

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

TANGANYIKA LAW SOCIETY ET LEGAL AND HUMAN RIGHTS CENTRE & REV.
CHRISTOPHER MTIKILA C. REPUBLIQUE UNIE DE TANZANIE

(REQUETES NO 009/2011 ET 011/2011)

OPINION INDIVIDUELLE DU JUGE GERARD NIYUNGEKO

1. Je suis d'accord avec la décision de la Cour dans les affaires *Tanganyika Law Society et Legal and Human Rights Centre & Rev. Christopher Mtikila c. République Unie de Tanzanie*, telle que reprise au paragraphe 126 de son arrêt du 14 juin 2013. Mais je ne partage pas son opinion sur les deux points suivants : l'ordre de traitement des questions de compétence de la Cour et de recevabilité de la requête d'une part, et la motivation et le raisonnement de la Cour sur la détermination de sa compétence *ratione temporis* d'autre part.

I. L'ordre de traitement des questions de compétence de la Cour et de recevabilité de la requête

2. Après avoir résumé la position des parties respectivement sur les questions de recevabilité de la requête et de sa compétence *ratione temporis* (paragraphe 80 et 81), la Cour se prononce dans le même ordre sur ces deux questions (paragraphe 82 à 88). De même, dans son dispositif, la Cour mentionne, dans cet ordre, sa décision sur ces questions (paragraphe 126 de l'arrêt).

3. Il convient d'abord d'observer que dans *la pratique de la Cour*, c'est la première fois que celle-ci commence le traitement d'une affaire par l'examen de la recevabilité de la requête. Dans la totalité des décisions qu'elle a rendues depuis 2009, elle a toujours



cherché à s'assurer *in limine* qu'elle a compétence pour connaître de l'affaire, qu'une partie ait soulevé ou non une objection à cet égard¹. Dans ces conditions, l'on se serait attendu à ce qu'à l'occasion du présent arrêt, elle explique au moins en passant, pourquoi elle change ainsi d'approche, sous peine de projeter une image d'inconstance et de manque de cohérence. Malheureusement, il n'y a rien de tel dans le texte. Un des résultats de cette situation est que face à un changement ou une fluctuation inexplicables de la pratique de la Cour, les parties ne sauront pas exactement par quelle question juridique commencer désormais, lorsqu'elles seront amenées à soumettre une requête ou une plaidoirie à la Cour. Cela peut être inutilement source de confusion.

4. Dans tous les cas ensuite, ce changement d'approche pose un *problème de principe* : est-il possible pour la Cour de commencer à examiner la recevabilité d'une requête, avant de s'être assuré qu'elle a compétence pour examiner cette requête ? A notre avis, la réponse à cette question est négative, et cela pour un certain nombre de raisons.

Premièrement, il ne faut pas oublier que *la compétence de la Cour n'a pas un caractère général et automatique, qu'elle est une compétence attribuée et conditionnée, et donc limitée par définition*. Un juge doté d'un tel type de compétence ne peut pas entamer l'examen d'un quelconque aspect de la requête, sans avoir préalablement vérifié qu'il est habilité à le faire.

Deuxièmement, il importe de réaliser qu'*alors que la compétence concerne le pouvoir du juge, la recevabilité de la requête est un aspect de la requête, au même titre que son bien-fondé*. Dans ces conditions, est-ce qu'un juge peut entreprendre l'examen d'un aspect de la requête, avant de s'assurer qu'il peut examiner la requête dans son ensemble ? Est-ce que cela aurait un sens qu'il commence à s'occuper de ce qu'on lui demande de faire, sans au préalable se préoccuper de savoir s'il peut le faire ? La logique et le bon sens commandent que la Cour s'assure d'abord qu'elle a compétence avant d'examiner la requête sous l'angle de sa recevabilité.

5. Cette position est confortée, si besoin en était, par *la manière dont l'article 39 du Règlement intérieur de la Cour est rédigé*. Cet article impose à la Cour, dans l'ordre, « l'examen préliminaire de la *compétence* de la Cour et de la *recevabilité* de la requête » (italique ajouté). Cette disposition est clairement indicative de l'entendement originel de la Cour en ce qui concerne l'ordre de considération des questions de compétence et de recevabilité.

6. En réalité, la seule étape procédurale qui devrait précéder celle de l'examen de la compétence de la Cour, est celle de la *réception/ enregistrement de la requête* par le Greffe, après vérification que son contenu correspond aux dispositions de l'article 34 du

¹ On peut retrouver les décisions de la Cour sur son site web: www.african-court.org

Règlement intérieur de la Cour. Mais cette *réception* n'est pas à confondre avec la *recevabilité de la requête* qui, elle, relève de la compétence de la Cour, et est donc examinée ultérieurement par elle, sur la base de l'article 56 de la Charte, et de l'article 40 du Règlement intérieur de la Cour.

7. Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que la Cour aurait dû, et devrait dans l'avenir, traiter la question de sa compétence avant celle de la recevabilité de la requête soumise à son examen, sauf à avancer des raisons particulières de déroger à ce cheminement procédural normal.

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

8. Concernant la compétence de la Cour, l'État défendeur avait soulevé une exception d'incompétence *ratione temporis*, tirée du fait que la violation alléguée (interdiction des candidatures indépendantes aux élections présidentielles, législatives et locales) est intervenue avant l'entrée en vigueur à son égard du Protocole portant création de la Cour (paragraphe 80.3 de l'arrêt).

9. Selon la présentation qu'en fait l'arrêt de la Cour, le deuxième requérant oppose à cette objection les arguments suivants :

« ...une distinction doit être faite entre les dispositions à caractère normatif et les dispositions institutionnelles. Les droits que l'on cherche à protéger étaient déjà inscrits dans la Charte africaine à laquelle le Défendeur était déjà Partie au moment de la violation alléguée ; *même si le Protocole est entré en vigueur plus tard, il ne constituait qu'un simple mécanisme pour protéger ces droits*. En effet, la Charte définit les droits, tandis que le Protocole fournit le cadre institutionnel pour les faire respecter. Toujours selon le Second Requérant, ce n'est pas la ratification du Protocole qui établit ces droits, car ceux-ci étaient déjà consacrés dans la Charte. Or le défendeur les a violés et continue à le faire. La question de la rétroactivité ne se pose donc pas » (paragraphe 81.3) (italique ajouté).

10. Reprenant apparemment à son compte l'argumentation opposée à cette objection par le deuxième requérant, la Cour rejette l'objection, aux deux motifs exprimés dans le passage ci-après :

«Les droits dont la violation est alléguée sont protégés par la Charte. Au moment de la violation alléguée, le Défendeur avait déjà ratifié la Charte et était donc lié par celle-ci. La Charte était en vigueur et le Défendeur avait déjà l'obligation de protéger ces droits pendant la période de la violation alléguée.

Au moment de la ratification du Protocole par [le] Défendeur, et lorsque le Protocole est entré en vigueur en ce qui concerne le Défendeur, la violation alléguée était en cours et elle se poursuit dans la mesure où les candidats indépendants ne sont toujours pas autorisés à se présenter aux élections présidentielles, parlementaires et locales... » (paragraphe 84 de l'arrêt).

XG
R

11. Le deuxième motif avancé par la Cour (la continuité de la violation) est correct et ne soulève pas de difficulté particulière. En revanche, le premier motif (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.

12. A mon avis, pour répondre complètement à l'argument invoqué par le second requérant, 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'était pas compétente *ratione temporis* vis-à-vis de lui, tant que le Protocole lui attribuant compétence n'était pas encore en vigueur à son égard (sauf bien entendu à invoquer l'argument de la continuité de la violation alléguée). Cette clarification était d'autant plus nécessaire que le second requérant semble faire, au sujet de l'application du principe de la non-rétroactivité des traités, une distinction entre les traités à caractère normatif et les traités à caractère institutionnel (*supra* paragraphe 9).

13. Or cette distinction- qui semble suggérer que seule la date d'entrée en vigueur des traités garantissant les droits de l'homme substantiels compte (par opposition aux traités établissant des institutions de surveillance), ne repose sur aucun fondement en droit international. En effet, pour prendre le cas présent, même si le Protocole établit un mécanisme institutionnel de protection des droits substantiels garantis par la Charte, il n'en reste pas moins un « traité » au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. Selon l'article 2. 1 a) de cette convention « [l]'expression « traité » s'entend d'un *accord international conclu par écrit entre États* et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et *quelle que soit sa dénomination particulière* » (italique ajouté). Comme on le voit, d'une part, tout accord international écrit entre États est un traité, peu importe qu'il pose des normes substantielles ou établit des mécanismes institutionnels ; d'autre part, sa dénomination particulière ne porte pas à conséquence.

14. Le Protocole portant création de la Cour étant un traité au sens de la Convention de Vienne précitée, il en résulte que toutes les dispositions de cette convention lui sont applicables. La disposition pertinente en rapport avec le point sous examen est l'article 28 qui pose le principe de la non- rétroactivité des traités en ces termes : « A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité, ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait

antérieur à la date d'entrée en vigueur au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date ».

Dans la présente affaire, le second requérant ne se fonde ni sur une intention différente des parties résultant du Protocole lui-même, ni sur une intention différente autrement établie, pour écarter l'application du principe de la non-rétroactivité des traités.

15. En réalité, pour établir la compétence *ratione temporis* de la Cour dans une affaire comme celle-ci, il faut prendre *cumulativement* en compte les dates de l'entrée en vigueur à l'égard de l'État défendeur, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, du Protocole portant création de la Cour, et de la déclaration facultative de reconnaissance de la compétence de la Cour pour connaître de requêtes émanant d'individus ou d'organisations non gouvernementales, prévue par l'article 34.6 du Protocole. Si la violation alléguée intervient avant l'une quelconque de ces dates critiques, le principe de la non-rétroactivité s'applique dans toute sa rigueur, peu importe que cette violation soit éventuellement intervenue après les autres dates.

16. Dans la présente affaire, et par rapport au point sous examen, la nécessité de prendre en compte la date de l'entrée en vigueur du Protocole à l'égard de l'État défendeur est d'autant plus impérieuse que c'est ce Protocole qui établit précisément la compétence de la Cour en matière contentieuse (articles 3 et 5 du Protocole). Comment pourrait-on examiner une exception d'incompétence de la Cour en ignorant la date d'entrée en vigueur du Protocole conférant à la Cour sa compétence ? Cela me paraît tout simplement impossible.

17. Encore une fois, à mon avis, pour répondre adéquatement à l'argumentation du second requérant, la Cour aurait dû clairement endosser la position de l'État défendeur et indiquer que la date pertinente en l'espèce pour déterminer sa compétence *ratione temporis* est celle de l'entrée en vigueur du Protocole portant création de la Cour à l'égard de l'État défendeur, quitte ensuite à se fonder sur le caractère continu de la violation alléguée pour établir sa compétence.

Juge Gérard NIYUNGEKO

Robert ENO,

Greffier

