proscription judiciaire de la peine de mort

³⁵Article 27 du Protocole créant la Cour : « Lorsqu'elle estime qu'il y a eu violation d'un droit de l'homme ou des peuples, la Cour ordonne *toutes les mesures appropriées afin de remédier à la situation*, y compris le paiement d'une juste compensation ou l'octroi d'une réparation ».

³⁶ La Cour de céans l'a rappelé dans différentes affaires, notamment : *Alex Thomas c/ République unie de Tanzanie (fond)*, 20 nov. 2015, *Requête No. 005/2013*, 1 RJCA, p. 491

37. La proscription juridictionnelle de la peine de mort est possible. Elle est compatible avec droit international des droits de l'homme. La Cour de céans peut, nonobstant le cadre que lui posent des instances comme *Evodius*, par sa jurisprudence s'impliquer. Avec l'appui de nombreux textes internationaux qui visent l'interdiction de la peine de mort³⁷, la Cour peut contribuer sur ce point à la protection judiciaire plus dynamique.

38. Il a été souligné que la jurisprudence des droits de l'homme a déduit de *l'interdiction des tortures, des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* la proscription internationale de la peine de mort³⁸. La question des bases juridiques de cette interdiction ne se pose plus. L'idée un peu répandue qui pose des limites normatives aux juges des droits l'homme sur cet aspect ne résiste plus à la critique. Nombreux droits fondamentaux sont en cause : l'interdiction de la torture, les traitements inhumains et dégradants, le droit à la vie...

39. L'interdiction de la torture correspond à une norme impérative du droit international, or la condamnation à la peine de mort, est sinon semblable, du moins confine à la torture. Le couloir de la mort tombe, de bon sens, sous cette

³⁷Rappeler que l'Assemblée générale des Nations-Unies par différentes résolutions appelle à l'instauration d'un moratoire universel sur l'application de la peine de mort. Ces résolutions furent adoptées en 2007, 2008, 2010, 2012, 2014, 2016 et 2018 avec des majorités tendanciellement en hausse. En 2018, cette résolution a obtenu 121 voix pour, 35 voix contre et 32 abstentions, soit 8 votes favorables de plus et 2 votes défavorables de moins qu'en 2016. Il faut y souligner un progrès notable et un soutien croissant des pays africains, membres de l'Union africaine. Au Conseil des droits de l'Homme, par la résolution adoptée en juin 2014, pour la première fois dans un texte des Nations Unies, a relevé les violations graves des droits de l'Homme qui découlent de l'application de la peine de mort. Le Protocole additionnel n° 13 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (mai 2002), prévoit l'abolition de la peine capitale en toutes circonstances, y compris en temps de guerre ou de danger imminent de guerre. Le but est de "faire le pas ultime afin d'abolir la peine de mort en toutes circonstances". La Charte des droits fondamentaux, dans son article 2, prohibe la peine de mort ainsi que l'expulsion ou l'extradition d'une personne vers un pays où elle risquerait la peine de mort.

³⁸CEDH., *Ocalan c. Turquie*, 12 mai 2005 et *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, du 2 mars 2010. La peine de mort constitue une « sanction inacceptable » prohibée par l'article 2 et considère, au vu de la pratique étatique, que l'exécution de la peine de mort, en toutes circonstances, constitue dorénavant un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3.

même interdiction. Ceci constitue des obligations *erga omnes*, opposables à tous, en dehors de tout texte.

40. Dans son Avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de l'arme nucléaire*³⁹, la Cour internationale de justice qualifiait de « principes intransgressibles du droit international coutumier un grand nombre de règles de droit humanitaire applicable dans les conflits armés », dont on sait qu'elles ont notamment pour objet d'interdire la torture. Cela est envisageable pour les traitements inhumains et dégradants. La décision *Al-Adsani*⁴⁰ avait en effet clarifié la réponse à la question de savoir si un État pouvait se prévaloir d'une immunité souveraine face à des prescriptions du droit international. La réponse est dorénavant claire, elle est négative. Même si, dans le cas sous examen (*Al-Adsani*), les conditions d'une telle application n'étaient pas réunies pour la CEDH.

41. La même question s'est ensuite posée à la CEDH dans des termes assez éloquents. La Russie est-elle obligée de renoncer au renvoi du requérant pour protéger la vie de celui-ci ? Le 16 août 2015, la Cour a affirmé à l'unanimité qu'une telle obligation découlait des articles 2 et 3 de la Convention. Une extradition vers la Chine exposerait le requérant à un risque réel d'être condamné à la peine de mort pour meurtre. La Cour maintint ses mesures provisoires afin d'interdire le renvoi du requérant jusqu'à ce que son arrêt devienne définitif (§ 101). Dans cette affaire⁴¹, la CEDH a donné plein effet à des dispositions non-ratifiées par la Russie.

³⁹ CIJ., *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires (ONU et OMS)*, avis consultatif, 8 juillet 1996 : P. H. F. Bekker, *AJIL* 1997, p. 126; v. Coussirat-Coustère, *AFDI* 1996, p. 337 ; G. Kohen, *JEDI* 1997, p. 336. V. aussi CDH., *Kindler c. Canada*, 30/07/1993, RUDH 1994.

⁴⁰ CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001

⁴¹ CEDH., *A.L. (X.W.) c. Russie*, 16 août 2015

42. Insidieusement s'est encore posée la question de l'opposabilité formelle du principe de la suppression internationale de la peine de mort à ceux des Etats qui n'ont pas ratifié les textes consacrant ladite suppression.

*2.3 - La primauté du régime international de la peine de mort,
nonobstant la non-ratification des textes par certains États*

43. Le fait connu par lequel nombreux États n'exécutent pas leurs condamnés à mort en dit long sur l'inefficacité de cette sanction pénale sur ses défauts de fondements sociologiques. Certains États, dans une approche moniste⁴², arguent de n'avoir pas ratifié ou signé les textes internationaux condamnant à la peine de mort.

44. Il faut souligner qu'en ce sens l'analyse, juste au demeurant, de la Cour internationale de justice dans *Plateau continental de La Mer du Nord*. La Cour avait retenu que l'argument des Pays-Bas et du Danemark pourrait être accepté à condition que le comportement de l'Allemagne fut « absolu et constant » mais que, même dans cette hypothèse, il faudrait examiner davantage la position allemande en s'interrogeant spécifiquement sur les raisons qui l'ont poussé à ne pas ratifier la Convention (§ 28), c'est-à-dire réaliser les actes unilatéraux (ratification, adhésion, etc.) qui sont exigés le régime conventionnel pour que celui-ci soit applicable. La CIJ poursuivait en disant que « l'accomplissement de certaines

⁴² Alain Pellet disait justement qu' « Intellectuellement, le monisme n'est pas sans attrait, ne fût-ce que parce qu'il devrait - en théorie du moins - éviter les conflits entre règles juridiques, chacune, à quelque « système » qu'elle appartienne, trouvant son fondement dans une règle supérieure jusqu'à une norme supérieure axiomatique qui permettrait de résoudre *in fine* tous les problèmes d'incompatibilité entre deux ou plusieurs règles ». Repenser les rapports entre ordres juridiques ? Oui, mais pas trop !, dans B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, BLGDJ / Lextenso, Paris, 2017, pp. 1781-1789

formalités prescrites (ratification, adhésion) » n'a pas été réalisé, « on ne saurait présumer à la légère qu'un État n'ayant pas accompli ces formalités, alors qu'il était à tout moment en mesure et en droit de le faire n'en est pas moins tenu d'une autre façon »⁴³. Cette analyse vaut *a fortiori*, dans des cas spécifique, pour toutes les dispositions conventionnelles qui préserve des droits fondamentaux de premier plan.

45. Un État n'ayant pas ratifié les dispositions proscrivant la peine de mort, peut se les voir appliquer. La ratification conventionnelle n'est qu'une des modalités de validité d'une application des conventions. Cette application peut s'obtenir du fait de raisons objectives relatives au contenu du texte. La Cour le dit assez nettement pour les droits humanitaires dans son avis consultatif sur *la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* :

« un grand nombre de règles du droit humanitaire applicables dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des « considérations élémentaires d'humanité »...qu'elles s'imposent [...] à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier »²⁴.

46. La jurisprudence du Conseil des droits de l'homme a permis résolument d'avancer sur le sujet de la peine de mort et de suivre l'évolution du droit conventionnel international. Le Conseil s'est, en effet, s'attaché à analyser

⁴³ CIJ., *Plateau continental de la mer du Nord*, Danemark et Pays-Bas c. RFA), CIJ, 20 février 1969 : B. Conforti, *RDI*, 1969, p. 509 ; F. Eustache, *RGDIP*, 1970, p. 590 ; L. Goldie, *AJIL*, 1970, p. 536 ; E. Grisel, *AJIL*, 1970, p. 562 ; J. Lang, *LGDJ*, 1970, 169 p. ; J. Marck, *RBDI*, 1970, p. 44 ; F. Monconduit, *AFDI*, 1969, p. 213 ; A. Renaud, *LGDJ*, 1975, 263 p. v les réflexions de Barberis (Julio A.), *Réflexions sur la coutume internationale*, *AFDI*, 1990. pp. 9- 46.

l'exécution de la peine capitale par rapport à l'article 7 du Pacte des droits civils et politiques plus que sur l'article 6 et le droit à la vie et le Protocole 2, ceci, lorsqu'il juge que la détention du condamné provoque un stress psychologique intense et une dégradation de l'état de santé, notamment psychique chez le condamné, la violation de l'article 7 est établie⁴⁴.

47. Le Conseil des droits de l'homme reconnaît que les États membres tendent majoritairement à l'abolition de la peine de mort. Il souligne même que les États font évoluer le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans la décision contre le Canada, il indique que tout État abolitionniste extradant un étranger vers un pays où une personne risque la condamnation à mort viole l'article 6 du Pacte.

* * *

48. J'ai partagé la décision unanime de la Cour sur *l'Affaire Evoduis Retuchera* avec mes honorables collègues. La décision prise au fond est conforme à l'état du droit. La question de la peine de mort à l'origine des faits litigieux exigeait que le dispositif fût renforcé. Sociologiquement, on note qu'il ne reste plus qu'un chétif argument pour soutenir la peine de mort comme sanction pénale : la peur qu'elle susciterait aux criminels éventuels. La vacuité de cet argument, s'il en était encore un, est démontrée par le fait que la plupart des crimes sont passionnels ou relèvent d'actes spontanés. Enfin, il faut se souvenir que les intellectuels disaient, au sortir de la seconde guerre, qu'une paix universelle ne sera possible que lorsque la mort légale sera mise définitivement hors la loi.

⁴⁴CDH., *Pratt et Morgan c. Jamaïque*, 6 avril 1989, RUDH, 1989.

