

Arrêt
Jebra Kambole c. République Unie de Tanzanie
Requête N° 018/2018

Opinion dissidente
du
Juge Blaise Tchikaya

Introduction

- I. La décision *Jebra Kambole* : quelques points discordants**
 - A. La nature spécifique de l'affaire
 - B. Les points identifiés par la Cour

- II. La décision *Jebra Kambole* : points fondamentaux de désaccord**
 - A. La lacune fondamentale de la décision : Une irrecevabilité flagrante de la requête
 - B. Une approche sommaire de la marge nationale d'appréciation (MNA)
 - C. Le sentiment d'un vrai « quiproquo » dans la décision

Conclusion

-
1. Déclarer que je ne suis pas du même avis que la majorité de mes honorables collègues favorables à l'arrêt rendu par la Cour dans *l'Affaire Jebra Kambole*, c'est peu dire, tant les divergences de vues sont nombreuses. Ces divergences de vues ont traversé toute l'affaire devant la Cour. Elles commencent par l'identification de la question de droit posée, jusqu'à ce que la Cour croit être la solution ; en passant par la procédure suivie .

2. La particularité d'une décision judiciaire sur les droits de l'homme est qu'elle constate des violations et, s'il échet, ordonne des réparations. La décision *Jebra Kambole* réussit, de façon singulière, la ruse de s'éloigner de ce principe, ceci, non par la nature propre à l'affaire, mais parce que la Cour s'attarde sur des non-questions, sur des points de droits qui n'en sont pas, alors même que le seul article 7 alinéa 1 susceptible d'être débattu ici, suffisait - même si, en l'espèce, le compte n'y était pas non plus. Le « mille-feuille » juridique engendré par la Cour dans cette affaire donne l'impression d'une grande opacité.
3. Pour dire le vrai, j'ai même pu considérer, pour des solides raisons sur lesquelles il faut revenir que la compétence de la Cour n'était pas établie et donnait à discuter. La lourde question de droit public posée – la proclamation du président de la République - commandait que la « Cour renforçât son argumentation » (Les mots chers à la Juge Suzanne Mengué). Vu l'assiette matérielle du différend, la conviction que la Cour ait pu juger cette question n'était d'ailleurs pas si saillante dans le camp de ceux qui soutinrent cet arrêt.
4. Je suis d'avis que mieux vaudrait obtenir, à la faveur d'une discussion interne, une décision judiciaire rigoureuse en droit plutôt que le temps pris pour une opinion dissidente. De ce point de vue, mon regret est total. Cela d'autant plus avéré que la Cour africaine, de par ses décisions, après plus d'une décennie (ou près de quinze ans) suscite admiration et respect. Elle est devenue un relais judiciaire indispensable au fonctionnement des démocraties dans le continent.
5. Avant d'en arriver au fond de *l'affaire Kambole*, il conviendra de considérer la réflexion de Charles Evans Hughes, juge à la Cour permanente arbitrage (CPA) et Membre de la Cour permanente de justice internationale (CPJI). Ses mots résument fort bien ma situation actuelle :

« Une opinion dissidente exprimée dans un tribunal de dernier ressort est un appel à l'esprit toujours présent du droit, à l'intelligence d'un jour

futur où une décision ultérieure rectifiera peut-être l'erreur dans laquelle le juge qui émet cette opinion croit que le tribunal est tombé¹ ».

6. La réflexion qui va suivre s'articulera autour de deux piliers: d'une part, sur quelques points discordants retenus par la cour (I.) ; d'autre part, sur les discordances fondamentales au droit international des droits de l'homme qui apparaissent dans la décision (II).

I. La décision *Jebra Kambole* : quelques points discordants

7. Les fils du « nœud gordien » dans lequel la Cour s'est mise commencent par la façon dont elle a cerné la question apportée par *Monsieur Kambole*. Il fallait poser à l'endroit le problème, bien qu'il parût, à bien d'égards, spécifique. Il était, en effet, par sa nature, sans commune mesure avec les requêtes habituelles de la Cour.

A. La nature particulière de l'affaire *Jebra Kambole*

8. La question posée par le requérant était de nature particulière. Avocat tanzanien, *Jebra Kambole*, est membre de la *Tanganyika Law Society*. Par une requête introduite le 4 juillet 2018, il conteste les dispositions de l'article 41(7) de la Constitution de la République de Tanzanie. Cette requête devait être examinée par la Cour en dépit de ce que l'État défendeur avait déposé le 21 novembre 2019 une déclaration de retrait qu'il avait faite conformément à l'article 34(6) du Protocole autorisant les recours individuels et ceux des ONG. La Cour avait également confirmé par voie d'ordonnance que le retrait n'avait pas d'effet rétroactif et n'avait aucune incidence sur les affaires pendantes².
9. La Cour est donc, dans cette rare instance, saisie d'une question de droit public, qui semble être de premier ordre : le résultat de l'élection du président de la République. Le

¹v. dans Philip C. Jessup, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, note 10, p. 66; M. Charles Evans Hughes fut élu en 1928 juge à la CPJI.

²v. *Ingabire Victoire Umuhoza c. Rwanda*, Arrêt sur la compétence, 03 juin 2016, v. *Ingabire Victoire Umuhoza c. Rwanda*, Décision (compétence), 03 juin 2016 1 RJCA 584 § 67 ; v. aussi ; Dans l'affaire *Ghati Mwita*, la Cour a confirmé que le retrait de ladite prendra effet douze mois après la date du dépôt de l'instrument de retrait, soit dans ce cas le 22 novembre 2020 ; CAFDHP, *Ghati Mwita c. République-Unie de Tanzanie* (Ordonnance en mesures conservatoires), 9 avril 2020, §§ 4 et 5.

lien de ce Requéran à la question posée pourrait surprendre quant à l'intérêt à agir, tant il ne fut *a priori* aucunement candidat à ce résultat, mais la Cour, à juste titre³, connaîtra de l'affaire.

10. Je n'adhère pas aux analyses de mes honorables Collègues sur cette affaire. Je me dissocie de la méthodologie d'examen utilisée et des questions de droit supposées comme pertinentes dans cette instance. Ainsi, en son intégralité, le dispositif de l'arrêt m'oblige à cette opinion dissidente.

11. Dans le troisième paragraphe de son arrêt, la Cour rappelle que *Sieur Kambole* demande à la Cour de sanctionner ce qui suit :

« Le fait que l'État défendeur ait permis que la Constitution contienne une telle disposition interdisant à toute personne qui se sentirait lésée par les résultats de l'élection présidentielle de saisir les juridictions tanzaniennes constitue une violation des articles 1, 2, 3(2) et 7(1)(a) de la Charte africaine⁴.

L'État tanzanien aurait ainsi manqué à ses obligations.

12. Il faut d'ores et déjà reprendre la disposition constitutionnelle mise en cause par le requérant est celle de l'article 41(7) aux termes duquel :

« Lorsqu'un candidat est déclaré dument élu par la Commission électorale conformément au présent article, aucun tribunal n'a compétence pour enquêter sur son élection ».

13. Si le point de droit est d'une grande clarté, il n'en sera pas de même des choix qu'en fera majoritairement la Cour. Évacuée la question du préjudice proprement individuel, la Cour était en présence d'un contrôle de conventionalité classique. La Cour avait à

³ En plus de l'article 56 de la Charte et 30 du Règlement qui posent les conditions constitutives de la saisine devant la Cour, on peut *a priori* comprendre que le suffrage étant universel, les recours qui lui sont attachés sont autant universels.

⁴ CAFDHP, *Jebra c. République Unie de Tanzanie*, 11 juillet 2020, § 3.

trancher sur la validité d'un texte interne au regard des principes de l'ordre international des droits de l'homme. Il s'ensuivrait judiciairement deux éléments :

- Le requérant était-il recevable en sa demande ?
- Celle-ci était-elle valable en droit ?

Les choix majoritaires de la Cour, sur ces deux points, sont surprenants.

B. Les points identifiés par la Cour

14. De ce qui précède, la Cour conclut premièrement que l'État défendeur aurait eu une attitude discriminatoire. L'article 41(7) de la constitution tanzanienne introduirait des discriminations. Avis que je ne partage pas. La Cour cite sa décision dans l'affaire *APDH c. Côte d'Ivoire*, dans laquelle elle a reconnu que la discrimination est :

« Une différenciation entre des personnes ou des situations, sur la base d'un ou de plusieurs critères non légitimes »⁵.

Cette définition du dictionnaire du Professeur Jean Salmon⁶ est défendable, mais elle est manifestement inappropriée en l'espèce, car elle ne dit pas la spécificité de la situation. On n'est pas dans le cas d'une disposition constitutionnelle dont tout le monde peut se prévaloir, que l'on refuserait à d'autres sur la base d'un critère injustifié.

15. Quelque définition de la discrimination que l'on retienne⁷, le compte n'y sera pas. On ne peut admettre que le pouvoir constituant de l'État défendeur ait voulu soutenir un groupe ou un individu plutôt qu'un autre en adoptant les dispositions de l'article 41(7).

⁵CafPDH, *Actions pour la protection des droits de l'homme (APDH) c. République de Côte d'Ivoire* (fond), 18 novembre 2016, *RJCA*, p. 697, § 147.

⁶*Dictionnaire des droits de l'homme*, sous la direction de Andriantsimbazovina (J.), Hélène Gaudin (H.), Maguenaud (J.-P.), Rials (S.) et Sudre (F.), PUF, 2008, p. 284.

⁷La Charte africaine se garde bien d'utiliser le terme « discrimination ». Ce terme a été réinvesti par la jurisprudence africaine, mais son apport est en l'espèce discutable en ce qu'elle fait une sorte d'assimilation de la discrimination au principe d'égalité et n'en relève pas les nuances. v. CAfDHP, *Tanganyika Law Society et autres c. République-Unie de Tanzanie (fond)* (2013), 1 *RJCA* p. 34, §106 ; et la Cour dit dans *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Kenya*, Ordonnance (mesures provisoires), 15 mars 2013 que « le droit de ne pas être discriminé est lié au droit à l'égalité devant la loi et à l'égalité de protection de la loi, droits inscrits à l'article 3 de la Charte ». Cet article 3 dit simplement que « Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi. Toutes les personnes ont droit à une égale protection de la loi ».

Ce que l'on peut comprendre est que le Président élu, par sa situation (sur laquelle il faudra revenir) ait bénéficié d'aménagements qui lui serait favorables du fait de ses nouvelles fonctions. On est loin de toute situation discriminatoire⁸. La Cour semble donner à croire que toute revendication statutaire est une contestation pour non-discrimination.

16. L'argument fondamental de la Cour est de dire que l'article 41(7) n'a pas le même effet sur tous les citoyens. Ainsi, la Cour souligne que :

« Alors que ceux qui soutiennent les candidats gagnants peuvent ne pas avoir de motivation de saisir les juridictions pour obtenir réparation dans le cadre du processus électoral, les autres sous-groupes d'électeurs peuvent être désireux de demander une intervention judiciaire pour faire respecter leurs droits »⁹.

17. Il est à noter d'une part, que ces électeurs se sont ainsi exprimés et, qu'il s'agit d'un résultat du suffrage universel, et d'autre part, qu'ils se sont exprimés démocratiquement sur la base d'un processus démocratique. Cet article 41(7) s'applique à tous les électeurs sans distinction. Tous y sont astreints. On se demande pourquoi le raisonnement de l'auguste Cour, en l'affaire, commence dans l'examen au fond par l'idée inappropriée de discrimination, fût-elle indirecte.

18. La majorité, dans cette décision, est tentée par l'égalité de la loi que consacre l'article 3(2) de la Charte :

« Toutes les personnes ont droit à une égale protection de la loi ».

La démarche est semblable à celle suivie dans l'importation de la notion précédente. Tout est dans tout, semble dire la Cour en passant, sur la même base, à l'examen de l'égalité devant la loi. Elle relève :

⁸Weil (P.), *Liberté, égalité, discriminations*, Ed. Grasset et Fasquelle, 2008, p. 9-10.

⁹CAFDHP., *Jebra Kambole c. R.-U. Tanzanie*, *op. cit.*, § 74.

« Le principe de l'égalité devant la loi, qui est implicite dans le principe de l'égalité de la loi et de l'égalité devant la loi ¹⁰. (...) Néanmoins, l'égalité de la loi présuppose également que la loi protège chaque individu, sans discrimination ».

19. La Cour voit, dans cette affaire, un lien entre l'égalité devant la loi et le principe d'accès aux tribunaux. Si ce lien existe de toute évidence, il n'est pas automatique, en l'espèce. Sans évoquer les propriétés propres à ces principes, il faut rappeler que l'accès aux tribunaux – à ne considérer que ce principe – comporte des règles préalables de procédure et peut connaître des aménagements, selon les matières et les justiciables envisagés. En droit judiciaire, tout n'est pas fondu dans un moule. Les questions induisent des procédures spécifiques ou propres. Les droits des prisonniers devant le juge peuvent être différents de ceux d'un citoyen jouissant de tous ses droits civiques et politiques. Il s'agissait plutôt de s'atteler à comprendre le sens et l'effet utile de l'article 41 (7) de la Constitution de l'État défendeur. La question que posait l'instance était celle de savoir pourquoi est soustrait à l'examen de la justice l'élu à l'élection présidentielle ?

20. Il en est de même lorsque la Cour estime, en l'affaire, qu'il y a violation alléguée du droit du Requérent à ce que sa cause soit entendue. Elle en conclut que l'État défendeur a violé son droit inscrit à l'article 7(1)(a) de la Charte¹¹. Se présente une question d'identification de la question **réellement** posée à la Cour. Pour cette dernière, la majorité de mes Chers et Honorables collègues soutiennent que :

¹⁰CAF/DHP., *Ayants droits de feu Norbert Zongo, Abdoulaye Nikiema dit Ablasse, Ernest Zongo et Blaise Ilboudo et Mouvement Burkinabé des droits de l'homme et des peuples c. Burkina Faso*, (Exceptions préliminaires), 21 juin 2013, 1 RJCA, p. 204 ; Arrêt (fond), 28 mars 2014, 1 RJCA 226, Arrêt (réparations), 5 juin 2015, 1 RJCA, p. 265

¹¹ L'article 7(1)(a) de la Charte : « (1) Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend : (a) 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 ».

« Cela signifie que, quelle que soit la nature des griefs, qu'ils soient fondés ou non, dès lors qu'ils se rapportent à la déclaration du vainqueur à l'élection présidentielle par la Commission électorale, aucun recours judiciaire n'est accessible à toute personne qui se sent lésée dans l'État défendeur »¹².

21. La majorité de mes Honorables Collègues, ont cru voir un contentieux de la procédure électorale. La question de droit posée à la Cour se rapporte à la préposition directement contenue dans l'article 41(7) : « dès lors qu'ils se rapportent à la déclaration du vainqueur à l'élection présidentielle ». Cette préposition de la phrase de l'article en cause est aussi essentielle qu'elle est aveuglante d'évidence. Or, l'ensemble de l'arrêt *Jebra Kambole* ne la voit pas. Pourtant, cette préposition, ici principale, obligeait la Cour à examiner le statut spécial du nouveau président de la République élu. Ce statut spécial est consacré par tous les systèmes juridiques avancés du monde.
22. Après cette lecture de quelques points choisis, il convient d'examiner les principaux points de désaccord sur lesquels la Cour a malencontreusement fondé sa décision.

II. La décision *Jebra Kambole* : les discordances fondamentales

23. Indubitablement, *l'affaire Kambole* aurait dû connaître un autre dénouement judiciaire. La décision rendue pose questions, notamment sur le fondement de la recevabilité.

A. La lacune fondamentale de la décision : Une irrecevabilité flagrante de la requête

24. La Cour aurait dû traiter de la condition de recevabilité de la requête de façon exacte, un aspect pour lequel, de droit constant, elle se prononce préalablement¹³. Visiblement,

¹² CAFDHP, *Jebra Kambole c. République Unie de Tanzanie*, *Op. cit.*, § 97.

¹³ L'article 6.2 du Protocole dit que : « La Cour statue sur la recevabilité des requêtes en tenant compte des dispositions énoncées à l'article 56 de la Charte » ; en particulier l'article 39 qui le présente comme un préalable : « La Cour procède à un examen préliminaire de sa compétence et des conditions de recevabilité de la requête telles que prévues par les articles 56 de la Charte et 40 du présent Règlement ».

la Requête de *M. Kambole* n'était pas présentée à la Cour dans un délai raisonnable. La Cour reconnaît reconnaît d'ailleurs que :

« La possibilité d'intenter une action contre l'État défendeur en rapport avec la violation alléguée par le Requéranant n'a été offerte qu'à partir de mars 2010. La présente Requête a cependant été déposée en juillet 2018, soit huit (8) ans et quatre (4) mois après le dépôt de la déclaration »¹⁴

25. Ce délai de plus de 8 ans est rédhibitoire. La Cour innove et renverse toute sa jurisprudence antérieure sans en donner de solide justification. Elle se justifie de la manière suivante :

« En conséquence, même si, en l'espèce, le Requéranant a saisi la Cour huit (8) ans et quatre (4) mois après le dépôt par l'État défendeur de sa déclaration, compte tenu de l'inexistence de recours à exercer par le Requéranant ainsi que du caractère continu de la violation alléguée, la Cour conclut qu'il n'est pas nécessaire de fixer un délai comme le prévoit le premier aspect de l'article 40(6) du Règlement »¹⁵.

Cette argumentation de mes Honorables Collègues majoritaires achoppe sur deux aspects : i) elle confond la nature de la violation qui est concernée par son caractère continu et ii) la procédure applicable à la Cour doit tenir compte d'un délai de saisine raisonnable, c'est-à-dire pas excessif. Avant même de statuer sur la question, la Cour doit s'assurer de ses délais de procédure¹⁶.

26. Ce délai doit être contenu. Il correspond à un laps de temps, qui permette à la victime, dans des conditions de droit et de fait appréciées par la Cour, de lui présenter sa plainte . Le plus important n'est pas que la Cour s'arroe la fixation du délai en application du

¹⁴ - CAFDHP, *Arrêt Jebra Kambole c. République Unie de Tanzanie*, § 47

¹⁵ CAFDHP, *Arret Jebra Kambole c. République Unie de Tanzanie*, §§ 48-53.

¹⁶ On peut rappeler l'universalité de cette approche. v. notamment CIJ., *Timor oriental*, Portugal c. Australie, 30 juin 1995 ; la Cour de la Haye retient que l'opposabilité *erga omnes* d'une norme, et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes. On ne saurait statuer sur la licéité du comportement d'un État lorsque la décision à prendre implique une appréciation de la licéité du comportement d'un autre État qui n'est pas partie à l'instance. Cette dernière règle fonde la procédure internationale. En pareil cas, la Cour ne saurait se prononcer, même si le droit en cause est opposable *erga omnes*.

l'article 56 de la Charte, mais qu'elle regarde en quoi le délai de saisine paraît raisonnable ou non. Ce délai raisonnable est requis pour toute requête après l'épuisement des recours internes, quel que soit la violation alléguée. La Cour a en effet établi que le caractère raisonnable du délai de sa saisine dépend des circonstances particulières et doit être apprécié au cas par cas¹⁷. *M. Kambole* aura attendu plus de huit (8) ans pour présenter le recours à la Cour. Ce temps trop long est malencontreux et devrait motiver un rejet de la requête, lorsqu'on note que le requérant est Avocat et aussi Membre de la *Tanganyika Law Society* qui est une ONG doté du statut d'observateur auprès de la Commission africaine des droits de l'Homme et des Peuples.

27. Ce dernier point est central. Se trouvent en effet conjuguée deux qualités majeures qui induisent que le Requêteur est très au fait des lois de son pays. Pouvait – il ignorer l'existence d'un texte aussi important de la Constitution ? Ceci rend injustifiable le délai de plus de 8 ans pour une violation que l'on dit continue, donc visible, pour un juriste de sa qualité. En plus la *Tanganyika Law Society*, société savante à laquelle *Sieur Kambole* dit appartenir a souvent présenté des recours devant la Cour. Elle en a une certaine pratique¹⁸. Le délai de plus de 8 ans spécialement pris dans cette affaire devrait être sanctionné par la Cour. Il suffit à lui seul pour établir la vacuité procédurale de la requête. Ni le Requêteur, moins encore la *Tanganyikan Law Society* ne sont profanes ou « indigents » en matière constitutionnelle.

28. La décision contraire qui vient d'être prise sur ce point est inédite. C'est en quelque sorte la fin de la jurisprudence antérieure¹⁹, développée par la Cour elle-même, par laquelle elle considérait que l'indigence du requérant pouvait justifier un délai. Le caractère profane en droit était aussi une des motivations.

29. Paradoxalement, le délai trop long en l'espèce n'entraîne pas rejet alors même que le requérant est un Avocat. Ce faisant la Cour renverse une position jurisprudentielle

¹⁷ *Anudo Ochieng Anudo c. République-Unie de Tanzanie (fond)* (2018) 2 RJCA 257, § 57.

¹⁸ v. notamment CAfDHP., *Tanganyika Law Society, the Legal and Human Rights Centre et Reverend Christopher R. Mtikila c. République Unie de Tanzanie*, Décision (jonction), 22 septembre 2011, 1 RJCA, p. 33 ; Arrêt (fond), 14 juin 2013 (2013), 1 RJCA, p. 34 ; Arrêt (réparations), 13 juin 2014, 1 RJCA, p. 74

¹⁹v. CAfDHP, *Alex Thomas c. République-Unie de Tanzanie*, 20 novembre 2015, § 66 et s., la Cour notait que « le requérant soutient que sa requête a été introduite dans un délai raisonnable après l'épuisement des recours internes, compte tenu des circonstances et de sa situation particulière en tant que personne profane, indigente et en détention ».

qu'elle a tenu sans discontinuer depuis au moins 2015 par laquelle elle a démontré et soutenu que l'indigence et le caractère profane du requérant faisait tomber l'exigence du délai raisonnable. Cette position de la Cour figure notamment dans CAfDIIP, *Onyachi and Njoka c. Tanzanie*, 28 septembre 2017, 2 *RJCA* p. 65 ; *Jonas c. Tanzanie*, 2 *RJCA*, 28 septembre 2017, p. 101.

30. Une position que la Cour a faite prévaloir durant toute l'année 2018, notamment CAfDHP, *Isiaga c. Tanzanie*, 21 mars 2018, 2 *RJCA*, p. 218 ; *Gombert c. Côte d'Ivoire*, 2018, 2 *RJCA*, p. 270; *Nguzi c. Tanzanie*, 23 mars 2018, 2 *RJCA* p. 287 ; *Mango c. Tanzani*, 11 mai 2018, 2 *RJCA*, p. 314. Elle l'a clairement renouvelée dans l'affaire *Evarist c. Tanzania*, 21 septembre 2018, 2 *RJCA*, p. 402 ; *Guehi c. Tanzanie*, 7 décembre 2018, 2 *RJCA*, p. 477...et bien d'autres²⁰.
31. Position surprenante que celle prise dans *Kambole*, car elle va à contre-courant du régime applicable aux violations continues. Il est reconnu que même en face de violations continues la Cour conserve le contrôle de ses règles de procédure. Son rôle n'est pas ouvert aux plaignants *ad vitam æternam*. Une violation continue ne peut repousser indéfiniment le délai de recours. Les juges exigent des requérants un devoir de diligence et d'initiative face aux manquements continus de l'État. La jurisprudence abondante en ce sens, notamment CEDH, *Sargsyan c. Azerbaïdjan*²¹, est d'une grande clarté au § 129 sur une affaire de disparition :

« Lorsqu'elle a examiné l'exception d'inobservation du délai de six mois soulevée par le gouvernement turc, la Cour a rappelé que le mécanisme de protection des droits de l'homme établi par la Convention devait être concret et effectif, que ce principe valait non seulement pour l'interprétation des clauses normatives de la Convention mais également pour ses dispositions procédurales, et qu'il avait des incidences sur les obligations incombant aux parties, aussi bien les gouvernements que les requérants. Par exemple, lorsque la rapidité s'impose pour résoudre une question, il incombe au requérant de s'assurer que ses griefs sont portés devant la Cour avec la célérité

²⁰V. notamment CAfDHP, *Ramadhani c. Tanzanie*, (2018) 2 *RJCA*, p. 344 ; *William c. Tanzania*, (2018) 2 *RJCA*, p. 426 ; *Paulo c. Tanzanie* (2018) 2 *RJCA*, p. 446 ; *Werema c. Tanzania*, (2018), 2 *RJCA*, p. 520.

²¹ CEDH, *Sargsyan c. Azerbaïdjan*, 14 décembre 2011.

requis pour qu'ils puissent être tranchés correctement et équitablement
».

32. Cette obligation faite aux requérants d'être diligent dans la présentation des recours a son importance pour la sécurité juridique. La Cour européenne le dit assez nettement que cette « obligation incombe aux parties, aussi bien aux gouvernements qu'aux requérants ». Elle l'exprime de la manière suivante au § 31 de l'arrêt *Kolosov et autres c. Serbie* :

“Nevertheless, the Court recalls that the continuing situation may not postpone the application of the six-month rule indefinitely. The Court has, for example, imposed a duty of diligence and initiative on applicants wishing to complain about the continuing failure of the State to comply with its obligations in the context of ongoing disappearances or the right to property or home (...) While there are, admittedly, obvious distinctions as regards different continuing violations, the Court considers that the applicants must, in any event, introduce their complaints “without undue delay”, once it is apparent that there is no realistic prospect of a favorable outcome or progress for their complaints domestically”²².

Telle devrait être la manière exacte d'aborder l'effet du caractère continu de la violation sur la procédure devant la Cour.

33. A ce titre, la décision *Kambole* n'aurait pas passé le stade de la recevabilité. Elle aurait dû être déclarée irrecevable. Par ailleurs, la décision ne présente qu'une faible motivation sur le terrain de la marge nationale d'appréciation, ceci constituerait un droit majeur du système tanzanien sur le droit applicable au Président élu.

B. Une approche sommaire de la MNA (la marge nationale d'appréciation)

34. La Cour a développé une tradition juridique qui ne s'est pas encore démentie dans son travail judiciaire. Traditionnellement, lorsqu'un principe est pertinent dans une affaire, elle le considère, qu'elle le rejette ensuite ou le valide. Ceci est même attaché à la

²² CEDH, *Sokolov et autres c. Serbie*, 14 janvier 2014.

fonction de juger. Le plus fondamental reste la façon dont la Cour motive, le cas échéant, son rejet²³. Il n'en a pas été ainsi du standard dit de « marge nationale d'appréciation » (MNA) dans l'affaire *Jebra Kambole*. Il serait superflu d'en démontrer la pertinence, en l'espèce, dès lors que la matière relève de la première fonction publique et de la sphère de la souveraineté de l'État.

35. Il est établi que l'État dispose sur son territoire d'une marge nationale d'appréciation (MNA)²⁴, concept reconnu depuis 1976 en droit international des droits de l'Homme. Tant d'États possèdent dans leur droit interne les dispositions querellées. Ces dispositions ne peuvent se comprendre juridiquement que par la MNA. Les États peuvent, dans certains cas, restreindre des droits et libertés pour des raisons de respect de leur ordre public, de santé publique, de sécurité nationale... Il s'agit d'un concept modérateur, qui se concilierait bien avec l'intérêt communautaire africain en ce qu'il permet, comme dans les autres continents, le pluralisme des systèmes constitutionnels.

36. La proclamation du Président et son statut interne qui relèvent de la nature même du droit public interne devraient être considérés plus rigoureusement. Les éléments de l'arrêt n'emportent pas que partiellement cette conviction au sens. Ils n'en tirent les conclusions suffisantes. La Cour se prononce ainsi qu'il suit :

²³On peut considérer notamment *le raisonnement de la Cour dans Mohamed Abubakari* de 2016. Le requérant est repris par l'État pour n'avoir pas cité la disposition exacte pour justifier la compétence de la Cour. La Cour s'emparera de la question pour montrer le fondement de cette compétence. Au § 32 de cette affaire la Cour est précise : « la compétence est une question de droit qu'elle doit déterminer elle-même, que cette question ait été ou non soulevée par les parties à l'instance. Il en résulte que le fait qu'une partie ait invoqué des dispositions qui ne seraient pas applicables ne porte pas à conséquence, puisque dans tous les cas, la Cour connaît le droit, et est en mesure de fonder sa compétence sur les dispositions appropriées. (...) la Cour rejette l'exception ici soulevée par l'État défendeur à sa compétence. La Cour considère qu'elle est compétente *ratione materiae* pour examiner la présente affaire, dans la mesure où les violations alléguées concernent toutes *prima facie* le droit à un procès équitable, tel que garanti notamment par l'article 7 de la Charte ». La démarche démonstrative et inductive utilisée par la Cour dans ces éléments montre l'effort de de persuasion de la Cour. v. CAFDHP, *Mohamed Abubakari c. République-Unie de Tanzanie*, 3 juin 2016.

²⁴La Cour européenne la formule de la manière suivante dans son arrêt *Handside* §§ 49 et 50: « la Cour a compétence pour statuer par un arrêt définitif sur le point de savoir si une "restriction" ou "sanction" se concilie avec la liberté d'expression telle que la protège l'article 10 (art. 10). La marge nationale d'appréciation va donc de pair avec un contrôle européen. Celui-ci concerne à la fois la finalité de la mesure litigieuse et sa "nécessité". Il porte tant sur la loi de base que sur la décision l'appliquant, même quand elle émane d'une juridiction indépendante. A cet égard, la Cour se réfère à l'article 50 (art. 50) de la Convention ("décision prise ou (...) mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité") ainsi qu'à sa propre jurisprudence (Arrêt Engel et autres du 8 juin 1976). CEDH, *Handside c. Royaume-Unie*, 7 décembre 2016.

« La Cour relève que la marge d'appréciation laissée à l'État est un élément récurrent de la jurisprudence internationale (...). La marge d'appréciation s'entend de la limite à partir de laquelle la supervision internationale doit céder la place au pouvoir discrétionnaire de l'État partie pour promulguer et faire appliquer ses lois »²⁵.

37. La Cour poursuit, faisant sienne la position de la Commission africaine des droits de l'Homme et des Peuples, en rappelant que :

« De même, la doctrine d'appréciation guide la Charte africaine, en ce sens qu'elle considère l'État défendeur comme mieux disposé à adopter des politiques, (...) vu que l'État connaît très bien sa société, ses besoins, ses ressources, (...) et le juste équilibre nécessaire entre les forces concurrentes et parfois en conflit qui forment sa société²⁶.

38. La Cour ne donne pas la raison fondamentale pour laquelle elle écarte la MNA, en l'espèce. La jurisprudence applicable a pourtant posé des critères qui permettent d'en apprécier la pertinence en cas d'invocation par un État²⁷. Elle va plutôt conclure, sur ce point, par une argumentation surprenante :

« Cette distinction est telle que des individus au sein de l'État défendeur n'ont pas la possibilité de saisir les juridictions simplement en raison de l'objet de leurs griefs alors que d'autres individus ayant des griefs non liés à l'élection présidentielle ne sont pas eux-aussi exclus »²⁸.

²⁵CAfDHP., *Jebra Kambole c. Tanzanie*, §§ 79.

²⁶CAfDHP., *Jebra Kambole c. Tanzanie*, §80 citant la Commission, *Prince c. Afrique du Sud* (2004), AHRLR 105 (CADHP 2004), § 51.

²⁷v. les éléments de discernement et appréciation de cette théorie formulée par la Cour européenne, CEDH, *Affaire Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991 : « Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une "restriction" se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10 (art. 10). d) Elle n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 (art. 10) les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'État défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable ».

²⁸ CAfDHP, *Jebra Kambole c. Tanzanie*, § 82

39. Même en considérant les dispositions établies des droits de l'homme, il est peu banal de priver un État de sa souveraineté d'ordonnement juridique interne du reste, le droit international des droits de l'homme reconnaît. La MNA a cela comme vocation, en ce qu'elle préserve, sous le contrôle du juge des droits de l'homme, une diversité des droits internes, sur des questions comme celle du statut du Président élu. Comme le disait le Professeur Pellet²⁹, en tout état de cause :

« La percée des droits de l'homme dans le droit international ne remet pas en cause le principe de souveraineté, qui semble demeurer (si on le définit correctement) un puissant facteur organisateur de la société internationale et une explication, toujours éclairante, des phénomènes juridiques internationaux ».

40. Reste donc le sentiment d'un véritable « quiproquo ». Dans son sens, le plus exact : un malentendu qui consiste à prendre une chose pour une autre.

C. Le sentiment d'un vrai « quiproquo » dans la décision

41. *Sieur Kambole* vient contester les dispositions de l'article 41(7) qui suppriment toute contestation après la proclamation du candidat élu. La Cour dans les motivations de sa décision en tire un refus des recours contentieux les « griefs liés à l'élection présidentielle ». Le contentieux de la procédure ou des opérations électorale n'est pas assimilable à celui du statut du candidat vainqueur.

42. Aucun pays au monde n'ouvre à tous la contestation du Président élu, après la fin de la procédure d'élection³⁰. L'article 41(7) de l'État défendeur le formule à sa façon, ni plus que cela. Ce n'est pas la question sur laquelle la Cour se prononce dans la décision. Elle parle du droit pour les citoyens tanzaniens de contester l'élection du Président. Elle ne

²⁹Alain Pellet, *Droits-de-l'hommisme et droit international* », *Droits fondamentaux*, N. 01, 2001, p. 4820 ; La mise en œuvre des normes relatives aux droits de l'homme, CEDIN (H. Thierry et E. Decaux, dirs.), *Droit international et droits de l'homme - La pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, Montchrestien, Paris, 1990, p. 126.

³⁰ La France, tentée par une ouverture, restreint la présentation des recours à deux jours suivants le scrutin. Mais, le résultat définitif sera exempt de contestation.

se pose pas la question du statut juridique que le droit interne tanzanien attribue au Président élu. Les dispositions de l'article 41(7) considèrent - elles le résultat comme définitif ou non ? Cette question principale, la seule contenue dans le recours de *Sieur Kambole*, n'est pas discutée. Il y a, semble-t-il, un véritable « quiproquo ».

43. La Cour a cru, en examinant les termes de l'article 41(7) que le constituant tanzanien se refusait au contentieux de la procédure l'élection. Il y a indubitablement « quiproquo », car, à mon sens, les termes de cet article portent sur le candidat élu. Dès lors, qu'il est consacré et définitif, il devient exempt de contestation. C'est là le droit public commun. Il y a méprise sur l'objet du contentieux.

44. L'article 46 al.2 de la Constitution guinéenne du 7 mai 2010, révisée le 07 avril 2020 n'en dit pas plus « Si aucune contestation relative à la régularité des opérations électorales n'a été déposée par l'un des candidats au greffe de la Cour constitutionnelle dans les huit jours qui suivent le jour où la première totalisation globale des résultats a été rendue publique, la Cour constitutionnelle proclame élu le président de la République ». Toute opération de procédure est antérieure à la proclamation. Dans le même sens, la Constitution kenyane de 2010.

45. La Constitution du Kenya, pays voisin, en date du 5 août 2010 n'ouvre pas non plus de procédure de contestation du candidat proclamé élu. L'article 138 de ladite Constitution dit en son alinéa 10 :

« Within seven days after the presidential election, the chairperson of the Independent Electoral and Boundaries Commission shall— (a) declare the result of the election; and(b) deliver a written notification of the result to the Chief Justice and the incumbent President ».

46. La question que la Cour traite concerne celle de la régularité des opérations électorales. Celle-ci est une toute autre question. Elle figure en bonne place dans nombreuses constitutions. Le choix consiste, comme notamment dans les constitutions béninoise³¹,

³¹ L'Article 49 al. 3 de la Constitution béninoise, du 11 décembre 1990, telle que révisée le 7 novembre 2019 constitue *mutatis mutandis* un prototype de cette disposition : « ...Si aucune contestation relative à la régularité des opérations électorales n'a été déposée au Greffe de la Cour par l'un des candidats dans les cinq jours de la proclamation provisoire, la Cour déclare le (...) Président de la République (...) définitivement élu (...) ».

et congolaise³², sénégalaise³³, à faire une proclamation provisoire. Cela ne concerne pas le régime qui s'applique, à juste titre, au candidat élu. Le résultat définitif n'est pas contestable. Pour des raisons évidentes, les querelles électorales ont lieu antérieurement. C'est ce que formule en définitive et, en d'autres termes, les dispositions de l'article 41.7.

47. Il y aura sans aucun doute un après *Jebra Kambole*... Les décisions de la Cour de céans en matière de recevabilité, notamment sur le délai raisonnable seront indubitablement lues et scrutées. La voie de passage de la Cour dans cette décision n'était toutefois pas si simple : conforter une lecture restrictive des « marges normatives » des Etats ou dire le droit interne de l'Etat, qui en tout état de cause, restreignait légitimement un droit... mais lequel ? La juridiction panafricaine aura, à n'en pas douter, de nouvelles opportunités pour préciser le contenu de la marge nationale d'appréciation, la subsidiarité, la proportionnalité etc, dans l'application de l'article 7 du Protocole (droit applicable).

48. Dans la classification du Professeur Flauss sur les tendances des droits de l'homme³⁴, l'une d'elles ne manquent pas d'intérêt. Celle des partisans d'un « évolutionnisme modéré ». Selon cette tendance la protection des droits de l'homme gagnerait à s'appuyer davantage sur les règles établies du droit international, à les prendre en considération plus fréquemment, tout en préconisant, dans certains cas de figure, la particularisation des règles de droit international. La Cour de céans ne semble pas s'inscrire, dans la présente décision, dans une telle approche³⁵.

³² v. L'article 72 de la Constitution congolaise, 15 octobre 2015.

³³v. L'article 35 al. 2 de la Constitution du Sénégal du 22 janvier 2001, telle que révisée le 5 avril 2016.

³⁴ Flauss (J. F.), La protection des droits de l'homme et les sources du droit international, S.F.D.I., Colloque de Strasbourg, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Pedone, Paris, 1998, pp. 13-14.

³⁵ Le système africain des droits de l'homme ne comporte pas de clause de sauvegarde. Ce qui constitue pour sa Cour d'Arusha une source d'obligation de vigilance sur les restrictions des droits qui reviennent aux Etats. v. Les développements de Ouguergouz (F.), *La charte africaine des droits de l'homme*, Ed. PUF, 1993, p. 255 ; v. Virally (M.), Des moyens utilisés dans la pratique pour limiter l'effet obligatoire des traités, *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, IV^{ème} colloque du département des droits de l'homme, Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 14-15.

49. Loin de m'y complaire, c'est avec un profond regret que je constate n'avoir pas pu convaincre la majorité de mes Chers et Honorables Collègues à une meilleure approche. Je me résous donc à cette opinion dissidente que j'eus voulu éviter.

Blaise Tchikaya
Juge à la Cour



BT.

