

Actualités Droits-Libertés du 2 avril 2013



CREDOF – Revue des Droits de l’Homme

*Centre de Recherches et d’Études sur les Droits Fondamentaux
Université Paris Ouest Nanterre La Défense*

COUR AFRICAINE DES DROITS DE L’HOMME ET DES PEUPLES (Cour ADHP) : Les mesures provisoires, une technique judiciaire de protection des droits fondamentaux de la Charte africaine des droits de l’homme

par Mamadou Meité

La Cour africaine des droits de l’homme et des peuples, saisie par la Commission africaine des droits de l’homme et des peuples en vertu de l’article 5.1 du Protocole de Ouagadougou, a eu à connaître de deux affaires contre le Kenya et la Libye. La première avait trait à la protection des droits conventionnels de la minorité Ogiek dans le massif forestier de Mau. La seconde concernait la situation personnelle de Saif Al-Islam Kadhafi, fils de l’ancien dirigeant libyen, actuellement détenu dans l’attente de son procès en Libye. Ces instances respectives ont été l’occasion pour les juges d’Arusha de réaffirmer l’obligation conventionnelle de respect, de protection et de mise en œuvre des dispositions fondamentales de la Charte africaine. A cette fin, la technique des mesures provisoires leur a semblé pertinente. Elle permet en effet d’assurer l’effectivité des droits de l’homme de manière anticipée.

Lire le texte intégral sur [le site de la Revue des Droits de l’Homme](#)

En parlant de la [Commission africaine des droits de l’homme et des peuples](#) (ci-après Commission ADHP), Mme Ellen Johnson Sirleaf, actuelle présidente du Liberia et prix Nobel de la paix, a pu affirmer de but en blanc : « *Elle ne fonctionne pas. Je n’ai connaissance d’aucune affaire tranchée en lien avec l’un des problèmes majeurs des droits humains qui touchent actuellement notre continent* » (Henry J. Steiner et Philip Alston, *Human rights in context. Law, Politics, Morals*, Oxford, Clarendon, 2007, p. 704 : « *It’s not performing. I don’t know of any cases that you have resolved related to any of the major human rights problems recently affecting our continent* »). Cette prise de position de Mme Sirleaf est symptomatique d’une impression générale quant à l’invisibilité voire la faiblesse de l’organe quasi-juridictionnel de la [Charte africaine des droits de l’homme et des peuples](#) (ci-après Charte ADHP).

Par contraste avec ce sentiment diffus, Keba Mbaye, ancien vice-président de la [Cour internationale de justice](#) (ci-après CIJ) et principal rédacteur de la Charte ADHP, a estimé qu’il importait de relativiser le bien-fondé de cette opinion critique à l’égard de la Commission ADHP. A cet effet, il précisait qu’« *il faut simplement retenir qu’en 1981, année d’adoption de la Charte, l’Afrique n’était pas prête à accepter autre chose que ce qui est contenu aujourd’hui tant sur le plan matériel que sur le plan institutionnel de la Charte [...]* » (Keba Mbaye, « Préface » in Fatsah Ouguerouz, *La Charte africaine des droits de l’homme et des peuples*, Paris, PUF, 1993, 394 p.). Partant, cette affirmation du juge Mbaye laisse comprendre que les faiblesses institutionnelles de la Charte étaient justifiables d’un point de vue temporel et historique. Mais par conséquent, à la lumière des « *transformations intervenues au cours des dernières années et au rythme des événements internationaux* » (Mohammed Bedjaoui, « Cours général de droit international public II », *RCADI*, 2004, T.325, p. 41), ce moyen tiré de l’Histoire ne pouvait plus être valide. En ce sens, le juge Mbaye écrivait dans son livre paru en 1992 qu’« **aujourd’hui, les conditions sont beaucoup plus propices à une avancée des règles de protection des droits de l’homme. Il semble donc que le moment**

soit venu d'envisager des progrès plus tangibles dans ce domaine » (Keba Mbaye, *Les droits de l'homme en Afrique*, Paris, Pedone, 1992, p.160). Somme toute, il incombe de ne plus justifier cette lacune, il importait d'y obvier.

Ainsi, une réforme portant création de la [Cour africaine des droits de l'homme et des peuples](#) (ci-après Cour ADHP) vit-elle le jour à la faveur du [Protocole de Ouagadougou](#) (ci-après le Protocole) en date du 9 juin 1998. Il entra en vigueur après [le dépôt du 15^e instrument de ratification](#). Organe secondaire de l'[Union Africaine](#) (ci-après l'UA) à la différence de la [Cour de justice de l'UA](#) qui est l'organe constitutionnel, originaire et principal de cette organisation continentale, **la Cour ADHP constitue le principal mécanisme judiciaire de la Charte ADHP** (James Mouangué Kabila, « Commentaire de l'article 1 du Protocole » in Maurice Kamto, Dir., *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le Protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p.1234). A ce titre, dépouillant la Commission ADHP de son office de protection originel (voy. le point de vue auquel nous adhérons de P.E. Kenfack, « Commentaire de l'article 5 du Protocole », in Maurice Kamto, *Op.cit.*, pp.1270-1272), **la Cour ADHP constitue le pilier institutionnel de l'ordre public africain relatif à la protection des droits de l'homme.**

In media res, il convient de préciser que pourvoyeuse de la *res judicata*, la Cour dispose, plus fondamentalement, d'une compétence au point de vue *rationae personae* et *rationae materiae*. Au titre de sa compétence *rationae personae*, un Etat ne peut être obligé que s'il a signé puis ratifié ou accepté le Protocole institutif de la Cour reconnaissant, par ce biais, la *jurisdiction* de cette dernière. Qui plus est, en dehors des recours interétatiques qui emportent des obligations *erga omnes partes* à la charge des Etats parties à la Charte ADHP, **un individu ne peut attraire un Etat devant les juges d'Arusha, siège de la Cour, que si, en amont, Etat mis en cause a accepté le droit individuel de saisine directe de la Cour.** Cette acceptation est réalisée à la faveur d'une déclaration *ad hoc* déposée à la Commission de l'UA (six Etats ont seulement fait cette déclaration : Burkina Faso, Ghana, Mali, Malawi, Tanzanie, Rwanda. Voy. par exemple, *Rapport annuel d'activités de la Cour* 2010, p. 2 ; v. le premier arrêt rendu par la Cour où une requête individuelle contre la République du Sénégal est écartée, faute de déclaration de reconnaissance par cet Etat de la compétence de la Cour : Cour ADHP, 15 décembre 2009, [Michélot Yogogombaye c. République du Sénégal](#), Req. N° 001/2008 – [ADL du 19 janvier 2010](#)). Ce mécanisme restrictif est, également, appliqué aux Organisations non gouvernementales (ci-après ONG).

Ces limitations actualisent, de cette manière, la problématique lancinante du *jus standi* de l'individu dans le système juridique régional africain. Nonobstant cette réalité, la violation des provisions de la Charte ne donne pas lieu *de facto* à l'irresponsabilité des Etats. **La Commission ADHP ou un Etat partie peut, aux termes de l'article 5.1 du Protocole de Ouagadougou, déférer les intérêts juridiques de l'individu à la barre des juges africains.** Ce fut notamment le cas pour les affaires [Commission ADHP c. Libye](#) et [Commission ADHP c. République du Kenya](#). Dans les deux espèces qui lui furent soumises par la Commission en vertu de l'article 5.1.a du Protocole, la Cour a émis des ordonnances portant mesures provisoires aux fins de protection de certains droits comme l'y autorise l'économie de [l'article 27.1 du Protocole](#) (« *Lorsqu'elle estime qu'il y a eu violation d'un droit de l'homme ou des peuples, la Cour ordonne toutes les mesures appropriées afin de remédier à la situation, y compris le paiement d'une juste compensation ou l'octroi d'une réparation* »). Dans ce contexte, ces ordonnances rendues contre [la Lybie](#) et [le Kenya](#) présentent un double intérêt. D'une part, elles impliquent une réaffirmation de la fondamentalité des droits reconnus dans la Charte (1°). Et d'autre part, ces ordonnances offrent l'occasion de s'interroger sur la portée juridique des mesures provisoires ou conservatoires en lien avec le régime de la responsabilité de l'Etat (2°).

1°/- Les mesures conservatoires, supports de réaffirmation de la fondamentalité des droits reconnus par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples

Ab ovo, il importe de faire un rappel cursif des faits et de la procédure qui ont donné lieu aux

ordonnances relatives aux mesures conservatoires au cours d'une seconde instance devant la Cour. En premier lieu, au titre du contentieux [Commission ADH c. République du Kenya](#), les faits ont trait à **une violation imminente des droits conventionnels de la minorité Ogiek**. Ce groupe semble constituer les premiers occupants du massif forestier de Mau, le plus grand en Afrique de l'est. Toutefois, nonobstant cette occupation effective et durable, les Ogiek ne paraissent nullement disposer d'un titre juridique formel consacrant leur droit de propriété sur ces terres. En conséquence, l'Etat kényan, se prévalant de son propre droit, estime que ce complexe forestier et les terres qui s'y rattachent font « *partie intégrante du domaine de l'Etat* ». Fort de cette prétention, elle a émis un préavis d'expulsion de trente jours exigeant le déguerpissement de la forêt qui constitue le foyer de vie des Ogiek. En sus de ce préavis, le gouvernement du Kenya a levé les restrictions à l'effet de céder à titre onéreux certaines hectares de la Forêt de Mau. La mise en exécution de cette levée risque de nuire gravement aux droits conventionnels des Ogiek.

Au regard de cette violation potentielle et imminente, une première instance a été introduite, en date du 14 novembre 2009, devant la Commission ADHP par la communauté Ogiek. La Commission a ouvert la seconde instance en transférant l'affaire à la Cour. La Commission, en vertu de l'article 27-2, prie la Cour d'indiquer **des mesures provisoires aux fins de sauvegarde des droits fondamentaux des Ogiek : les droits culturels, le droit de propriété, le droit à la protection de la loi, le droit au développement**. Dans [sa décision du 15 mars 2013](#), la Cour a fait droit à la demande de la Commission. Une ordonnance a été émise à cette fin. En vue d'empêcher des violations irréparables des droits de cette minorité, les juges d'Arusha ont donc mis à la charge de l'Etat kényan une obligation de « *remise en vigueur, avec effet immédiat, des restrictions qu'il avait imposées concernant les transactions foncières dans le complexe de la forêt de Mau [...]* » (comp. à un contentieux proche où la juridiction interaméricaine homologue a accordé une mesure provisoire aux fins de protéger les droits de communautés indigènes : [Commission IADH, 1^{er} avril 2011, MC 382/10, *Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu c. Brésil* – ADL du 19 avril 2011](#)).

En deuxième lieu, la seconde affaire [Commission ADHP c. Lybie](#) fait resurgir dans l'actualité judiciaire internationale la situation personnelle de Saïf Al-Islam Kadhafi (voy. l'instance *Procureur de la CPI c. Saïf Al Islam Kadhafi* en cours). En effet, Mme Hosseinioun, représentante du plaignant a saisi la Commission d'une requête en indication de mesures provisoires au bénéfice de son client qui prétend voir [les articles 6 et 7](#) violés dans son chef. **Ces articles protègent, d'une part, le droit à la liberté et à la sécurité et, d'autre part, le droit composite à un juge**. La Commission a accueilli favorablement la demande et a donc indiqué des mesures provisoires. Celles-ci sont restées ineffectives. La Libye n'a guère fait connaître sa volonté de les respecter ou non. Le silence de ce pays a été interprété par les commissaires de Banjul (siège de la Commission ADHP) comme valant refus de donner suite à ces mesures provisoires. Forte de cette interprétation, la Commission a saisi à bon droit la Cour ADHP en la priant d'indiquer, également, des mesures provisoires. Les juges ont fait droit à cette demande en adoptant [une ordonnance en date du 15 mars 2013](#). Cette décision ordonne *expressis verbis* à la Libye de « **1. S'abstenir de toute action portant sur des procédures judiciaires, des enquêtes ou de détention, qui pourraient causer des dommages irréparables au détenu [...]** 2. **Permettre au détenu de se faire assister par un conseil de son choix** 3. **Permettre au détenu de recevoir la visite des membres de sa famille**, 4. **S'abstenir de prendre des mesures susceptibles de porter atteinte à l'intégrité physique et mentale ainsi qu'à la santé du détenu [...]** ».

Ces rappels faits, il importe maintenant de s'interroger sur le rapport entre ces mesures provisoires de la Cour et la question de la **fondamentalité** des droits reconnus par la Charte. A cette fin, il est nécessaire de définir la notion de « **fondamentalité** ». Ce concept revêt en effet une utilité, en ce qu'il permet d'appréhender son rapport avec les mesures conservatoires.

Du point de vue de sa nature grammaticale, le terme « **fondamentalité** » est un substantif qui renvoie à l'adjectif « *fondamental* ». Par « *fondamental* », il convient de comprendre, suivant une acception lexicographique, ce « *qui a un caractère essentiel* », « *important* » (voy. *Le Robert Pratique*, 2012). Par analogie, les termes « **fondamentalité** » et « *importance* » au niveau du vocabulaire sont interchangeable et synonymes. Partant, **ce qui est fondamental est important et vice-versa**. Ce raisonnement aide-t-il à formuler une définition juridique du terme ? La réponse est

affirmative car, dans la doctrine juridique, « *ce qui est fondamental n'a pas besoin d'être défini* » (Véronique Champeil-Desplats, « Les droits et libertés fondamentaux en France. Genèse d'une qualification », in Antoine Lyon-Caen et Pascal Lokiec, Dir., *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, p. 12). L'équation « *fondamental = important* » proposée semble valide en droit. Toutefois, **admettre la validité de cette équation ne permet pas de déterminer en droit ce qui est fondamental ou important et ce qui ne l'est pas**. Pour résoudre ce problème, plusieurs conceptions ont été avancées parmi lesquelles la conception formelle défendue par « *l'école d'Aix* ». Pour cette dernière, « *un droit fondamental est [...] consacré par une norme de degré supérieur, Constitution et / ou Traité* » (Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Marguénaud, Stéphane Rials, Frédéric Sudre, Dir., *Dictionnaire des droits de l'homme*, 1^{ère} édition, Paris, Puf, 2008, p. 333). La prise en compte des conjonctions de coordination « *et /ou* » implique que les droits fondamentaux sont inscrits soit dans une Constitution, soit dans un Traité.

En conséquence, **il n'est pas faux de dire qu'en tant que traité, la Charte ADHP contient les droits fondamentaux reconnus dans le régionalisme juridique africain**. Qui plus est, la **fondamentalité irradie tous les droits. Il n'existe pas de droits moins fondamentaux que d'autres dans la Charte. Aucune clause de dérogation n'y existe, ce qui paraît signifier que tous les droits sont indérogeables, et donc fondamentaux**. Cette caractéristique particulière de la Charte conduit le juge africain à utiliser une technique proactive et anticipative aux fins de garantie de l'intégrité de ces droits : les mesures provisoires (*comp.* aux mécanismes des mesures provisoires qui existent au sein du système interaméricain – [ADL du 19 avril 2011](#) – et du système européen des droits de l'homme – v. [ADL du 30 janvier 2013 au point 2°](#) et [ADL du 16 décembre 2012 au point 2° A](#)). Ceci a été reconfirmé dans les deux cas d'espèce [Commission ADHP c. Libye](#) et [Commission ADHP c. République du Kenya](#).

*

A l'aune de la fonction de protection anticipée des droits fondamentaux reconnus par la Charte ADHP que joue les mesures provisoires, quelles conséquences est-il possible de prévoir en cas d'inexécution de ces mesures ? Répondre à cette question conduit à s'intéresser à la portée juridique des mesures provisoires en lien avec la responsabilité des Etats.

*

2°/- La portée juridique des mesures provisoires en lien avec le régime de la responsabilité de l'Etat

« *Il est [...] exact de soutenir la thèse que le droit international public de nos jours ne dispose pas encore, le plus souvent, des moyens propres à assurer l'exécution de ses ordres, et particulièrement des ordonnances de mesures conservatoires [...]* » (Paul Guggenheim, « Les mesures conservatoires dans la pratique arbitrale et judiciaire », *RCADI*, 1932, t.40, p. 749). Ce point de vue du Professeur Guggenheim rend compte de la faiblesse principale du droit international public. Il est banal de dire, en effet, qu'au contraire du droit interne, le complexe normatif international ne dispose pas de moyens contraignants pour assurer certaines de ses normes. Cette lacune se fait plus sentir en Afrique. Malgré les appels itératifs à l'émergence d'un sentiment communautaire plus poussé, certains Etats demeurent toujours partisans de la théorie de la souveraineté intégrale. La suite donnée, souvent, aux ordonnances portant mesures provisoires pourrait en témoigner.

A ce titre, il est possible de faire référence à une affaire dans laquelle les mesures provisoires ordonnées par la Commission ADHP ont été simplement ignorées. Ces mesures avaient pour objet d'empêcher l'exécution du plaignant par le gouvernement du Général Sani Abacha, ancien président de la République Fédérale du Nigeria. Suite au non-respect de ces mesures provisoires, la Commission de Banjul a exprimé son indignation en ces mots : « *[...] Le fait d'avoir procédé à l'exécution en dépit d'appels de la Commission et de la Communauté internationale est quelque chose qui ne devrait plus se reproduire. Il ne serait pas assez de dire qu'il s'agit d'une violation de la Charte. Le gouvernement du Nigeria reconnaît que les droits de l'homme ne sont plus du seul*

ressort des lois nationales. **La Charte africaine a été élaborée et a reçu l'adhésion volontaire des Etats africains désireux d'assurer le respect des droits de l'homme sur le continent. Une fois ratifiée, les Etats parties à la Charte sont légalement liés par ses dispositions. Un Etat qui ne veut pas respecter la Charte aurait dû ne pas les ratifier. Une fois légalement lié, cependant, l'Etat dit respecter la loi [...] »** (voy. Commission ADHP, Communications 137/94, 139/94, 154/96 et 167/97, *International Pen, Constitutionnal Rights Project, Interights et Civil Liberties Organisation c. Nigeria*, 1998, § 115-116).

Ainsi, comme précisé dans la décision précitée, **la non-exécution des mesures provisoires emporte-t-elle la responsabilité internationale de l'Etat pour violation de son obligation internationale en vertu de la Charte ADHP.** Par obligation internationale, il importe, prosaïquement, d'entendre une obligation juridique qui prend sa source dans une norme internationale à l'instar du *corpus juris* africain de protection des droits de l'homme. Cette obligation peut consister en une action ou omission (Commission de droit international, [Projet d'article sur la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites et commentaires y relatifs](#), 2001, p. 72). Dans le cas des mesures provisoires, cette distinction ne semble pas utile. Car **la prise de telles mesures conduit généralement à une obligation de faire et de ne pas faire.** Par exemple, dans l'affaire kenyane, l'exécution des mesures mettra à la charge du gouvernement du Kenya, d'une part, d'agir positivement en réimposant les restrictions sur la vente des terres et, d'autre part, d'agir négativement en ne cédant pas la forêt et les terres des Ogiek à une tierce personne. **La méconnaissance de ces deux types d'obligations positives et négatives conduira, logiquement, la Cour ADHP à admettre la responsabilité du Kenya et, dans l'autre affaire, de la Libye.** L'admission éventuelle de la responsabilité de ces deux Etats créera des obligations secondaires à leur charge et, corrélativement, au bénéfice des requérants respectifs. Ces obligations consisteront, principalement, en l'adoption d'un ensemble de modalités de réparations : cessation du fait illicite donc exécution des mesures provisoires prononcées, *restitutio in integrum*, indemnisation, satisfaction, assurances et garanties de non répétition.

*
* *

Est-il permis d'espérer que les Etats en cause se conforment aux ordonnances de juges d'Arusha ? Il n'est pas nécessaire de se constituer en Pythie. Il faut attendre la suite judiciaire de ces deux affaires pour pouvoir articuler une réponse.

Cour ADHP, 15 mars 2013, [Commission ADHP c. Kenya \(mesures provisoires\)](#), N°006/2012

Cour ADHP, 15 mars 2013, [Commission ADHP c. Lybie \(mesures provisions\)](#), N°002/2013 – [Opinion individuelle](#)

Pour citer ce document :

Mamadou Meité, « [Les mesures provisoires, une technique judiciaire de protection des droits fondamentaux de la Charte africaine des droits de l'homme](#) » [PDF] in [Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF](#), 2 avril 2013.

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact
