

OPINION DISSIDENTE DU JUGE RAFAË BEN ACHOUR

1. À mon grand regret, je suis en désaccord total avec la majorité de mes collègues qui ont estimé la première exception d'irrecevabilité opposée par l'État défendeur à la Requête fondée¹ et ont, en conséquence déclaré la Requête 04/2020, *Tike Mwambipile et Equality now. République-Unie de Tanzanie*, reçue au Greffe le 19 novembre 2020, irrecevable.
2. Mon interprétation de l'article 56 § 7 de la Charte, repris intégralement par la règle 50(2)(g) du Règlement, selon lesquels toute requête déposée devant la Cour « ne [doit] pas concerner des affaires qui ont été réglées par les États concernés, conformément aux principes de la Charte des Nations Unies, de l'Acte constitutif de l'Union africaine ou des dispositions de la Charte », diffère de l'interprétation retenue par la majorité de la Cour
3. Rappelons de prime abord, que l'article 56 § 7 de la Charte et la règle 50(2)(g) du Règlement ont pour objectif la préservation de la sécurité juridique en évitant qu'un cas de violation des droits de l'homme soit tranché par plusieurs instances internationales à la fois et donne lieu à des solutions divergentes voire contradictoires. Relevons que les deux dispositions ne mentionnent pas les instances devant lesquelles le principe *non bis in idem* doit être mis en œuvre. Il se contente d'une formulation très laconique en renvoyant aux principes de la Charte des Nations Unies, de l'Acte constitutif de l'Union africaine ou des dispositions de la Charte [africaine]. Le terme principe utilisé ne renvoie à rien de précis.
4. Les commentateurs de la Charte estiment que cette dernière, pas plus que le Règlement « [n]e traitent de la question importante de la litispendance qui

¹ L'État défendeur soutient qu'une communication qui soulève des allégations similaires à la présente Requête a été déposée devant le CAEDBE, à savoir la Communication n° : 0012/Com/001/2019 dans l'affaire opposant *Legal and Human Rights Centre et Centre for Reproductive Rights* (au nom de jeunes filles tanzaniennes) à la République-Unie de Tanzanie. Pour lui, la Requête ne saurait être recevable dans la mesure où les mêmes allégations ont été soulevées et sont toujours pendantes devant une autre instance internationale compétente pour les trancher. Pour l'État défendeur soutient que la présente Requête se prête à l'application de la doctrine du *res subjudice* qui interdit à deux juridictions internationales compétentes de statuer concomitamment sur une affaire portant sur des allégations similaires.

pourrait surgir à propos d'une communication interétatique examinée par la Commission mais dont l'objet serait déjà en cours d'examen devant un autre organe international, le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies par exemple ; pas plus qu'ils ne se préoccupent de celle d'un éventuel réexamen d'une affaire déjà examinée par la Commission ou un autre organe international, en ne consacrant pas le principe *non bis in idem* »².

5. En réponse à cette requête, qui alléguait un certain nombre de violations de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (la Charte) et de plusieurs autres instruments pertinents des droits de l'homme auxquels l'État défendeur est partie³ par les règlements et directives de l'État défendeur excluant les filles enceintes et les jeunes mères des établissements publics d'enseignement primaire et secondaire et d'y être réadmis même après l'accouchement, la Cour « [e]stime donc que la Requête en l'espèce soulève des questions déjà réglées au sens de l'article 56(7) de la Charte et en conclut que ce critère de recevabilité n'est pas satisfait »⁴.

6. En effet la Cour conclut que l'affaire a été réglée par le Comité d'experts sur les droits et le bien-être des enfants (CAEDBE)⁵ saisi le 17 juin 2019 par une communication⁶ alléguant que les filles des écoles primaires et secondaires sont soumises à des tests de grossesse forcés et à l'expulsion des écoles dans le cas où elles sont considérées enceintes ou mariées.

² F. Ouguergouz. *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, Genève, Graduate Institute Publications, 1993, Chapitre VIII, § 105

³ La Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant ; le Protocole de Maputo »à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique ; la Charte africaine de la jeunesse ; la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) ; la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant ; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; la Convention de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement et la Déclaration universelle des droits de l'homme.

⁴ § 61 de l'arrêt.

⁵ Décision n° 012/Com/001/2019 adoptée lors de la 39^{ème} session ordinaire du Comité tenue virtuellement du 21 mars au 01 avril 2022.

⁶ Communication n° 001/2022

7. A mon avis, non seulement l'affaire n'a pas été réglée au fond par le CAEDBE, comme l'estime la Cour, (II) mais les conditions formelles nécessaires pour aboutir à une telle solution n'étaient pas réunies (I)

I. LES CONDITIONS NECESSAIRES DE LA SIMILARITE NE SONT PAS RÉUNIES

8. Dans plusieurs décisions antérieures, la Cour a posé les conditions de forme qui doivent être réunies pour dire qu'une requête déposée devant la Cour de Céans et une ou plusieurs requêtes déposées devant d'autres juridictions ou instances de protection des droits de l'homme sont similaires. En effet, dans ses décisions antérieures notamment dans les affaires *Gombert Jean-Claude Roger c. République de Côte d'Ivoire*⁷ et *Dexter Eddie Johnson c. République du Ghana*⁸, la Cour a défini trois critères cumulatifs pour conclure à l'existence d'une similarité entre différentes requêtes déposées devant elle et devant d'autres juridictions ou organes, à savoir :

- L'identité des parties ;
- L'identité des requêtes ou leur nature supplémentaire ou alternative ou encore si l'affaire découle d'une requête introduite dans l'affaire initiale et
- L'existence d'une première décision sur le fond.

9. Dans l'affaire objet de cette opinion dissidente, et contrairement aux conclusions de la Cour, aucune de ces conditions n'était remplie par la Communication déposée devant le CAEDBE par rapport à la Requête déposée devant la Cour.

A. Le critère de l'identité des parties

10. Tout d'abord, et concernant le premier critère de l'identité des parties, il est patent que si l'État défendeur devant la Cour est celui-là même qui est défendeur devant la CAEDBE, les Requérants devant la Cour de Céans et les

⁷ *Gombert c. Côte d'Ivoire*, Arrêt du 22 mars 2018, 2 RJCA, p : 280, § 45.

⁸ *Dexter Eddie Johnson c. République du Ghana*, Arrêt du 28 mars 2019, 3 RJCA, p : 104, § 48.

plaignants devant le CAEDBE ne sont pas les mêmes. Devant la Cour, il s'agit de dame *Tike Mwambipile*, ressortissante tanzanienne, et *Equality Now*, une organisation non gouvernementale (ONG) dotée du statut d'observateur auprès de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Devant le CAEDBE, il s'agit du Centre des droits de l'Homme et des Droits Juridiques et le Centre des Droits Reproductifs (pour le compte des jeunes filles tanzaniennes). La Cour elle-même fait ce constat lorsqu'elle fait observer dans le paragraphe 49 de l'arrêt que « l'État défendeur est le même dans les procédures devant le CAEDBE et dans la présente Requête, [mais que] toutefois, les Requérants dans les différentes procédures ne sont pas les mêmes ». Mais la Cour, au lieu d'admettre cette absence de similarité des parties dans les deux procédures, passe outre et change de registre au niveau de son argumentation en « estim[ant], toutefois, que les deux affaires peuvent toutes être qualifiées de procédures d'intérêt public »⁹. Au lieu de s'intéresser à l'identité des parties, la Cour invoque la nature des deux affaires en déclarant qu'il s'agit de « procédures d'intérêt public » sans cependant expliquer ce qu'elle entend par cette expression qui, de toutes les manières, n'a rien à voir avec l'identité des parties. La Cour se contente d'une tautologie en affirmant que « l'identité des parties dans différentes requêtes peut être considérée similaire dans la mesure où elles visent toutes deux à protéger l'intérêt du public dans son ensemble, plutôt que seulement des intérêts privés spécifiques » ; et de manière tout à fait surprenante elle tire du caractère d'intérêt public des deux procédures que « [l]e critère de l'identité des parties » est rempli, ce qui objectivement et factuellement est totalement erroné.

B. Le critère de l'identité des requêtes

11. Le critère de l'identité des requêtes vise la similitude des requêtes déposées devant une même juridiction ou devant deux organes différents. Lorsqu'il s'agit de deux ou plusieurs requêtes similaires déposées devant une même et unique juridiction, cette dernière peut, de son propre chef ou à la demande des parties,

⁹ § 50 de l'arrêt.

joindre les deux requêtes et adopter une seule décision, nonobstant le fait que les requêtes émanent de deux ou plusieurs saisissants différents. C'est ce qui est d'ailleurs prévu par l'article 62 du Règlement de la Cour¹⁰ et c'est ce qu'a fait la Cour à plusieurs reprises¹¹. Lorsqu'il s'agit de deux ou plusieurs requêtes similaires déposées devant de deux ou plusieurs juridictions ou instance différentes et qui n'a pas été encore tranché, il s'agit d'éviter la litispendance (*Lis pendens*). Cette situation où existe un risque de conflits de compétence se résout normalement par le dessaisissement de la juridiction ou de l'organe saisi en dernier, si une des parties soulève une exception d'incompétence ou un déclinatoire de compétence. Si la première juridiction ou instance saisie tranche l'affaire l'exception de litispendance se transformera en exception de chose jugée (*Res judicata*)¹².

12. L'article 37 6 1^{er} du Règlement de la Cour ne consacre expressément la règle de la litispendance que concernant les affaires pendantes devant la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples en disposant que « [L]a Cour n'examine aucune requête ou demande d'avis consultatif concernant une affaire pendante devant la Commission, à moins que l'affaire n'ait été formellement retirée ». Mais ce principe, par ailleurs très controversé, ne peut pas s'appliquer chaque fois qu'une affaire se trouve pendante devant une autre juridiction ou instance de défense des droits humains, notamment lorsque la juridiction et l'instance saisie (en l'espèce la CAfDHP et le CAEDBE) ne sont pas, pour reprendre les termes de la CPJI « du même ordre »¹³.

¹⁰ « À n'importe quelle phase de la procédure, la Cour peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, ordonner la jonction ou la disjonction d'instances lorsqu'elle estime qu'une telle mesure est appropriée ».

¹¹ V. La première décision de jonction d'affaires adoptée par la Cour : *Tanganyika Law Society et The Legal Human Rights Centre (Requête 009/2011) et Révérend Christopher Mitikila (Requête 011/2011)*. Ordonnance du 22 septembre 2011, 1 RJCA, p :33

¹² Dans son arrêt du 25 août 1925, *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (Exceptions préliminaires)*, La CPJI affirme que « il est évident que les éléments essentiels qui constituent la litispendance ne se rencontrent pas ici. Il ne s'agit pas de deux demandes identiques ; la requête encore pendante devant le Tribunal arbitral mixte germano-polonais de Paris poursuit la restitution à une société privée de l'usine dont celle-ci prétend avoir été indûment dépouillée ; ce qui, d'autre part, est demandé à la Cour permanente de Justice internationale, c'est l'interprétation de certaines clauses de la Convention de Genève. Les plaideurs ne sont pas les mêmes. Enfin, les tribunaux arbitraux mixtes et la Cour permanente de Justice internationale ne sont pas des juridictions du même ordre ; et cela serait vrai, à plus forte raison, de la Cour et du Tribunal civil polonais de Kattowice ». Série A, n°6, p. 20

¹³ V. note 11 supra.

Rappelons que dans l'arrêt *Gombert c. Côte d'Ivoire* du 22 mars 2018, la Cour avait justement appliqué l'article 56 § 7 de la Charte car en l'espèce le cas a été réglé par une juridiction internationale régionale, à savoir, la Cour de justice de la CEDEAO ; contrairement au cas *Dexter Eddie Johnson c. République du Ghana* a fait l'objet de *Constations* par un organe quasi juridictionnel, le CDH, dont les "décisions" n'ont pas autorité de chose jugée¹⁴.

13. Indépendamment de ces considérations, la requête devant la Cour et la Communication devant le CAEDBE sont, sans doute semblables, mais ne sont pas identiques. Dans la requête devant la Cour, les violations invoquées ne sont pas la reproduction *in extenso* des violations alléguées devant le Comité. En effet, certaines violations invoquées devant la Cour (§19 de l'arrêt) n'ont pas été présentées devant le Comité. Il en est ainsi des violations numérotées de (iii) à (ix)¹⁵ et de la violation n° (xi).

¹⁴ V. Mon opinion dissidente sur l'arrêt *Dexter Eddie Johnson c. République du Ghana*, Arrêt du 28 mars 2019, 3 *RJCA*, p : 104.

¹⁵ « iii. Ordonner à l'État défendeur de révoquer immédiatement la politique d'interdiction (aussi bien le règlement sur l'expulsion que la mise en œuvre des déclarations) et de modifier sa législation pour protéger le droit à l'éducation.

iv. Ordonner à l'État défendeur d'abroger immédiatement l'article 4 du Règlement sur l'éducation (expulsion et exclusion des élèves des écoles) de 2002 afin de supprimer le « mariage » comme motif d'expulsion, et de modifier la loi sur le mariage de 1971 afin de porter l'âge du mariage des filles à 18 ans comme c'est le cas pour les garçons.

v. Ordonner à l'État défendeur d'élaborer des stratégies, des programmes et des campagnes nationales axés sur la question des grossesses chez les adolescentes et de sensibiliser le public à la santé et aux droits de santé sexuelle et reproductive, ainsi qu'à la lutte contre les mariages d'enfants. Renforcer ainsi les connaissances de la communauté en matière de planification familiale et de contraceptifs soutiendra les efforts visant à réduire le taux élevé de grossesses chez les adolescentes.

vi. Ordonner à l'État défendeur de mettre au point des stratégies et organiser des campagnes nationales pour permettre aux mères adolescentes de reprendre leurs études. Il peut s'agir notamment d'octroyer des subventions pour permettre aux filles ayant des enfants de reprendre leurs études, de concevoir un système scolaire alternatif offrant la même qualité et le même niveau d'éducation que ceux offerts dans les écoles ordinaires et d'élaborer et de mettre en œuvre des politiques de réinsertion pertinentes pour les filles qui ont accouché.

vii. Ordonner à l'État défendeur de mettre en place des mesures constitutionnelles, législatives et administratives pour garantir le droit à l'éducation, y compris son applicabilité au niveau national, ainsi qu'un droit à des réparations, notamment pécuniaires, et d'abroger, dans un délai de six (6) mois, les lois et politiques discriminatoires qui entravent le droit à l'éducation.

viii. Ordonner à l'État défendeur de rendre compte à la Cour dans un délai de six (6) mois à compter de la date du présent Arrêt des mesures prises en vue de mettre en œuvre l'Arrêt ainsi que les ordonnances qui en découlent.

ix. Ordonner à l'État défendeur de publier le présent Arrêt sur le site officiel de son appareil judiciaire et du ministère chargé des Affaires juridiques, dans un délai de deux (2) mois à compter de sa date de notification.

[...]

xi. Accorder toute autre réparation que la Cour jugera nécessaire en l'espèce »

14. Ainsi, l'identité des requêtes n'est que partielle. Malheureusement, la Cour a estimé qu'il y avait similitude totale entre la requête devant elle et la plainte devant le Comité. Elle commence par constater qu' « [I]l ressort de l'examen de l'objet desdites requêtes que celles-ci contestent la même loi, à savoir l'article 4 du Règlement sur l'éducation (Expulsion et exclusion des élèves des établissements scolaires) de 2002 et la même pratique consistant à exclure les filles enceintes et les jeunes mères des établissements scolaires, ainsi que les pratiques discriminatoires qui y sont associées, notamment les tests de grossesse obligatoires »¹⁶. Il s'agit certes là de la teneur générale des deux affaires, mais une juridiction ne peut pas se contenter d'impressions générales. Elle ajoute ensuite « [q]ue le CAEDBE n'a constaté dans sa communication que des violations de la Charte africaine des enfants et non de la Charte et des autres instruments juridiques internationaux auxquels l'État défendeur est partie »¹⁷. Ainsi, la Cour admet expressément que seule La Charte sur les droits et le bien-être des enfants a été invoquée devant la Comité. Cela est la logique pure puisque le Comité n'est compétent que pour interpréter et appliquer ladite Charte. Curieusement après ce constat, la Cour se rétracte en affirmant « [T]outefois, la Cour relève également que les principes contenus dans la Charte africaine des enfants sur lesquels le CAEDBE s'est prononcé recourent les principes prévus par les dispositions »¹⁸. Enfin, « [L]a Cour estime donc que le CAEDBE s'est prononcé, en substance, sur les mêmes questions que celles portées par les Requérantes devant la Cour de céans »¹⁹ et de conclure « que le deuxième critère a été satisfait », ce qui est, comme nous l'avons montré, partiellement vrai.

C. Le critère de l'existence d'une première décision sur le fond

15. Quant au dernier critère de l'existence d'une première décision sur le fond « []la Cour note que le CAEDBE, qui est une " institution disposant d'un mandat

¹⁶ § 54 de l'arrêt.

¹⁷ § 56 de l'arrêt.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ § 58 de l'arrêt.

juridique pour examiner le différend au niveau international », a rendu une décision sur le fond ». Or, s'il est vrai que le CAEDBE a effectivement rendu la décision n° 0012/Com/001/2019, cette dernière n'est qu'une simple recommandation qui ne tranche pas l'affaire ou pour utiliser les termes de l'article 56 § 7 de la Charte ne « règle » pas l'affaire au sens de l'article 56 § 7 de la Charte ce qui fera l'objet de la deuxième partie de cette opinion.

II. LE CAEDBE N'A PAS « RÉGLÉ » L'AFFAIRE

16. Après avoir conclu que les trois critères de la similarité entre la requête 04/2020 et la Communication 001/2019 sont remplies²⁰, la Cour, se basant sur la décision n° 0012/Com/001/2019 du CAEDBE, et notamment sur son § 109 (en réalité § 105) qu'elle cite *in extenso* sans aucune analyse, conclut de manière péremptoire que « [l]a Requête en l'espèce soulève des questions déjà réglées au sens de l'article 56(7) de la Charte et en conclut que ce critère de recevabilité n'est pas satisfait ». La Cour n'a pas pris la peine de comparer les questions traitées par le Comité à celles soulevées dans la requête et, au minimum, statuer sur les questions non soulevées devant le Comité et mentionnées dans le paragraphe 14 ci-dessus.

17. A mon avis, le cas n'a pas été « réglé » par le CAEDBE. En effet, l'acte émis par le CAEDBE, bien juridiquement dénommé « Décision », et sans vouloir le sous-estimer, est adopté par un organe qui peut être au plus qualifié d'organe quasi-juridictionnel²¹, exactement comme la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples ou encore les organes des traités des Nations Unies²². La « Décision » du Comité est dépourvue de toute valeur

²⁰ § 60 de l'arrêt : « Au total, la Cour constate que les critères cumulatifs énoncés dans les affaires *Jean-Claude Roger Gombert c. République de Côte d'Ivoire* et *Dexter Eddie Johnson c. République du Ghana*, relatifs à la condition de recevabilité prévue à l'article 56(7) sont remplis ».

²¹ En droit international, un organe quasi-juridictionnel est un organe qui n'est pas formellement un tribunal [...]. Cette dénomination désigne des instances qui sont aptes à recevoir des réclamations portant sur un litige juridique, telles que les diverses commissions d'experts des Nations unies, l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, ou encore, sur le continent noir, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Commission ADHP).

²² Comité pour l'élimination de la discrimination ; Comité des droits économiques, sociaux et ; Comité des droits de l'homme ; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes ; Comité contre la torture ; Sous-comité pour la prévention de la torture ; Comité des droits de l'enfant ; Comité

contraignante à l'égard de l'État défendeur. Elle ne fait en effet que « *recommander* » à la République-Unie de Tanzanie un certain nombre d'action de nature à faire cesser les violations de la Charte des droits et du bien-être de l'enfant. Le verbe « *recommander* » est expressément utilisé par la décision du CAEDBE, et il très regrettable que la Cour ne discute pas la nature juridique de la décision du CAEDBE. En effet, dans le paragraphe 105 de la décision, « le [CAEDBE] recommande à l'État défendeur les actions suivantes [...] ». Comment dès lors peut-on estimer que l'affaire a été réglée ou, en d'autres termes, qu'il y a eu *res juridicata*.

18. Comme je l'ai soutenu dans mon opinion dissidente sur l'arrêt *Dexter Eddie Johnson* précitée, seule une décision ayant un caractère juridictionnel « règle » le cas, c'est-à-dire qu'elle clôt le débat juridique et ordonne à l'État un certain nombre de mesures et d'actions susceptibles de faire cesser les violations du droit. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire *Jean Claude Gombert* qui a été effectivement réglée par la Cour de Justice de la CEDEAO.

19. Une décision juridictionnelle tranche le contentieux, en disant le droit et en faisant peser sur l'État une véritable obligation juridique de résultat²³ pour faire cesser la violation. En cas de non observation de la décision juridictionnelle, l'État commet un acte international illicite qui engage sa responsabilité internationale. Dans le cas du CAEDBE, la décision est une recommandation qui ne fait peser sur l'État une simple obligation de moyens²⁴ qu'il doit certes accomplir en toute bonne foi, mais qui ne débouche pas sur la mise en cause de la responsabilité internationale.

pour les droits des travailleurs migrants ; Comité des droits des personnes ; Comité des disparitions forcées.

²³ Par l'obligation de résultat, le prestataire ne s'engage pas seulement à faire de son mieux pour atteindre le résultat escompté, il s'engage à procurer au créancier un résultat précis, concret et déterminé dès l'origine. À l'inverse de l'obligation de moyens, les moyens mis en œuvre par le débiteur pour atteindre le résultat ne sont pas pris en considération, seul le résultat compte. L'obligation de résultat est plus stricte, elle ne laisse pas de place au doute, à l'aléa. Le débiteur a la maîtrise des choses, des événements ou des personnes qui sont confiées sous sa garde.

²⁴ Par l'obligation de moyens, le débiteur s'engage à mettre au service du créancier tous les moyens dont il dispose pour exécuter le contrat. Le débiteur n'est pas tenu d'atteindre un résultat déterminé mais il promet d'accomplir toutes les diligences nécessaires à la réalisation de son obligation contractuelle. En gros, il doit faire « de son mieux ».

20. En déclarant la requête irrecevable au motif que l'affaire a été réglée par le CAEDBE, la Cour a malheureusement laissé en suspens plusieurs questions relatives au droit à l'éducation, aux droits des femmes, aux droits des enfants, à la non-discrimination, etc. en suspens alors qu'elle pouvait apporter à l'importante décision du CAEDBE l'autorité d'une décision ayant force de chose jugée.

Juge Rafaâ Ben Achour

