



HAL
open science

La fonction consultative de la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples: Heurs et malheurs des avis du juge régional des droits de l'Homme

Patient Mpunga Biayi

► **To cite this version:**

Patient Mpunga Biayi. La fonction consultative de la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples: Heurs et malheurs des avis du juge régional des droits de l'Homme. L'Observateur des Nations Unies, 2023, 55 (2), pp.73-95. hal-04529865

HAL Id: hal-04529865

<https://hal.science/hal-04529865>

Submitted on 2 Apr 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA FONCTION CONSULTATIVE DE LA COUR AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES HEURS ET MALHEURS DES AVIS DU JUGE RÉGIONAL DES DROITS DE L'HOMME

Patient MPUNGA BIAYI¹

Résumé

Rédigé en des termes très libéraux, l'article 4 (1) du Protocole créant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (la Cour) confère à cette dernière une large habilitation en matière consultative. Ainsi, l'Union africaine (UA), ses organes, ses États membres et les organisations africaines reconnues par elle peuvent demander des avis à la Cour. Cette dernière bénéficie, en outre, d'une compétence matérielle élargie en matière consultative. Elle peut donner un avis sur toute question juridique relative à la Charte africaine ou à tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme. L'élargissement de la compétence personnelle et matérielle de la Cour en matière consultative a pour but de lui permettre d'assister les États africains dans la mise en œuvre de leurs obligations internationales relatives aux droits de l'homme. Prise sous cet angle, la compétence consultative de la Cour a été conçue pour assurer un meilleur fonctionnement de l'UA, en appui à la collaboration entre ses institutions, ses organes, ses États membres et les organisations africaines reconnues. Nonobstant l'institution extensive de la fonction consultative de la Cour, la pratique révèle que très peu d'acteurs, publics comme privés, ont eu l'initiative de lui demander des avis. La fonction consultative de la Cour demeure éclipsée par sa fonction contentieuse. Elle s'avère anecdotique par rapport à la quantité d'arrêts rendus. Autant la pratique contentieuse de la Cour est abondante, autant sa pratique consultative est faible.

Abstract

Written in very liberal terms, Article 4 (1) of the Protocol establishing the African Court on Human and Peoples' Rights (the Court) gives the latter broad authority in consultative matters. Thus, the African Union (AU), its organs, its member States and recognized African organizations can request opinions from the Court. The Court also benefits from broad material jurisdiction in advisory matters. It can give an opinion on any legal question relating to the African Charter or any other relevant human rights instrument. The expansion of the personal and material jurisdiction of the Court in advisory matters aims to enable it to assist African States in the implementation of their international obligations relating to human rights. From this angle, the consultative competence of the Court was designed to ensure better functioning of the AU, in support of collaboration between its institutions, its organs, its Member States and recognized African organizations. Notwithstanding the extensive institution of the consultative function of the Court, practice reveals that very few actors, public or private, have had the initiative to ask it for opinions. The advisory function of the Court remains eclipsed by its contentious function. It turns out to be anecdotal in relation to the quantity of judgments rendered. As much as the Court's litigation practice is abundant, its advisory practice is weak.

¹ Doctorant en droit à l'Université Laval et lauréat de la bourse d'études supérieures du Canada Vanier, Patientbiayi@gmail.com.

La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après la Cour) a vu le jour avec l'entrée en vigueur du Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après le Protocole) le 25 janvier 2004. Elle possède une double attribution juridictionnelle : contentieuse, d'une part et consultative, d'autre part. La compétence contentieuse de la Cour est prévue par l'article 3 (1) du Protocole qui dispose :

« La Cour a compétence pour connaître de toutes les affaires et de tous les différends dont elle est saisie concernant l'interprétation et l'application de la Charte, du présent Protocole, et de tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par les États concernés »².

La Cour africaine dispose également d'une compétence consultative. S'agissant de cette dernière, l'article 4 du Protocole dispose :

1. À la demande d'un État membre de l'OUA [Organisation de l'Unité africaine, devenue Union africaine (UA)], de [...] [l'UA], de tout organe de [...] [l'UA] ou d'une organisation africaine reconnue par [...] [l'UA], la Cour peut donner un avis sur toute question juridique concernant la Charte ou tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme, à condition que l'objet de l'avis consultatif ne se rapporte pas à une requête pendante devant la Commission [africaine des droits de l'homme et des peuples].
2. Les avis consultatifs de la Cour sont motivés. Un juge peut y joindre une opinion individuelle ou dissidente³.

Le principe de la dualité fonctionnelle de la Cour trouve ainsi son origine conventionnelle dans le Protocole. La question n'a manifestement posé aucune difficulté particulière tant et si bien que l'attribution d'une compétence consultative à la Cour a été concomitante avec sa création. Il y a là identité entre l'acte constitutif de la juridiction africaine et l'acte attributif de la compétence consultative. On comprend ainsi que la fonction consultative, au même titre que la fonction contentieuse, permet à la Cour de remplir sa mission juridictionnelle. Le Protocole assigne globalement à la Cour la mission d'interpréter et d'appliquer divers instruments juridiques internationaux, indépendamment du type de compétence. Il confère à la Cour le droit d'user alternativement des fonctions contentieuse et consultative pour remplir un

² *Protocole de Ouagadougou relatif à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, 9 juin 1998, (entrée en vigueur : 25 janvier 2004), article 3 (1).

³ *Protocole de Ouagadougou relatif à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, *Ibidem*, article 4. Expression de la fonction consultative de la Cour, l'article 4 du Protocole a été repris par la règle 82 du Règlement intérieur de la Cour (ci-après le Règlement intérieur). Cette dernière dispose :

« 1. Conformément à l'article 4 du Protocole, des demandes d'avis consultatifs peuvent être adressées à la Cour par un État membre, par l'Union africaine, par tout organe de l'Union africaine ou par une organisation africaine reconnue par l'Union africaine.

2. Toute demande d'avis consultatif portera sur des questions de droit et précisera les dispositions de la Charte ou de tout autre instrument international relatif aux droits de l'homme à propos desquelles l'avis est demandé, le contexte ou les circonstances à l'origine de la demande, ainsi que les noms et adresses des représentants des entités ayant introduit la demande.

3. L'objet de la demande d'avis consultatif ne peut pas se rapporter à une communication pendante devant la Commission ».

seul et même office. Les avis de la Cour africaine ont donc vocation à garantir le respect de l'interprétation et de l'application de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après la Charte africaine) et des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme.

À l'aube du vingtième anniversaire de l'entrée en vigueur du Protocole, il est permis de s'interroger sur l'exercice par la Cour de sa fonction consultative. Cette dernière a-t-elle permis à la Cour de contribuer au développement du droit international des droits de l'homme ?

Malheureusement, la Cour n'a pas encore développé une jurisprudence significative en matière consultative. En deux décennies, elle n'a reçu que quinze demandes d'avis consultatifs en réponse auxquelles elle n'a rendu que neuf décisions. Les six autres demandes ont été radiées du rôle par simple ordonnance, parce qu'elles ne satisfaisaient pas aux exigences formelles et/ou substantielles de l'article 4 du Protocole⁴. Sur les neuf décisions rendues par la Cour, six d'entre elles concluent à l'incompétence et rejettent la requête⁵. Par conséquent, la Cour n'a rendu

⁴ Cour ADHP, *Ordonnance relative à la Demande d'avis consultatif n° 001/2015 sur la question de savoir si l'obligation d'un État africain, partie au Statut de la Cour pénale internationale (CPI) (Statut de Rome), de coopérer avec celle-ci l'emporte sur l'obligation qui lui est faite de se conformer aux résolutions de l'Union africaine prescrivant à ses États membres de ne pas coopérer avec la CPI*, 29 novembre 2015, Demande n° 001/2015 introduite par Coalition for the International Criminal Court, the Legal Defence and Assistance Project, the Civil Resource Development and Documentation Centre (CIRDDOC) and the Women Advocates Documentation Centre (WARDC) ; Cour ADHP, *Ordonnance relative à la Demande d'avis consultatif n° 001/2014 sur la question de savoir si l'obligation d'un État africain, partie au Statut de la Cour pénale internationale (CPI) (Statut de Rome), de coopérer avec celle-ci l'emporte sur l'obligation qui lui est faite de se conformer aux résolutions de l'Union africaine prescrivant à ses États membres de ne pas coopérer avec la CPI*, 5 juin 2015, Demande n° 001/2014 introduite par Coalition for the International Criminal Court, the Legal Defence and Assistance Project, the Civil Resource Development and Documentation Centre (CIRDDOC) and the Women Advocates Documentation Centre (WARDC) ; Cour ADHP, *Ordonnance relative à la Demande d'avis consultatif n° 002/2012 sur la décision de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) de suspendre le Tribunal de la SC*, 15 mars 2013, Demande n° 002/2012 introduite par Pan African Lawyers' Union (PALU) and Southern African Litigation Centre (SALC) ; Cour ADHP, *Ordonnance relative à la Demande d'avis consultatif n° 001/2012 sur les conséquences juridiques et en matière de droits de l'homme découlant de l'extrême pauvreté systémique et généralisée qui prévaut au Nigeria*, 15 mars 2013, Demande n° 001/2012 introduite par Socio-Economic Rights and Accountability Project (SERAP) ; Cour ADHP, *Ordonnance relative à la Demande d'avis consultatif n° 002/2011 déposée par l'avocat Marcel Ceccaldi au nom de la Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste*, 13 mars 2012, Demande n° 002/2011 introduite par Marcel Ceccaldi au nom de la Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste ; CADHP, *Ordonnance relative à la Demande d'avis consultatif n° 001/2011 déposée par la République du Mali*, 07 mars 2012, Demande n° 001/2011 introduite par le Mali.

⁵ Cour ADHP, *Décision relative à la demande d'Avis consultatif sur la signification de la mention « une organisation africaine reconnue par l'Union africaine » et sur la question de savoir si la pauvreté extrême, systémique et généralisée constitue une violation de certaines dispositions de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, notamment l'article 2, qui interdit la discrimination fondée sur « toute autre situation »*, 26 mai 2017, Demande n° 001/2013 introduite par Socio Economic Rights and Accountability Project (SERAP) ; Cour ADHP, *Décision relative à Demande d'avis consultatif sur l'introduction d'une plainte devant la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples ou la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples à la suite d'un changement anticonstitutionnel de gouvernement*, 28 septembre 2017, Demande n° 002/2014 introduite par la Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme RADDHO ; Cour ADHP, *Décision relative à la Demande d'avis consultatif sur l'interprétation du terme « examen » figurant à l'article 59(3) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples en relation avec le pouvoir d'examiner le rapport d'activité de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*, 28 septembre 2017, Demande n° 002/2015 introduite par le Centre des Droits de l'Homme de l'Université de Pretoria (CHR) et la Coalition des lesbiennes africaines ; Cour ADHP, *Décision relative à la Demande d'avis consultatif sur les obligations*

à ce jour que trois avis consultatifs dans lesquels elle répond à la question qui lui est posée⁶. Comme on peut le constater, la Cour peine à contribuer au développement du droit international à travers l'exercice de sa fonction consultative, n'exerçant ainsi que minimalement les attentes de ses fondateurs. Dans ces conditions, le Protocole demeure la principale source de renseignements sur la fonction consultative de la Cour.

L'article 4 du Protocole, de même que la règle 82 du Règlement intérieur qui en reprend la substance sans toutefois fournir d'informations supplémentaires, fixe les contours de la fonction consultative de la Cour, procédant en conséquence à une extension de son cadre d'habilitation (I). L'amplitude de la saisine de la Cour rejaillit inévitablement sur la consistance de son pouvoir consultatif. La formulation de l'article 4 du Protocole opère en faveur de la Cour un alignement de la compétence consultative sur la compétence contentieuse *ratione materiae*, ce qui élargit considérablement l'objet de la consultation (II).

I. L'EXTENSION DU CADRE D'HABILITATION DE LA COUR EN MATIÈRE CONSULTATIVE

L'article 4 du Protocole, et en cela suivi par la règle 82 du Règlement intérieur, habilite la Cour à exercer sa fonction consultative au prix d'une appréciation élargie des entités autorisées à la saisir. La diversité des auteurs de la saisine matérialise de façon magistrale le rôle préventif de la fonction consultative de la Cour. En multipliant les titulaires du droit de saisir la Cour en matière consultative, l'article 4 du Protocole a entendu conférer à la juridiction régionale africaine un rôle prépondérant dans l'interprétation et l'application des instruments internationaux des droits de l'homme sur le continent. Ainsi, aux côtés de l'UA, de ses organes et de ses États membres, les organisations africaines reconnues par l'UA sont également en mesure de saisir la Cour. L'admission de cette pléiade d'acteurs contribue sans conteste à donner à la Cour les moyens d'agir comme un véritable conseiller en matière des droits de l'homme sur le continent.

des États en vertu de l'article 6(d) du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique, 28 septembre 2017, Demande n° 001/2016 introduite par Centre for Human Rights, Federation of Women Lawyers Kenya, Women's Legal Centre, Women Advocates Research and Documentation Centre, Zimbabwe women Lawyers Association ; Cour ADHP, *Décision relative à la demande d'avis consultatif sur la conformité du projet de loi minière type pour l'Afrique intitulé « Model Law on Mining on Community Land in Africa » (exploitation minière entreprise sur les terres communautaires en Afrique) à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, 28 septembre 2017, Demande n° 002/2016 introduite par l'Association africaine de défense des droits de l'homme ; Cour ADHP, *Décision relative à la demande d'Avis consultatif sur l'application du principe de la rotation régionale dans le cadre de l'élection du bureau du Parlement panafricain*, 16 juillet 2021, Demande n° 001/2021 introduite par le Bureau du Parlement panaméricain (PAP).

⁶ Cour ADHP, *Avis consultatif sur le statut du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (CAEDBE) devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, 5 décembre 2014, Demande n° 002/2013 introduite par le Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (CAEDBE) ; Cour ADHP, *Avis consultatif sur le droit de participer à la direction des affaires publiques dans un contexte d'une élection tenue lors d'une urgence de santé publique ou d'une pandémie, telle que la crise de la Covid-19*, 16 juillet 2021, Demande n° 001/2020 introduite par The Pan African Lawyers' Union (PALU) ; Cour ADHP, *Avis consultatif sur la compatibilité des lois sur le vagabondage avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et avec les autres instruments des droits de l'homme applicables en Afrique*, 4 décembre 2020, Demande n° 001/2018 introduite par The Pan African Lawyers' Union (PALU).

A. La consécration d'une saisine inconditionnée en faveur de l'Union africaine et ses organes

Le jeu combiné de l'article 4 (1) du Protocole et de la règle 82 (1) du Règlement intérieur détermine les contours de la fonction consultative de la Cour au regard des requêtes formulées par l'UA et ses organes. Contrairement aux systèmes onusien⁷ et interaméricain⁸ où l'amplitude des titulaires de la saisine consultative est réduite, les textes africains ne posent pas de condition particulière à l'UA et ses organes pour demander des avis de la Cour. Ainsi, « la saisine émanant des organes de l'UA ne serait pas limitée aux questions relevant de leurs compétences particulières »⁹. Cette saisine est d'autant plus large qu'il importe peu que l'objet de la requête porte sur un domaine dans lequel ces organes n'ont pas des pouvoirs de recommandations. L'habilitation des organes de l'UA à demander des avis à la Cour sur des questions juridiques dépourvues de lien direct ou indirect avec leurs activités est surprenante. En effet, une des implications logiques de la fonction consultative de la Cour est de subordonner la compétence consultative de l'organe requérant à sa compétence matérielle. La fonction consultative de la Cour vise à assister les organes de l'UA à s'acquitter de leurs tâches en vertu de l'Acte constitutif de l'UA. La demande d'avis devrait normalement porter sur des questions que l'organe requérant est à même de traiter. En conséquence, tout avis rendu sur une question étrangère à ses attributions serait par principe sans objet et inapte par définition à fournir la moindre assistance.

Compte tenu de l'autonomie institutionnelle de la Cour vis-à-vis de l'UA, l'ouverture de la voie consultative à l'organisation panafricaine et à ses organes n'est certainement pas sans incidence sur la fonction qu'elle remplit. Pris sous cet angle, la Cour s'appréhende comme un auxiliaire du travail de l'UA. Dès lors, la fonction consultative s'analyse comme un processus à deux volets impliquant l'interaction entre les Organes politiques de l'UA et son organe judiciaire principal qu'est la Cour. À travers l'exercice de sa fonction consultative, la Cour devrait consolider sa fonction juridictionnelle en ancrant le droit régional dans les principes coutumiers du droit international sans sacrifier son indépendance au profit des organes politiques de l'UA, ni se laisser instrumentaliser par ces derniers.

⁷ L'article 65 (1) du Statut de la Cour internationale de justice (CIJ) subordonne l'exercice du pouvoir de donner des avis à la condition que l'organe qui sollicite la Cour soit « autorisé par la Charte des Nations Unies ou conformément à ses dispositions à demander cet avis ». Aux termes de l'article 96 (2) de la Charte des Nations Unies, les organes de l'Organisation, autres que l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, « qui peuvent, à un moment quelconque, recevoir de l'Assemblée générale une autorisation à cet effet ont également le droit de demander à la Cour des avis consultatifs sur des questions juridiques qui se poseraient dans le cadre de leur activité ». Sur l'application de ces dispositions, voir CIJ, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ. rec.* 1996, p. 66-85 ; CIJ, *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, Avis consultatif du 29 avril 1999, *CIJ. rec.* 1999-1, p. 62-91, spécialement p. 75-77, § 27.

⁸ L'article 64 de la Convention américaine des droits de l'homme limite la faculté de la saisine consultative de la Cour par les organes de l'Organisation des États américains par le principe de spécialité. L'objet de la requête doit porter sur un domaine dans lequel l'organe requérant a des pouvoirs de recommandation.

⁹ A. ONDOUA, « La fonction consultative de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (article 4 du Protocole du 9 juin 1998 relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, portant création de la Cour » dans A. ONDOUA, D. SZYMCAK (dir.), *La fonction consultative des juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2009, p. 108.

Si, juridiquement, il y a une amplitude des titulaires de la saisine consultative de la Cour en qualité d'organes de l'UA; dans la pratique, seuls le Parlement panafricain (le Parlement) et le Comité africain d'experts sur les droits et bien-être de l'enfant (le Comité) ont eu l'initiative d'activer le mécanisme consultatif en qualité d'« organes » de l'UA. La diversité d'organes de l'UA, comme établi par l'article 5 de son Acte constitutif¹⁰, s'avère pour l'heure bien théorique tant et si bien que la pratique met en évidence l'exclusivité de la saisine consultative de la Cour par le Comité et le Parlement. La saisine de la Cour par le Parlement ne pose aucun problème particulier comparativement à sa saisine par le Comité. Dans ce dernier cas, en effet, des hésitations sur la compétence personnelle de la Cour viennent du fait que le Comité n'est pas expressément repris sur la liste des organes de l'UA par l'article 5 de l'Acte constitutif. Dès lors, la Cour devait statuer sur la question de savoir si le Comité fait partie des « organes de l'UA » au sens de l'article 4 (1) du Protocole, et en conséquence, s'il est titulaire du droit de la saisine consultative. Formellement, la réponse paraît simple : le Comité n'étant pas repris sur la liste des organes de l'UA par l'article 5 de l'Acte constitutif de l'organisation, l'on se serait attendu que la Cour déclare irrecevable sa demande d'avis pour défaut de compétence personnelle. Mais la Cour a pris le contrepied de cette position et a estimé que le Comité a compétence pour lui demander un avis en qualité d'organe de l'UA. Pour aboutir à cette conclusion, la Cour procède par un raisonnement analogique et prend en compte trois critères : la nature juridique du Comité (en tant qu'organe spécialisé en matière des droits de l'enfant), le fait que les fonctions et attributs qui lui sont reconnus sont semblables à ceux d'autres organes repris à l'article 5 de l'Acte constitutif de l'UA ainsi que la similitude du traitement qui lui est réservé par les organes politiques de l'UA avec celui accordé aux organes cités à l'article 5 de l'Acte constitutif de l'UA. Pour la Cour,

« [L]e Comité est un organe spécialisé de l'UA dans le domaine des droits de l'enfant et [...] il est doté de tous les attributs d'un organe de l'UA en ce qui concerne l'établissement des rapports, sa nature quasi judiciaire, ses procédures budgétaires ainsi que la manière dont il rend compte aux organes politiques »¹¹.

La motivation de la Cour prête le flanc à la critique. En effet, la Cour ne se réfère pas à la liste limitative des organes de l'UA contenue dans l'article 5 (1) de l'Acte constitutif de l'organisation, pas plus qu'elle ne vise aucune décision officielle de la Conférence de l'Union faisant du Comité un organe de l'UA

¹⁰ L'article 5 de l'Acte constitutif de l'Union africaine dispose :

1. « Les organes de l'Union sont les suivants :

(a) La Conférence de l'Union
 (b) Le Conseil exécutif;
 (c) Le Parlement panafricain;
 (d) La Cour de justice;
 (e) La Commission;
 (f) Le Comité des représentants permanents;
 (g) Les Comités techniques spécialisés;
 (h) Le Conseil économique, social et culturel;

2. La Conférence peut décider de créer d'autres organes.

¹¹ Cour ADHP, *Avis consultatif sur le statut du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (CAEDBE) devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, op. cit., § 55.

conformément à l'article 5 (2) de l'Acte constitutif. La Cour justifie sa compétence consultative pour le Comité en considérant que les organes politiques de l'Union, dont le Conseil exécutif et la Conférence, ont toujours traité le Comité comme un organe de l'UA, notamment lorsqu'il s'agit de présenter et d'examiner les projets de budget et les rapports annuels. Plus spécifiquement, la Cour tire la qualité d'organe du Comité du fait que « les décisions prises par les organes politiques au sujet des rapports présentés par le Comité apparaissent aussi aux côtés de celles concernant les autres organes cités à l'article 5 de l'Acte constitutif »¹². La Cour ne vise toutefois aucune règle juridique pertinente fondant cette considération. Elle ne vise pas non plus un principe fondamental qu'elle énonce. Contrairement à ce que la Cour avance, le Comité est un organe quasi juridictionnel de protection des droits de l'homme (et plus spécifiquement des droits de l'enfant) sur le continent. Il n'est pas un organe de l'UA. Le fait que la Charte de l'enfant, qui porte création du Comité, ait été adoptée sous l'égide et dans le cadre de l'Organisation de l'Unité africaine (la devancière de l'UA), est impuissant à faire du Comité un organe de l'UA. Dans la mesure où le Comité ne figure pas à l'énumération de l'article 5 (1) de l'Acte constitutif de l'UA en tant qu'organe, seule une décision officielle de la Conférence de l'Union peut lui conférer cette qualité conformément à l'article 5 (2) de l'Acte constitutif de l'organisation. En l'absence d'une telle décision, le Comité ne devrait pas être considéré comme un organe de l'UA. En ayant statué en sens contraire, la Cour a empiété sur les compétences dévolues à la Conférence de l'UA, mettant ainsi en péril l'équilibre institutionnel. La Cour a débordé dans son élan jurisprudentiel, substituant à des normes communautaires des principes qu'elle estime valables au regard de son jugement politique.

Le raisonnement de la Cour sur l'étendue de sa compétence personnelle s'avère contradictoire. D'une part, la Cour reconnaît au Comité la compétence pour la saisir en matière consultative en qualité d'organe de l'UA quand bien même le Comité n'est pas expressément mentionné sur la liste des organes de l'UA par l'article 5 (1) de l'Acte constitutif de l'organisation. D'autre part et dans le même avis, la Cour refuse au Comité la compétence pour la saisir en matière contentieuse au motif qu'il ne figure pas sur la liste des organes habilités à la saisir en vertu de l'article 5 (1) du Protocole¹³. La Cour interprète de manière élargie la liste des organes de l'UA habilités à la saisir en matière consultative, tandis qu'elle adopte une approche restrictive de la liste des entités qualifiées à la saisir en matière contentieuse. Reconnaisant très justement que « l'omission initiale de mentionner le Comité dans le Protocole n'était pas intentionnelle »¹⁴, la Cour demeure toutefois

¹² *Ibidem*.

¹³ L'article 5 (1) du Protocole dispose : « Ont qualité pour saisir la Cour :

- a) la Commission ;
- b) l'État partie qui a saisi la Commission ;
- c) l'État partie contre lequel une plainte a été introduite ;
- d) l'État partie dont le ressortissant est victime d'une violation des droits de l'homme ;
- e) les organisations inter-gouvernementales africaines ».

¹⁴ Cour ADHP, *Avis consultatif sur le statut du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (CAEDBE) devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, op. cit., § 69 et 94. Certains auteurs estiment que lors de l'adoption du Protocole relatif à la Cour africaine en 1998, le Comité n'était pas opérationnel et la perspective de l'être dans un futur proche était douteuse. Voilà la raison pour laquelle le Protocole créant la Cour africaine n'a pas mentionné le Comité ; voir F. VILJEN, « Understanding and overcoming challenges in accessing the african court on human and peoples' rights », *International & Comparative Law Quarterly*, 2018-67, p. 87.

convaincue que « le sens du texte est clair et sans équivoque quant aux entités qui peuvent saisir la Cour en vertu de l'article 5 du Protocole »¹⁵. Refusant donc de se substituer au législateur dont les intentions sont jugées claires et sans équivoque, la Cour estime que « lorsqu'une liste exhaustive est fournie dans un traité, elle ne peut pas être interprétée pour y insérer une entité qui n'y est pas mentionnée, même si celle-ci est dotée des mêmes attributs que les entités citées »¹⁶. Or, c'est justement ce qu'elle a fait avec l'article 5 (1) de l'Acte constitutif de l'UA : la Cour a admis que le Comité est un organe de l'UA et peut, en conséquence, la saisir en matière consultative, alors même que le Comité ne figure pas sur la liste des organes de l'UA élaborée par l'article 5 (1) de l'Acte constitutif. Il en résulte donc que pour la Cour, l'ouverture de sa procédure consultative est plus large que celle de sa procédure contentieuse et que, en l'état du droit positif, le Comité peut lui demander un avis et non un arrêt. On a là l'image d'une Cour indulgente en matière consultative et sévère en matière contentieuse. Cette approche extensive des titulaires du droit de la saisine consultative de la Cour ne bénéficie pas qu'aux organes de l'UA. Les États membres de l'Union ainsi que les organisations africaines reconnues par cette dernière peuvent également s'en prévaloir.

B. L'ouverture d'une saisine non restrictive aux États et aux organisations africaines reconnues par l'Union africaine

Conformément à l'article 4 (1) du Protocole, tout État membre de l'UA peut soumettre une demande d'avis à la Cour, la faculté de saisine étatique étant absolue, quel que soit l'objet de la demande d'avis. Cette disposition conventionnelle décline deux caractéristiques spécifiques de la saisine étatique. Celle-ci est tout d'abord une saisine élargie. Elle n'est pas limitée aux États parties au Protocole créant la Cour, mais s'étend à l'ensemble des États membres de l'UA, autrement dit à tous les États africains. À ce sujet, la Cour a éloquentement rappelé « qu'elle peut être invitée à fournir un avis consultatif par tout État membre de l'UA et n'est pas limitée aux États qui ont ratifié le Protocole ou tout autre instrument des droits de l'homme »¹⁷. Contrairement à l'article 5 du Protocole (relatif à la compétence contentieuse) qui permet uniquement aux États parties au Protocole d'engager une action contre un autre État partie, l'article 4 du Protocole (relatif à la compétence consultative) n'impose pas la condition selon laquelle un État doit avoir ratifié le Protocole. La différence est logique : l'article 5 sous-tend l'idée selon laquelle un État qui n'est pas disposé à accepter la compétence de la Cour dans les affaires qui pourraient être portées contre lui ne devrait pas non plus avoir le droit d'engager une procédure contre un autre État¹⁸. Cette justification ne s'étend pas à l'article 4 du Protocole puisque le but des procédures consultatives est de permettre aux États d'obtenir une interprétation judiciaire sur les questions liées aux droits de l'homme, ce qui pourrait également aider d'autres États à remplir leurs

¹⁵ Cour ADHP, *Avis consultatif sur le statut du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (CAEDBE) devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, op. cit., § 98.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Cour ADHP, *Avis consultatif sur le droit de participer à la direction des affaires publiques dans un contexte d'une élection tenue lors d'une urgence de santé publique ou d'une pandémie, telle que la crise de la Covid-19*, op. cit., § 46.

¹⁸ A.P. VAN DER MEI, « The Advisory Jurisdiction of the African Court on Human and People's Rights », *African Human Rights Law Journal*, 2005-5, p. 35.

obligations en la matière. L'objectif poursuivi par les rédacteurs de l'article 4 (1) du Protocole est de permettre à la Cour d'offrir ses services consultatifs à l'ensemble des États du continent et non pas seulement à une poignée d'États, ce qui est conforme à l'intérêt général que revêt la consultation¹⁹. Cela est d'autant plus important que l'exercice de la fonction consultative d'une juridiction internationale affecte, au-delà des justiciables, l'ensemble du droit international. Par conséquent, le Protocole positionne la Cour comme l'organe judiciaire de l'UA et ce, indépendamment du fait qu'un État l'ait ou non ratifié.

Ensuite, la saisine consultative de la Cour par les États membres de l'UA est une saisine inconditionnée. Les États jouissent du principe de la liberté de consultation. Ils n'ont pas l'obligation de démontrer un intérêt à agir. Il s'agit d'une saisine dont la mise en œuvre est caractérisée par l'inexistence de conditions particulières. Dans ce contexte, la tentative pourrait être forte, de la part des États qui n'ont pas ratifié le Protocole de la Cour, d'instrumentaliser la voie consultative à des fins politiques. Il appartiendra à la Cour, saisie d'un éventuel détournement de procédure par un État requérant, d'y opposer un refus.

Sur le plan pratique, ce sont les États qui sont censés tirer le plus grand bénéfice de la fonction consultative de la Cour dans la mesure où ils détiennent le monopole de l'autorité publique et eux seuls peuvent protéger les droits des citoyens. Il appartient à l'État d'offrir la garantie collective de sauvegarde des droits de chacun et de tous. Pour les aider dans cette tâche, les avis de la Cour ont vocation à leur fournir une assistance juridique indispensable. De l'opinion même de la Cour, « ses avis consultatifs sont conçus pour guider tous les États membres de l'UA dans le respect de leurs engagements internationaux en matière de droits de l'homme »²⁰. Ici apparaît la finalité première de la compétence consultative de la Cour : éclairer le sens et la portée des obligations des États africains en matière des droits de l'homme. La fonction d'interprète du droit international des droits de l'homme attachée à la compétence consultative de la Cour a ainsi une fonction pédagogique pour les États membres de l'UA. L'avis de la Cour n'est pas uniquement destiné à l'auteur de la demande. L'ensemble des acteurs du système africain en sont bénéficiaires. Sous cet angle, la compétence consultative de la Cour a été conçue pour assurer un meilleur fonctionnement de l'UA, en appui à la collaboration entre ses institutions, ses organes et ses États membres. En ce sens, il est communément admis que la fonction consultative des juridictions internationales sert « à assurer la pacification des relations internationales ou l'assistance juridique des principaux acteurs de l'ordre international »²¹.

¹⁹ En ce sens, la Cour interaméricaine a jugé que la saisine élargie est une des marques distinctives de la procédure consultative par rapport à la procédure contentieuse dans la mesure où il n'y a pas de parties à l'instance ni de litige à résoudre; Cour IADH, 14 novembre 1997, *Rapports de la Commission interaméricaine des droits de l'homme*, Série A, n° 15, § 25 ; L. BURGORGUE-LARSEN et A.U. DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 105.

²⁰ Cour ADHP, *Avis consultatif sur le droit de participer à la direction des affaires publiques dans un contexte d'une élection tenue lors d'une urgence de santé publique ou d'une pandémie, telle que la crise de la Covid-19*, *op. cit.*, § 46.

²¹ M.C. RUNAVOT, *La compétence consultative des juridictions internationales : reflet des vicissitudes de la fonction judiciaire internationale*, Paris, LGDJ, 2010, p. 129, § 204.

À ce jour, un seul État africain, le Mali, a activé le mécanisme consultatif de l'article 4 du Protocole. Le requérant, partie au Protocole créant la Cour, a toutefois retiré sa demande d'avis, ce qui a mené à la radiation de l'affaire du rôle de la Cour²². En outre, une demande prétendument introduite au nom et pour le compte de la Libye avait été radiée du rôle de la Cour puisque son auteur n'avait pas répondu à la lettre de la Cour lui demandant de produire la preuve qu'il agissait effectivement au nom de la Libye²³. De l'avis de la Cour, seuls les représentants dûment habilités par les États membres de l'UA peuvent soumettre une demande d'avis consultatif. L'insuffisance de demandes d'avis consultatifs par les États membres de l'UA démontre à quel point le mécanisme consultatif ne fait pas partie de la politique juridique extérieure des États africains. L'absence des demandes d'avis de la Cour par les États du continent pourrait s'appréhender en termes de négligence de leur utilité pour le droit régional africain, l'avis ne représentant pas, à leurs yeux, la meilleure forme judiciaire d'expression potentielle du droit. Cette situation n'est pas particulière à la Cour. Depuis son existence, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après la Commission) n'a rendu qu'un seul avis consultatif en 2007 à la demande de la Conférence de l'UA²⁴ bien qu'elle soit opérationnelle depuis 1986. Ceci contraste avec l'actualité internationale d'autres régions du monde où plusieurs États font preuve d'un intérêt certain pour la fonction consultative des juridictions internationales, notamment en matière climatique²⁵. Confirmant la faible mobilisation étatique en matière de procédure consultative, le protocole de Sharm-el-Sheik créant la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, n'envisage plus de compétence étatique en matière de demande d'avis devant la nouvelle juridiction issue de la fusion de la Cour africaine des droits de l'homme avec la Cour de justice de l'UA²⁶.

En plus de l'UA, de ses organes et de ses États membres, l'article 4 (1) du Protocole confère également le droit de saisir la Cour en matière consultative à toute « organisation africaine reconnue [par l'UA] ». Cette disposition pose trois critères cumulatifs: il doit s'agir d'une « organisation », elle doit être « africaine » et elle doit être « reconnue par l'UA ». À ce sujet, la Cour a interprété de manière élargie la notion d'« organisation », et ce, contrairement à la vision majoritaire des

²² CADHP, *Ordonnance relative à la Demande d'avis consultatif n° 001/2011 déposée par la République du Mali*, *op. cit.*

²³ Cour ADHP, *Ordonnance relative à la Demande d'avis consultatif n° 002/2011 déposée par l'avocat Marcel CECCALDI au nom de la Grande Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste*, *op. cit.*, § 1-6.

²⁴ Commission ADHP, *Avis consultatif de la Commission africaine des Droits de l'Homme et des Peuples sur la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 30 mai 2007.

²⁵ Le 29 mars 2023, l'Assemblée générale de l'ONU a adopté une résolution par laquelle elle fait part de son intention de demander à la Cour internationale de justice un avis consultatif sur les obligations des États à l'égard des changements climatiques. Quelques semaines auparavant, une autre juridiction, le Tribunal international du droit de la mer, était saisie d'une demande d'avis consultatif soumise par la commission des petits États insulaires sur le changement climatique et le droit international. À l'échelle régionale, la Colombie et le Chili ont déposé une demande d'avis consultatif à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, concernant l'urgence climatique et les droits humains.

²⁶ L'article 53 (1) du protocole de Sharm-el-Sheik créant la Cour africaine de justice et des droits de l'homme dispose: « La Cour peut donner un avis consultatif sur toute question juridique, à la demande de la Conférence, du Parlement, du Conseil exécutif, du Conseil de Paix et de Sécurité, du Conseil économique, social et culturel (ECOSOCC), des institutions financières ou de tout autre organe de l'Union autorisé par la Conférence ».

États africains qui voulaient limiter la compétence de la saisine consultative aux seules « organisations intergouvernementales »²⁷. La Cour estime que l'utilisation du terme « organisation » à l'article 4 (1) du Protocole « couvre aussi bien les organisations intergouvernementales que les organisations non gouvernementales [ONG] »²⁸. Cette décision ne peut qu'être approuvée, car elle est conforme aux Travaux préparatoires du Protocole créant la Cour, lesquels suggèrent que le terme « organisation » a été utilisé dans son sens ordinaire²⁹. Ainsi, la nature non spécifique et non restrictive du terme « organisation » contenu dans l'article 4 du Protocole créant la Cour laisse penser que la voie consultative est ouverte tant aux organisations intergouvernementales qu'aux ONG. Si les rédacteurs du Protocole avaient voulu limiter la compétence de demander les avis de la Cour aux seules organisations intergouvernementales, ils l'auraient précisé de manière explicite comme ils l'ont précisé en matière contentieuse (article 5 du Protocole). En ne l'ayant pas fait, les rédacteurs du Protocole ont volontairement élargi la compétence consultative de la Cour et ce, contrairement à sa compétence contentieuse. Dès lors, « il ne s'agit pas d'une omission, mais d'une formulation délibérée, destinée à donner un accès étendu à la Cour aux organisations africaines »³⁰. Par conséquent, le terme générique « organisation » utilisé à l'article 4 du Protocole créant la Cour renvoie à tout type d'organisations.

Pour pouvoir saisir la Cour d'une demande d'avis, l'article 4 du Protocole exige que l'« organisation » requérante soit « africaine ». S'agissant de cette dernière notion, la Cour est d'avis qu'une organisation peut être considérée comme étant africaine « si elle est enregistrée dans un État africain et est dotée de structures aux niveaux sous régional, régional ou continental et elle mène des activités au-delà du territoire dans lequel elle est enregistrée »³¹. Pour répondre à la description d'une « organisation africaine » au sens de l'article 4 du Protocole, la requérante doit avoir son siège social dans l'un des États africains. En outre, ses activités doivent s'étendre au-delà du pays d'établissement pour couvrir les États de la région ou de la sous-région. Toutefois, le critère géographique d'une organisation n'est pas le seul à prendre en considération, la Cour admettant la

²⁷ Les organisations intergouvernementales africaines sont : l'Union du Maghreb arabe (UMA), la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA), la Communauté économique et monétaire d'Afrique centrale (CEMAC), la Communauté de l'océan Indien (COI) et la Communauté de l'Afrique de l'Est (CAE).

²⁸ Cour ADHP, *Décision relative à Demande d'avis consultatif sur la signification de la mention « une organisation africaine reconnue par l'Union africaine » et sur la question de savoir si la pauvreté extrême, systémique et généralisée constitue une violation de certaines dispositions de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, notamment l'article 2, qui interdit la discrimination fondée sur « toute autre situation », op. cit., § 46.*

²⁹ International Commission of Jurists' Additional Protocol, Article 28, to the African Charter on Human and Peoples' Rights, 5th workshop on NGO participation in the African Commission on Human and Peoples' Rights (28–30 November 1993) Addis Ababa, Ethiopia.

³⁰ Cour ADHP, *Décision relative à Demande d'avis consultatif sur la signification de la mention « une organisation africaine reconnue par l'Union africaine » et sur la question de savoir si la pauvreté extrême, systémique et généralisée constitue une violation de certaines dispositions de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, notamment l'article 2, qui interdit la discrimination fondée sur « toute autre situation », op. cit., § 47.*

³¹ *Ibidem*, § 48.

qualification d'« africaine » aux organisations de la diaspora³². Dans ce dernier cas, il va de soi que l'« organisation » non basée en Afrique devra, pour solliciter un avis de la Cour, avoir une structure d'organisation essentiellement africaine et travailler sur une thématique intrinsèquement africaine. Cette condition est remplie notamment par une organisation non gouvernementale internationale qui travaille principalement sur la protection de la démocratie, de l'état de droit ou des droits de l'homme dans un certain nombre de pays africains.

En plus d'être « africaine », l'« organisation » requérante d'un avis de la Cour doit être « reconnue par l'UA ». Dans l'interprétation de cette condition, la Cour marque clairement une distinction entre les organisations africaines intergouvernementales et les ONG. Si la Cour est clémente avec les premières, qui bénéficient d'une reconnaissance de droit de la part de l'UA, elle l'est moins avec les secondes. La question des modalités de reconnaissance des ONG par l'UA constitue une épineuse question. La plupart de ces organisations jouissent du statut d'observateur devant la Commission. Dès lors et à six reprises, les ONG requérantes devant la Cour ont prétendu que ce statut constitue une « reconnaissance par l'UA » au sens de l'article 4 du Protocole. Cet argument a été appuyé par certains États qui ont estimé qu'il s'agit là d'une reconnaissance implicite par l'UA, à travers un de ses organes qu'est la Commission. À l'opposé de ce raisonnement, la Cour est d'avis que « seules les ONG africaines reconnues par l'Union africaine en tant qu'organisation internationale dotée d'une personnalité juridique propre sont visées par cet article, et peuvent demander un avis consultatif à la Cour »³³. La Cour établit une distinction entre l'UA, d'une part et les organes de l'UA, d'autre part. À l'analyse, cette distinction est implicitement contenue dans la formulation de l'article 4 (1) du Protocole :

« [L]orsqu'il s'agit de déterminer les entités habilitées à introduire une demande d'avis consultatif, le Protocole marque clairement la distinction entre l'Union africaine et tout organe de l'Union africaine, et vise les deux séparément. Mais lorsqu'il s'agit de qualifier les organisations africaines habilitées à demander des avis consultatifs à la Cour, le même Protocole, dans la même disposition, vise uniquement celles qui sont reconnues par l'Union africaine et reste silencieux sur celles éventuellement reconnues par tout organe de l'Union africaine »³⁴.

De cette considération, il peut être déduit que l'omission, par les rédacteurs du Protocole, de conférer la compétence consultative aux « organisations africaines » reconnues par les organes de l'UA, n'est pas un fait du hasard. Cette conclusion est confortée par l'article 5 (3) du Protocole qui dispose que « [l]a Cour peut permettre aux individus ainsi qu'aux [...] ONG dotées du statut d'observateur auprès de la Commission d'introduire des requêtes directement devant elle [...] ». Cette disposition témoigne que les rédacteurs du Protocole ont explicitement conféré la qualité pour agir en matière contentieuse aux ONG reconnues par la Commission.

³² *Ibidem*, § 48.

³³ *Ibidem*, § 53.

³⁴ *Ibidem*, § 54.

S'ils avaient voulu leur octroyer cette même qualité en matière consultative, ils l'auraient également précisé à l'article 4 (1) du Protocole. En l'absence d'une telle précision, il faut considérer que c'est de manière délibérée qu'ils ont octroyé le droit de demander des avis à la Cour uniquement aux « organisations africaines » qui sont mandatées pour interagir directement avec l'organisation continentale, à l'exception des « organisations africaines » reconnues par un organe de l'UA. En l'espèce, l'expression « reconnue par l'UA » contenue dans l'article 4 (1) du Protocole ne saurait s'entendre comme signifiant « reconnue par un organe de l'UA ». La reconnaissance des ONG par l'UA se fait par l'octroi du statut d'Observateur ou la signature d'un Mémoire d'entente entre l'UA et ces ONG³⁵. Cette interprétation est d'autant plus évidente que l'UA dispose de son propre mécanisme de reconnaissance des ONG, distinct du mécanisme de reconnaissance de la Commission et de tout autre organe de l'UA. Par décision EX.CL 195 (VII), Annexe V du 1^{er} au 2 juillet 2005, le Conseil exécutif de l'UA a adopté les « Critères d'octroi du statut d'observateur et pour un système d'accréditation auprès de l'Union africaine ». Ce document, entériné par la V^e session ordinaire de la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement de l'UA en juillet 2005, détermine non seulement les critères d'octroi du statut d'observateur aux ONG, mais également la procédure à suivre ainsi que les organes compétents à cet effet. Il en ressort aussi que le Conseil exécutif est investi du pouvoir d'octroyer, de suspendre ou de retirer le statut d'observateur d'une ONG. Le document précise également que « [l'] octroi, la suspension et le retrait du statut d'observateur d'une ONG [...] sont la prérogative de l'Union africaine et ne peuvent être l'objet de décision judiciaire d'une instance juridictionnelle »³⁶. De ce qui précède, il ressort clairement que la Cour, en limitant sa saisine en matière consultative aux ONG qui sont dotées du statut d'observateur auprès de l'UA ou qui ont conclu un mémorandum d'entente avec elle, a bien dit le droit³⁷.

³⁵ Cour ADHP, *Décision relative à la Demande d'avis consultatif sur l'interprétation du terme « examen » figurant à l'article 59(3) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples en relation avec le pouvoir d'examiner le rapport d'activité de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*, op. cit., § 55 ;

³⁶ Conseil exécutif de l'UA, *Critères d'octroi du statut d'observateur et pour un système d'accréditation auprès de l'Union africaine*, décision EX.CL 195 (VII), Annexe V du 1^{er} au 2 juillet 2005, section V, 6.

³⁷ Dans son Opinion individuelle sous cet avis, le Juge Rafaa Ben Achour estime que « la Cour n'avait pas le choix et ne pouvait faire autrement. Elle était "ligotée" par les termes explicites de l'article 4(1) de son Protocole et par la pratique restrictive de l'Union en matière d'octroi de la qualité d'observateur auprès d'elle aux ONG ». Ce point de vue est également partagé par B.J. D'AMOURS, « Missed opportunities: Participation of NGOs in advisory proceedings of the african Court on human and peoples' rights », *Human rights law Review*, 2022-22, 2, p. 9-11. Pour une appréciation contraire, voir S. H. ADJOLOHOUN, « Les grands silences jurisprudentiels de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Annuaire africain des droits de l'homme*, 2018-2, p. 42-45 ; M.C. RUNAVOT, « La procédure pour avis consultatifs » dans G. LE FLOCH (dir.), *La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, Paris, Pedone, 2023, p. 129-130 ; A. JONES, « Form over substance: The African Court's restrictive approach to NGO standing in the SERAP Advisory Opinion », *African human rights law Journal*, 2017-17, p. 324-327 ; M. KILLANDER, M.G. NYARKO, « Human rights developments in the African Union (January 2017–September 2018) », *African human rights law Journal*, 2018-18, p. 747.

II. LE DÉVELOPPEMENT DU POUVOIR CONSULTATIF DE LA COUR

L'article 4 (1) du Protocole créant la Cour confère à cette dernière la compétence de

« donner un avis sur toute question juridique concernant la Charte ou tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme, à condition que l'objet de l'avis consultatif ne se rapporte pas à une requête pendante devant la Commission [africaine des droits de l'homme et des peuples]. »

Cette disposition fixe les limites de la compétence de la Cour, en même temps qu'elle élargit le champ matériel de sa fonction consultative. Elle n'exclut expressément aucun traité international relatif aux droits de l'homme. Si la formulation de l'article 4 (1) du Protocole élargit considérablement l'amplitude de l'objet de saisine de la Cour, elle prend toutefois le soin de circonscrire la portée des avis aux questions juridiques relatives aux droits de l'homme. Cette limitation a pour finalité de préserver l'intégrité de l'objet de la consultation.

A. L'élargissement du champ matériel de la fonction consultative

L'article 4 (1) du Protocole étend la compétence consultative de la Cour à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après la Charte) et à « tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme ». Si la première base juridique de la compétence de la Cour (la Charte) ne surprend point, tout le contraire est la situation de la deuxième base juridique (tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme). Cette formule très originale, extensive et généreuse attribuée à la Cour une compétence matérielle large, le but poursuivi étant de lui permettre de s'affirmer pleinement en tant que protecteur de tous les droits de l'homme universellement reconnus. Elle n'est pas sans rappeler l'article 3 (1) du Protocole qui permet également à la Cour, en matière contentieuse, d'interpréter et d'appliquer la Charte et « tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par les États concernés ». Le Protocole témoigne donc d'un alignement de la compétence consultative sur la compétence contentieuse de la Cour à telle enseigne que cette dernière recourt à sa jurisprudence en matière contentieuse pour définir l'expression « tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme » en tant qu'objet de la consultation. De l'avis de la Cour, « [U]n instrument relatif aux droits de l'homme est identifié par son objet. [...] Cet objet est déterminé soit par une disposition expresse prévoyant des droits subjectifs dont doivent jouir des individus ou des groupes, soit par des obligations impératives pour les États parties, dont lesdits droits peuvent découler »³⁸. Suivant cette définition, il ne suffit pas qu'un instrument

³⁸ Cour ADHP, *Avis consultatif sur l'application du principe de la rotation régionale dans le cadre de l'élection du bureau du Parlement panafricain*, *op. cit.*, § 40. Cette définition est directement reprise de l'arrêt de la Cour africaine relatif à l'affaire *Actions pour la protection des droits de l'homme (APDH) c République de Côte d'Ivoire*, 001/2014, 18 novembre 2016. Cet arrêt est pertinent au regard de son enseignement : pour déterminer si un instrument international est un traité relatif aux droits de l'homme au sens de l'article 3 du Protocole, il convient de se rapporter non seulement à son objet (l'énonciation expresse des droits subjectifs au profit des individus ou groupes d'individus), mais aussi, et surtout à la prescription à l'égard des États d'obligations contraignantes impliquant la jouissance conséquente des mêmes droits (l'existence des mécanismes de contrôle).

juridique contienne des références aux droits de l'homme pour fonder la compétence de la Cour. Il faut, en outre, que les dispositions qui font référence aux droits de l'homme énoncent des droits subjectifs individuels et prescrivent des obligations correspondantes pour les États parties à l'instrument. Pour cette raison, la Cour a, dans un avis, refusé de considérer le Protocole du Parlement panafricain comme un « instrument relatif aux droits de l'homme » puisque « ses références aux droits de l'homme n'ont pour objet que de qualifier la nature des fonctions et de préciser le mandat de l'institution, et non de conférer des droits de l'homme ou d'imposer des obligations aux États parties »³⁹.

À la différence de l'article 3 (1) relatif à la compétence contentieuse, l'article 4 (1) qui traite de la compétence consultative n'exige pas que l'« instrument pertinent relatif aux droits de l'homme » dont la Cour interprète les dispositions soit ratifié par l'État requérant. De même, est sans objet la considération d'après laquelle la plupart des États membres de l'UA n'ont pas ratifié l'instrument juridique auquel le requérant d'un avis de la Cour se réfère. L'inopposabilité d'un tel argument gît dans le fait que, conformément à l'article 3 de l'Acte constitutif de l'UA, tous les États membres se sont engagés à « promouvoir et protéger les droits de l'homme et des peuples conformément à la Charte africaine et aux autres instruments pertinents relatifs aux droits de l'homme et des peuples ». En prenant cet engagement, ils ont assumé l'obligation de respecter les droits de l'homme en toutes circonstances⁴⁰. Cette considération de la Cour permet d'affirmer que sa fonction consultative pourrait être exercée à l'égard d'un instrument juridique extrarégional, pourvu que ce dernier concerne directement la protection des droits de l'homme dans un État membre de l'UA. L'origine (continentale ou universelle) des obligations des États africains en matière des droits de l'homme est sans effet sur la compétence consultative de la Cour. Il suffit que lesdites obligations soient assumées par un État membre de l'UA. *A fortiori*, la Cour n'est pas compétente de donner un avis sur un traité des droits de l'homme qui génère des obligations à l'égard des États n'appartenant pas au système africain⁴¹. Cette limitation relève du bon sens. Elle dérive de la fonction générale reconnue à la Cour dans le cadre du système africain et, plus spécifiquement, de l'objectif que la fonction consultative est appelée à remplir. Dans ce cadre, « la Cour est consciente que ses avis consultatifs servent de directives à tous les États membres de l'UA »⁴², ce qui présuppose que l'instrument juridique international, objet de l'avis, doit contenir des droits potentiellement applicables sur le continent.

³⁹ Cour ADHP, *Avis consultatif sur l'application du principe de la rotation régionale dans le cadre de l'élection du bureau du Parlement panafricain*, op. cit., § 44. La Cour a toutefois admis la qualité d'« instrument relatif aux droits de l'homme » à la Déclaration universelle des droits de l'homme, alors même que cette dernière ne comporte aucun mécanisme de mise œuvre des droits garantis.

⁴⁰ Cour ADHP, *Avis consultatif sur la compatibilité des lois sur le vagabondage avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et avec les autres instruments des droits de l'homme applicables en Afrique*, op. cit., § 35; Cour ADHP, *Avis consultatif sur le droit de participer à la direction des affaires publiques dans un contexte d'une élection tenue lors d'une urgence de santé publique ou d'une pandémie, telle que la crise de la Covid-19*, op. cit., § 44.

⁴¹ Rapprocher Cour ADHP, *Efoua Mbozo'o Samuel c. Parlement panafricain*, arrêt du 30 septembre 2011, § 6.

⁴² Cour ADHP, *Avis consultatif sur la compatibilité des lois sur le vagabondage avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et avec les autres instruments des droits de l'homme applicables en Afrique*, op. cit., § 37.

Sans déterminer les traités internationaux qu'elle pourra interpréter en application des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 4 (1) du Protocole, la démarche de la Cour consiste « à examiner si la demande porte sur des questions juridiques portant sur les droits de l'homme »⁴³. S'agissant des traités adoptés dans le cadre du système africain des droits de l'homme, la Cour n'hésite pas à affirmer sa compétence consultative, sans autre forme de procès. À cet égard, la Cour s'est reconnue compétente pour interpréter des dispositions spécifiques de la Charte africaine, de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant et du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes. Le fondement de cette compétence consultative réside dans le fait que « la demande porte [...] sur des questions de droit relatives à la jouissance de droits de l'homme en Afrique garantis par les instruments précités »⁴⁴. Pour fonder la légitimité de son avis, la Cour fait observer que le taux de ratification de ces traités des droits de l'homme est élevé. La Cour accorde ainsi une importance particulière aux instruments juridiques internationaux qui garantissent spécifiquement les droits de l'homme sur le continent africain. Elle va parfois jusqu'à substituer l'expression « tout instrument pertinent relatif aux droits de l'homme » contenue dans l'article 4 (1) du Protocole par l'expression « tout autre instrument des droits de l'homme de l'UA »⁴⁵. Ce positionnement jurisprudentiel mérite être nuancé. Certes, la Cour est une institution judiciaire du système africain et la compétence consultative lui confère une fonction particulière, non seulement dans le cadre du Protocole qui la crée, mais également dans le cadre de l'UA. Mais cette fonction se traduit également par le fait que la consistance de sa fonction consultative ne se limite pas uniquement aux instruments juridiques adoptés sur le continent africain, mais s'étend également aux instruments juridiques dont la portée dépasse le cadre régional.

La Cour paraît toutefois hésitante à interpréter les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme qui n'ont pas été adoptés dans le cadre de l'UA. En témoigne, son refus de donner un avis à la question de savoir si l'obligation d'un État africain partie au Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI) de coopérer avec celle-ci est prépondérante par rapport à l'obligation qui lui est faite de se conformer aux résolutions de l'UA prescrivant à ses États membres de ne pas coopérer avec la CPI⁴⁶. Cette demande d'avis était intervenue dans un climat politique tendu caractérisé par un bras de fer entre la CPI et l'UA à la suite d'un mandat d'arrêt international contre M. Omar El-bechir, président soudanais en exercice. L'UA avait alors demandé à ses États membres de ne pas livrer à la CPI le dirigeant africain.

⁴³ Cour ADHP, *Avis consultatif sur le statut du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (CAEDBE) devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, op. cit., § 37.

⁴⁴ Cour ADHP, *Avis consultatif sur la compatibilité des lois sur le vagabondage avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et avec les autres instruments des droits de l'homme applicables en Afrique*, op. cit., § 27.

⁴⁵ Cour ADHP, *Avis consultatif sur le droit de participer à la direction des affaires publiques dans un contexte d'une élection tenue lors d'une urgence de santé publique ou d'une pandémie, telle que la crise de la Covid-19*, op. cit., § 46.

⁴⁶ Cour ADHP, *Ordonnance relative à la Demande d'avis consultatif n° 001/2014 sur la question de savoir si l'obligation d'un État africain, partie au Statut de la Cour pénale internationale (CPI) (Statut de Rome), de coopérer avec celle-ci l'emporte sur l'obligation qui lui est faite de se conformer aux résolutions de l'Union africaine prescrivant à ses États membres de ne pas coopérer avec la CPI*, op. cit., § 5.

Évitant de se prononcer sur une question hautement politique, la Cour a préféré se réfugier derrière une raison formelle pour rejeter, à deux reprises, la demande des requérantes. Sa décision de ne pas répondre à la demande d'avis l'a conduite à recourir à certains artifices peu convaincants sur le plan du raisonnement juridique. La Cour, à travers une ordonnance, justifie son refus d'examiner la demande par deux raisons. Premièrement, la Cour rejette la requête au motif que « les auteurs n'ont pas précisé les dispositions de la Charte ou de tout autre instrument relatif aux droits de l'homme à propos desquels l'avis est demandé »⁴⁷. Cet avis de la Cour est surprenant à un double titre. Tout d'abord, rien dans les termes de l'article 4 (1) du Protocole n'oblige le requérant à indiquer la disposition précise du traité dont il demande l'avis. La jurisprudence de la Cour relative au sens à donner à l'expression « tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme » conforte cette position. À plusieurs reprises, la Cour a jugé que la mention expresse des dispositions du traité violées est facultative, l'essentiel étant que les violations décriées aient un rapport avec les droits garantis par le traité invoqué⁴⁸. Ensuite et en statuant que « les auteurs n'ont pas précisé les dispositions [...] [d'un] instrument relatif aux droits de l'homme à propos desquels l'avis est demandé », la Cour, non seulement sous-entend que le Statut de Rome n'est pas un « instrument des droits de l'homme », mais surtout que les articles 1, 4, 5, 12, 13 et 86 de celui-ci, auxquels les requérantes ont fait référence, ne consacrent pas d'obligations étatiques en matière des droits de l'homme⁴⁹. Ce faisant, la Cour perd de vue la caractéristique principale d'un traité relatif aux droits de l'homme qui est de « garantir aux êtres humains la jouissance des droits et libertés, plutôt que d'établir des relations réciproques entre les États »⁵⁰. Un traité peut se rapporter aux droits de l'homme indépendamment de son objet principal. La qualification d'« instrument de droit de l'homme » peut se rapporter à certaines dispositions qui se limitent à reconnaître des droits et imposer des obligations au sein d'un traité, sans qu'il soit nécessaire que l'intégralité du traité soit considérée⁵¹. Suivant cette perspective, le Statut de Rome est un « instrument relatif aux droits de l'homme » dans la mesure où ses dispositions organisent la répression de graves violations des droits de l'homme que constituent les crimes de guerre, les génocides et les crimes contre l'humanité.

⁴⁷ Cour ADHP, *Ordonnance relative à la Demande d'avis consultatif n° 001/2015 sur la question de savoir si l'obligation d'un État africain, partie au Statut de la Cour pénale internationale (CPI) (Statut de Rome), de coopérer avec celle-ci l'emporte sur l'obligation qui lui est faite de se conformer aux résolutions de l'Union africaine prescrivant à ses États membres de ne pas coopérer avec la CPI*, op. cit., § 18.

⁴⁸ Cour ADHP, 18 mars 2016, *Wilfred Onyango Nganyi et 9 autres c. République-Unie de Tanzanie*, § 58 ; Cour ADHP, 28 septembre 2017, *Kennedy Owino Onyachi et Charles John Mwanani Njoka c. République-Unie de Tanzanie*, § 36 ; Cour ADHP, 28 mars 2014, *Peter Chacha c. République-Unie de Tanzanie*, § 114-124 ; Cour ADHP, 3 juin 2016, *Mohamed Abubakari c. République-Unie de Tanzanie*, § 49-51.

⁴⁹ T. M. MAKUNYA, Z.S. BITAGIRWA, « La compétence consultative de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : entre restrictions organiques et limitations matérielles » dans *Droit international des droits de l'homme, justice transitionnelle et droit international pénal*, Éditions CAD, 2020, p. 35.

⁵⁰ Cour IADH, « *Autres traités* », objet de la fonction consultative de la Cour [article 64 de la Convention américaine des droits de l'homme], avis du 24 septembre 1982, Série A, n° 1, § 24.

⁵¹ J.M. ABELUNGU, E.A. CIRIMWAMI, « Le système africain de protection des droits de l'homme et le droit international humanitaire », *Annuaire africain des droits de l'homme*, 2018-2, p. 17.

Deuxièmement, la Cour refuse de donner un avis consultatif au motif que les questions qui lui sont posées « portent sur la hiérarchie des normes du droit public international », et ne sont pas relatives « aux questions des droits de l'homme, mais relèvent « plutôt de l'ordre du droit international public »⁵². L'argumentation de la Cour à ce sujet ne résiste pas à la critique. En effet, la séparation que fait la Cour du droit international public et du droit international des droits de l'homme est incompréhensible. En réalité, « la protection des droits de l'homme que la Cour est chargée d'assurer sur la base du Protocole, est prévue par le droit international et est par définition irriguée par ce droit »⁵³. De manière générale, les droits de l'homme sont appréhendés par le droit international public en termes de sources, de sujets et de la responsabilité internationale. Les droits de l'homme reposent sur les attributs de la personne humaine, ce qui leur justifie une protection internationale d'ordre conventionnelle. Par conséquent, il est trivial que « [l]a matière des droits de l'homme, comme toute autre matière régie par le droit international [soit] susceptible de soulever des questions touchant au droit des traités en général et à la hiérarchisation des normes internationales en particulier »⁵⁴.

B. La préservation de l'intégrité de l'objet de la consultation

De la même manière que la fonction contentieuse indique les différends par rapport auxquels l'arrêt d'une Cour est pourvu d'efficacité résolutive, la fonction consultative indique les questions par rapport auxquelles la consultation de cette Cour est réputée constituer son avis⁵⁵. Tel que libellé, l'article 4 (1) du Protocole créant la Cour désigne les questions dont celle-ci peut connaître dans l'exercice de sa fonction consultative, par renvoi à une condition essentielle : la question doit être juridique. Une « question juridique » au sens de l'article 4 (1) du Protocole est ainsi le pendant du différend justiciable. L'exclusivité du critère retenu constitue, à n'en point douter, une préservation de l'intégrité de l'objet de la consultation. L'expression « toute question juridique », utilisée par cette disposition, traduit l'idée selon laquelle la Cour est réputée exercer une fonction strictement juridictionnelle en ne se prononçant que sur des questions de droit qui ont une importance certaine pour la protection des droits de l'homme sur le continent. Dans cette perspective, la Cour doit tenir compte de l'importance particulière de la matière sur laquelle porte la demande d'avis. Plus précisément, la Cour est d'avis que les questions juridiques

⁵² Cour ADHP, *Ordonnance relative à la Demande d'avis consultatif n° 001/2015 sur la question de savoir si l'obligation d'un État africain, partie au Statut de la Cour pénale internationale (CPI) (Statut de Rome), de coopérer avec celle-ci l'emporte sur l'obligation qui lui est faite de se conformer aux résolutions de l'Union africaine prescrivant à ses États membres de ne pas coopérer avec la CPI, op. cit.*, § 18.

⁵³ F. OUGUERGOUZ, *Opinion dissidente sous Cour ADHP, Ordonnance relative à la Demande d'avis consultatif n° 001/2015 sur la question de savoir si l'obligation d'un État africain, partie au Statut de la Cour pénale internationale (CPI) (Statut de Rome), de coopérer avec celle-ci l'emporte sur l'obligation qui lui est faite de se conformer aux résolutions de l'Union africaine prescrivant à ses États membres de ne pas coopérer avec la CPI, op. cit.*, § 19 de l'Opinion dissidente.

⁵⁴ F. OUGUERGOUZ, *Ibidem*.

⁵⁵ R. RIVIER, « Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Cour internationale de Justice, avis consultatif du 9 juillet », *Annuaire français de droit international*, 2004-50, p. 315.

relatives aux droits de l'homme, telles que visées à l'article 4 (1) du Protocole, sont « celles relatives à la jouissance des droits de l'homme en Afrique »⁵⁶. Par conséquent, pour établir sa compétence matérielle, « la Cour doit examiner si la demande porte sur des questions juridiques portant sur les droits de l'homme »⁵⁷ dans l'un des États membres de l'UA. En ce sens, est juridique, toute question « tirée des normes de l'UA »⁵⁸ relative aux droits de l'homme. En tout état de cause, la demande d'avis consultatif doit, pour être recevable, soulever une question juridique relative aux droits de l'homme garantis par un instrument juridique international. Cette condition est remplie lorsque la question posée à la Cour porte sur la compréhension des prescriptions d'un traité international relatif aux droits de l'homme.

L'exigence de la nature juridique de la question soumise à l'examen de la Cour en matière consultative exclut de sa compétence matérielle des questions politiques, sociales ou économiques sur lesquelles elle ne saurait se prononcer. Dans la pratique, cependant, la frontière nette entre ces types de questions est difficile à tracer tant et si bien que la Cour est susceptible d'être sollicitée à rendre des avis sur des questions multiformes. Aussi, est-il convenu que la Cour a compétence pour connaître de l'aspect juridique du litige selon les modalités du débat judiciaire, même dans un contexte politique. Loin de se préoccuper des mobiles politiques qui ont pu inspirer la demande, la Cour se dit compétente pour interpréter toute disposition conventionnelle et remplir sa fonction judiciaire⁵⁹. Sur ce point, la jurisprudence de la Cour africaine rejoint celle de la Cour internationale de justice. Cette dernière est d'avis que les implications politiques éventuelles d'une question sont impuissantes à la priver de son caractère de « question juridique » et à enlever à la Cour une compétence qui lui est expressément conférée par son Acte constitutif. Quels que soient, ajoute-t-elle, les aspects politiques de la question posée, la Cour ne saurait refuser un caractère juridique à une question qui l'invite à s'acquitter d'une tâche essentiellement judiciaire, à savoir l'appréciation de la licéité de la conduite éventuelle des États au regard des obligations que le droit international leur impose⁶⁰.

⁵⁶ Cour ADHP, *Avis consultatif sur la compatibilité des lois sur le vagabondage avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et avec les autres instruments des droits de l'homme applicables en Afrique*, op. cit., § 27 ; Cour ADHP, *Décision sur la demande d'Avis consultatif sur l'application du principe de la rotation régionale dans le cadre de l'élection du bureau du Parlement panafricain*, op. cit., § 40.

⁵⁷ Cour ADHP, *Avis consultatif sur le statut du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (CAEDBE) devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, op. cit., § 37.

⁵⁸ Cour ADHP, *Décision sur la demande d'Avis consultatif sur l'application du principe de la rotation régionale dans le cadre de l'élection du bureau du Parlement panafricain*, op. cit., § 37.

⁵⁹ En l'espèce, les États défendeurs ont contesté le caractère juridique du droit des peuples à l'autodétermination dans le cadre du différend relatif à la colonisation du Sahara occidental par le Maroc en arguant que cette question est relative à la souveraineté et aux relations internationales, ces dernières matières échappant à la compétence de la Cour. Cet argument n'a pas convaincu et la Cour a arrêté qu'au-delà des questions politiques et diplomatiques qui entourent le droit à l'autodétermination des peuples, ce dernier constitue bel et bien un droit fondamental qu'elle doit protéger ; Cour ADHP, *Bernard Anbataayela Mornah c. République du Bénin et Csrts*, arrêt du 22 septembre 2022, Requête n° 028/2018, § 64-66 ; P. MPUNGA BIAYI, « Le droit des peuples à l'autodétermination vu d'Arusha : Quelques observations à propos de l'arrêt de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples relatif au droit du peuple sahraoui à disposer de lui-même (*affaire Bernard Anbataayela Mornah c. République du Bénin et Csrts du 22 septembre 2022*) », *La Revue des droits de l'homme : Actualités, Droits-libertés*, 2022-novembre, § 4-7.

⁶⁰ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif du 9 juillet 2004, *CIJ. rec.* 2004, § 41.

Il ne faut pas se méprendre sur le sens large de l'expression « toute question juridique » utilisée à l'article 4 (1) du Protocole. À première vue, l'on pourrait être porté à croire que la Cour est obligée de répondre à « toute question juridique » relative aux droits de l'homme qui lui est posée. Tel n'est cependant pas le cas puisqu'en disposant que « la Cour peut donner un avis », l'article 4(1) du Protocole confère à la Cour le pouvoir de donner ou non des avis sur « toute question juridique ». À l'évidence, la compétence consultative de la Cour a un caractère facultatif en ce sens qu'elle permet à la Cour de décider, au regard des circonstances de l'espèce, s'il y a nécessité de donner un avis. La Cour jouit à cet effet d'un important pouvoir d'appréciation. Ce dernier ne doit cependant pas être interprété comme une simple possibilité d'accorder ou de refuser, de manière discrétionnaire, l'avis consultatif sollicité. Dans cette optique, la Cour estime qu'elle ne pourra décliner sa compétence consultative que s'il existe une « raison impérative pour qu'elle ne donne pas un tel avis »⁶¹. Toutefois, la Cour n'explique pas ce qu'elle entend par « raison impérative » et l'inexistence d'une pratique subséquente rend difficile la compréhension de sa pensée. Il est néanmoins certain que cette « raison impérative » joue un rôle semblable à celui des fins de non-recevoir dans la fonction contentieuse. D'une part, son objet est de préserver les conditions d'exercice de la fonction consultative de la Cour telle qu'elles résultent de l'article 4 (1) du Protocole. D'autre part, « la raison impérative » permet à la Cour de veiller à l'intégrité tant de son activité consultative que de sa fonction d'assistance. Plus concrètement, la « raison impérative » renvoie à « des raisons contraignantes, fondées sur la conviction, qu'en l'espèce, la demande outrepassé les limites de la compétence consultative »⁶².

Cette interprétation est d'autant plus justifiée que la Cour n'est habilitée à émettre un avis consultatif que sur les questions juridiques sur lesquelles il n'est pas inopportun qu'elle se prononce. Ce scénario peut se réclamer de deux ordres de considérations. Tout d'abord, la Cour ne saurait émettre un avis sur une question litigieuse, ce qui consisterait à contourner les règles régissant sa compétence contentieuse. La question juridique posée à la Cour doit relever du droit abstrait et ne pas concerner un différend né et actuel. Dans le cas contraire, la réponse de la Cour équivaldrait en substance à trancher un conflit. Aussi, la Cour a-t-elle pris le soin de préciser que « dans l'exercice de sa compétence consultative, [...] elle ne résout pas les différends de fait opposant les parties » et son avis ne saurait « constitue[r] une décision sur une situation factuelle »⁶³. La Cour refuse de

⁶¹ Cour ADHP, *Avis consultatif sur le statut du Comité africain d'experts sur les droits et le bien-être de l'enfant (CAEDBE) devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, *op. cit.*, § 39.

⁶² Cour IADH, « *Autres traités* », *objet de la fonction consultative de la Cour [article 64 de la Convention américaine des droits de l'homme]*, *op. cit.*, § 30.

⁶³ Cour ADHP, *Avis consultatif sur le droit de participer à la direction des affaires publiques dans un contexte d'une élection tenue lors d'une urgence de santé publique ou d'une pandémie, telle que la crise de la Covid-19*, *op. cit.*, § 45. Dans le même sens, la Cour permanente de justice avait refusé de se prononcer sur une affaire en considérant que la question qui lui est posée « n'est pas de droit abstrait, mais concerne directement le point essentiel du conflit entre la Finlande et la Russie, et il ne peut y être répondu qu'à la suite d'une enquête sur les faits qui sont à la base de l'affaire, qu'il ne lui appartient pas, précise-t-elle, d'ordonner dans le cadre de la procédure consultative » (CPJI, *Statut de la Carélie orientale*, Avis consultatif du 23 juillet 1923, CPJI. Série B, n° 5, p. 28 ; Voir également CIJ, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, Avis consultatif du 30 mars 1950, *CIJ. rec.* 1950, p. 2).

concevoir sa fonction consultative comme un mode de règlement des différends. Au contraire, elle considère que toute saisine l'invitant à apprécier le bien-fondé de prétentions divergentes dénature sa fonction consultative. Ensuite, l'exercice de la fonction consultative de la Cour est soumis à la condition que « l'objet de l'avis consultatif ne se rapporte pas à une requête pendante devant la Commission »⁶⁴. À travers cette disposition que la Cour applique rigoureusement⁶⁵, les rédacteurs du Protocole ont voulu prévenir d'éventuels conflits de compétence entre l'organe judiciaire et l'organe quasi judiciaire de protection des droits de l'homme en Afrique. Cette crainte est fondée au regard du fait que les deux organes, dont les missions sont complémentaires, disposent respectivement d'une fonction consultative. Il n'irait pas du bon fonctionnement de la justice que la Cour et la Commission se prononcent sur le sens à donner à une disposition conventionnelle, dans la mesure où le risque de contrariété de décisions est flagrant. Dans la pratique, la Cour prend toujours le soin de demander à la Commission si la demande d'avis qu'elle a reçue est pendante devant elle. Cette pratique permet d'éviter la survenance des interprétations divergentes. Elle participe ainsi d'une meilleure articulation entre la fonction consultative de la Cour et celle de la Commission.

L'article 4 du Protocole, en disposant que la Cour peut « donner un avis sur toute question juridique », dote le champ d'application de la fonction consultative d'un effet utile dans la mesure où il lui permet d'avoir un retentissement sur la protection des droits de l'homme sur le continent⁶⁶. Cette conception finaliste de la fonction consultative conduit à se demander si la Cour peut donner des avis en matière de compatibilité des lois internes des États avec la Charte africaine ou tout autre instrument international relatifs aux droits de l'homme. Le Protocole créant la Cour est muet sur cette hypothèse, quand bien même elle avait fait l'objet des débats au cours des travaux préparatoires du texte. Dans la pratique, la Cour a manifesté une ferme volonté de conférer une dimension préventive au système africain de protection des droits de l'homme. La mise en œuvre de cette faculté est toutefois rare. Deux avis répondent, pour l'heure, à ce cas de figure. En premier lieu, la Cour a donné son avis sur la compatibilité des lois et règlements sur le vagabondage avec les instruments juridiques internationaux. Ainsi, elle considère que les lois sur le vagabondage de certains États africains, tant dans leur formulation que dans leur application, sont à l'origine d'un traitement discriminatoire envers les personnes vulnérables et marginalisées. Par conséquent, conclut la Cour,

⁶⁴ *Protocole de Ouagadougou relatif à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, op. cit., article 4 (1). Cet article est complémentaire à l'article 45 (3) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui dispose que la Commission a notamment pour mission « d'interpréter toute disposition de la présente Charte à la demande d'un État partie, d'une institution de l'UA ou d'une Organisation africaine reconnue par l'UA ». Voir à ce sujet F. QUILLERE-MAJZOUB, « L'option juridictionnelle de la protection des droits de l'homme en Afrique : Étude comparée autour de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2000-44, p. 751-754.

⁶⁵ Cour ADHP, *Ordonnance relative à la Demande d'avis consultatif n° 002/2012 sur la décision de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) de suspendre le Tribunal de la SC*, op. cit., § 6-8.

⁶⁶ A. ONDOUA, « Article 4: Avis consultatifs », in M. 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. 1262.

elles privent les individus de leur droit à l'égalité devant la loi, ce qui les rend incompatibles avec la Charte africaine⁶⁷. En second lieu, la Cour a rendu un avis sur la compatibilité des lois d'urgence sanitaire (en réponse à la pandémie de Covid-19) avec la Charte africaine et la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance. Pour la Cour, les mesures restrictives des droits doivent revêtir la forme d'une loi générale, poursuivre un but légitime (qui est l'intérêt collectif) et être proportionnées. Elles ne doivent pas constituer une forme de discrimination à l'égard des personnes ni porter atteinte au contenu essentiel des droits⁶⁸. Toutefois, les deux avis de la Cour qui examinent la compatibilité des lois internes des États aux instruments juridiques internationaux ont une portée générale et non point spécifique. Loin de se prononcer sur des lois particulières d'un État membre de l'UA, les avis de la Cour sont relatifs à l'ensemble des lois des États africains. Certes, la Cour illustre de temps en temps ses propos par renvoi au contenu des lois nationales de tel ou tel autre État. Mais le but de ce renvoi n'est pas de statuer sur une situation factuelle décrite dans ces illustrations. Ces dernières visent simplement à conférer une dimension pratique à l'avis de la Cour. Il en résulte que l'exercice de la fonction consultative à l'égard de la compatibilité des lois étatiques aux instruments juridiques internationaux contribue au processus d'uniformisation, voire d'unification de la protection des droits de l'homme sur le continent africain.

Rédigé en des termes très libéraux, l'article 4 (1) du Protocole créant la Cour africaine confère à cette dernière une large habilitation en matière consultative. Ainsi, l'UA, ses organes, ses États et les organisations africaines reconnues peuvent demander des avis à la Cour. Cette dernière bénéficie, en outre, d'une compétence matérielle élargie en matière consultative. Elle peut donner un avis sur toute question juridique relative à la Charte africaine ou à tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme. L'élargissement de la compétence personnelle et matérielle de la Cour en matière consultative a pour but de lui permettre d'assister les États africains dans la mise en œuvre de leurs obligations internationales relatives aux droits de l'homme. Sous cet angle, la compétence consultative de la Cour a été conçue pour assurer un meilleur fonctionnement de l'UA, en appui à la collaboration entre ses institutions, ses organes, ses États membres et les organisations africaines reconnues.

⁶⁷ Cour ADHP, *Avis consultatif sur la compatibilité des lois sur le vagabondage avec la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et avec les autres instruments des droits de l'homme applicables en Afrique*, op. cit., § 75. Pour un commentaire général sur cet avis, voir A. KENGNE NTAKOUKAM ép. NDZUENKEU, « Vagabonder n'est pas criminel ! À propos de l'Avis consultatif de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples du 4 décembre 2020 », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 2021-juin, p. 1-9 ; DOI : [https://doi.org/10.4000/revdh.11958].

⁶⁸ Cour ADHP, *Avis consultatif sur le droit de participer à la direction des affaires publiques dans un contexte d'une élection tenue lors d'une urgence de santé publique ou d'une pandémie, telle que la crise de la Covid-19*, op. cit., § 76-84.

Nonobstant l'institution extensive de la fonction consultative de la Cour, la pratique révèle que très peu d'acteurs, publics comme privés, ont eu l'initiative de lui demander des avis. La fonction consultative de la Cour africaine demeure éclipsée par sa fonction contentieuse. Elle s'avère anecdotique par rapport à la quantité d'arrêts rendus. Autant la pratique contentieuse de la Cour est abondante, autant sa pratique consultative est faible. Les avis de la Cour sont tellement peu nombreux qu'ils révèlent un accès limité à la fonction consultative par la juridiction d'Arusha. Ce schéma est en sens inverse de celui qui a caractérisé la compétence consultative des juridictions internationales, notamment la Cour permanente de justice, la Cour internationale de justice et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Dans ces derniers cas, en effet, la fonction consultative a constitué un moyen judiciaire de contourner l'obstacle du consentement à la juridiction, promouvant ainsi la figure du juge dans l'ordre juridique international⁶⁹.

⁶⁹ L'activité des juridictions internationales a d'abord été caractérisée par l'exercice premier de la fonction consultative. La souplesse de la fonction consultative a permis aux différentes juridictions internationales d'en effectuer un exercice pragmatique et différencié. Ce n'est qu'une fois la confiance des États gagnée par cette pratique consultative que les juridictions ont pu développer leur compétence contentieuse; M.-C. RUNAVOT, *La compétence consultative des juridictions internationales*, *op. cit.*, p. 37-40.

