AFRICAN UNION
الاتحاد الأفريقي

UNION AFRICAINE

UNIÃO AFRICANA

AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS

COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

URBAN MKANDAWIRE C. REPUBLIQUE DU MALAWI

(REQUETE 003/2011)

OPINION DISSIDENTE COMMUNE DES JUGES GERARD NIYUNGEKO ET EL HADJI GUISSE

1. Dans son arrêt du 21 juin 2013 en l'affaire *Urban Mkandawire c. République du Malawi*, la Cour conclut *proprio motu* à l'irrecevabilité de la requête pour non-épuisement des voies de recours internes. Nous sommes au regret de marquer notre désaccord sur la conclusion à laquelle elle aboutit concernant la question de l'épuisement des voies de recours internes ; sur le raisonnement et la position de la Cour en ce qui concerne sa compétence *ratione temporis* ; ainsi que sur la structure de l'arrêt en ce qui regarde les questions de la compétence de la Cour et de la recevabilité de la requête.

I. La structure de l'arrêt concernant les questions de compétence de la Cour et de recevabilité de la requête

2. Dans son arrêt, la Cour traite successivement de l'objection préliminaire d'incompétence de la Cour *ratione temporis* soulevée par l'État défendeur (paragraphe 32) ; de l'exception préliminaire d'irrecevabilité de la requête tirée de la circonstance que cette dernière avait été soumise à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (paragraphe 33) ; de la

AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS
The Registrar
ARUSHA
TANZANIA
COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

compétence de la Cour en vertu du Protocole (paragraphe 34) ; et enfin de la question de l'épuisement des voies de recours internes (paragraphes 35 à 38), qui est de nouveau une question de recevabilité de la requête. Ce faisant, elle mélange le traitement des questions de compétence de la Cour, avec celui des questions de recevabilité de la requête. Ce mélange des genres pose problème et crée une confusion sur des questions juridiques bien distinctes.

3. En effet, alors que la compétence concerne *la Cour,* la recevabilité concerne *la requête,* et il importe naturellement de traiter *distinctement* ces deux questions sans les imbriquer l'une dans l'autre. Quant à *l'ordre de traitement* de ces questions, il résulte aussi bien de la pratique générale antérieure de la Cour, de la logique et du sens commun, ainsi que de l'article 39 du Règlement intérieur de la Cour, que celle-ci doit d'abord examiner sa compétence, avant d'examiner la recevabilité de la requête[1].

4. Dans la présente affaire, la Cour aurait dû, à notre avis, traiter *distinctement d'abord* toutes les questions relatives à sa compétence (aussi bien l'objection préliminaire que la question de sa compétence en vertu du Protocole), *et ensuite* toutes les questions relatives à la recevabilité de la requête (aussi bien l'objection préliminaire que la question de l'épuisement des voies de recours internes). L'arrêt n'aurait pu que y gagner en clarté[2].

II. La détermination de la compétence de la Cour *ratione temporis*

5. Concernant la compétence de la Cour, l'État défendeur avait soulevé une exception d'incompétence *ratione temporis,* tirée du fait que les violations alléguées des articles l7 et 15 de la Charte sont intervenues avant l'entrée en vigueur à son égard du Protocole portant création de la Cour, le 9 octobre 2008 (paragraphe 30.2 de l'arrêt).

6. La Cour rejette cette exception pour les motifs qu'elle indique dans le passage suivant :

---

[1] Pour plus de détails sur ce point, voir l'opinion individuelle du Juge Gérard Niyungeko, attachée à l'arrêt du 14 juin 2013, dans l'affaire *Tanganyika Law Society & alt. c. République Unie de Tanzanie,* paragraphes 2 à 7.

[2] Dans l'affaire *Tanganyika Law Society & alt. c. République Unie de Tanzanie* citée au paragraphe précédent, la Cour avait traité distinctement les deux questions, sauf qu'elle avait inversé, à notre avis, indûment, l'ordre de leur traitement, *Ibidem.*

La Cour fait observer que la Charte est entrée en vigueur le 21 octobre 1986 et que le Défendeur l'a ratifiée en 1989. La Cour estime en conséquence, qu'au moment de la violation alléguée des droits du Requérant en 1999, le Défendeur était déjà assujetti à la Charte ; il avait donc l'obligation de protéger les droits dont la violation est alléguée. Par ailleurs, le Cour relève que le Requérant avance que la violation de ses droits consacrés aux articles 7 et 15 se poursuit. Pour ces motifs, l'exception préliminaire soulevée par le Défendeur ne peut être retenue » (paragraphe 32).

7. Le premier motif avancé par la Cour (la ratification antérieure de la Charte) n'est pas compréhensible et prête à confusion, dans le contexte de l'objection spécifique soulevée par l'État défendeur. En effet, alors que l'objection de l'État défendeur se fonde sur la *date d'entrée en vigueur du Protocole* portant création de la Cour à son égard, la Cour y répond en invoquant la *date d'entrée en vigueur de la Charte,* qui pourtant ne soulevait aucun problème pour l'État défendeur. Et l'on n'aperçoit pas très bien quelle conclusion la Cour tire de la date d'entrée en vigueur de la Charte, par rapport à l'argument de non-rétroactivité du Protocole avancé par l'État défendeur[3].

8. A notre avis, la Cour aurait dû être claire sur ce point, et indiquer que bien que l'État défendeur fût déjà lié par la Charte, la Cour n'est pas compétente *ratione temporis* vis-à-vis de lui, tant que le Protocole lui attribuant compétence n'est pas encore en vigueur à son égard, sauf bien entendu à invoquer l'argument de la continuité de la violation alléguée.

9. S'agissant du deuxième motif avancé par la Cour (la continuité des violations alléguées), la Cour aurait dû examiner de plus près ces allégations, et marquer éventuellement la distinction entre les faits « instantanés » et les faits « continus », comme elle l'a pertinemment fait dans un autre arrêt rendu le même jour, dans l'affaire *Ayants droit de feus Norbert Zongo et alt. c. Burkina Faso*[4]. En l'occurrence, elle aurait pu se poser la question de savoir si la violation alléguée de l'article 15 de la Charte (le licenciement du requérant par l'Université du Malawi) n'était pas un fait « instantané » hors de sa compétence *ratione temporis,* et si en revanche la violation alléguée de l'article 7 de la Charte (la manière dont les juridictions nationales ont traité l'affaire) n'etait pas un fait « continu » rentrant dans le champ de sa compétence temporelle. L'approfondissement de ces questions aurait permis à la Cour d'aboutir à une conclusion mieux informée en ce qui concerne sa compétence *ratione temporis.*

---

[3] Le même problème s'est posé dans l'affaire *Tanganyika Law Society & alt. c. République Unie de Tanzanie,* arrêt du 14 juin 2013. Voir opinion individuelle du Juge Gérard Niyungeko, paragraphes 8 à 17

[4] Arrêt du 21 juin 2013, paragraphe 63.

10. A notre avis, la Cour a ainsi manqué une occasion de faire clairement jurisprudence, sur une question qui, elle, ne manquera pas de se poser à nouveau à elle dans l'avenir.

III. La question de l'épuisement des voies de recoures internes

11. Mais le problème le plus sérieux que pose l'arrêt de la Cour est celui de sa démarche et de sa décision sur la question de l'épuisement des voies de recours internes. Après avoir résumé la manière dont les diverses juridictions nationales ont à plusieurs reprises traité l'affaire (paragraphes 21 à 28 et 37), la Cour conclut en substance que le requérant n'avait pas épuisé les voies de recours internes, étant donné qu'il n'avait pas voulu plaider l'appel qu'il avait introduit devant la Haute Cour contre une décision du Tribunal du Travail, et que dans ses conditions il s'était également privé d'un recours devant la Cour suprême d'appel, dans le cas où il n'aurait pas été satisfait de la décision de la Haute Cour, s'agissant de sa réclamation de réparation pour licenciement abusif (paragraphe 38).

12. Il convient d'abord de rappeler que la Cour a soulevé cette question *proprio motu,* sans que l'État défendeur ait soulevé une exception préliminaire à cet égard. Bien au contraire, devant la Commission africaine des droits de l'homme et des droits de l'homme et des peuples, l'État défendeur avait précédemment déclaré, selon la Commission, que «i[]t does not dispute that the Complainant exhausted all available local remedies and that as a matter of fact his claims before Malawi courts were duly entertained...»[5]. La Commission elle-même a conclu l'examen de la question de l'épuisement des voies de recours internes dans cette affaire, dans les termes suivants :

« Thus, there is no contention regarding the exhaustion of local remedies by the Complainant from the Respondent State. In this regard, Article 56 (5) has been duly complied with »[6].

13. Sans doute la Cour a-t-elle le pouvoir et même le devoir, en vertu de l'article 39 de son Règlement intérieur, d'examiner d'office la recevabilité de la requête, même lorsque l'État défendeur n'a pas soulevé d'exception préliminaire à cet égard. Mais lorsque l'État défendeur lui-même- qui est censé connaître bien les voies de recours de son système judiciaire interne, et qui a

---

[5] Communication 357/2008- *Urban Mkandawire v. Malawi*, décision de la Commission, paragraphe 102

[6] *Ibidem*

intérêt à soulever une exception d'irrecevabilité de la requête- reconnaît que les voies de recours ont été épuisées, lorsque la Commission, au terme d'un examen des circonstances de l'affaire aboutit à la même conclusion, la Cour doit avoir de sérieuses raisons pour passer outre cet accord général, et conclure au non- épuisement des voies de recours internes.

14. Dans l'arrêt de la Cour, ce sont ces raisons sérieuses qui manquent. Voilà un requérant qui a saisi de la même affaire, la Haute Cour à trois reprises (dont une fois en tant que Cour constitutionnelle), la Cour suprême d'appel à trois reprises, ainsi que le Tribunal du Travail, et l'on en vient à conclure qu'il n'a pas épuisé les voies de recours internes, parce qu'il aurait pu faire de nouveau appel à la même Haute Cour et à la même Cour suprême d'appel ?

15. La distinction subtile entre l'action en constatation d'un licenciement abusif et l'action en demande de réparation pour licenciement abusif- pour autant qu'elle soit valide et pertinente-, que la Cour reprend à son compte (paragraphe 38.1) ne pèse pas lourd, face à l'impression générale qui se dégage du traitement de cette affaire par les juridictions nationales, et à la reconnaissance par l'État défendeur que les voies de recours ont été épuisées. Dans de telles circonstances, cette subtilité technique ne devait pas être prise compte par une Cour des droits de l'homme comme seul et unique fondement de sa conclusion sur une question aussi importante que la recevabilité de la requête.

16. Enfin, il nous semble que la Cour ayant pris l'initiative de traiter la question de l'épuisement des voies de recours internes, elle aurait dû l'examiner dans tous ses aspects, et s'assurer notamment que les recours auxquels elle renvoie le requérant sont toujours disponibles et efficaces. Or, la question n'ayant pas été discutée entre les parties, et la Cour elle-même n'ayant pas posé de questions à ce sujet, personne ne sait, judiciairement parlant, si le recours devant la Haute Cour est toujours ouvert au requérant. Et à supposer qu'il le soit, rien ne garantit que ce recours soit efficace, vu notamment que la Cour suprême d'appel a, dans son arrêt de 2007, décidé que le principe *res judicata* s'appliquait à l'action du requérant en constatation du licenciement abusif[7].

[7] Arrêt du 11 octobre 2007: « We shall now deal with the first ground of appeal which is that his employement was unlawfully terminated. Upon regarding the judgment of this Court which was delivered on 12 July 2004 which we have partly cited earlier in this judgment, we are satisfied that the issue for determination and the parties to the appeal are the same. It is very clear to us that this case falls into a classic definition of ***res judicata***".

17. La Cour africaine a donc pris sa décision, sans avoir aucune certitude sur la disponibilité des recours et leur efficacité. A notre avis, elle aurait dû, en pareilles circonstances, sur la base de l'article 41 de son Règlement intérieur, au moins demander aux parties de lui fournir des informations supplémentaires sur la question de l'épuisement des voies de recours internes, sur leur disponibilité et sur leur efficacité. Ne l'ayant pas fait, elle a pris le risque de statuer en se fondant sur une base bien fragile.

18. En ce qui nous concerne, nous sommes d'avis que le requérant peut être considéré comme ayant épuisé les voies de recours internes, ainsi que l'a reconnu l'État défendeur lui-même, et ainsi que l'a constaté la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples ; en conséquence, nous considérons que la requête est recevable.

19. Si la Cour avait abouti à la même conclusion que nous, elle aurait eu la possibilité d'examiner le fond de l'affaire et de se prononcer sur les violations alléguées rentrant dans le champ de sa compétence, et vider ainsi définitivement cette affaire. En l'état, l'arrêt de la Cour laisse donc, à notre regret, un goût d'inachevé.

Juge Gérard NIYUNGEKO

Juge El Hadji GUISSE

Robert ENO,

Greffier