

Opinion individuelle

Blaise Tchikaya, juge à la Cour

CADHP, *Mgosi Mwita Makungu c. Tanzanie*, 7 décembre 2018

1. Il est des ouvrages, bien qu'étant collectifs et de finalité commune, gardent en eux, des lignes de démarcation individuelle. La décision *Mgosi Mwita Makungu c. République-Unie de Tanzanie* rendue par la Cour africaine suscite cette réflexion. Je partage l'opinion de la majorité des juges quant à la recevabilité, à la compétence¹ et au dispositif, mais je pense que la Cour aurait dû examiner plus avant la question de la consistance des éléments de preuve dont-elle disposait en l'espèce. Se posait la question de la réception des affirmations que *M. Mgosi*, présentait à l'appui de ses demandes. Question cruciale, s'il en était une, que la Cour aurait dû détailler.

2. J'estime en effet que la Cour aurait dû porter une attention particulière à cette question qu'appelait le point de droit de cet arrêt. *M. Mgosi*, avait-il suffisamment fait la preuve de son allégation principale par laquelle il accusait l'Etat tanzanien de ne pas lui avoir produit les documents nécessaires à sa cause en appel ? La Cour africaine aurait dû s'assurer de cette question et l'instruire préalablement à tout autre aspect de ce contentieux. *A fortiori*, lorsque l'on sait que le droit international des droits de l'homme dispose d'une jurisprudence abondante² protégeant les droits des personnes contre la non-disposition des documents nécessaires à une procédure. La Cour en avait conscience et il était ici de sa compétence de faire valoir ce droit fondamental. Encore fallait-il qu'il fut manifestement prouvé.

3. Il faut considérer d'une part, l'insuffisance des allégations du fait pour le requérant de ne les avoir pas étayé (I.) et d'autre part, la preuve des affirmations ont toujours fixés les arrêts de la Cour (II).

I. Les affirmations présentées ne sont pas étayées

4. Le requérant demandait à la Cour d'Arusha, siégeant à Tunis, réparation du préjudice résultant du refus de l'État tanzanien de fournir des copies des comptes

¹ La compétence et la recevabilité ne souffraient d'aucune objection. Comme elle l'a établi dans les arrêts *Alex Thomas c. Tanzanie*, 20 novembre 2015 et *Peter Joseph Chacha c. Tanzanie*, 28 mars 2014 : toutes les fois où les droits l'homme sont violés alors qu'ils sont protégés par la Charte et les autres instruments de droit de l'homme, la Cour a compétence pour connaître de l'affaire.

² CJUE, *Seyersted et Wiberg c. Suède*, 20 septembre 2005 (droit d'accès aux informations personnelles figurant dans le dossier détenu par les services publics) ; CEDH *Ramzy c. Pays-Bas*, 20 mai 2010 ; CEDH, *Gulijev c. Lettonie*, 16 décembre 2008 ; CEDH, *Tsourlakis c. Grèce*, 15 octobre 2009.



rendus d'audience des jugements en matière pénale rendus par le Tribunal de district de *Bunda* et les décisions du 18 juin 1996 et du 15 avril 1996, respectivement, reconnaissant le requérant coupable de l'infraction de vol à main armée et le condamnant à une peine de trente cinq ans de réclusion. Il affirmait aussi les avoir demandé à l'État défendeur à plusieurs reprises, en vain. Il en avait besoin, disait-il, pour interjeter appel. Il alléguait, en plus, que vingt ans se sont écoulés entre sa déclaration de culpabilité et sa condamnation d'une part et le dépôt de sa requête devant la Cour de céans, d'autre part. Du fait du temps écoulé, on peut comprendre que la preuve dans l'appréciation de cette allégation allait revêtir une importance capitale dans le déroulement du procès devant la Cour.

5. Il résultait manifestement de sa requête que le requérant ne contestait pas les charges retenues contre lui, en revanche, ses revendications portaient sur le fait que l'Etat tanzanien aurait manqué à ses obligations de rendre disponible les moyens juridictionnels en faveur de son ressortissant, conformément à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples³. Or, il ressort du dossier que M. *Mgosi* a déposé un avis d'appel en date du 16 avril 1996 relatif à l'affaire pénale n°278 de 1995 et un autre avis d'appel daté du 22 juin 1996 concernant l'affaire pénale n°244 de 1995. Conformément au droit tanzanien, ces avis ne constituent des recours en appel proprement dit que suivis d'un dossier d'appel. Ce dossier doit être accompagné de comptes rendus d'audiences de jugement. Ces derniers auraient manqué au requérant pour interjeter appel en bonne et due forme. On lui aurait opposé un refus rendant son dossier d'appel incomplet ou irrecevable.

6. En l'espèce, il paraît peu convaincant en l'affaire : 1) : que l'essentiel des éléments décisifs résultent des affirmations de M. *Mgozi* et 2) que ces affirmations, ne soient pas vérifiées et suffisamment instruits par la Cour, alors même qu'elle y fonde son dispositif, et enfin 3) Que la Cour se départisse d'une approche qu'elle a toujours eu. Le 23 mars 2018, elle eut cette attention dans l'affaire des *Sieurs Nguza Viking (Babu Seya) et Johnson Nguza (Papi Kocha) c. Tanzanie* dont l'arrêt fut rendu le 23 mars 2018. La Cour y mettait en évidence l'intérêt d'un contrôle plus poussé de la valeur probante des allégations. La Cour semblait avoir fixé sa jurisprudence sur les preuves produites par les parties dans le cadre de sa juridiction dans cette affaire. Se posait le contentieux *NGuza*, un problème d'identification des accusés. La Cour notait que « La Cour est d'avis

³ Les atteintes sont au « droit à l'égalité devant la loi et à l'égale protection de la loi (article 13(1) de la Charte; les atteintes au droit à la protection de ses intérêts par les tribunaux et les organismes publics, le droit à la non-discrimination par les personnes exerçant des fonctions étatiques (article 13(3) de Charte); au droit à un procès équitable, d'interjeter appel ou d'exercer tout autre recours contre la décision d'un tribunal ou de tout autre organe compétent (article 13(6)(a)) de la même charte ; et aussi comme cela induisait une absence à l'observation de la loi nationale, il y avait une atteinte au devoir d'observer et de respecter la Constitution et les lois (article 26(1));...enfin, une atteinte au droit d'interjeter appel (article 7(1) (a)).

que la décision sur la forme d'identification des accusés relève du pouvoir discrétionnaire des autorités nationales compétentes étant donné que ce sont elles qui déterminent la valeur probante de ces éléments de preuve et qu'elles jouissent d'un large pouvoir de discrétion à cet égard. La Cour de céans s'en remet généralement à la décision des juridictions nationales tant que cela ne donne pas lieu à un déni de justice»⁴. La Cour y donnait une approche concrète à son investigation, une audience publique en fut requise.

7. Un contentieux est une somme de faits matériels litigieux⁵. En cela que ces faits constituent des éléments essentiels de la décision. L'exactitude matérielle de ces derniers est consubstantielle à la décision. Ce point constitue un lieu de rencontre du droit interne des droits de l'homme et le droit international qui régit ces droits de l'homme⁶. L'administration de la preuve sera toujours une question juridique autant que pratique. *M. Mgosi* vient reconnaître devant la Cour avoir déposé deux Avis d'appel sans en avoir, par la suite, pu déposer des pièces d'audience. Outre le fait qu'il n'établit pas devant la Cour de céans qu'en présentant son appel que celui-ci eut prospéré, mais il est en outre manifeste que le refus de l'Etat qu'il allègue ne résulte pour la Cour que de son affirmation. Il prétend simplement qu'à cause de cela il n'a pu défendre ses chances devant la Cour d'appel. A l'hypothèse même où il n'y aurait pas eu d'avocat, il est possible de penser que *M. Mgosi*, de même qu'il a pu déposer les Avis appels, n'a plus poursuivi la procédure normalement, déjà condamné qu'il était du fait de ses infractions lourdement sanctionnées. On peut aussi penser que les démarches multiples que mène le requérant, certains par le biais d'organismes de défense, consisteraient à faire renaître un différend déjà réglé. L'arrêt dit « Le Président du tribunal de district de *Mwanza* dont dépend administrativement le tribunal de district de *Bunda*, a écrit au Requérant le 13 octobre 2010 pour l'informer que les actes de procédure des affaires pénales n'étaient toujours pas revenus de la Haute Cour auprès de laquelle ils avaient été transmis par lettre datée du 7 novembre 2003 »⁷. De même, on est en droit de penser que les événements qui suivront par lesquels le requérant a «sollicité l'intervention de la Commission des droits de l'homme et de la bonne gouvernance de l'État défendeur dans ses affaires pénales de 1995 ne peuvent intervenir pour prévaloir sur des décisions judiciaires. La lettre du 3 juillet 2013 par laquelle la Commission a informé le requérant le 11 mai 2012 que les actes de procédure de ses affaires devant le Tribunal de district

⁴ V. CADHP, *NGuza Viking*, 28 mars 2018, § 89.

⁵ Mougenot (D. R.), *La preuve*, Larcier, Bruxelles, 2002, n° 14-1.

⁶ Favoreu (L.), Récusation et administration de la preuve devant la Cour internationale de Justice. À propos des affaires du Sud-Ouest Africain, *AFDI*, 1965, pp. 233-277 ; v. aussi Les affaires du CIJ, *Détroit de Corfou, Royaume-Uni c. Albanie*, 25 mars 1948, *Rec.* 1948, p. 15 ; fond, 9 avril 1949, *Rec.* 1949, p. 4 ; et, CIJ, *Temple de Préah-Vihéar*, 26 mai 1961 et 15 juin 1962 M. Lalive, Quelques remarques sur la preuve devant la Cour permanente et la Cour internationale, *Annuaire suisse de droit international*, 1950, p. 97, note 72).

⁷ v. Arrêt, § 60 et s.

de *Bunda* n'avaient pas pu être localisés n'est pas concernée par le point de droit en cause ici, à savoir le délai de recours. En tout hypothèse, si l'Etat avait réellement refusé de produire les documents nécessaires à l'appui de l'appel, après un certain temps, le requérant aurait été fondé à produire son recours, dans un temps qui tient compte du principe général de droit qui veut qu'une cause en procédure soit entendue. *M.Mgosi* pouvait, de bon droit, faire appel sans ces documents, l'avis d'appel ayant été déposé.

8. Dans cette opinion, comme on pourrait le penser, cette affaire ne donne pas à réfléchir sur l'égalité des armes, principe du système de la *Common Law* qui prescrit un juste équilibre entre les Parties. Principe auquel on aurait pu avoir recours, si le requérant avait établi le refus de l'Etat. Or, la preuve du refus, ainsi que la Cour l'a souligné la même année « relève du pouvoir discrétionnaire des autorités nationales compétentes étant donné que ce sont elles qui déterminent la valeur probante de ces éléments de preuve et qu'elles jouissent d'un large pouvoir de discrétion à cet égard ». Revenu sur ses demandes en vue d'obtenir les copies des comptes rendus des audiences et des jugements, la requête a été rejetée le 21 septembre 2015, au motif qu'elle était sans fondement.

9. Les éléments ci-dessus montrent l'importance de l'administration de la preuve qui a toujours fixé les arrêts de la Cour.

II. La preuve des affirmations a toujours fixé l'arrêt de la Cour

10. Seules les affirmations prouvées font le contenu des décisions juridictionnelles⁸. Dans l'affaire CADHP, *Abubakari c. Tanzanie*⁹, la Cour avait souligné qu'il « appartient à la partie qui allègue avoir été victime d'un traitement discriminatoire d'en apporter la preuve ». C'est le caractère décisif reconnu à la preuve des affirmations avancées devant un prétoire. De bon droit, on considère que dans la mesure où les affirmations sont prouvées, le dispositif doit pouvoir s'en ressentir. La Cour, à mon avis, devrait considérer cette requête comme non fondée pour défaut de preuve.

⁸ v. CEDH, *Affaire Gäfgen c. Allemagne*, 1^{er} juin 2010 : Le requérant saisit la Cour en alléguant une violation de l'article 3 CEDH au motif que le traitement auquel il aurait été soumis lors de l'interrogatoire de la police nationale relatif à l'endroit où se trouvait l'enfant qu'il avait enlevé est constitutif de torture. L'utilisation des éléments de preuve matériels obtenus grâce à ses aveux et qui l'incriminaient auraient dû être exclue par respect le droit le procès équitable. Le tribunal avait émis un basé sa décision sur ces éléments de preuve, l'article 6 CEDH sur le droit à un procès équitable aurait été violé. V. aussi : CEDH, 1er juin 2010, *Gäfgen c. Allemagne* (requête no 22978/05), Recueil des arrêts et décisions 2010-IV, pp. 327-407.

⁹ CADHP, *Mohamed Abubakari c United Republic of Tanzania*, 03 juin 2016



11. Le caractère essentiel des preuves concrètes apportées à l'appui d'une affirmation oriente, comme il est naturel, la décision juridictionnelle. *M. Mgozi* n'apporte pas à la Cour des éléments concrets d'une démarche à fin d'appel, il se contente d'affirmer de n'avoir pas pu le faire alors même qu'il avait dépassé, conformément au système tanzanien, le stade de l'Avis d'appel. La Cour ne devrait pas accéder à ses demandes. Elle a indiqué dans l'affaire *Alex Thomas c. Tanzanie*¹⁰ que « des affirmations d'ordre général selon lesquelles sont droit a été violé et ne sont pas suffisantes. Des preuves concrètes sont requises ». On comprend le sens de sa décision en l'espèce.

12. *M. MGozi* n'aurait pas bénéficié de la disponibilité des juridictions nationales. La violation de l'article 7 (1°)¹¹ de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a été retenue dans le dispositif de l'arrêt. A mon sens cet aspect – disponibilité de la justice - n'intervient pas pleinement dans les manquements qu'aurait éventuellement commis l'Etat. Tout en restant solidaire la majorité de mes collègues, il convient de relever que la question posée porte sur l'inconséquence et l'absence de rigueur du requérant dans l'usage des moyens d'action mis à leur disposition. De refuser à un justiciable des moyens d'action peut signifier lui refuser de l'action dont il s'agit, mais en l'occurrence, il semble possible de dire que ce ne fut pas le cas. Le premier point du dispositif devrait être précisé.

13. La Cour avait eu à examiner les comportements fautifs des juridictions internes. La requérante en l'espèce relevait l'impartialité des juges pour établir des manquements sanctionnés par la Charte. Dans le cas de *Thobias Mango et autres c. Tanzanie* – décision du 11 mai 2018 - dont la finalité visait l'absence d'équité juridictionnelle. Comme en l'espèce, la Cour africaine a estimé que la requérante n'avait pas prouvé que les magistrats des juridictions nationales étaient partiaux, pour entraîner une violation du droit d'être jugé par un tribunal impartial¹². Dans l'espèce, la Cour, tout en citant sa jurisprudence – *Abubakari*¹³ – avait noté que les juridictions internes ont déterminé qu'il existait des preuves au-delà de tout doute raisonnable que les requérants avaient commis le crime dont ils étaient accusés... Le rapport avec le cas examiné réside dans le fait que la décision *MGozi* met en retrait la vérification nécessaire et approfondie des affirmations et des allégations du requérant sur son initiative d'interjeter appel. Un doute raisonnable persiste.

¹⁰ CADHP, *Alex Thomas v United Republic of Tanzania*, 20 novembre 2015.

¹¹ Cet article dit que « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend: le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes en vigueur... ».

¹² CADHP, *Thobias Mang'ara Mango and Shukurani Masegenya Mango v United Republic of Tanzania*, 11 mai 2018, § 104.

¹³ CADHP, *Mohamed Abubakari v United Republic of Tanzania*, 03 juin 2016

14. Une particularité mérite d'être soulignée. Elle est liée aux spécificités du contentieux de la Cour. Celle-ci est, au surplus, présente dans l'espèce *Mgosi*. Si la charge de la preuve n'incombe pas toujours aux requérants en contentieux des droits de l'homme, il est souhaitable que la Cour fasse du principe un usage raisonnable. Il est de bon droit que la personne qui allègue une pratique ou une initiative fautive génératrice de dommage en fasse la preuve. L'adage est universellement connu : « *actori incumbit probatio, reus in excipiendo fit actor* » (Celui qui affirme un droit doit le prouver). Les éléments matériels des atteintes aux droits de l'homme conduisant à la Cour, sont souvent, extrêmement dommageables, et viennent, après de longues procédures internes. L'émergence, au niveau international, de la preuve est à la fois nécessaire et complexe. Le juge africain des droits de l'homme, comme ici dans *Mgosi*, doit s'y confronter.

15. Partageant avec mes Collègues, la décision au fond, je formule néanmoins cette opinion individuelle afin d'insister sur l'insuffisance devant la Cour des affirmations non étayées ou non prouvées.



Tunis, le 07/12/2018

