

**RECUEIL
AFRICAIN
DES DÉCISIONS
DES DROITS
HUMAINS
2002**

Pretoria University Law Press
PULP

2009

***Recueil Africain Des Décisions Des Droits Humains
2002***

Publié par:

Pretoria University Law Press (PULP)

Pretoria University Law Press (PULP) est un imprimeur basé en Afrique, créé et administré par le Centre for Human Rights et la Faculté de Droit de l'Université de Prétoria, Afrique du Sud. PULP vise à publier et à accroître l'accès aux textes innovatifs de qualité et revus par les pairs dans le domaine des droits humains et du droit international public, particulièrement en Afrique.

Pour plus d'information concernant PULP, veuillez consulter:
www.pulp.up.ac.za

Pour commander, veuillez contacter:

PULP
Faculty of Law
University of Pretoria
Pretoria
South Africa
0002

Tel: +27 12 420 4948
Fax: +27 12 362 5125
pulp@up.ac.za
www.pulp.up.ac.za

Imprimé et relié par:

ABC Press
Cape Town

Design de la couverture:

Lizette Besaans, PULP

©2009 PULP

ISSN: 1817-194X

SOMMAIRE

Editorial	iv
Guide d'utilisation	vi
Index des décisions	viii
Index alphabétique des décisions	x
Index thématique	xi
Instruments internationaux cités	xv
Jurisprudence internationale, rapports des Etats, etc. cités	xix
Décisions de la Commission africaine classées par numéro	xx
Abréviations	xxi
Jurisprudence disponible sur Internet	xxi
Décisions des organes des traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme	1
Décisions de la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples	19
Décisions des tribunaux nationaux	35

EDITORIAL

Le *Recueil Africain des Décisions des Droits Humains* contient des décisions juridiques d'importance pour les droits humains en Afrique. Le *Recueil* sera publié annuellement. Ce volume couvre des jugements et décisions rendus avant la fin de l'année 2002. Le *Recueil* présente des cas examinés par les organes de surveillance des traités de l'ONU, des décisions rendues par la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples et des décisions rendues par les tribunaux nationaux africains. A l'avenir, les décisions rendues par la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples seront également publiées.

La source utilisée pour les communications par les organes de contrôle prévus par les traités des Nations Unies sont les vues du Comité des droits de l'homme, disponibles à l'adresse suivante: www.ohchr.org

Les sources utilisées pour les Communications par la Commission Africaine sont les Rapports annuels d'activités tels que publiés par la Commission africaine. Les Rapports d'Activités de la Commission sont disponibles à l'adresse suivante: www.achpr.org

Les décisions des juridictions internes contenues dans ce numéro sont des traductions libres des décisions originales parues dans la version anglaise du Recueil (2002).

Des changements éditoriaux mineurs ont été effectués afin d'assurer une certaine cohérence et éviter la répétition d'erreurs manifestes. Lorsque les modifications ne semblaient pas affecter le sens du texte (erreurs de grammaire et d'orthographe), elles ont été faites sans indication. Lorsque le sens était susceptible d'être modifié, le texte modifié a été placé entre parenthèses. Des citations directes (par exemple de la Charte africaine ou des décisions précédentes) ont été comparées avec la version originale et corrigées, le cas échéant. Dans un certain nombre de cas, la Commission africaine fait référence à des parties non-publiées de ses décisions antérieures. Ainsi que cela est indiqué dans le texte entre crochets, ces références ont été éludées.

Afin de faciliter les références et assurer une certaine logique, les paragraphes qui n'étaient pas numérotés se sont vus attribuer des numéros, placés entre crochets ([]).

La plupart des instruments et documents relatifs aux droits humains en Afrique auxquels il est fait référence dans les décisions pourront être trouvés dans l'ouvrage de Christof Heyns (ed), *Human Rights Law in Africa*, Martinus Nijhoff, 2004, et en français sous la direction de Paul Tavenier (ed), *Recueil Juridique des Droits de l'Homme en Afrique*, Bruylant, 2005.

La version anglaise du *Recueil* a été publiée par le Centre for Human Rights, Faculté de Droit de l'Université de Pretoria (Christof Heyns, Frans Viljoen, Michelo Hansungule et Magnus Killander (eds), *African Human Rights Law Reports*, Juta, 2000-2004 et PULP, 2005-). La version française est publiée par la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, et le Centre for Human Rights, Faculté de Droit de l'Université de Pretoria.

Les décisions susceptibles d'être incorporées dans les prochaines éditions du *Recueil* pourront être portées à l'attention des éditeurs à l'adresse ci-dessous:

Centre for Human Rights
Faculty of Law
University of Pretoria, Pretoria 0002
South Africa
Fax: + 27 12 362-5125
E-mail: pulp@up.ac.za

GUIDE D'UTILISATION

Les décisions et conclusions contenues dans le *Recueil* sont classées selon la juridiction concernée, notamment, les Nations Unies, la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples et les tribunaux nationaux. Les décisions rendues par chacune des juridictions sont classées selon le pays concerné et, pour chaque pays, par ordre chronologique.

Dans le *Recueil*, seul le nom de famille de la personne requérante est cité comme nom du cas. Ainsi, la communication intitulée *Sir Dawda K. Jawara c. Gambie* dans le Rapport Annuel d'Activités de la Commission africaine, sera trouvée sous le nom *Jawara c. Gambie*. Connaissant le nom de la décision recherchée (ou au moins l'une des parties à l'affaire), on pourra se référer à l'*Index alphabétique des décisions*. Une liste des *Décisions de la Commission africaine classées par numéro* est également disponible, de même qu'un *Index des décisions de la Commission classées par année* ou, lorsque cela n'était pas très clair, en fonction de l'année à laquelle la décision a été rapportée pour la première fois. Des références officielles ainsi que les dates des instruments et des décisions cités ont été ajoutées chaque fois que cela était possible.

L'*Index thématique* est divisé en deux parties: les principes généraux ou la procédure et les droits substantiels. Lorsqu'un thème a été traité dans plus d'un cas, les différentes décisions sont énumérées par ordre chronologique.

Les décisions qui ont traité d'un article précis d'un instrument international pourront être trouvées dans la liste des *Instruments internationaux cités*. Une liste de la *Jurisprudence internationale et rapports des Etats cités* est également présentée.

Les notes reprises dans le tableau situé en tête de chaque décision précisent le nom original complet du cas, la source utilisée ainsi que les mots-clés relatifs aux principales questions abordées dans la décision. Ceux-ci sont en grande partie reliés aux mots-clés contenus dans l'*Index thématique*. Les mots-clés sont suivis des numéros des principaux paragraphes de la décision qui traitent particulièrement de la question.

Les dates indiquées en fin de référence des cas renvoient à la date de décision sur les communications.

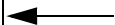
**Rencontre Africaine pour la Défense des
Droits de l'Homme c. Zambie
RADH 2000 354 (CADHP 1996)**

Nom du cas et
référence
employés dans
ce *Recueil*



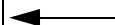
*Communication 71/92, Rencontre Africaine
pour la Défense des Droits de l'Homme c.
Zambie*

Nom original
complet



Décidée lors de la 20^e Session ordinaire,
octobre 1996, 10^e Rapport annuel d'acti-
vités

Source



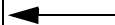
Recevabilité (épuiement des recours
internes, responsabilité de l'Etat de prouver
l'existence de ces recours 10-16)

Expulsion (expulsion massive, 19-20, 27-31)

Egalité, non-discrimination (discrimination
fondée sur la nationalité, 21-24)

Procès équitable (droit de voir sa cause
entendue, 29-31)

Mots-clés et
numéros des
paragraphe
correspondants



INDEX DES DÉCISIONS

ORGANES DES TRAITÉS DES NATIONS UNIES RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME

Namibie

Müller et Autre c. Namibie RADH 2002 3 (CDH 2002)

République Démocratique du Congo

Gedumbe c. République démocratique du Congo RADH 2002 14 (CDH 2002)

COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Namibie

Interights (pour le compte de Sikunda) c. Namibie RADH 2002 21 (CADHP 2002)

République Démocratique du Congo

Institut pour les droits humains et le développement (pour le compte de Mboyo) c. République Démocratique du Congo RADH 2002 26 (CADHP 2002)

Soudan

Law Office of Ghazi Suleiman c. Soudan RADH 2002 29 (CADHP 2002)

TRIBUNAUX NATIONAUX

Afrique du Sud

Ministre de la Santé et Autres c. Treatment Action Campaign et Autres RADH 2002 37 (CCAds 2002)

Bénin

Okpeitcha c. Okpeitcha RADH 2002 44 (CCBn 2001)

Botswana

Kamanakao et Autres c. Attorney-General et Autre RADH 2002 46 (HCBw 2001)

L'État c. Marapo RADH 2002 49 (CABw 2002)

Burundi

Le Ministère Public c. Minani RADH 2002 56 (CABu 1998)

La Gambie

Jammeh c. Attorney-General RADH 2002 61 (CSGa 2001)

Sabally c. Inspecteur Général de Police et Autres RADH 2002 67 (CSGa 2001)

Lesotho

Ministère public c. 'Mopa RADH 2002 71 (CALe 2002)

Malawi

Munthali c. Attorney-General RADH 2002 81 (HCMw 1993)

Malawi Law Society et Autres c. le Président et Autres RADH 2002 83 (HCMw 2002)

Namibie

Nanditume c. Ministre de la Défense RADH 2002 88 (TTNa 2000)

Gouvernement de la République de Namibie et Autres c. Mwilima et Autres RADH 2002 91 (CSNa 2002)

Nigeria

Uke et Autre c. Iro RADH 2002 101 (CANg 2001)

Medical and Dental Practitioners Disciplinary Tribunal c. Okonkwo RADH 2002 103 (CSNg 2001)

Sénégal

Guengueng et Autres c. Habré RADH 2002 108 (CCSe 2001)

Tanzanie

Ndyanabo c. Attorney-General RADH 2002 114 (CATz 2002)

Zambie

Banda c. l'État RADH 2002 118 (HCZa 1999)

Zimbabwe

Biti et Autre c. Ministre de la justice et Autre RADH 2002 121 (CSZw 2002)

INDEX ALPHABETIQUE DES DÉCISIONS

Chaque cas est cité sous le nom du requérant

Banda c. l'État RADH 2002 118 (HCZa 1999)

Biti et Autre c. Ministre de la justice et Autre RADH 2002 121 (CSZw 2002)

Gedumbe c. République démocratique du Congo RADH 2002 14 (CDH 2002)

Gouvernement de la République de Namibie et Autres c. Mwilima et Autres RADH 2002 91 (CSNa 2002)

Guengueng et Autres c. Habré RADH 2002 108 (CCSe 2001)

Institut pour les droits humains et le développement (pour le compte de Mboyo) c. République Démocratique du Congo RADH 2002 26 (CADHP 2002)

Interights (pour le compte de Sikunda) c. Namibie RADH 2002 21 (CADHP 2002)

Jammeh c. Attorney-General RADH 2002 61 (CSGa 2001)

Kamanakao et Autres c. Attorney-General et Autre RADH 2002 46 (HCBw 2001)

L'État c. Marapo RADH 2002 49 (CABw 2002)

Law Office of Ghazi Suleiman c. Soudan RADH 2002 29 (CADHP 2002)

Le Ministère Public c. Minani RADH 2002 56 (CABu 1998)

Malawi Law Society et Autres c. le Président et Autres RADH 2002 83 (HCMw 2002)

Medical and Dental Practitioners Disciplinary Tribunal c. Okonkwo RADH 2002 103 (CSNg 2001)

Ministère public c. 'Mopa RADH 2002 71 (CALe 2002)

Ministre de la Santé et Autres c. Treatment Action Campaign et Autres RADH 2002 37 (CCAds 2002)

Müller et Autre c. Namibie RADH 2002 3 (CDH 2002)

Munthali c. Attorney-General RADH 2002 81 (HCMw 1993)

Nanditume c. Ministre de la Défense RADH 2002 88 (TTNa 2000)

Ndyanabo c. Attorney-General RADH 2002 114 (CATz 2002)

Okpeitcha c. Okpeitcha RADH 2002 44 (CCBn 2001)

Sabally c. Inspecteur Général de Police et Autres RADH 2002 67 (CSGa 2001)

Uke et Autre c. Iro RADH 2002 101 (CANg 2001)

INDEX THEMATIQUE

L'index est divisé en deux parties: la première est relative aux principes généraux et aux questions de procédures et la deuxième concerne les droits substantiels.

PRINCIPES GENERAUX

Dissociabilité du reste des dispositions de la loi de celles ayant été déclarées illégales

Jammeh c. Attorney-General RADH 2002 61 (CSGa 2001)

Droit international

Gouvernement de la République de Namibie et Autres c. Mwilima et Autres RADH 2002 91 (CSNa 2002)

Besoin de mesures législatives de droit national

Guengueng et Autres c. Habré RADH 2002 108 (CCSe 2001)

Frais et dépens

Contentieux constitutionnel

Attorney-General c. 'Mopa RADH 2002 71 (CALe 2002)

Interprétation

Interprétation généreuse et constructive de la Constitution

L'État c. Marapo RADH 2002 49 (CABw 2002)

Guidée pour la jurisprudence étrangère

Gouvernement de la République de Namibie et Autres c. Mwilima et Autres RADH 2002 91 (CSNa 2002)

Téléologique, non littérale

Attorney-General c. 'Mopa RADH 2002 71 (CALe 2002)

Ndyanabo c. Attorney-General RADH 2002 114 (CATz 2002)

Jurisdiction

Aucun texte de procédure ne reconnaît une compétence universelle

Guengueng et Autres c. Habré RADH 2002 108 (CCSe 2001)

Limitations de droits

Antérieurement prévues par la loi

Malawi Law Society et Autres c. le Président et Autres RADH 2002 83 (HCMw 2002)

Doivent être proportionnées et acceptables dans une société démocratique

Attorney-General c. 'Mopa RADH 2002 71 (CALe 2002)

Doivent être proportionnées et poursuivre un but légitime

Ndyanabo c. Attorney-General RADH 2002 114 (CATz 2002)

Preuve à la charge de l'État que les limitations étaient justifiées

Attorney-General c. 'Mopa RADH 2002 71 (CALe 2002)

Locus standi

Okpeitcha c. Okpeitcha RADH 2002 44 (CCBn 2001)

Jammeh v Attorney-General RADH 2002 61 (CSGa 2001)

Kamanakao et Autres c. Attorney-General et Autre RADH 2002 46 (HCBw 2001)

Mesures provisoires

Déportation

Interights (pour le compte de Sikunda) c. Namibie RADH 2002 21 (CADHP 2002)

Recours pour mesures provisoires

Law Office of Ghazi Suleiman c. Soudan RADH 2002 29 (CADHP 2002)

Mission

Visite de promotion

Interights (pour le compte de Sikunda) c. Namibie RADH 2002 21 (CADHP 2002)

Preuve

Manquement de l'État à répondre aux allégations

Gedumbe c. République démocratique du Congo RADH 2002 14 (CDH 2002)

Torture

Le Ministère Public c. Minani RADH 2002 56 (CABu 1998)

Recevabilité

Épuisement des voies de recours internes

Law Office of Ghazi Suleiman c. Soudan RADH 2002 29 (CADHP 2002)

Affaire en instance de jugement devant une juridiction locale

Interights (pour le compte de Sikunda) c. Namibie RADH 2002 21 (CADHP 2002)

Recours devant être efficaces

Müller et Autre c. Namibie RADH 2002 3 (CDH 2002)

Manque de justification à l'appui des prétentions

Gedumbe c. République démocratique du Congo RADH 2002 14 (CDH 2002)

Perte de contact avec le requérant

Interights (pour le compte de Sikunda) c. Namibie RADH 2002 21 (CADHP 2002)

Retrait de communication

Institut pour les droits humains et le développement (pour le compte de Mboyo) c. République démocratique du Congo RADH 2002 26 (CADHP 2002)

Responsabilité de l'État

Obligation constitutionnelle pour le gouvernement de rendre disponible les médicaments antirétroviraux pour prévenir la transmission du VIH de la mère à l'enfant

Ministre de la Santé et Autres c. Treatment Action Campaign et Autres RADH 2002 37 (CCAds 2002)

Suprématie de la Constitution

Jammeh c. Attorney-General RADH 2002 61 (CSGa 2001)

Biti et Autre c. Ministre de la justice et Autre RADH 2002 121 (CSZw 2002)

DROITS SUBSTANTIELS

Conscience

Opposition à un traitement médical pour raisons religieuses

Medical and Dental Practitioners Disciplinary Tribunal c. Okonkwo RADH 2002 103 (CSNg 2001)

Droits socio-économiques

Justiciabilité

Ministre de la Santé et Autres c. Treatment Action Campaign et Autres RADH 2002 37 (CCAds 2002)

Egale protection de la loi

Gedumbe c. République démocratique du Congo RADH 2002 14 (CDH 2002)

Egalité, non discrimination

Discrimination fondée sur fond de statut de séropositif

Nanditume c. Ministre de la Défense RADH 2002 88 (TTNa 2000)

Discrimination fondée sur l'appartenance à une tribu

Kamanakao et Autres c. Attorney-General et Autre RADH 2002 46 (HCBw2001)

Discrimination fondée sur le sexe

Müller et Autre c. Namibie RADH 2002 3 (CDH 2002)

Uke et Autre c. Iro RADH 2002 101 (CANg 2001)

Les différences de traitement doivent être fondées sur des critères raisonnables et objectifs

Müller et Autre c. Namibie RADH 2002 3 (CDH 2002)

Famille

Devoirs envers la famille

Okpeitcha c. Okpeitcha RADH 2002 44 (CCBn 2001)

Liberté personnelle et sécurité

Arrestation et détention arbitraires, action en réparation et détermination du quantum

Munthali c. Attorney-General RADH 2002 81 (HCMw 1993)

Interdiction de mise en liberté sous caution en matière de viol

L'État c. Marapo RADH 2002 49 (CABw 2002)

Participation politique

Amendement de la Constitution

Jammeh c. Attorney-General RADH 2002 61 (CSGa 2001)

Procès équitable

Droit à la justice

Ndyanabo c. Attorney-General RADH 2002 114 (CATz 2002)

Droit à la défense

Gouvernement de la République de Namibie et Autres c. Mwilima et Autres RADH 2002 91 (CSNa 2002)

Assistance judiciaire – limitations de moyens

Gouvernement de la République de Namibie et Autres c. Mwilima et Autres RADH 2002 91 (CSNa 2002)

Conseil juridique dans les procès civils

Attorney-General c. 'Mopa RADH 2002 71 (CALe 2002)

Droit d'être entendu – indemnisation des agents publics, législation rétroactive

Sabally c. Inspecteur Général de Police et autres RADH 2002 67 (CSGa 2001)

Réunion

Ordonnance du Président interdisant les manifestations publiques

Malawi Law Society et Autres c. le Président et Autres RADH 2002 83 (HCMw 2002)

Santé

Opposition à un traitement médical pour raisons religieuses

Medical and Dental Practitioners Disciplinary Tribunal c. Okonkwo RADH 2002 103 (CSNg 2001)

Responsabilité du médecin

Medical and Dental Practitioners Disciplinary Tribunal c. Okonkwo RADH 2002 103 (CSNg 2001)

Torture

Aveux extorqués sous la torture

Le Ministère Public c. Minani RADH 2002 56 (CABu 1998)

Obligation d'extrader ou de poursuivre

Guengueng et Autres c. Habré RADH 2002 108 (CCSe 2001)

Traitement cruel, inhumain ou dégradant

Châtiment corporel

Banda c. l'État RADH 2002 118 (HCZa 1999)

Droit absolu

Banda c. l'État RADH 2002 118 (HCZa 1999)

Travail

Discrimination à l'emploi

Nanditume c. Ministre de la Défense RADH 2002 88 (TTNa 2000)

INSTRUMENTS INTERNATIONAUX CITÉS

INSTRUMENTS ADOPTES PAR LES NATIONS UNIES

Déclaration universelle des droits de l'homme

L'État c. Marapo RADH 2002 49 (CABw 2002) 8

Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Article 2

Gedumbe c. République démocratique du Congo RADH 2002 14 (CDH 2002)

1, 3.3, 5.2, 5.3, 6.1, 6.2, 6.3

Müller et Autre c. Namibie RADH 2002 3 (CDH 2002) 8

Gouvernement de la République de Namibie et Autres c. Mwilima et Autres RADH 2002 91 (CSNa 2002) 82

Article 7

Gedumbe c. République démocratique du Congo RADH 2002 14 (CDH 2002)

1, 4.3

Article 14

Gedumbe c. République démocratique du Congo RADH 2002 14 (CDH 2002)

1, 4.4, 5.3

Gouvernement de la République de Namibie et Autres c. Mwilima et Autres RADH 2002 91 (CSNa 2002) 80

Article 17

Gedumbe c. République démocratique du Congo RADH 2002 14 (CDH 2002)

1, 3.2, 4.3

Müller et Autre c. Namibie RADH 2002 3 (CDH 2002) 1, 3.4, 3.5, 4.8, 6.5, 6.9

Article 23

Gedumbe c. République démocratique du Congo RADH 2002 14 (CDH 2002)

1, 3.2, 4.3

Müller et Autre c. Namibie RADH 2002 3 (CDH 2002) 1, 3.3, 3.5, 4.7, 5.9, 6.5, 6.9

Article 25

Gedumbe c. République démocratique du Congo RADH 2002 14 (CDH 2002)

Article 26

Gedumbe c. République démocratique du Congo RADH 2002 14 (CDH 2002)

1, 3.3, 4.4, 5.3

Müller et Autre c. Namibie RADH 2002 3 (CDH 2002) 1, 3.1, 3.2, 3.5, 4.4, 4.6, 5.4, 6.5, 6.7, 6.8, 6.9, 7

Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Article 2

Gedumbe c. République démocratique du Congo RADH 2002 14 (CDH 2002) 4.3

Article 4

Gedumbe c. République démocratique du Congo RADH 2002 14 (CDH 2002) 5.1

Article 5

Gedumbe c. République démocratique du Congo RADH 2002 14 (CDH 2002) 5.1, 6.1
Müller et Autre c. Namibie RADH 2002 3 (CDH 2002) 4.3, 6.2, 6.3, 6.6, 7

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

Guengueng et Autres c. Habré RADH 2002 108 (CCSe 2001) 18, 34

Article 4

Guengueng et Autres c. Habré RADH 2002 108 (CCSe 2001) 37, 38

Article 5

Guengueng et Autres c. Habré RADH 2002 108 (CCSe 2001) 24, 38

Convention de Vienne sur le droit des traités

Article 27

Guengueng et Autres c. Habré RADH 2002 108 (CCSe 2001) 35

Article 53

Guengueng et Autres c. Habré RADH 2002 108 (CCSe 2001) 35

Règlement intérieur du Comité des droits de l'homme

Article 87

Gedumbe c. République démocratique du Congo RADH 2002 14 (CDH 2002) 4.1
Müller et Autre c. Namibie RADH 2002 3 (CDH 2002) 6.1

Observation générale no 18 du Comité des droits de l'homme

Müller et Autre c. Namibie RADH 2002 3 (CDH 2002) 3.2

Observation générale no 19 du Comité des droits de l'homme

Müller et Autre c. Namibie RADH 2002 3 (CDH 2002) 3.3, 4.7, 5.9

INSTRUMENTS ADOPTÉS PAR L'ORGANISATION DE L'UNITÉ AFRICAINE/UNION AFRICAINE

Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples

Article 4

Interights (pour le compte de Sikunda) c. Namibie RADH 2002 21 (CADHP 2002) 7

Article 5

Institut pour les droits humains et le développement (pour le compte de Mboyo) c. République Démocratique du Congo RADH 2002 26 (CADHP 2002) 8

Interights (pour le compte de Sikunda) c. Namibie RADH 2002 21 (CADHP 2002) 7

Article 6

Institut pour les droits humains et le développement (pour le compte de Mboyo) c. République Démocratique du Congo RADH 2002 26 (CADHP 2002) 8

Law Office of Ghazi Suleiman c. Soudan RADH 2002 29 (CADHP 2002) 7

Article 7

Institut pour les droits humains et le développement (pour le compte de Mboyo) c. République Démocratique du Congo RADH 2002 26 (CADHP 2002) 8

Law Office of Ghazi Suleiman c. Soudan RADH 2002 29 (CADHP 2002) 7

Sabally c. Inspecteur Général de Police et autres RADH 2002 67 (CSGa 2001) 12

Article 9

Institut pour les droits humains et le développement (pour le compte de Mboyo) c. République Démocratique du Congo RADH 2002 26 (CADHP 2002) 8

Article 10

Institut pour les droits humains et le développement (pour le compte de Mboyo) c. République Démocratique du Congo RADH 2002 26 (CADHP 2002) 8

Article 11

Institut pour les droits humains et le développement (pour le compte de Mboyo) c. République Démocratique du Congo RADH 2002 26 (CADHP 2002) 8

Article 12

Interights (pour le compte de Sikunda) c. Namibie RADH 2002 21 (CADHP 2002) 7

Article 13

Institut pour les droits humains et le développement (pour le compte de Mboyo) c. République Démocratique du Congo RADH 2002 26 (CADHP 2002) 8

Article 17

Law Office of Ghazi Suleiman c. Soudan RADH 2002 29 (CADHP 2002) 7

Article 18

Institut pour les droits humains et le développement (pour le compte de Mboyo) c. République Démocratique du Congo RADH 2002 26 (CADHP 2002) 8

Article 26

Institut pour les droits humains et le développement (pour le compte de Mboyo) c. République Démocratique du Congo RADH 2002 26 (CADHP 2002) 8

Article 29

Okpeitcha c. Okpeitcha RADH 2002 44 (CCBn 2001) 8, 10, 11

Article 56

Interights (pour le compte de Sikunda) c. Namibie RADH 2002 21 (CADHP 2002) 15

Law Office of Ghazi Suleiman c. Soudan RADH 2002 29 (CADHP 2002) 34, 39, 41, 43

Règlement intérieur de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (1995)

Article 111

Interights (pour le compte de Sikunda) c. Namibie RADH 2002 21 (CADHP 2002) 8

Law Office of Ghazi Suleiman c. Soudan RADH 2002 29 (CADHP 2002) 6

INSTRUMENTS DU CONSEIL DE L'EUROPE

Convention Européenne des Droits de l'Homme

L'État c. Marapo RADH 2002 49 (CABw 2002) 8

Article 6

Attorney-General c. 'Mopa RADH 2002 71 (CALe 2002) 19, 25

Article 8

Müller et Autre c. Namibie RADH 2002 3 (CDH 2002) 3.2

Article 14

Müller et Autre c. Namibie RADH 2002 3 (CDH 2002) 3.2, 5.8

JURISPRUDENCE INTERNATIONALE, RAPPORTS DES ETATS ET AUTRES CITÉS

ORGANES DES TRAITÉS DES NATIONS UNIES RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME

COMITÉ DE DROITS DE L'HOMME

Aduayom et consorts c. Togo

Gedumbe c. République démocratique du Congo RADH 2002 14 (CDH 2002)
6.2

Amisi c Zaire

Gedumbe c. République démocratique du Congo RADH 2002 14 (CDH 2002)
2.1

Barzhig c. France

Müller et Autre c. Namibie RADH 2002 3 (CDH 2002) 5.3, 6.3

Coeriel et consorts c. Pay-Bas

Müller et Autre c. Namibie RADH 2002 3 (CDH 2002) 3.4, 4.4

Danning c. Pay-Bas

Müller et Autre c. Namibie RADH 2002 3 (CDH 2002) 6.7

Mazou c. Cameroun

Gedumbe c. République démocratique du Congo RADH 2002 14 (CDH 2002)
6.2

COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

Constitutional Rights Project et Autres c. Nigeria

Sabally c. Inspecteur Général de Police et autres RADH 2002 67 (CSGa
2001) 11, 12

COMMISSION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Webb c. Royaume Uni

Attorney-General c. 'Mopa RADH 2002 71 (CAle 2002) 25

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Burghartz c. Suisse

Müller et Autre c. Namibie RADH 2002 3 (CDH 2002) 3.2, 4.5, 5.5

Stjerna c. Finlande

Müller et Autre c. Namibie RADH 2002 3 (CDH 2002) 5.8

DÉCISIONS DE LA COMMISSION AFRICAINNE CLASSÉES PAR NUMÉRO

- 220/98 *Law office of Ghazi Suleiman c. Soudan* RADH 2002 29 (CADHP 2002)
- 238/2001 *Institut pour les droits humains et le Developpement (pour le compte de Sédar Tumba Mboyo) c. République Démocratique du Congo* RADH 2002 26 (CADHP 2002)
- 239/2001 *Interights (pour le compte de Jose Domingos Sikunda) c. Namibie* RADH 2002 21 (CADHP 2002)

ABBREVIATIONS

CABw	Cour d'appel du Botswana
CALe	Cour d'appel du Lesotho
CADHP	Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples
CANg	Cour d'appel du Nigeria
CATz	Cour d'appel de Tanzanie
CCAds	Cour constitutionnelle de l'Afrique du sud
CCBn	Cour constitutionnelle du Bénin
CCSe	Cour de cassation du Sénégal
CDH	Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies
CSGa	Cour suprême de Gambie
CSN	Cour suprême de Namibie
CSNg	Cour suprême du Nigeria
CSZw	Cour suprême du Zimbabwe
HCBw	<i>High Court</i> du Botswana
HCMw	<i>High Court</i> du Malawi
HCTz	<i>High Court</i> de Tanzanie
HCZa	<i>High Court</i> de Zambie
PIDCP	Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques
RADH	Recueil Africain des Décisions des Droits Humains
TTNa	Tribunal de Travail de Namibie

JURISPRUDENCE DISPONIBLE SUR INTERNET

Certaines décisions rendues en matière de droits humains en Afrique peuvent être trouvées sur les sites internet suivants:

Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples
www.achpr.org

Interights (Résumés de la jurisprudence des pays du Commonwealth et des organes internationaux de contrôle)
www.interights.org

Centre for Human Rights, Université de Pretoria
www.chr.up.ac.za

Association des Cours constitutionnelles (Cours constitutionnelles des pays francophones)

www.accpuf.org

Cour constitutionnelle Sud-africaine

www.concourt.gov.za

Droit nigérian

www.nigeria-law.org

**DÉCISIONS DES ORGANES
DES TRAITÉS DES NATIONS
UNIES RELATIFS AUX
DROITS DE L'HOMME**

NAMIBIE

Müller et Autre c. Namibie

RADH 2002 3 (CDH 2002)

Communication 919/2000, *M. Michael Andreas Müller et Mme Imke Engelhard c. Namibie*

Decidée lors de la 74e session, 26 juillet 2002, CCPR/C/75/D/641/1995

Recevabilité (épuisement des voies de recours internes - recours devant être efficaces, 6.3)

Egalité, non discrimination (discrimination fondée sur le sexe, 6.7, 6.8, 7; les différences de traitement doivent être fondées sur des critères raisonnables et objectifs)

1. Les auteurs de la communication - qui est datée du 8 novembre 1999 - sont M. Michael Andreas Müller (dénommé ci-après M. Müller), citoyen allemand, né le 7 juillet 1962, et Mme Imke Engelhard (dénommée ci-après Mme Engelhard), citoyenne namibienne, née le 16 mars 1965. Ils affirment être victimes de violations par la Namibie¹ des articles 26, 23, paragraphe 4, et 17, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (le Pacte). Ils sont représentés par un conseil.

Rappel des faits présentés par les auteurs

2.1. M. Müller, qui est joaillier, est venu en visite en Namibie en juillet 1995 et ce pays lui a tellement plu qu'il a décidé de s'installer dans la ville de Swakopmund. Il a commencé à y travailler pour la joaillerie Engelhard Design, établie depuis 1993 et appartenant à Mme Engelhard. Les auteurs se sont mariés le 25 octobre 1996. Avant de se marier, ils se sont renseignés sur la possibilité légale de prendre le nom de Mme Engelhard. Un juriste les a informé que cela était possible. Une fois mariés, les auteurs se sont à nouveau adressés à ce juriste pour les formalités de changement de nom. Ils ont été alors informés que si la femme pouvait prendre le patronyme de son mari sans aucune formalité, le mari devait présenter une demande pour obtenir le changement de son nom.

2.2. La loi sur les étrangers no 1 de 1937 (dite ci-après loi sur les étrangers) dispose, dans le paragraphe 1, article 9 tel que modifié par

¹ Le Protocole facultatif est entré en vigueur pour la Namibie le 28 novembre 1994 par voie d'adhésion.

la proclamation A.G. no 15 de 1989, qu'il est interdit à une personne de prendre un autre nom que celui qu'elle a pris, qu'elle a porté ou qu'elle a transmis avant 1937, sans l'autorisation de l'Administrateur général ou d'un fonctionnaire des services officiels et après publication de l'autorisation en question au *Journal officiel*, sauf dans les cas d'exception prévus. Une seule exception est prévue, au paragraphe 1 a) de l'article 9 de la loi sur les étrangers, pour la femme qui se marie et prend le patronyme de son conjoint. M. Müller fait valoir que l'article en question porte atteinte aux droits qui lui sont reconnus en vertu de la Constitution namibienne, à savoir les droits à l'égalité devant la loi et à l'absence de discrimination fondée sur le sexe (art. 10), son droit et celui de sa famille au respect de leur vie privée (art. 13, par. 1), son droit à l'égalité au regard du mariage et durant le mariage (art. 14, par. 1) et son droit à une protection adéquate, par l'État partie, de sa famille (art. 14, par. 3).

2.3. M. Müller soutient encore que son épouse et lui-même souhaitent prendre le nom de Mme Engelhard pour plusieurs raisons. Il affirme que son propre nom, Müller, est extrêmement commun en Allemagne; par exemple, dans l'annuaire téléphonique de Munich, ville dont il est originaire, il y a plusieurs pages de Müller, dont 11 Michael Müller. Il fait valoir que Engelhard est un nom beaucoup moins courant et que ce nom est important pour son épouse et pour lui-même, puisque leur entreprise s'est fait une réputation sous le nom d'Engelhard Design. Il serait malavisé de l'appeler Müller Design, nom qui n'est pas distinctif. Autre point important, les joailliers exercent leur activité sous un patronyme parce que l'utilisation de ce dernier implique que le propriétaire est soucieux de la qualité de son travail et parce que les clients y voient l'assurance d'un meilleur savoir-faire. M. Müller soutient que s'il devait continuer à utiliser son propre nom et que son épouse devait continuer à utiliser le sien, les clients et les fournisseurs supposeraient qu'il était son employé. M. Müller et son épouse ont aussi une fille enregistrée à sa naissance sous le nom de Engelhard, et M. Müller souhaiterait porter le même nom que sa fille pour épargner à cette dernière des remarques désobligeantes sur le fait qu'il ne serait pas son père. Le Protocole facultatif est entré en vigueur pour la Namibie le 28 novembre 1994 par voie d'adhésion.

2.4. Le 10 juillet 1997, M. Müller a saisi la Haute Cour de Namibie, alléguant que le paragraphe 1 de l'article 9 de la loi sur les étrangers était frappé de nullité puisqu'il était incompatible avec la Constitution s'agissant du droit à l'égalité devant la loi et à la non-discrimination, du droit au respect de la vie privée, du droit à l'égalité au regard du mariage et durant le mariage et du droit à la vie familiale.

2.5. Mme Engelhard a fait une déclaration formelle où elle affirmait qu'elle appuyait la plainte de son mari, et qu'elle aussi souhaitait que le nom de famille soit Engelhard plutôt que Müller, pour les raisons

invoquées par son époux. Le 15 mai 1998, leur requête a été rejetée, avec condamnation aux dépens.

2.6. Le recours en appel formé par M. Müller auprès de la Cour suprême de Namibie a été lui aussi rejeté, avec condamnation aux dépens, le 21 mai 1999. Comme la Cour suprême est la plus haute instance d'appel du pays, les auteurs font valoir qu'ils ont épuisé les recours internes.

Teneur de la plainte

3.1. M. Müller affirme qu'il est victime d'une violation de l'article 26 du Pacte, dans la mesure où l'article 9, paragraphe 1(a), de la loi sur les étrangers l'empêche de prendre le nom de sa femme sans suivre la procédure prévue, c'est-à-dire en présentant une demande à un service officiel, alors que les femmes qui le souhaitent peuvent prendre le patronyme de leur époux sans suivre cette procédure. Mme Engelhard affirme, pour sa part, que son nom ne peut pas être utilisé comme nom de famille sans suivre la procédure mentionnée, en violation de l'article 26. Les auteurs font valoir que cet article de loi introduit clairement une discrimination entre les hommes et les femmes, dans le sens où les femmes peuvent automatiquement prendre le nom de leur conjoint lorsqu'elles se marient, alors que les hommes doivent présenter une demande conformément à des procédures spécifiées. Lorsqu'un homme veut prendre le nom de son épouse, la procédure est la suivante:

- (i) Il doit publier, dans deux numéros consécutifs du *Journal officiel* et dans deux quotidiens sous une forme prescrite, un avis notifiant son intention et ses raisons de changer de nom, à charge pour lui de payer la publication de ces avis;
- (ii) Il doit présenter une déclaration à l'Administrateur général ou à un fonctionnaire des services officiels dûment autorisé par celui-ci;
- (iii) Le chef de la South West African Police et le magistrat du district doivent fournir des renseignements concernant l'auteur;
- (iv) Toute objection à l'adoption d'un autre nom par l'intéressé doit être jointe au rapport du magistrat;
- (v) L'Administrateur général ou un fonctionnaire des services officiels dûment autorisé par celui-ci doit, sur la base de ces déclarations et rapports, s'assurer que l'auteur a une bonne réputation et que sa demande de changement de nom est suffisamment motivée;
- (vi) Le requérant doit s'acquitter des frais réglementaires et se conformer aux autres prescriptions prévues.

3.2. Les auteurs se réfèrent à un cas similaire de discrimination soumis à la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Burghartz c. Suisse*.² Dans cette affaire, la Cour européenne a estimé que l'adjonction par le mari de son patronyme au nom commun,

² Voir Cour européenne des droits de l'homme, arrêt A280-B du 22 février 1994.

emprunté à la femme, ne refléterait pas l'unité de la famille à un degré moindre que la solution inverse. La Cour, avant d'établir qu'il y avait eu violation des articles 14 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, a également considéré qu'on ne pouvait parler en l'espèce d'une véritable tradition, et qu'au demeurant la Convention devait toujours s'interpréter à la lumière des conditions actuelles et en particulier de l'importance attachée au principe de non-discrimination. Les auteurs se réfèrent également à l'Observation générale no 18 du Comité,³ dans laquelle celui-ci a dit expressément que toute différenciation fondée sur le sexe constituait une discrimination au sens de l'article 26 du Pacte et qu'au nom du principe de l'interdiction de la discrimination le contenu d'un texte législatif ne devait pas être discriminatoire. Les auteurs soutiennent que si l'on suit l'interprétation de l'article 26 du Pacte donnée par le Comité dans son Observation générale no 18, l'article 9, paragraphe 1(a), de la loi sur les étrangers est discriminatoire à l'égard à la fois des hommes et des femmes.

3.3. Les auteurs affirment être victimes d'une violation de l'article 23, paragraphe 4, du Pacte du fait que l'application de l'article 9, paragraphe 1, de la loi sur les étrangers porte atteinte à leur droit à l'égalité au regard du mariage et durant le mariage en leur imposant des formalités spécifiques pour pouvoir choisir le nom de la femme comme nom de famille, alors que ces formalités ne sont pas imposées pour pouvoir utiliser le patronyme du mari. Les auteurs se réfèrent à l'Observation générale no 19⁴ du Comité, où celui-ci note, à propos du paragraphe 4 de l'article 23 du Pacte, que le droit pour chaque conjoint de continuer d'utiliser son nom de famille d'origine ou de participer sur un pied d'égalité au choix d'un nouveau nom de famille devrait être sauvegardé.

3.4. Les auteurs se réfèrent à la jurisprudence du Comité dans l'affaire *Coeriel et consorts c. Pays-Bas*⁵ et soutiennent être victimes d'une violation de l'article 17, paragraphe 1, parce que le nom d'une personne constitue un élément important de son identité et que la protection contre les immixtions arbitraires ou illégales dans la vie privée comprend la protection du droit de choisir son nom et d'en changer.

3.5. Les auteurs demandent donc à titre de réparation:

- (a) Qu'il soit admis que les droits des auteurs en vertu du Pacte ont été violés;
- (b) Qu'il soit admis que l'article 9, paragraphe 1 a), de la loi sur les étrangers est incompatible en particulier avec les articles 26, 23, paragraphe 4, et 17, paragraphe 1, du Pacte;

³ Voir l'Observation générale no 18 du 10 novembre 1989, par. 7 et 12.

⁴ Voir l'Observation générale no 19 du 27 juillet 1990, par. 7.

⁵ Voir constatations du 31 octobre 1994 concernant la communication no 453/1991.

- (c) Que la Namibie autorise immédiatement M. Müller à prendre le nom de Mme Engelhard sans avoir à se conformer aux dispositions de la loi sur les étrangers;
- (d) Que les défendeurs devant la Haute Cour et la Cour suprême de Namibie ne reçoivent pas les frais adjugés en leur faveur par ces juridictions;
- (e) Et que la Namibie modifie le paragraphe 1 de l'article 9 de la loi sur les étrangers afin de se conformer à ses obligations en vertu du Pacte.

Observations de l'État partie quant à la recevabilité et quant au fond de la communication

4.1. L'État partie a communiqué le 5 juin 2000 ses observations concernant la recevabilité de la communication et le 17 octobre 2000 ses observations quant à la recevabilité et quant au fond de la communication.

Recevabilité de la communication

4.2. L'État partie confirme que M. Müller a épuisé les recours internes puisqu'il a saisi la Haute Cour namibienne et a formé un recours en appel auprès de la Cour suprême de Namibie. Toutefois, l'État partie fait observer que l'auteur s'est adressé directement aux tribunaux, sans s'être conformé aux prescriptions de la loi sur les étrangers. L'État partie soutient aussi que le Comité n'est ni habilité ni autorisé à examiner la demande en réparation spécifique de l'auteur mentionnée au paragraphe 3(5)(d) ci-dessus, puisque dans le cadre des procédures internes l'auteur n'a pas allégué que la Cour suprême était incompétente pour adjuger les frais et qu'il n'a pas soutenu que les lois namibiennes relatives à l'adjudication des frais par les juridictions nationales violaient la Constitution namibienne ou les obligations de la Namibie en vertu du Pacte.

4.3. En ce qui concerne Mme Engelhard, l'État partie fait valoir qu'elle n'a pas épuisé les recours internes et n'a fourni aucune explication à ce sujet. L'État partie soutient par conséquent que la communication de Mme Engelhard n'est pas recevable au titre de l'article 5(2)(b) du Protocole facultatif et que la réponse de l'État partie quant au fond de la communication ne concerne pas les allégations de Mme Engelhard.

Fond de la communication

4.4. En ce qui concerne l'allégation de l'auteur suivant laquelle il y aurait violation de l'article 26 du Pacte, l'État partie ne conteste pas que l'article 9, paragraphe 1, de la loi sur les étrangers fait une différenciation entre hommes et femmes. Il considère toutefois que cette différenciation est raisonnablement justifiée eu égard à son objet, qui est d'assurer d'importantes fonctions sur le plan social,

économique et juridique. Les patronymes servent à s'assurer de l'identité d'une personne à diverses fins - par exemple, pour la sécurité sociale, les assurances, les licences, le mariage, l'héritage, les élections et les candidatures aux élections, les passeports, les impôts et les registres administratifs - et ils constituent par conséquent un élément important de l'identité de la personne (voir *Coeriel et consorts c. Pays-Bas*). L'article 9 de la loi sur les étrangers reflète une tradition de longue date dans la société namibienne, à savoir que la femme prend normalement le nom de son mari, et depuis l'entrée en vigueur de cette loi en 1937 il n'y a pas eu d'autre cas de mari qui souhaitait prendre le nom de sa femme. La différenciation prévue dans la loi sur les étrangers avait pour buts d'assurer la sécurité juridique et d'établir avec certitude l'identité, ce qui correspondait à des critères raisonnables et objectifs.

4.5. L'État partie fait valoir encore que le paragraphe 1 de l'article 9 de la loi sur les étrangers n'empêche pas M. Müller de prendre le nom de sa femme, mais prévoit seulement une procédure simple qui permettrait à l'auteur d'obtenir ce qu'il souhaite. Le cas d'espèce est différent de l'affaire *Burghartz c. Suisse*, dans le sens que dans celle-ci l'auteur n'avait pas de recours pour adjoindre son nom à celui de sa femme en les reliant par un trait d'union.

4.6. L'État partie soutient que l'article 26 du Pacte fait référence à une notion de traitement injuste, inéquitable et déraisonnable qui n'intervient pas dans le cas de l'auteur, et qu'il n'a pas été allégué que l'objet de l'article 9, paragraphe 1, de la loi sur les étrangers était dirigé contre les personnes de sexe masculin prises individuellement ou collectivement, en Namibie.

4.7. En ce qui concerne l'allégation de l'auteur en relation avec le paragraphe 4 de l'article 23 du Pacte, l'État partie déclare que, conformément à cet article et à l'interprétation donnée par le Comité dans son Observation générale no 19, la loi namibienne permet à l'auteur de participer sur un pied d'égalité avec sa femme au choix d'un nouveau patronyme, à condition de se conformer aux procédures prévues.

4.8. En ce qui concerne l'allégation de M. Müller en relation avec l'article 17, paragraphe 1, du Pacte, l'État partie déclare que cette disposition protège seulement l'auteur des immixtions arbitraires, c'est-à-dire déraisonnables et inutilement irrationnelles, ou illégales dans sa vie privée. Compte tenu de l'objet du paragraphe 1 de l'article 9 de la loi sur les étrangers mentionné plus haut, dans la mesure où l'auteur peut changer de nom s'il le souhaite la loi n'est ni déraisonnable, ni incompatible avec les obligations de l'État partie en vertu du paragraphe 1 de l'article 17.

4.9. L'État partie conteste les réparations demandées par les auteurs.

Commentaires des auteurs

5.1. Le 5 mars 2001, les auteurs ont répondu aux observations de l'État partie.

5.2. M. Müller ne conteste pas qu'il aurait pu demander à changer son nom conformément aux dispositions de la loi sur les étrangers. Il soutient toutefois que c'est la procédure prévue pour les hommes qui souhaitait changer de nom qui est discriminatoire. Il aurait donc été contradictoire de suivre la procédure prévue.

5.3. En ce qui concerne l'allégation de l'État partie selon laquelle Mme Engelhard n'a pas épuisé les recours internes, les auteurs font valoir qu'il aurait été inutile pour elle de présenter au tribunal une requête distincte de celle de son mari, puisque sa requête n'aurait pas été différente de la première, que la Cour suprême de Namibie a rejetée. Les auteurs se réfèrent à la jurisprudence du Comité dans l'affaire *Barzhig c. France*,⁶ où le Comité a déclaré qu'il n'était pas nécessaire d'épuiser les voies de recours internes si la plainte devait immanquablement être rejetée, ou lorsque la jurisprudence des juridictions nationales supérieures excluait que le plaignant ait gain de cause. En outre, tout au long des procédures juridiques internes, Mme Engelhard avait soutenu la requête de son mari, de sorte que sa situation, du point de vue juridique et dans les faits, était connue des juridictions nationales.

5.4. En ce qui concerne l'article 26, dès lors qu'est effectivement prévue une différenciation fondée uniquement sur le sexe, celle-ci doit être justifiée par une raison extrêmement primordiale et valable. Il faut donc examiner si les objectifs énoncés par l'État partie sont suffisamment importants pour justifier une telle différenciation. Il n'est pas contesté que le patronyme d'une personne constitue un élément important de son identité, mais on peut considérer que par conséquent l'égalité de droits des époux pour ce qui est de choisir l'un ou l'autre patronyme comme nom de famille mérite la protection la plus attentive.

5.5. En outre, la notion de « tradition de longue date » invoquée par l'État partie ne justifie pas la différenciation, puisque cette tradition remonte seulement au milieu du XIXe siècle et que, selon l'arrêt de la Cour européenne dans l'affaire *Burghartz c. Suisse*, l'interprétation doit se faire à la lumière des conditions d'aujourd'hui et en particulier de l'importance attachée au principe de non-discrimination. Pour faire valoir que les lois et pratiques discriminatoires ne sauraient être justifiées au nom de la tradition, les auteurs font observer qu'en Afrique du Sud, l'apartheid était l'ancien système traditionnel qui permettait de promulguer des lois perpétuant la discrimination raciale.

⁶ Voir constatations du 11 avril 1991 concernant la communication no 327/1988.

5.6. Pour les auteurs, l'argumentation de l'État partie selon laquelle la différenciation introduite par le paragraphe 1 de l'article 9 de la loi sur les étrangers doit être maintenue dans l'intérêt de l'administration publique et de la société dans son ensemble n'est pas rationnelle, puisque laisser la possibilité à un couple qui se marie de choisir celui des deux noms qui sera utilisé comme nom de famille ne contribuerait pas moins à l'objectif recherché.

5.7. Les auteurs soutiennent que la procédure prévue pour un homme qui souhaite prendre le nom de son épouse n'est pas aussi simple que l'affirme l'État partie, et ils se réfèrent à la procédure en question, déjà décrite plus haut (par. 3.1).

5.8. Les auteurs font également référence à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Stjerna c. Finlande*,⁷ où la Cour a dit qu' « Au regard de l'article 14 [de la Convention européenne des droits de l'homme], une distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ... », et ils font valoir que la différence de traitement contestée manque de justification raisonnable. Ils soutiennent que l'article 9, paragraphe 1, de la loi sur les étrangers perpétue la « tradition de longue date » qui consiste à reléguer la femme à un état de subordination dans le mariage.

5.9. En ce qui concerne les allégations de l'État partie en relation avec l'Observation générale no 19 relative à l'article 23 du Pacte, il est dit qu'il convient de considérer que sont visés non seulement le choix du nom de famille, mais aussi la méthode par laquelle ce choix est effectué. À ce propos, les auteurs font valoir que la demande de changement de nom présentée par le mari peut être approuvée ou non par le Ministre de l'intérieur, par exemple si le requérant ne peut pas assumer les coûts de publication de l'avis ou les frais réglementaires.

Délibérations du Comité

6.1. Avant d'examiner une plainte soumise dans une communication, le Comité des droits de l'homme doit, conformément à l'article 87 de son règlement intérieur, déterminer si cette communication est recevable en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte.

6.2. En ce qui concerne les violations du Pacte alléguées par M. Müller dans leur ensemble, le Comité fait observer que ces questions ont été dûment examinées dans le cadre des procédures internes et que l'État partie a confirmé que M. Müller avait épuisé les recours internes. Rien ne s'oppose donc à ce que la communication soit jugée

⁷ Voir Cour européenne des droits de l'homme, arrêt A299-B du 25 novembre 1994, par. 48.

recevable en vertu du paragraphe 2 de l'article 5 du Protocole facultatif en ce qui concerne M. Müller.

6.3. Pour ce qui est des allégations de Mme Engelhard, l'État partie a contesté que les recours internes aient été épuisés. Même si Mme Engelhard avait pu saisir la justice namibienne, avec son mari ou séparément, sa requête, très similaire de celle de M. Müller, aurait inévitablement été rejetée puisque la requête de M. Müller a été rejetée par la plus haute juridiction namibienne. Comme, selon la jurisprudence qu'il a établie (*Barzhig c. France*), il n'est pas nécessaire pour l'auteur d'épuiser les voies de recours qui n'ont objectivement aucune chance d'aboutir, le Comité conclut que les allégations de Mme Engelhard ne sont pas irrecevables en vertu du paragraphe 2 de l'article 5 du Protocole facultatif. Bien que l'État partie n'ait pas formulé d'observations sur les allégations de Mme Engelhard quant au fond, le Comité considère que rien ne s'oppose à ce qu'il examine la communication quant au fond en ce qui concerne les allégations de celle-ci également, puisque des points de droit complètement identiques concernant les deux auteurs y sont soulevés.

6.4. Le Comité s'est également assuré que la même question n'était pas en cours d'examen devant une autre instance internationale d'enquête ou de règlement.

6.5. Le Comité décide par conséquent que la communication est recevable en ce qu'elle peut soulever des questions au regard des articles 26, 23, paragraphe 4, et 17, paragraphe 1, du Pacte.

6.6. Le Comité a examiné les allégations des auteurs quant au fond, en tenant compte de toutes les informations écrites qui lui ont été soumises par les parties, conformément au paragraphe 1 de l'article 5 du Protocole facultatif.

6.7. En ce qui concerne l'allégation des auteurs par rapport à l'article 26 du Pacte, le Comité prend note du fait que le paragraphe 1 de l'article 9 de la loi sur les étrangers introduit une différenciation fondée sur le sexe s'agissant du droit du mari ou de la femme de prendre le nom du conjoint, fait qui n'est pas contesté par les parties au différend. Le Comité rappelle que, selon sa jurisprudence constante, la reconnaissance du droit à l'égalité devant la loi et à une égale protection de la loi, sans discrimination, ne rend pas discriminatoires toutes les différences de traitement. Une différence de traitement fondée sur des critères raisonnables et objectifs n'équivaut pas à un traitement discriminatoire interdit au sens de l'article 26.⁸ Mais l'existence d'une différence de traitement fondée sur l'un des éléments énumérés dans la seconde clause de l'article 26 du Pacte impose à l'État partie l'obligation d'expliquer la raison de

⁸ Voir les constatations du Comité dans l'affaire *Danning c. Pays-Bas*, communication no 180/1984.

cette différenciation. Le Comité doit donc examiner si les motifs de la différenciation selon le sexe introduite par le paragraphe 1 de l'article 9, empêchent que la disposition en question soit considérée comme discriminatoire.

6.8. Le Comité prend note de l'argument de l'État partie selon lequel le paragraphe 1 de l'article 9 de la loi sur les étrangers répond à des objectifs légitimes sur le plan social et juridique, en particulier contribuer à la sécurité juridique. Le Comité prend note aussi de l'observation de l'État partie selon laquelle la différence de traitement prévue à l'article 9 de la loi sur les étrangers repose sur une tradition namibienne de longue date qui veut que les femmes prennent le nom de leur mari, aucun homme n'ayant jusqu'à présent, en pratique, exprimé le vœu de prendre le nom de sa femme; la loi, qui régleme les situations normales, reflète donc simplement un état de fait généralement accepté dans la société namibienne. Le vœu inusuel d'un couple de prendre comme nom de famille le patronyme de la femme pouvait être facilement satisfait en demandant un changement de nom conformément aux procédures prévues dans la loi sur les étrangers. Le Comité ne voit pas, cependant, en quoi les considérations liées au sexe qui sont prévues dans le paragraphe 1 de l'article 9 de la loi sur les étrangers peuvent contribuer à la sécurité juridique, puisque le choix du nom de la femme peut être enregistré aussi facilement que celui du nom du mari. Compte tenu de l'importance du principe de l'égalité entre les hommes et les femmes, l'argument d'une tradition de longue date ne tient pas non plus en général pour justifier un traitement différent, qui est contraire au Pacte. Le fait d'assujettir la possibilité de choisir le patronyme de la femme comme nom de famille à des conditions plus strictes et beaucoup plus compliquées que la possibilité inverse (choix du patronyme du mari) ne peut donc pas être considéré comme raisonnable et, en tout état de cause, la raison invoquée pour justifier la différenciation n'est pas suffisamment importante pour faire accepter une différence de traitement fondée sur le sexe qui est généralement prohibée. En conséquence, le Comité estime que les auteurs sont victimes d'une discrimination et d'une violation de l'article 26 du Pacte.

6.9. Le Comité ayant conclu à une violation de l'article 26 du Pacte, il considère qu'il n'y a pas lieu de se prononcer sur une éventuelle violation des articles 17 et 23 du Pacte.

7. Le Comité des droits de l'homme, agissant en vertu du paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, estime que les faits dont il est saisi font apparaître une violation de l'article 26 du Pacte.

8. En vertu du paragraphe (3)(a) de l'article 2 du Pacte, l'État partie est tenu d'assurer aux auteurs un recours utile, en évitant

toute discrimination dans le choix de leur patronyme commun. L'État partie doit également s'abstenir de faire exécuter la décision de la Cour suprême en matière de dépens ou, si la décision a déjà été exécutée, faire en sorte que les sommes en question soient restituées.

9. Étant donné qu'en adhérant au Protocole facultatif, l'État partie a reconnu que le Comité avait compétence pour déterminer s'il y a eu violation du Pacte et que, conformément à l'article 2 du Pacte, l'État partie s'est engagé à garantir à tous les individus se trouvant sur son territoire et relevant de sa compétence les droits reconnus dans le Pacte et à assurer un recours utile et exécutoire lorsqu'une violation a été établie, le Comité souhaite recevoir de l'État partie, dans un délai de 90 jours, des renseignements sur les mesures prises pour donner effet à ses constatations. L'État partie est également prié de publier les constatations du Comité.

REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

Gedumbe c. République démocratique du Congo

RADH 2002 14 (CDH 2002)

Communication 641/1995, *M. Nyekuma Kopita Toro Gedumbe c. République démocratique du Congo*

Decidée lors de la 75e session, 26 juillet 2002, CCPR/C/75/64/1995

Recevabilité (manque de justification à l'appui des prétentions, 4.3)

Preuve (manquement de l'État partie à répondre aux allégations, 5.1)

Egale protection de la loi (5.2, 5.3)

1. Le requérant est M. Nyekuma Kopita Toro Gedumbe, citoyen de la République démocratique du Congo (ex-Zaïre), résidant à Bujumbura (Burundi). Il se déclare victime de la violation par la République démocratique du Congo (ex-Zaïre) des paragraphes 1 et 3 de l'article 2; des articles 7, 14, 17, du paragraphe 1 de l'article 23; des alinéas *a* et *c* de l'article 25 et de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il n'est pas représenté par un conseil.

Rappel des faits présentés par le requérant

2.1. Le requérant était depuis 1985 directeur du groupe scolaire consulaire zaïrois de Bujumbura (Burundi). En 1988, il a été révoqué par Mboloko Ikolo, alors ambassadeur du Zaïre au Burundi. Les motifs de la révocation seraient une plainte adressée par le requérant et par d'autres membres du personnel de l'école¹ à plusieurs hauts dignitaires zaïrois, dont le Président de la République et le ministre des Affaires étrangères, pour dénoncer le détournement par M. Ikolo des traitements du personnel du groupe scolaire consulaire. Dans le cas particulier du requérant, l'ambassadeur se serait emparé de son salaire pour le contraindre à lui céder son épouse.

¹ Cette plainte portait également la signature d'Odia Amisi, lequel avait soumis une communication (no 497/1992 *Odia Amisi c. Zaïre*), déclarée irrecevable le 27 juillet 1994.

2.2. En mars 1988, le Zaïre a dépêché à Bujumbura une commission d'enquête qui aurait fait un rapport accablant sur l'ambassadeur et confirmé toutes les accusations portées contre lui. En août 1988, le ministre zaïrois des affaires étrangères a enjoint M. Ikolo de payer l'intégralité des traitements au requérant, lequel avait été entre-temps muté à l'école consulaire de Kigali (Rwanda) pour en prendre la direction. L'ambassadeur, qui aurait refusé d'obtempérer, aurait été suspendu de ses fonctions et rappelé au Zaïre le 20 juin 1989.

2.3. En septembre 1989, le ministère de l'Enseignement primaire et secondaire a pris un arrêté ordonnant la réintégration du requérant dans ses fonctions à Bujumbura. Le requérant est donc retourné au Burundi pour y prendre ses fonctions. Ultérieurement, M. Ikolo qui, bien que suspendu, était resté à Bujumbura jusqu'au 20 décembre 1989, a informé les autorités zaïroises que le requérant était membre d'un réseau d'opposants politiques au gouvernement zaïrois. M. Ikolo avait donc prié les autorités burundaises d'expulser le requérant. C'est pourquoi, selon le requérant, M. Ikolo et son successeur à l'ambassade, M. Vizi Topi, ont refusé de le réintégrer dans ses fonctions même après avoir reçu confirmation du ministre de l'Enseignement primaire et secondaire, et se sont également opposés à verser l'arriéré de ses traitements.

2.4. Le requérant s'est adressé au Procureur de la République près le tribunal de grande instance d'Uvira qui a renvoyé le dossier au Procureur général près la cour d'appel de Bukavu le 25 juillet 1990. Les deux parquets ont constaté que les faits constituaient un abus de pouvoir et ont réprouvé la conduite de l'ancien ambassadeur. Le 14 septembre 1990, l'affaire a été, à nouveau, renvoyée pour avis au parquet de Kinshasa où la plainte a été enregistrée en février 1991. Depuis lors, malgré de nombreux rappels, aucune suite n'a été donnée. Le requérant s'est donc adressé au ministre de la Justice et au Président de l'Assemblée nationale. Ce dernier a intercedé auprès du ministre des Affaires étrangères et du ministre de l'Éducation nationale qui seraient intervenus en faveur du requérant auprès de M. Vizi Topi, mais en vain.

2.5. Le 7 octobre 1990, le requérant a porté plainte contre M. Ikolo pour adultère, dénonciation calomnieuse et accusation préjudiciable, abus de pouvoir et détournement de fonds privés. Par lettre du 24 octobre 1990, le Président de la cour d'appel de Kinshasa a informé le requérant que M. Ikolo, en tant qu'ambassadeur, bénéficie d'une immunité de fonction et ne peut être traduit en justice que sur plainte du Procureur général. Le requérant a adressé de nombreuses plaintes au Procureur lui demandant d'engager des poursuites contre M. Ikolo, mais à ce jour rien n'a été fait. Selon le requérant, cette inertie tient au fait qu'il faut une autorisation spéciale du Président de la République pour engager des poursuites contre des membres des services de sécurité et que le Procureur ne peut donc pas prendre le risque de poursuivre M. Ikolo, lequel est également un haut cadre

du Service national d'intelligence et de la protection. Par conséquent, cette affaire ne peut être tranchée par voie judiciaire. Le requérant fait valoir que, dans ces conditions, tous les recours internes disponibles et utiles ont été épuisés.

Teneur de la plainte

3.1. Le requérant fait valoir que la privation arbitraire de son emploi, le détournement de son traitement et la déstabilisation de sa famille qui ont résulté de la situation équivalent à une torture et à un traitement cruel et inhumain. Il ajoute que le gouvernement, représenté par le parquet, lui dénie le droit à un procès équitable et public par un tribunal compétent, indépendant et impartial établi par la loi.

3.2. Le requérant indique en outre que sa famille a été déstabilisée par la conduite immorale de l'ambassadeur qui aurait eu des relations adultères avec son épouse, en violation de l'article 17 du Pacte. Il ajoute que, en raison des difficultés qu'il traverse depuis sa révocation, sa famille ne bénéficie pas de la protection à laquelle le paragraphe 1 de l'article 23 du Pacte lui donne droit.

3.3. Le requérant fait valoir que, parce qu'il est directeur d'une école publique empêché d'exercer ses fonctions, les droits qui lui sont reconnus aux alinéas *a* et *c* de l'article 25 ont été violés. Il affirme, par ailleurs, être victime d'une violation de l'article 26 du Pacte dans la mesure où il a été suspendu de la fonction publique sans que des sanctions disciplinaires lui aient été infligées, par conséquent en violation de la loi. À cet égard, il affirme que le fait que le gouvernement n'ait pas obligé l'ambassadeur à l'autoriser à reprendre ses fonctions, même après une réintégration officielle dans son poste, constitue une violation des paragraphes 1 et 3 de l'article 2 du Pacte.

3.4. Le requérant précise que l'affaire n'a pas été soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement.

Délibérations du Comité sur la recevabilité

4.1. Avant d'examiner une plainte soumise dans une communication, le Comité des droits de l'homme doit, conformément à l'article 87 de son règlement intérieur, déterminer si cette communication est recevable en vertu du Protocole facultatif se rapportant au Pacte.

4.2. À sa soixantième session en juillet-août 1997, le Comité a examiné la question de la recevabilité de la communication.

4.3. Le Comité a estimé que la plainte du requérant selon laquelle les faits tels qu'il les a décrits constituent une violation des articles 7, 17 et 23 ainsi que de l'alinéa *a* de l'article 25 du Pacte n'a pas été écartée aux fins de la recevabilité. Cette partie de la communication

a donc été déclarée irrecevable au titre de l'article 2 du Protocole facultatif.

4.4. Le Comité a également considéré que, en l'absence de toute information soumise par l'État partie, la plainte du requérant selon laquelle il s'est vu refuser l'accès à la fonction publique et l'égalité devant la loi et les tribunaux parce que l'État partie n'a pas fait appliquer ses décisions de remboursement au requérant de l'arriéré de ses traitements et de réintégration dans son poste et puisqu'il est empêché de saisir les tribunaux de sa plainte, peut soulever des questions au regard du paragraphe 1 de l'article 14, de l'alinéa c de l'article 25 et de l'article 26 du Pacte, qui méritent d'être examinées quant au fond. Le 1er août 1997, le Comité a donc déclaré recevable cette partie de la communication.

Examen quant au fond

5.1. Le Comité des droits de l'homme a examiné la présente communication en tenant compte de toutes les informations qui lui ont été soumises par les parties, conformément au paragraphe 1 de l'article 5 du Protocole facultatif. Il constate que, s'il a reçu suffisamment d'informations de la part du requérant, l'État partie, en dépit de rappels qui lui ont été adressés, ne lui a fourni aucune réponse tant sur la recevabilité que sur le fond de la communication. Le Comité rappelle qu'aux termes du paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole facultatif un État partie est tenu de coopérer en lui soumettant par écrit des explications ou déclarations éclaircissant la question et indiquant, le cas échéant, les mesures qu'il pourrait avoir prises pour remédier à la situation. Comme l'État partie ne s'est pas montré coopératif en la matière, force est de donner tout leur poids aux allégations du requérant dans la mesure où elles ont été étayées.

5.2. Eu égard au grief de violation de l'alinéa c de l'article 25 du Pacte, le Comité note que le requérant a formulé des allégations précises relatives, d'une part, à sa révocation en dehors de toute procédure légale et en particulier en violation du statut zairois régissant les agents de l'État, et d'autre part à sa non-réintégration dans ses fonctions contrairement aux décisions du ministère de l'Enseignement primaire et secondaire. À cet égard, le Comité relève également que le non-paiement des arriérés de traitements du requérant, malgré les instructions du ministre des Affaires étrangères, est la conséquence directe de l'absence de mise en application des décisions des autorités ci-dessus mentionnées. En l'absence de réponse de la part de l'État partie, le Comité estime que les faits, dans le cas d'espèce, montrent que les décisions des autorités en faveur du requérant n'ont pas été suivies d'effet et ne peuvent être considérées comme un remède satisfaisant au regard des articles 2 et 25(c) combinés du Pacte.

5.3. Dans la mesure où le Comité a constaté que le requérant ne disposait pas d'un recours utile pour faire valoir ses droits devant un tribunal (art. 2 et 25(c) combinés du Pacte), la question relative à la conformité d'un tel tribunal au regard de l'article 14 du Pacte n'a pas lieu de se poser. Quant à l'article 26 du Pacte, le Comité a répondu à l'argumentation du requérant en retenant une violation de l'article 25 c).

6.1. Le Comité des droits de l'homme, agissant en vertu du paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, estime que les faits dont il est saisi font apparaître des violations par la République démocratique du Congo des articles 2 et 25(c) combinés du Pacte.

6.2. En vertu du paragraphe 3(a) de l'article 2 du Pacte, le Comité considère que le requérant a droit à un recours utile qui doit prendre la forme: (a) d'une réintégration effective dans la fonction publique, à son poste avec toutes les conséquences que cela implique, ou le cas échéant à un poste similaire communication no 630/1995 *Abdoulaye Mazou c. Cameroun*; et (b) d'une indemnisation calculée sur la base d'une somme équivalant au paiement des arriérés de traitements et de la rémunération qu'il aurait perçue depuis la période où il n'a pas été réintégré dans ses fonctions considérée à partir de septembre 1989 communications nos 422/1990, 423/1990 et 424/1990, *Adimayo M. Aduayom, Sofianou T. Diasso et Yawo S. Dobou c. Togo*.

6.3. Le Comité rappelle qu'en adhérant au Protocole facultatif, la République démocratique du Congo a reconnu que le Comité avait compétence pour déterminer s'il y avait ou non violation du Pacte et que, conformément à l'article 2 de celui-ci, elle s'est engagée à garantir à tous les individus se trouvant sur son territoire et relevant de sa juridiction les droits reconnus dans le Pacte et à assurer un recours utile et exécutoire lorsqu'une violation a été établie. Aussi le Comité souhaite-t-il recevoir de l'État partie, dans les 90 jours suivant la transmission des présentes constatations, des informations sur les mesures qu'il aura prises pour leur donner suite. L'État partie est également prié de rendre publiques les constatations du Comité.

**DÉCISIONS DE LA
COMMISSION AFRICAINE DES
DROITS DE L'HOMME ET DES
PEUPLES**

NAMIBIE

Interights (pour le compte de Sikunda) c. Namibie

RADH 2002 21 (CADHP 2002)

Communication 239/2001, *Interights (pour le compte de Jose Domingos Sikunda) c. Namibie*

Decidée lors de la 31e session ordinaire, mai 2002, 15e Rapport annuel d'activités

Rapporteur: Chigovera

Mesures provisoires (déportation, 8, 10, 11, 32)

Mission (visite de promotion, 16)

Recevabilité (épuisement des voies de recours internes - affaire en instance de jugement devant une juridiction locale, 28, 30; perte de contact avec le requérant, 29)

Résumé des faits

1. La communication est soumise par Interights, ONG des droits de l'homme basée au Royaume-Uni, pour le compte de Jose Domingos Sikunda.
2. M. Sikuda est de descendance angolaise, mais il vit en Namibie depuis 25 ans.
3. Le plaignant allègue qu'en 2000, M. Sikunda a été arrêté et détenu par les autorités namibiennes. Aucune raison n'a été donnée sur son arrestation et sa détention.
4. Il est allégué que le 24 octobre 2000, la Haute Cour de Justice de Namibie a ordonné la libération de M. Sikunda, mais que le gouvernement de la Namibie n'a pas respecté la décision de justice.
5. Il est également allégué que les avocats de M. Sikunda ont alors cherché à faire exécuter la décision et le 31 octobre, le juge a rendu un *nisi* ordonnant au Ministre d'expliquer pourquoi il ne devrait pas être cité à comparaître pour refus de s'incliner devant une décision judiciaire. L'affaire a été renvoyée deux fois et le 12 janvier 2001, le Juge Teek a rendu son jugement en se récusant sans que l'une des deux parties l'ait demandé.
6. Le plaignant déclare qu'il existe une décision judiciaire pendante de non expulsion de M. Sikunda qui expire le 1er février 2001 et que les autorités namibiennes ont fait savoir qu'elles étaient

prêtes à expulser M. Sikunda vers l'Angola dont le gouvernement accuse M. Sikunda d'être un rebelle de l'UNITA. Le plaignant allègue qu'une telle action équivaldrait à une menace de torture et de mort extrajudiciaire de M. Sikunda.

Plainte

7. Le plaignant allègue la violation des articles 4, 5 et 12(4) de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples.

Procédure

8. La communication a été reçue au Secrétariat de la Commission le 31 janvier 2001 par fax dont une copie a été transmise au Président de la Commission Africaine, lui demandant de faire appel (conformément à l'article 111 du Règlement intérieur de la Commission) au gouvernement namibien pour qu'il s'abstienne de prendre des mesures qui pourraient mettre en danger la vie de M. Sikunda.

9. Le Secrétariat a accusé réception de la communication le 2 février 2001 et a demandé au plaignant de lui fournir de plus amples informations.

10. Le 19 février 2001, le Président de la Commission Africaine a écrit au Ministre des Affaires étrangères de la République de Namibie pour lui exprimer sa préoccupation quant à la prétendue expulsion de M. Sikunda.

11. Le 22 février 2001, le gouvernement namibien a répondu au Président de la Commission en rejetant la demande et en déclarant que les actions du gouvernement namibien étaient légales et visaient à garantir la sécurité du pays et de ses citoyens.

12. Le 12 mars 2001, une copie de la réponse écrite susmentionnée a été transmise au plaignant à qui il a été rappelé de fournir à la Commission de plus amples informations.

13. Le 21 mars 2001, le plaignant a répondu à la demande de fournir de plus amples informations en déclarant qu'il procurera à la Commission des preuves supplémentaires et des pièces à conviction.

14. Au cours de sa 29ème session ordinaire, la Commission a décidé d'être saisie de la communication.

15. Le 23 mai 2001, le Secrétariat a transmis la décision susvisée aux parties et leur a demandé de lui fournir de plus amples informations sur la recevabilité, conformément à l'article 56 de la Charte Africaine. Il a également transmis une copie du texte de la communication à l'État défendeur. Il a été demandé aux parties de soumettre leurs observations écrites au Secrétariat dans les trois mois qui suivent la notification de la décision.

16. Au cours de sa visite de promotion en Namibie, effectuée du 2 au 7 juillet 2001, le Commissaire Chigovera a soulevé la question de cette communication avec les autorités des ministères de la Justice et des Affaires étrangères à qui il a demandé instamment de soumettre leurs observations écrites au Secrétariat, le plutôt possible.

17. Le 17 août 2001, il a été rappelé aux Parties de faire parvenir leurs observations écrites au Secrétariat au plus tard le 23 août 2001.

18. Les 18 et 21 septembre 2001, le Secrétariat a écrit respectivement à l'État défendeur et au plaignant, les rappelant de lui faire parvenir leurs observations sur la recevabilité.

19. Le 24 septembre 2001, le Secrétariat a reçu une lettre de Interights disant qu'il ne pourrait pas transmettre ses observations pour examen à la 30ème session, dans la mesure où il lui manque des éléments qui n'ont pas été transmis par les avocats des victimes.

20. Lors de sa 30ème session ordinaire tenue à Banjul, Gambie, la Commission a examiné la communication et décidé de reporter son examen approfondi à sa 31ème session ordinaire, en vue de permettre aux plaignants de faire parvenir leurs observations sur la recevabilité.

21. Le 9 novembre 2001, les Parties ont été informées de la décision de la Commission.

22. Le 2 janvier 2002, il a été rappelé aux plaignants de soumettre leurs observations écrites sur la recevabilité.

23. Par un e-mail du 7 janvier 2002, les plaignants ont informé le Secrétariat qu'ils avaient envoyé une demande d'informations supplémentaires à leurs collègues en Namibie mais n'avaient pas encore reçu de réponse et que dans ce cas, ils examineront sérieusement la possibilité d'envoyer une notification d'abandon de l'affaire.

24. Le 19 mars 2002, le Secrétariat a écrit aux plaignants pour leur demander s'ils souhaitent toujours donner suite à la communication et, dans ce cas, de bien vouloir transmettre leurs observations écrites sur la recevabilité.

25. Le 20 mars 2002, les plaignants ont écrit au Secrétariat l'informant qu'en dépit de tentatives répétées, ils ne sont pas parvenus à obtenir une réponse de leurs collègues de l'association nationale des Droits de l'Homme. Les plaignants ont assuré le Secrétariat que si la situation ne change pas avant la prochaine session, ils demanderaient à la Commission de leur permettre de retirer la communication.

Droit

Recevabilité

26. L'article 56 de la Charte Africaine traite de la recevabilité. Les dispositions les plus pertinentes de cet article prévoient:

Les communications visées à l'article 55 reçues à la Commission et relatives aux droits de l'homme et des peuples doivent nécessairement, pour être examinées, remplir les conditions ci-après: (5) Être postérieures à l'épuisement des recours internes s'ils existent, à moins qu'il ne soit manifesté à la Commission que la procédure de ces recours se prolonge d'une façon anormale.

27. L'État défendeur soutient que, suite au refus du Ministre de l'Intérieur de se conformer à la décision de la Haute Cour du 24 octobre 2000 ordonnant la libération de Sikunda, les avocats de ce dernier ont cherché à obtenir l'application de la décision de la Cour en demandant un renvoi du Ministre de l'Intérieur devant le juge pour outrage à magistrat.

28. L'État défendeur déclare que Interights a soumis la présente communication à la Commission Africaine le 31 janvier 2001, alors que la question de l'audition de la requête d'un *rule nisi* exposant les raisons pour lesquelles le Ministre de l'Intérieur ne devrait pas être arrêté pour outrage à magistrat, pendant que l'affaire était pendante auprès de la Haute Cour. En effet, la Haute Cour a connu de l'affaire le 1er février 2001 et a rendu un jugement le 9 février 2001, déclarant le Ministre de l'Intérieur coupable d'outrage à magistrat. En conséquence, l'État défendeur soutient qu'Interights, en introduisant une plainte le 31 janvier 2001, n'a pas satisfait aux exigences de l'article 56(5) de la Charte Africaine.

29. D'autre part, la Commission a demandé à plusieurs reprises aux plaignants de fournir leurs observations sur la recevabilité, en particulier concernant la question de l'épuisement des voies de recours internes, mais elle n'a reçu aucune réponse à ce jour.

30. Aussi, en se basant sur les informations à sa disposition et essentiellement sur la copie du jugement de la Haute Cour de la Namibie rendu le 9 février 2001, la Commission constate que le plaignant a porté l'affaire devant elle avant d'avoir épuisé toutes les voies de recours internes, alors que l'affaire était pendante devant la Haute Cour de Namibie.

31. Par ces motifs et conformément à l'article 56(5) de la Charte Africaine, la Commission déclare cette communication irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes.

Note

32. Lorsque le Président de la Commission a écrit au gouvernement de la Namibie, exprimant sa préoccupation quant aux allégations d'expulsion de M. Sikunda, le gouvernement a répondu en déclarant

que son action était légale et visait à garantir la sécurité du pays et de ses citoyens. Suite à la décision qu'elle a prise, la Commission voudrait préciser que dans les cas où une allégation de violation est portée à son attention, et lorsqu'il est allégué qu'un préjudice irréparable peut être causé à la victime, elle agit très rapidement pour demander à l'État de s'abstenir de prendre une quelconque action susceptible de causer un préjudice irréparable, jusqu'à ce qu'elle termine l'examen de l'affaire en profondeur. Dans de tels cas, la Commission examine les faits tels que présentés. C'est ainsi que la Commission a écrit au Ministère des Affaires étrangères de la République de Namibie, pour exprimer sa vive préoccupation quant aux allégations d'expulsion de M. Sikunda.

RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

Institut pour les droits humains et le développement (pour le compte de Mboyo) c. République Démocratique du Congo

RADH 2002 26 (CADHP 2002)

Communication 238/2001, *Institut pour les droits humains et le Développement (pour le compte de de Sédar Tumba Mboyo) c. République Démocratique du Congo*

Décidée à la 31e session ordinaire, mai 2002, 15e Rapport annuel d'activités

Rapporteur: Sawadogo

Recevabilité (retrait de communication, 15)

1. La plainte est introduite par L'Institut pour les Droits de l'Humains et le Développement,¹ une ONG des droits de l'homme basée à Banjul, Gambie, pour le compte du Sieur Sédar Tumba Mboyo.
2. La communication, expédiée par la poste, est parvenue au Secrétariat de la commission le 21 novembre 2000.
3. Le requérant qui a reçu pleins pouvoirs pour agir au nom du Sieur Tumba Mboyo Sédar, soutient que le 30 mars 1998, des soldats de l'AFDL² ont violé le domicile du Sieur Sédar, qu'ils ont emmené de force sans mandat ni explications après l'avoir brutalisé et intimidé sa famille et son voisinage.
4. Pendant trois jours, il fut ligoté, mis dans des conditions l'empêchant de satisfaire ses besoins naturels et a subi des interrogatoires « musclés » à l'issue desquels il fut accusé d'incitation au soulèvement populaire.
5. Il fut ensuite transféré et détenu à l'ex-camp militaire Mobutu en compagnie de dizaines d'autres manifestants anti-Kabila. Le Sieur Mboyo affirme y avoir été roué de coups et violé pendant deux jours par trois des soldats qui le gardaient.
6. La durée totale de sa détention est de 23 jours, monsieur Mboyo fut tenu incommunicado.

¹ L'Institut pour les Droits de l'Homme et le Développement bénéficie du statut d'observateur auprès de la commission Africaine depuis octobre 1999.

² Alliance des Forces Démocratiques pour la Libération.

7. Le requérant soutient que ses activités des droits humains au sein de son ONG ont pu lui valoir ces accusations non fondées de la part du gouvernement.

Dispositions de la Charte dont la violation est alléguée

8. Le requérant allègue la violation des articles 5, 6, 7, 9, 10, 11, 13, 18 et 26 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples.

Procédure

9. Au cours de la 29^{ème} session ordinaire tenue à Tripoli, le Rapporteur a présenté les communications. La Commission a examiné la communication et a décidé de se saisir de l'affaire; il a été recommandé que les parties soient informées en conséquence.

10. Le 19 juin 2001, le Secrétariat de la Commission africaine a informé les parties de la décision ci-dessus et a demandé à l'État défendeur de lui faire parvenir ses observations écrites dans les deux mois qui suivent la date de notification de cette décision.

11. Le 20 juin, le Secrétariat de la Commission Africaine a demandé à l'Institut pour les Droits de l'Homme et le Développement d'apporter des clarifications sur les actions entreprises par l'auteur pour épuiser les voies de recours internes ou de fournir tout document en sa possession prouvant toutes ces allégations.

12. Au cours de la trentième session ordinaire, le rapporteur a examiné les faits dont fait état la communication et a recommandé que le dossier soit reporté à la session prochaine. Il a été demandé aux parties de faire parvenir à la Commission, tous les faits pertinents relatifs à l'épuisement des voies de recours interne et aux allégations de violence subie par le plaignant, avant la tenue de la prochaine session afin de lui permettre de se prononcer sur la recevabilité.

13. Le 19 novembre 2001, le Secrétariat de la Commission africaine a informé les parties de la décision de la Commission et a demandé au requérant et à l'État défendeur de soumettre leurs déclarations par écrit dans les deux mois suivant la date de notification de cette décision.

14. Le 19 février 2002 un rappel a été envoyé à l'État défendeur et au requérant, leur demandant de faire parvenir à la Commission leurs soumissions écrites dans les délais afin de permettre au Secrétariat de poursuivre l'examen de la communication.

15. Dans une lettre datée du 6 mars 2002, le Conseil du plaignant a informé la Commission que Mr Mboyo a fait parvenir une requête selon laquelle il souhaitait que sa communication soit retirée de la considération par la Commission.

Par ces motifs, la Commission prend note du retrait de la plainte par la partie plaignante et décide de radier la communication du rôle.

SOUDAN

Law Office of Ghazi Suleiman c. Soudan

RADH 2002 29 (CADHP 2002)

Communication 220/98, *Law Office of Ghazi Suleiman c. Soudan*
Décidée lors de la 31e session ordinaire, mai 2002, 15e Rapport
annuel d'activité

Rapporteur: Rezag-Bara

Recevabilité (épuisement des voies de recours internes, 41-42)

Mesures provisoires (recours pour, 6)

Résumé des faits

1. Le requérant est un cabinet d'avocats agissant dans le domaine des droits de l'homme au Soudan. La présente communication est introduite au nom de tous les étudiants et enseignants des Universités soudanaises.
2. La communication a été expédiée par la poste et est parvenue au Secrétariat de la Commission le 14 octobre 1998.
3. Le requérant soutient que le 26 septembre 1998, le ministre soudanais de l'éducation a annoncé la fermeture pour une période d'un mois de toutes les universités soudanaises.
4. Selon le requérant, la fermeture des universités visait à renforcer les opérations de mobilisation et de recrutement dans l'armée en vue de la participation à la guerre civile qui déchire le Sud du Soudan.
5. En annexe à sa communication, le requérant a joint une liste de signatures des enseignants de l'université de Khartoum tendant à confirmer la véracité des faits par lui allégués.
6. Il fait connaître à la Commission que malgré le recours administratif introduit contre l'annonce du ministre de l'éducation, il doute fort de sa capacité à faire rapporter la mesure.
7. Le requérant en appelle à la Commission pour qu'elle décide des mesures provisoires en application de l'article 111 de son Règlement intérieur, en vue d'obtenir du gouvernement soudanais qu'il rouvre immédiatement les universités, mais aussi pour obtenir du même gouvernement de ne plus interférer dans les institutions académiques.

Dispositions de la Charte dont la violation est alléguée

Le requérant allègue la violation des articles 6, 7 al. c, et 17 al.1.

Procédure

8. Lors de la 24ème session tenue à Banjul, Gambie, du 22 au 31 octobre 1998, la Commission a décidé de se saisir de la communication.

9. Le 26 novembre 1998, le Secrétariat a adressé des lettres aux parties pour les informer de cette décision.

10. Le 3 mai 1999, alors que se déroulaient les travaux de la 25ème session ordinaire de la Commission qui se tenait à Bujumbura (Burundi), un représentant du gouvernement soudanais a déposé auprès du Secrétariat une réponse écrite relative à cette communication.

11. La Commission a par la suite reporté l'examen de la communication à sa 26ème session.

12. Le 13 mai 1999, les parties ont été informées de la décision de report.

13. Le 21 septembre 1999, le requérant a indiqué au Secrétariat une nouvelle adresse par laquelle devraient passer toutes les correspondances relatives à la présente communication.

14. Au cours de la 26ème session ordinaire, la Commission a reçu du Dr Ahmed El Mufti, Rapporteur du Conseil consultatif pour les Droits de l'Homme, ministère de la Justice du Soudan, une réponse écrite ainsi qu'un document en arabe de 3 pages concernant la communication. Le document joint est censé être la décision de la Division Constitutionnelle de la Haute Cour.

15. La Commission a examiné la communication à sa 26ème session ordinaire tenue à Kigali, Rwanda et a demandé au plaignant de soumettre ses observations écrites sur l'issue d'un recours administrative formé contre la décision du ministre de l'Education et, de manière générale, sur les processus de recours administratif en République du Soudan.

16. Le 21 janvier 2000, le Secrétariat de la Commission a écrit aux parties pour les informer de la décision de la Commission. Il a demandé spécifiquement au gouvernement du Soudan de lui fournir la traduction, en anglais ou en français, de la décision de la Division Constitutionnelle de la Haute Cour.

17. Le 23 février 2000, suite à un e-mail envoyé par le Dr Curtis Doebbler de l'Entreprise du plaignant, demandant au Secrétariat de lui faire part de l'état d'avancement de toutes les communications introduites, le Secrétariat lui a envoyé par e-mail la lettre du 21 janvier 2000. Il lui a également demandé d'indiquer un numéro de fax

pour lui permettre d'envoyer les observations reçues du gouvernement du Soudan pour sa réponse.

18. Le 1er mars 2000, le secrétariat a reçu du Dr. Curtis Doebbler un e-mail mentionnant le numéro de fax pour l'envoi des documents susvisés. Le Secrétariat en a accusé réception et lui a fait savoir la nécessité de soumettre à temps et par écrit les réponses requises.

19. Le 8 mars 2000, les observations du gouvernement du Soudan ont été faxées au plaignant aux États-Unis, tel que requis.

20. Le plaignant a réitéré sa demande d'information sur l'état d'avancement des communications en instance auprès de la Commission introduites les 9 et 16 mars 2000.

21. Enfin, le Secrétariat a reçu le 17 mars 2000 un e-mail du Dr Curtis Doebbler accusant réception de l'e-mail mentionnant les faits de toutes les communications en instance introduites par le plaignant; il a également promis de faire parvenir les réponses au Secrétariat au plus tard le 24 mars 2000.

22. Au cours de la 27ème session ordinaire tenue en Algérie, la Commission a entendu la présentation orale des parties et a décidé de consolider ces cas. Elle leur a demandé de lui fournir par écrit les arguments relatifs à l'épuisement des voies de recours internes.

23. Le 30 juin 2000, ces décisions ont été communiquées aux parties.

24. Le 4 septembre 2000, Dr Curtis Doebbler a écrit du Caire au Secrétariat de la Commission pour s'informer de la décision prise durant la 27ème session.

25. Le Secrétariat a réagi le 7 septembre 2000 en lui répétant le contenu du fax qui lui avait été envoyé et en lui faisant remarquer qu'il avait donné au moins trois adresses e-mail pour communication avec le secrétariat en lui demandant d'indiquer celle qui lui convient le mieux afin d'éviter des retards et des égarements de courrier dans l'avenir. Les correspondances étaient envoyées à toutes les adresses e-mail indiquées par lui, ainsi que par fax.

26. Dr Curtis Doebbler a accusé réception des correspondances le 14 septembre 2000, mais il a demandé un ajournement pour lui permettre de présenter au préalable une note exhaustive sur la question relative à l'épuisement des voies de recours internes ainsi que pour préparer ses témoins.

27. Le 13 mars 2001, le Secrétariat a reçu les observations du requérant. Lors de sa 29ème session ordinaire, la Commission connaîtra des preuves d'épuisement des voies de recours interne et statuera ensuite sur la recevabilité de la communication.

28. Au cours de la 29ème session ordinaire tenue à Tripoli, le Rapporteur a présenté les communications, relaté les faits et la phase

de la procédure. La Commission a ensuite entendu les parties à l'affaire. Suite à des débats approfondis, la Commission a noté que le plaignant avait soumis un dossier détaillé de l'affaire. Il a par conséquent été recommandé que l'examen de cette communication soit reporté à la 30ème session, en attendant la soumission de réponses détaillées par l'État défendeur.

29. Le 19 juin 2001, le Secrétariat de la Commission africaine a informé les parties de la décision ci-dessus et a demandé à l'État défendeur de lui faire parvenir ses observations écrites dans les deux mois qui suivent la date de notification de cette décision.

30. Le 14 août 2001, une lettre de rappel a été envoyée à l'État défendeur, lui demandant de transmettre ses observations dans le délai fixé, afin de permettre au Secrétariat de poursuivre l'examen de la communication.

31. Au cours de la 30ème session, les rapporteurs ont présenté les communications et examiné les faits et l'état d'avancement de chaque cas. La Commission a ensuite entendu les présentations orales de l'État défendeur concernant l'affaire. La Commission a aussi entendu les observations orales du Dr Curtis Deobbler et a recommandé que l'examen de ces communications soit reporté à la 31ème Session en attendant que le gouvernement soudanais réponde aux observations soumises par la partie plaignante.

32. Le 15 novembre 2002, le Secrétariat de la Commission a informé les parties de la décision de la Commission et a demandé à l'État défendeur de soumettre ses observations écrites dans les deux mois à partir de la notification de la dite décision

33. Le 7 mars 2002, une lettre de rappel a été envoyée à l'État défendeur, lui demandant de transmettre ses observations dans le délai fixé, afin de permettre au Secrétariat de poursuivre l'examen de la communication.

Droit

Recevabilité

34. L'article 56(5) de la Charte Africaine stipule:

Les communications visées à l'article 55 reçues à la Commission et relatives aux droits de l'homme et des peuples doivent nécessairement, pour être examinées, remplir les conditions ci-après: (5) Etre postérieures à l'épuisement des recours internes s'ils existent, à moins qu'il ne soit manifesté à la Commission que la procédure de ces recours se prolonge d'une façon anormale;

35. Concernant la question de l'épuisement des voies de recours internes, le plaignant a informé la Commission qu'aucun recours effectif n'est disponible que même s'il est utilisé, la cour constitutionnelle n'est pas compétente à cause de l'État d'urgence et

les limitations politiques qui ne permettent pas de saisir valablement la justice.

36. Il soutient que les voies de recours internes qui pourraient s'appliquer sont rendues inefficaces par le fait qu'au Soudan le système judiciaire n'est ni libre ni indépendant puisque les tribunaux soudanais sont, depuis 1998, sous le contrôle de l'exécutif et que du à cette situation, l'exécutif n'a pas pu se prononcer dans une action intentée contre le gouvernement soudanais en se fondant sur le droit international humanitaire ou même d'appliquer ce droit lorsque sa pertinence était évidente.

37. Le requérant allègue qu'en pratique les procédures sur place, qui permettent de demander réparation des violations des droits humains commises par le gouvernement du Soudan, sont souvent inaccessibles aux individus dont les droits ont été violés, du fait que les solutions judiciaires administratives courantes rencontrent des entraves importantes qui en empêchent l'utilisation. En conséquence, des plaignants qui demandent la protection de leurs droits devant les tribunaux soudanais butent sur des obstacles qui rendent ces voies de recours inefficaces.

38. Le gouvernement soudanais allègue que les plaignants n'ont pas utilisé les recours disponibles au niveau des tribunaux locaux avant de s'adresser à la Commission. Il insiste sur le fait que ni l'avocat ayant déposé la plainte, ni les plaignants, n'ont introduit de recours contre la décision objet de la plainte, la preuve étant les registres des tribunaux administratifs.

39. Le gouvernement soutient que malgré son insistance dans les correspondances précédentes, les plaignants ne leur ont pas transmis le numéro du recours qu'ils avaient introduit ce qui prouve qu'ils n'ont pas fait appel à la justice contrairement aux affirmations des plaignants qui n'ont donc pas épuisé toutes les voies de recours internes tel que prévu à l'article 56 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples.

40. Il argumente que le droit des plaignants à présenter un recours contre une décision de justice, est prévu à l'article 20(1) du code de justice administrative et constitutionnelle de 1996 modifié en 2000 et il a soumis une documentation fournie des cas des jugements qui ont été exécutés dans des cas similaires.

41. L'article 56(5) de la Charte Africaine exige que les communications portées devant la Commission soient « ... postérieures à l'épuisement des recours internes s'ils existent, à moins qu'il ne soit manifesté à la Commission que la procédure de ces recours se prolonge d'une façon anormale ». La plainte devant la Commission a été reçue au Secrétariat le 14 octobre 1998 alors que la décision de fermeture des universités n'est intervenue que le 26

septembre 1998, soit un mois d'intervalle entre la fermeture des universités et le dépôt de la plainte.

42. La Commission estime que l'intervalle d'un mois est trop court pour que le plaignant ait pu épuiser toutes les voies de recours internes disponibles. En outre, le plaignant ne donne aucune indication d'une procédure quelconque intentée devant les tribunaux internes.

43. Pour ces motifs conformément à l'article 56(5) de la Charte Africaine, la Commission déclare cette communication irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes.

DÉCISIONS DES TRIBUNAUX NATIONAUX

AFRIQUE DU SUD

Ministre de la Santé et Autres c. Treatment Action Campaign et Autres

RADH 2002 37 (CCAdS 2002)

Minister of Health, Member of the Executive Council for Health, Eastern Cape, Member of the Executive Council for Health, Free State, Member of the Executive Council for Health, Kwa-Zulu Natal, Member of the Executive Council for Health, Mpumalanga, Member of the Executive Council for Health, Northern Cape, Member of the Executive Council for Health, Northern Province, Member of the Executive Council for Health, North West v Treatment Action Campaign, Dr Haroon Saloojee, Children's Rights Centre

Cour constitutionnelle, 5 juillet 2002

Juges: Chaskalson, Langa, Ackermann, Du Plessis, Goldstone, Krieger, Madala, Ngcobo, O'Regan, Sachs et Skweyiya

Responsabilité de l'État (obligation constitutionnelle pour le gouvernement de rendre disponibles les médicaments antirétroviraux pour prévenir la transmission du VIH de la mère à l'enfant, 93-95, 125, 135)

Droits socio-économiques (justiciabilité, 94-95, 100)

La Cour

Introduction

[1.] La pandémie VIH/SIDA en Afrique du Sud a été décrite comme « une calamité incompréhensible » et « le défi le plus important que rencontre l'Afrique du Sud depuis l'avènement de notre nouvelle démocratie » et la lutte menée par le gouvernement contre ce « fléau » en tant que « question prioritaire ». Elle « a pris des millions de vies, infligeant peine et chagrin, causant peur et incertitude et menaçant l'économie ». Ce ne sont pas là des propos d'alarmistes mais des extraits d'une publication du ministère de la Santé datant de l'année 2000 et d'un avant-propos du ministre de la Santé à une publication antérieure du ministère.

[2.] Le présent pourvoi tend à faire déclarer nulles les décisions d'un Tribunal de grande instance condamnant le gouvernement pour déficit manifeste dans sa réponse à un aspect de la lutte contre le VIH/SIDA. Ladite cour a conclu que le gouvernement n'avait pas pris

en compte de manière raisonnable le besoin de réduire le risque des mères séropositives transmettant la maladie à leurs bébés à la naissance. De façon plus spécifique, la décision était que le gouvernement avait agi de manière déraisonnable en (a) refusant de mettre à la disposition du public l'antirétroviral dénommé Névirapine dans le secteur de la santé public où le médecin traitant le considérait comme médicalement indiqué et (b) n'élaborant pas un calendrier pour un programme national de prévention de la transmission du VIH de la mère à l'enfant.

...

Conclusions relatives au programme du gouvernement

[93.] En l'espèce, cette cour a le devoir de déterminer si les mesures prises quant à la prévention de la transmission du VIH de la mère à l'enfant sont raisonnables. Nous savons que les services de santé sont débordés à travers le pays. Le VIH/SIDA n'est que l'une des maladies qui requièrent de l'attention. Elle est cependant la menace la plus importante à la santé publique dans notre pays. Comme l'indique le plan stratégique 2000-2005 du gouvernement d'Afrique du Sud pour le VIH/SIDA et les MST:

Les deux dernières décennies durant, la pandémie du VIH est entrée dans notre subconscient comme une calamité incompréhensible. Le VIH/SIDA a pris des millions de vies, infligeant peine et chagrin, causant peur et incertitude et menaçant l'économie.

[94.] Nous sommes également conscients des problèmes énormes auxquels est confronté le gouvernement du fait de la pandémie. Et, outre la pandémie, l'État fait face à de fortes exigences en matière d'accès à l'éducation, à la terre, à l'habitat, aux soins de santé, à la nourriture, à l'eau et à la sécurité sociale. Il s'agit là des droits socio-économiques garantis par la Constitution et l'État est obligé de prendre des mesures raisonnables qu'elles soient législatives ou autres, dans la limite des ressources disponibles, pour atteindre la réalisation progressive de chacun d'eux. A la lumière de notre histoire, il s'agit là d'une tâche particulièrement difficile. Néanmoins, c'est une obligation imposée à l'État par la Constitution.

[95.] La rigidité de l'approche adoptée par le gouvernement au début de ce contentieux a affecté l'ensemble de sa politique. Si, comme nous l'avons déclaré, il n'était pas raisonnable de restreindre l'usage de la Névirapine aux sites de recherches et de formation, la politique entière aurait dû être revue. Les hôpitaux et cliniques qui disposent d'équipements de test et de conseil devraient être capables de prescrire la Névirapine dans les cas où cela est indiqué. La formation de conseillers devrait désormais inclure le conseil à l'usage de la Névirapine. Tel que précédemment indiqué, ce n'est pas une tâche complexe et il ne serait pas difficile d'équiper les conseillers disponibles du savoir faire additionnel nécessaire. De plus, il faudra que le gouvernement prenne des mesures raisonnables à

l'effet d'étendre les équipements de test et de conseil aux hôpitaux et cliniques dans l'ensemble du secteur de santé public au-delà des sites d'essai pour faciliter et accélérer l'usage de la Névirapine dans le but de réduire le risque de transmission du VIH de la mère à l'enfant.

Les pouvoirs des tribunaux

[96.] L'avocat du gouvernement soutient que même si cette cour devait conclure que les politiques du gouvernement sont en deçà des exigences de la Constitution, le seul ordre valide que puisse donner une cour est d'émettre une déclaration de droits à cet effet. Ceci laisse le gouvernement libre de tenir compte de la déclaration ainsi faite et d'adapter ses politiques dans la mesure de ce qui est nécessaire pour les mettre en conformité avec la décision de la cour. C'est là, poursuit l'avocat de la défense, ce que requiert la doctrine de la séparation des pouvoirs.

[97.] En développant ce moyen, l'avocat soutient qu'en vertu de la séparation des pouvoirs, il est de la prérogative de l'exécutif et non du judiciaire d'élaborer des politiques et que les cours ne peuvent faire des injonctions à l'effet d'obliger l'exécutif à poursuivre une politique donnée.

[98.] A plus d'une occasion, cette cour a dit clairement sur ce que, malgré l'absence de lignes marquées séparant les fonctions du législatif, de l'exécutif et du judiciaire, il y a des questions qui sont prioritairement du domaine de l'une ou l'autre des branches du gouvernement et pas des autres. Toutes les branches du gouvernement doivent rester sensibles à et respecter cette séparation. Cela ne signifie en rien, cependant, que les tribunaux ne peuvent ou ne devraient pas faire des injonctions touchant les politiques gouvernementales.

[99.] Le devoir premier des tribunaux est envers la Constitution et les lois, « qu'ils doivent appliquer de manière impartiale et sans crainte, parti pris, ni préjugé ». La Constitution exige de l'État qu'il « respecte, protège, promeuve et réalise les droits contenus dans la Déclaration des droits ». Lorsque les politiques de l'État sont combattues comme non conformes à la Constitution, les tribunaux doivent vérifier qu'en formulant et en exécutant lesdites politiques l'État a respecté ses obligations constitutionnelles. Si une cour devrait en arriver à décider dans une espèce que l'État a manqué à ses obligations, ladite cour y est obligée par la Constitution. Pour autant que cela puisse constituer une immixtion dans le domaine de l'exécutif, il s'agit d'une intrusion autorisée par la Constitution elle-même. L'argument en faveur du gouvernement selon lequel une distinction devrait être faite entre les décisions déclaratoires et les décisions obligatoires à l'encontre du gouvernement ne saurait prospérer. Même de simples décisions déclaratoires à l'encontre du

gouvernement ou des institutions publiques peuvent affecter leurs politiques et bien avoir des implications financières. Le gouvernement est constitutionnellement lié par l'obligation d'exécuter de telles décisions qu'elles affectent ou pas ses politiques et doit mobiliser les ressources nécessaires à cette fin. Ainsi, dans l'affaire *Mpumalanga*, cette cour a annulé une décision de politique du gouvernement provincial de mettre un terme au versement de subventions à certaines écoles et ordonné que les versements devraient continuer pendant plusieurs mois. Pareillement, dans l'affaire *August* la cour, en vue d'accorder aux prisonniers le droit de vote, a ordonné à la Commission électorale de modifier son plan, calendrier et règlement électoraux, ceci induisant manifestement des frais.

[100.] Les droits que l'État est dans l'obligation de « respecter, protéger, promouvoir et réaliser » comprennent les droits socio-économiques prescrits par la Constitution. Dans l'affaire *Grootboom* cette cour a souligné qu'en ce qui concerne les droits socio-économiques:

L'État est tenu de prendre des mesures raisonnables, législatives et autres. Les mesures législatives en elles-mêmes ne sont pas susceptibles de réaliser la conformité à la Constitution. La législation seule est insuffisante. L'État est obligé d'agir pour atteindre le résultat escompté et les mesures législatives devront être nécessairement appuyées par des politiques et programmes appropriés et bien orientés par l'exécutif. Ces politiques et programmes doivent être raisonnables aussi bien dans leur conception que dans leur mise en œuvre. La conception d'un programme n'est que la première étape dans la réalisation des obligations de l'État. Le programme doit aussi être mis en œuvre de manière raisonnable. Quelque raisonnable que soit un programme, il ne constituera pas une réalisation des obligations de l'État s'il n'est mis en œuvre de manière raisonnable.

[101.] Un litige sur les droits socio-économiques est par conséquent susceptible de requérir d'une cour qu'elle évalue les politiques de l'État et juge si oui ou non elles sont en conformité avec la Constitution. Si la cour conclut qu'une politique n'est pas conforme à la Constitution, elle est obligée aux termes de la section 172(1)(a) de rendre un avis à cet effet. Mais ce n'est pas tout. La section 38 de la Constitution prévoit que dans le cas où il est établi qu'un droit contenu dans la Déclaration des droits a été violé, qu'un tribunal accorde « la réparation appropriée ». Il a pleins pouvoirs pour ce faire et en sus de l'avis qu'il est obligé de rendre aux termes de la section 172(1)(a) un tribunal peut également « prendre une décision qui est juste et équitable ».

...

[104.] Le pouvoir d'accorder des réparations obligatoires comprend le pouvoir, le cas où cela est nécessaire, d'exercer une certaine forme de supervision judiciaire pour s'assurer que l'ordre est exécuté. Dans l'affaire *Pretoria City Council v Walker*, Langa DP déclarait:

Le défendeur pouvait, par exemple, avoir saisi la juridiction compétente d'une demande en déclaration de droits ou une ordonnance aux fins de réparer la violation de son droit garanti par la section 8. En vertu d'un tel ordre, le conseil aurait pu être contraint à prendre les mesures dans les meilleurs délais à l'effet d'éliminer la différenciation injuste et rendre compte à la cour concernée. Celle-ci aurait alors été en position de rendre des décisions ou recommandations subséquentes propres à garantir l'exécution appropriée de sa décision.

[105.] Cette cour a indiqué en d'autres occasions qu'il est également du pouvoir des tribunaux de faire des injonctions aux institutions publiques et en a elle-même fait. Par exemple, dans l'affaire *Dawood*, une ordonnance a été prise requérant du Directeur général des affaires intérieures et de l'immigration d'exercer la discrétion conférée à ses services de sorte à prendre en compte les droits constitutionnels en question. Dans l'affaire *August* une ordonnance couplée d'une injonction de soumettre un plan détaillé au contrôle public, a été prise par cette cour à l'encontre d'un organe de l'État - la Commission électorale.

[106.] Par conséquent, le moyen selon lequel le seul pouvoir que détient cette cour en l'espèce est une décision déclaratoire doit être rejeté. Lorsqu'un droit a été violé, y compris un droit socio-économique, une cour est dans le devoir de s'assurer qu'une réparation efficace est accordée. La nature du droit violé et la nature de la violation fourniront les indications quant à la réparation appropriée à chaque espèce. En cas de besoin, ceci peut inclure aussi bien la prise d'une ordonnance que l'exercice du contrôle juridictionnel.

[107.] Une analyse de la jurisprudence des juridictions étrangères sur la question des réparations montre que les tribunaux dans d'autres pays s'accordent également sur ce qu'il pourrait être approprié, selon les circonstances de chaque espèce, de rendre des décisions d'injonction à l'endroit du gouvernement ...

[113.] Les juridictions sud africaines ont une large palette de pouvoirs à leur disposition pour assurer le respect de la Constitution. Ces pouvoirs comprennent aussi bien les interdictions absolues que structurelles. La manière dont elles doivent exercer ces pouvoirs dépend des circonstances de chaque espèce. Dans le cas d'espèce, une attention due doit être accordée aux fonctions du législatif et de l'exécutif dans une démocratie. Ce qu'il convient de tirer au clair, cependant, c'est qu'en cas de nécessité, les tribunaux peuvent - et s'il est besoin doivent - faire usage de leurs pleins pouvoirs pour rendre des décisions qui affectent tant les politiques gouvernementales que la législation.

[114.] Un facteur que l'on doit garder à l'esprit est que les programmes de l'État sont et devraient être flexibles. Ils peuvent être modifiés à tout moment et l'exécutif a toujours les mains libres pour changer les programmes lorsqu'il le juge approprié. La seule exigence est que les programmes doivent être conformes à la

Constitution et la loi. Les décisions des cours concernant les choix de programmes faits par l'exécutif devraient en conséquence ne pas être formulées d'une manière qui empêche l'exécutif de faire ces choix légitimes.

...

Décide

[135.] Décide par conséquent:

1. La décision du Tribunal de grande instance est annulée et les décisions ci-après lui sont substituées.

2. Il est décidé:

(a) Les sections 27(1) et (2) de la Constitution exigent du gouvernement d'élaborer et de mettre en oeuvre dans la mesure de ses ressources disponibles un programme exhaustif et coordonné en vue de réaliser progressivement les droits des femmes enceintes et de leurs nouveaux nés à l'accès aux services de santé dans la lutte contre la transmission du VIH de la mère à l'enfant.

(b) Le programme qui sera réalisé progressivement dans la limite des ressources disponibles doit inclure des mesures raisonnables de conseil et de test VIH pour les femmes enceintes, conseil aux femmes enceintes séropositives sur les options qui leur sont ouvertes pour réduire le risque de transmission de la mère à l'enfant et mettre à leur disposition à ces fins, le traitement approprié.

(c) La politique de réduction du risque de transmission du VIH de la mère à l'enfant telle que formulée par le gouvernement ne satisfait pas aux exigences des points (a) et (b) ci-dessus en ce que:

(i) Les médecins des hôpitaux et cliniques autres que ceux des sites de recherches et de formation n'étaient pas autorisés à prescrire la Névirapine pour réduire le risque de transmission du VIH de la mère à l'enfant même dans les cas où cela était indiqué et où les équipements appropriés existaient pour le test et le conseil aux femmes enceintes concernées. (ii) La politique n'a pas prévu pour les conseillers des hôpitaux et cliniques autres que ceux des sites de recherches et de formation, la formation en conseil pour l'usage de la Névirapine comme moyen de réduction du risque de transmission du VIH de la mère à l'enfant.

3. Il est ordonné au gouvernement, sans délai, de:

(a) Lever les restrictions empêchant la Névirapine d'être rendue disponible dans le but de réduire le risque de transmission du VIH de la mère à l'enfant dans les hôpitaux et cliniques publics hors des sites de recherches et de formation.

(b) Autoriser et faciliter l'usage de la Névirapine dans le but de réduire le risque de transmission du VIH de la mère à l'enfant et le rendre disponible à cette fin dans les hôpitaux et cliniques lorsqu'il est indiqué selon le médecin traitant agissant en consultation avec l'intendant dudit service, ceci incluant au besoin que la mère concernée ait été judicieusement examinée et conseillée.

(c) Prendre des dispositions pour que les conseillers intervenant dans les hôpitaux et cliniques autres que les sites de recherches et de formation soient formés en conseil nécessaire à l'usage de la Névirapine pour réduire le risque de transmission du VIH de la mère à l'enfant.

(d) Prendre des mesures raisonnables à l'effet d'étendre les équipements de test et de conseil aux hôpitaux et cliniques de l'ensemble du secteur de la santé publique pour faciliter et accélérer l'usage de la Névirapine dans le but de réduire le risque de transmission du VIH de la mère à l'enfant.

4. Les décisions du point 3 ne prémunissent pas le gouvernement d'adapter sa politique de manière à la mettre en conformité avec la Constitution au cas où des méthodes également appropriées ou plus avancées lui sont disponibles pour la prévention de la transmission du VIH de la mère à l'enfant.

5. Le gouvernement doit payer les impenses des requérants, y compris les frais de deux avocats.

6. La requête du gouvernement en addition de nouvelles preuves est rejetée.

BÉNIN

Okpeitcha c. Okpeitcha

RADH 2002 44 (CCBn 2001)

Le collectif des enfants Okpeitcha Mathieu associés à leur mère Aline Okpeitcha v Okpeitcha Mathieu
Cour constitutionnelle, decision DCC 01-082, 17 août 2001

Locus standi (6-7)

Famille (devoirs envers la famille, 8, 10)

La Cour Constitutionnelle,

[1.] Saisie d'une requête du 15 février 2000 enregistrée à son Secrétariat le 17 février 2000 sous le no 0274/0019/REC, par laquelle « le collectif des enfants Okpeitcha Mathieu associés à leur mère Aline Okpeitcha » se plaint du non-respect par leur père de ses devoirs envers sa famille et notamment à l'égard de ses enfants;

[2.] Vu la Constitution du 11 décembre 1990;

[3.] Vu la Loi no 91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour Constitutionnelle modifiée par la Loi du 17 juin 1997;

[4.] Vu le Règlement intérieur de la Cour Constitutionnelle; Ensemble les pièces du dossier; Ouï le Conseiller Clotilde Medegan-Nougboode en son rapport; Après en avoir délibéré,

[5.] Considérant que les requérants exposent que leur père et conjoint monsieur Mathieu Okpeitcha, Agent des Forces Armées Populaires, « au départ ... un bon père », a décidé un jour contre toute attente de ne plus payer les frais de scolarité de ses six enfants dont trois mineurs, ni d'assurer ses obligations alimentaires vis à vis de sa famille; qu'ils soutiennent que cette situation a contraint les deux aînés respectivement en classe de terminale et de troisième à abandonner les classes et les a tous réduits à la mendicité pour survivre, leur mère Aline Odode épouse Okpeitcha, ménagère, ne disposant pas de ressources suffisantes pour les entretenir; qu'ils demandent, en conséquence, à la Cour d' « appliquer les textes en vigueur afin que leur petite famille retrouve sa pleine vitalité d'avant »;

[6.] Considérant que le Collectif des enfants Okpeitcha Mathieu n'a pas la capacité juridique d'ester en justice; que, dès lors, sa requête est irrecevable;

[7.] Considérant cependant que les faits dont excipent les requérants ont trait à la violation des droits de la personne humaine; qu'il échet, en vertu de l'article 121 alinéa 2 de la Constitution, de se saisir d'office et de statuer;

[8.] Considérant que l'article 29 alinéa 1, 1er tiret de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples édicte:

L'individu a en outre le devoir: - de préserver le développement harmonieux de la famille et d'œuvrer en faveur de la cohésion et du respect de cette famille; de respecter à tout moment ses parents, de les nourrir et de les assister en cas de nécessité;

[9.] Considérant que des mesures d'instruction ont été diligentées tant à l'endroit de monsieur Mathieu Okpeitcha que des autres membres de sa famille à la même adresse; que seul monsieur Mathieu OKPEITCHA n'a pas cru devoir y répondre; qu'il ne s'est pas non plus présenté à la Cour suite à la convocation qui lui a été adressée par l'intermédiaire du Chef d'Etat Major des Armées Béninoises; qu'il y a lieu de statuer en l'état;

[10.] Considérant qu'il ressort des éléments du dossier et notamment de la réponse faite par dame Aline Odode épouse Okpeitcha aux mesures d'instruction de la Cour que monsieur Mathieu Okpeitcha a cessé sans motif d'assurer l'entretien et l'éducation de ses enfants et partant, de sa famille; qu'en se comportant comme il le fait, monsieur Mathieu Okpeitcha viole l'article 29 alinéa 1, 1er tiret de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples;

Decide:

[11.] Article 1er - Le comportement de monsieur Mathieu Okpeitcha, Agent des Forces Armées Populaires, 1er bataillon constitue une violation de l'article 29 alinéa 1, 1er tiret de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples.

[12.] Article 2 - La présente décision sera notifiée au collectif des enfants Okpeitcha Mathieu associé à leur mère Aline Okpeitcha, à monsieur Mathieu Okpeitcha et publiée au Journal Officiel.

BOTSWANA

Kamanakao et Autres c. Attorney-General et Autre

RADH 2002 46 (HCBw 2001)

Shikati Calvin Keene Kamanakao I, Kamanakao Association, Motsamai Keycwe Mpho v Attorney-General du Botswana and Kgosi Tawana Moremi II

High Court, Lobatse, Misca no 377/99, 23 novembre 2001

Juges: Nganunu, Dibotelo, Dow

Locus standi (4)

Égalité, non discrimination (discrimination fondée sur l'appartenance à une tribu, 52)

Nganunu

[1.] Dans sa déclaration initiale en justice, le premier requérant se présente comme étant le chef suprême de la tribu Wayeyi, intronisé le 24 avril 1999. Le second requérant est une société enregistrée selon la loi des sociétés (Cap 18:01) dont le but serait, soit disant, le développement et la conservation de la culture et de la langue Shiyeyi. Le troisième requérant est un membre des hauts rangs de la tribu Wayeyi et un politicien, qui aurait lutté toute sa vie pour la liberté des Wayeyi. Les requérants se sont unis afin d'obtenir l'annulation de certaines clauses de la Constitution et de certaines lois, en ce qu'elle constituent, selon eux des discriminations à l'encontre de leur tribu et lui refusent, ainsi qu'à ses membres, les droits stipulés dans les sections 3 et 15 de la Constitution. En outre, les requérants cherchent à obtenir des déclarations, et/ou injonctions afin d'obliger le gouvernement du Botswana à s'acquitter de certaines tâches. Le premier défendeur est l'*Attorney-General* du Botswana représentant le gouvernement lorsque ce dernier, doit répondre devant les tribunaux en application de la loi régissant les procès d'État. (Loi des Actions Civiles pour ou contre le gouvernement ou fonctionnaires publics) (Cap 10:01). Le second défendeur est le chef de la tribu Batawana, du territoire tribal Batawana.

Locus standi des requérants

...

[4.] Les dispositions de la section 18 ont pour but, selon la section 3 de la Constitution, d'offrir, à tout individu, la protection des droits et libertés fondamentales qui lui sont garantis. Il est donc souhaitable que toute personne, individus comme organisations, puisse avoir accès à la *High Court*, et obtenir justice quelle que soit la violation de ses droits. Les dispositions de la section 18 de la Constitution définissant qui peut avoir accès à un tribunal, doivent par conséquent, être interprétées de façon libérale, afin de permettre un accès aussi large que possible aux tribunaux. Nous pensons que lorsque la section 18(1) dispose que ... « si une personne allègue que ... », le mot « personne » doit s'entendre dans son sens le plus général, « incluant », comme le spécifie la section 49 de la loi d'interprétation (Cap 01:04), « tout organisme, réuni en société ou non, de la même manière que tout individu ». La définition du mot « personne » sous la loi d'interprétation n'est pas exhaustive, comme l'indique le mot « incluant » suggérant que la définition qu'il donne au mot « personne », ne recouvre qu'une partie de sa signification. Certains groupes d'individus organisés de manière formelle ou non, pourraient aussi, à notre avis, être considérés comme étant des « personnes », au titre de la définition de ce mot.

Sections 77, 78 et 79 - nulles et non avenues

...

[20.] Nous approuvons la position selon laquelle, le droit à la protection de la loi, inclus dans la section 3 de la Constitution, conduit au principe selon lequel toutes les lois doivent traiter tous les individus de façon égale, sauf cas légitimement exclus par la Constitution. Une disposition légale, ou même un principe de *common law*, contraire à la Constitution est passible d'être annulée par la *High Court*. L'hypothèse d'une disposition constitutionnelle que des requérants prétendent en désaccord avec une autre disposition constitutionnelle, met en jeu des questions différentes de celles qui surviennent lorsque qu'une loi (ou un règlement) enfreint prétendument la Constitution. C'est précisément à cette question qu'il est demandé à la Cour de répondre dans le cas présent, les requérants se plaignant que les dispositions des sections 77, 78 et 79, de la Constitution, violent la section 3, qui fait elle aussi partie de la Constitution.

La Constitution

[27.] Il nous semble que la Constitution devait, et a effectivement été appréhendée avec toutes ses lacunes, ses points forts et ses points faibles. La nouvelle Constitution, une fois négociée et promulguée, est devenue la nouvelle loi. Il nous semble que toutes les institutions dans le pays, surtout celles créées par cette Constitution, ont dû reconnaître et accepter la Constitution telle qu'elle.

...

Les arguments et solutions alternatifs - re sections 77 à 79

...

[36.] Nous verrons, qu'en dehors de la possibilité de voir un Moyeyi devenir membre de la Chambre à l'issue d'une élection spéciale, une figure d'autorité Moyeyi traditionnelle, ou un simple membre de la tribu ne peut devenir membre de la Chambre des Chefs en tant qu'*ex officio*, ou comme membre élu choisi par les sous-chefs. Ceci s'explique simplement par le fait que les Wayeyi, en tant que tribu, ne figurent ni parmi les huit tribus reconnues comme membres *ex officio* de la Chambre, ni parmi les sous-chefs qui élisent les quatre membres élus. Un chef Wayeyi ou un membre de la tribu ne peut espérer devenir membre de la Chambre des Chefs que s'il est élu par un vote spécifique. Cependant, seul trois d'entre tous les électeurs enregistrés au Botswana peuvent devenir membres de la Chambre grâce à cette méthode.

La loi régissant la fonction de chef de tribu

...

[52.] ... Toute inégalité incluse dans une loi constitue une rupture dans le principe d'égalité de protection par la loi pour ceux que cette loi désavantage. Un traitement discriminatoire ne peut être toléré, au titre de la Constitution du Botswana, que s'il est permis en application de lois autorisées par la Constitution et stipulé dans les clauses dérogatoires de la Constitution. Dans l'hypothèse où ce traitement discriminatoire ne serait pas permis par ces lois, il devrait être invalidé par la *High Court*. Nous considérons ainsi, qu'en adoptant, dans sa section 2, une définition des notions de « chef » et « tribu » n'incluant que les huit tribus des Bamangwato, les Batawana, les Bakgatla, les Bakwenas, les Bangwaketse, les Bamalete, les Barolong et Batlokwa, la loi régissant la fonction de chef de tribu n'accorde pas aux Wayeyi et aux requérants un traitement équitable. Dès lors, la loi est contraire à la section 3(a) de la Constitution et viole les droits des requérants et de leur tribu, à être protégés de façon égale aux autres tribus par la loi. L'effet discriminatoire des définitions de la section 2 de la loi qui régit la fonction de Chef auxquelles nous nous sommes référées entraîne de graves conséquences. Il faut garder à l'esprit que cette loi est une des trois lois définissant quelles communautés tribales peuvent être qualifiées de tribus, et par conséquent, avoir un chef pouvant faire partie de la Chambre des Chefs. De plus, seule une tribu peut posséder un territoire considéré comme un « territoire tribal ».

...

Les pouvoirs du tribunal

[63.] Dans le présent cas, les requérants ont démontré avec succès l'illégalité des dispositions de la section 2 de la loi qui régit la fonction de chef définissant les notions de « tribu » et de « chef » d'une façon excluant les Wayeyi, et d'autres tribus et ethnies. Nous considérons qu'ils ont prouvé que ces définitions les excluent et ont pour conséquence de les priver d'un traitement équitable et égal aux autres tribus, violant leur droit à l'égalité devant la loi, ainsi que le principe de la protection de la loi consacrés par la section 3(a) de la Constitution. Il est toutefois évident que pour assurer le respect des droits qui leurs sont garantis par la section 3(a) de la Constitution, certains changements législatifs sont nécessaires. Nous ordonnons donc, que la section 2 de la loi qui régit la fonction de chef (Cap 41:01) soit amendée de façon à éliminer les mesures discriminatoires incriminées en l'espèce afin que la loi offre une protection et un traitement égal à toutes les tribus. Si d'autres lois devaient être amendées afin d'accorder ce droit aux requérants, les mesures nécessaires devront être adoptées.

L'État c. Marapo

RADH 2002 49 (CABw 2002)

State v Moathlodi Marapo

Cour d'appel, 19 juillet 2002

Juges: Tebbutt, Korsah, Lord Sutherland, Grosskopf, Akiwuni.

Interprétation (interprétation généreuse et constructive de la Constitution, 9-11, 13, 14)

Liberté personnelle (refus obligatoire de mise en liberté sous caution en matière de viol, 19, 21-23, 25)

Tebbutt

[1.] En l'espèce, la Cour doit déterminer si la section 142(1)(i) du Code Pénal telle qu'introduit par la Loi no. 5 de 1998, disposant que tout condamné pour un crime du viol n'aura pas le droit de bénéficier d'une liberté sous caution, est conforme à la Constitution.

...

[8.] Les dispositions du chapitre 2 de la Constitution du Botswana garantissent la protection des droits et libertés de la population botswanaise, et s'imposent à l'État. Cela ressort très clairement (a) du titre du chapitre: « Protection des Droits Fondamentaux et Liberté de l'Individu »; (b) des dispositions des sections 3 à 16 de la Constitution; et (c) des dispositions de la section 18 citée ci-dessus, stipulant que, toute personne estimant que les droits dont il jouit au titre des sections 3 à 16 ont été, ou vont vraisemblablement être violés, peut saisir la *High Court* pour obtenir réparation. Je pense qu'il serait bon que l'on se souvienne des mots mémorables de Lord Wilberforce devant la Chambre des Lords, dans les affaires *Minister of Home Affairs and Another v Fisher and Another* 1980 AC, 319 à 328-9, au cours desquelles les Lords se sont prononcés sur la Constitution des Bermudes. Le chapitre 1 de cette dernière avait un intitulé semblable au chapitre 2 de la Constitution du Botswana, « Protection des Droits et Libertés Fondamentales de l'Individu ». Remarquant que ce chapitre était influencé par la Convention Européenne de sauvegarde des Droits et Libertés fondamentales, elle même influencée par la Déclaration des Droits de l'Homme en 1948 par les Nations Unies, l'érudite et noble Lord membre de la Cour suprême déclarait:

Sees ancêtres et la forme du chapitre 1, elle-même appellent à une interprétation généreuse, évitant ce qui a été appelé « l'austérité d'une interprétation trop littérale de la loi, mise en forme de tableau », et à même d'accorder aux individus la pleine mesure des droits fondamentaux et libertés mentionnés ci-dessus. La section 11 de la Constitution fait partie du chapitre 1. Elle doit par conséquent, être « capable de protéger les dits droits et libertés », qui ne sauraient être sujets qu'aux seules restrictions qu'elle contient, « qui sont des restrictions destinées à garantir que la jouissance des dits droits et libertés par un individu ne porte pas préjudice ... à l'intérêt public. »

[9.] Lord Wilberforce continuait:

Une Constitution est un instrument juridique qui donne naissance, entre autres, à des droits individuels dont la mise en exécution peut être ordonnée par un tribunal. Le langage et les termes utilisés, ainsi que les traditions et les usages donnant du sens à ce langage doivent être respectés. Dès lors, il apparaît cohérent avec cette observation et l'acceptation du fait que les règles d'interprétation lui sont applicables, d'admettre comme point de départ à son interprétation la spécificité de caractère et d'origine de l'instrument en question, et d'être guidé dans cette entreprise par le principe énoncé au tout début de la Constitution de donner entière reconnaissance et effet à ces droits et libertés fondamentaux.

[10.] On pourrait ajouter à ces paroles, la voix importante de Lord Diplock dans l'affaire *Attorney-General de la Gambie v Jobe* 1984 AC, 689 à 700, qui notait:

Une constitution, et particulièrement la partie qui protège et consacre les droits fondamentaux et les libertés fondamentales auxquels tout individu dans le pays peut prétendre, doit être interprétée de façon généreuse et constructive.

[11.] Citant ces commentaires, le juge Aguda, rendant un des jugements majeurs de cette Cour, dans l'affaire décisive en la

matière: *Attorney-General v Dow* 1992 BLR 119, déclarait ceci au paragraphe 165H:

A mon avis, la notion d'interprétation généreuse signifie, que l'on doit interpréter les dispositions de la Constitution de façon à ne diminuer la portée d'aucun des droits et libertés, à moins que, en application de termes clairs et non équivoques, une telle interprétation soit inéluctable. L'interprétation ne peut être constructive, que lorsqu'elle reflète l'objet, la raison d'être profonde du concept que la Constitution se doit de protéger, en l'espèce, les droits fondamentaux et les libertés consacrées dans la section 3.

[12.] Il apparaît opportun de faire référence ici à la section 3 de la Constitution qui dispose:

Attendu que quiconque au Botswana doit bénéficier des droits et libertés fondamentaux des individus, à savoir le droit, quels que soient, sa race, son lieu d'origine, ses opinions politiques, sa couleur, sa religion ou son sexe, mais sous réserve de respecter les droits et libertés des autres et sans porter atteinte à l'intérêt public, de jouir de tout ou partie de ce qui suit, notamment : (a) le droit à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne et à la protection de la loi ; (b) le droit à la liberté de conscience, d'expression, d'assemblée, de mouvement et d'association ; et (c) la protection du caractère privé de son foyer et autres biens, et contre les expropriations sans compensation, les dispositions de ce chapitre entreront en vigueur dans le but d'assurer la sauvegarde de ces droits et libertés sous réserve des limitations prévues dans ces dispositions et destinées à garantir que la jouissance desdits droits et libertés par tout individu ne porte pas atteinte aux droits d'autrui ou à l'intérêt public.

[13.] Ces dernières années, la Chambre des Lords a mis l'accent sur le fait qu'une Constitution, et particulièrement, une Constitution comme celle du Botswana doit recevoir une « interprétation constructive » (voir *Attorney-General de la Gambie v Jobe supra*; *Attorney-General de Hong Kong v Lee Wong Kui* 1993 AC 951 a 966 E) tout comme cette Cour a pu le faire au Botswana dans l'affaire *Attorney-General v Dow supra*. L'interprétation constructive a été décrite comme englobant l'idée selon laquelle: « L'interprétation des droits doit être faite en accord avec la raison même pour laquelle les individus ont des droits, c'est à dire, la protection des individus et des minorités face à une collectivité écrasante ». (par le Juge Bertha Wilson du Canada, dans un article de 1988, sur *La protection constitutionnelle des Droits de l'Homme* cité par le juge Puckrin dans l'affaire *Attorney-General v Dow*, 194 H).

[14.] En adoptant une telle interprétation constructive de la section 3 de la Constitution, il apparaît évident, que son objet est la protection des droits et libertés « de l'individu » qu'elle consacre et qui incluent le droit à la liberté individuelle (point sur lequel j'insiste). Les seules restrictions à ce droit sont: (i) que sa jouissance ne porte pas préjudice aux droits et libertés des autres, ou à l'intérêt public et (ii) ces restrictions soient expressément mentionnées dans la section 5 de la Constitution.

[15.] La section 5 dresse, dans les sous-sections (a) à (k), la liste des circonstances dans lesquelles une personne peut être privée de sa liberté individuelle. Seule la sous-section (e) est pertinente en

l'espèce. Elle permet une telle privation « (e) lorsqu'il existe de bonnes raisons (de) soupçonner (l'individu en question) d'avoir commis, ou d'être sur le point de commettre un délit pénal au sens du droit en vigueur au Botswana ».

[16.] La section 5(3)(b) en relation avec la sous-section (e), accorde, le droit être libéré sans ou sous certaines conditions, notamment le versement d'une caution. Ce droit est désormais annulé par la section 142(1)(i). Dès lors, la section 142(1)(i) contrevient à la section 5(3)(b), à moins que sa promulgation ne soit déclarée comme justifiée par l'intérêt public.

[17.] L'*Attorney-General* maintient que le Parlement a évidemment considéré la promulgation de la section 142(1)(i) comme étant d'intérêt public. Concernant ce point, Mme Dambe a fait les déclarations suivantes:

(a) Elle note qu'une Constitution - et ceci s'applique à celle du Botswana - n'est pas un document statique, mais un instrument vivant et organique. Ce n'est pas « une pièce de musée sans vie » - comme avait pu le dire le juge Aguda dans l'affaire *Attorney-General v Dow supra* - elle doit refléter les mœurs et les standards de son temps. Je suis tout à fait d'accord avec cette position. Les dispositions d'une Constitution « ne sont pas de vieux adages ou des slogans vides de sens. Ce sont des principes vitaux, vivants qui définissent et limitent les pouvoirs du gouvernement de notre pays. » (par le Président de la Cour suprême, Earl Warren des États-Unis dans *Trop v Dulles* 356 US 86 [1958], 103). En outre, les valeurs morales de la population doivent être pris en compte lors de l'interprétation de la Constitution du Botswana.

(b) Tenant compte des mœurs et standards actuels, ainsi que des valeurs morales du pays, elle a déclaré, que l'intérêt public était, à son sens, à l'origine de la promulgation de la section 142(1)(i), qui répondait à la préoccupation née du nombre croissant de viols commis, et parallèlement à la propagation du VIH/SIDA, épidémie affligeant la nation à l'heure actuelle. Il y a eu, pour Mme Dambe, un accroissement constant de la criminalité, et plus particulièrement des cas de viols comme le prouvent les statistiques. Une fois de plus, je ne puis qu'abonder dans son sens. L'augmentation des cas de viols est indéniable et le fait que la nation soit rongée par l'épidémie du VIH/SIDA est notoire.

[18.] C'est ayant à l'esprit ce constat, que le Parlement a amendé la section 142 du Code Pénal, selon Mme Dambe, afin de répondre aux préoccupations de la société relatives au niveau élevé de la criminalité et à la prévalence du VIH/SIDA. Cet amendement a été adopté afin de faire progresser la sécurité et la santé publique et par conséquent, au nom de l'intérêt public. Le refus de mise en liberté sous caution des personnes accusées de viol participe de cette volonté.

[19.] C'est cette dernière partie de l'exposé de son opinion qui me pose un problème. Je ne comprends pas en quoi le fait de priver une personne de sa liberté, simplement parce qu'elle est accusée d'avoir commis un viol - et non pas, il faut le rappeler, parce qu'elle a été déclarée coupable - pourrait, de quelque manière que ce soit, faire baisser le niveau de criminalité, viols y compris, ou réduire le nombre de cas du VIH/SIDA. Après tout, tous ceux qui commettent des viols ne sont pas porteurs du VIH/SIDA. Il peut être estimé que, le fait de savoir qu'une personne accusée de viol ne pourra pas bénéficier d'une liberté sous caution puisse dissuader certains de mener à terme leurs intentions. Ceci était, semble-t-il, la raison déclarée de l'adoption des sections 142(1)(ii)(2)(3)(4)(5) après la section 3 de la loi no. 5 de 1998, qui contiennent des sanctions obligatoires lourdes et sévères en cas de viol, particulièrement pour les coupables porteurs du VIH/SIDA, et surtout s'ils le savent. Je ne puis croire que refuser la liberté sous caution à une personne accusée de viol puisse réellement avoir un quelconque effet dissuasif.

[20.] En réponse aux problèmes que je viens d'exposer, Mme Dambe a déclaré que, de toute façon, l'adoption de la section 142(1)(i) par le pouvoir législatif représentait l'expression de la préoccupation du public face à la criminalité dans le pays.

[21.] Quand bien même je me tromperais, que la section 142(1)(i) serve de quelque manière que ce soit l'intérêt public, ou qu'elle représente l'expression des préoccupations liées à la criminalité, il ne faut pas perdre de vue le droit fondamental consacré par la section 3 de la Constitution: la liberté individuelle. Elle constitue un des droits de l'homme les plus fondamentaux dans une société démocratique, et sa privation ou sa limitation doivent n'être admises que de façon exceptionnelle (voir *Attorney-General v Dow supra* 131-132, par Amissah P). Comme a pu le déclarer le juge Kentridge dans l'affaire *Attorney-General v Moagi* 1982 (2) BLR, 184: « la portée des droits constitutionnels accordés sans limitations expresses, ne devrait pas être restreinte par la découverte de limites implicites motivée par une volonté de la rendre conforme à la *common law* ».

[22.] De tels droits sont jalousement gardés et leur développement, extension et protection forment la pierre angulaire des processus intellectuels des démocraties dans le monde entier et sont incorporés dans les lois et les décisions judiciaires de pays comme les États-Unis, le Royaume-Uni, les nombreux membres de la Communauté Européenne et les voisins du Botswana comme l'Afrique du sud. Cette tendance a été particulièrement marquée dans le domaine des droits inhérents à la personne de l'individu, et en particulier le droit à la liberté individuelle. Depuis 1992, ce tribunal a reconnu que le Botswana constituait un des pays d'Afrique où la démocratie libérale a pris racine (voir l'affaire *Dow supra* 168 B-C) et où les normes internationales relatives aux droits de l'homme doivent pouvoir s'exprimer à travers les garanties constitutionnelles de ce pays. Par

conséquent, il est nécessaire pour cette Cour de mettre en balance le concept d'intérêt public et le droit à la liberté individuelle et de déterminer lequel doit prévaloir sur l'autre, se référant aux mœurs de la communauté et en effectuant un contrôle de proportionnalité. Ceci nécessite que cette Cour se livre à un jugement de valeur (cf *Ex parte Attorney-General, Namibia: In re corporal punishment 1991* (3) AS 76 (NmSC), 96).

[23.] Il est notoire, comme l'a mentionné M. Kgalemang pour le défendeur, que la tendance actuelle, - et depuis longtemps - est de considérer que les droits fondamentaux de l'homme doivent être cultivés, défendus et protégés au sein de toutes les démocraties libérales. Ayant déclaré ceci, le refus de mise en liberté sous caution d'une personne simplement soupçonnée de viol, afin de satisfaire l'intérêt public selon lequel une personne qui a commis une infraction grave devrait être incarcérée, ne compense pas, à mon avis, l'atteinte faite au droit de cette personne à la liberté individuelle, c'est à dire, sa privation de liberté sur la base d'une simple allégation de culpabilité. Il faut garder à l'esprit que même dans les cas où une personne est accusée de crimes aussi graves que ceux du meurtre et de trahison, celle-ci peut légalement bénéficier d'une mise en liberté sous caution (voir section 114 de la loi sur la Procédure Criminelle et la Preuve). Il paraît donc incongru, et c'est le moins que l'on puisse dire, qu'une personne accusée de viol ne puisse pas l'être. Les accusations de viol sont faciles à faire et les personnes de sexe masculin sont vulnérables face à des plaignants sans scrupules, vindicatifs et malicieux qui peuvent éventuellement les accuser sciemment à tort ou sans preuves. Un innocent pourrait donc être détenu pour une durée considérable, sans possibilité de mise en liberté sous caution, comme expliqué plus haut, si son procès, pour quelque raison que ce soit, venait à être retardé de façon déraisonnable. De plus, une personne bien que coupable des faits qui lui seraient reprochés, pourrait être détenue inutilement, pour une durée injustifiée, particulièrement si elle n'était pas jugée dans un délai raisonnable. Et s'il apparaissait parallèlement qu'aucun risque que cette dernière ne s'enfuit, ne se présente pas à l'audience, ou qu'elle enfreigne les règles usuelles de la mise en liberté sous caution ne soit constitué. Les remarques de feu le Président de la Cour d'appel, Mokama dans *Daniel Baikakedi v State - miscra 4 de 1992* sont particulièrement appropriées à la situation. Jugeant d'un appel contre un refus de mise en liberté sous caution par un magistrat, alors que l'enquête se prolongeait de manière déraisonnable, il déclara:

Les tribunaux n'aiment pas priver un homme de sa liberté en attendant son procès, car il peut être innocent. Même, s'il devait être déclaré coupable ultérieurement, les cours de justice essaient de ne pas le priver de sa liberté avant qu'il n'ait été condamné (voir *S v Budlender and Another 1973* (1) AS 264).

[24.] Et l'érudit Président continua:

Je ne peux pas accepter l'idée selon laquelle, dans le cas où l'accusation est grave « la seule limite est le ciel ». Après tout, l'accusation n'a pas été prouvée et si nous permettons à la gravité de l'accusation d'être un facteur déterminant la durée pendant laquelle l'accusé peut être maintenu en détention provisoire, il y a un réel danger que les personnes accusées de crimes graves puissent être incarcérées sans procès pour une durée indéfinie. A mon avis, ceci reviendrait à introduire la détention préventive dans notre système juridique.

[25.] En adoptant, donc, une interprétation constructive de la Constitution et en appliquant le test proportionnalité entre intérêt public d'un côté, et atteinte au droit à la liberté individuelle de l'autre, je déclare que la section 142(1)(i) du Code Pénal viole les dispositions de la section 5(3)(b) de la Constitution du Botswana, et que le refus de mise en liberté sous caution d'une personne accusée de viol, ne représente pas une nécessité d'intérêt public. Il est dès lors inutile d'examiner si elle viole également la section 10(2)(a) de la Constitution. Je m'accorde donc avec le juge Mosojane, sur le fait que la section 142(1)(i) du Code Pénal *ultra vires* (dépasse le pouvoir) la Constitution du Botswana et doit être annulée.

BURUNDI

Le Ministère public c. Minani

RADH 2002 56 (CABu 1998)

Le Ministère public v Minani Jean alias Bugume

Cour d'appel, Bujumbura, 28 Octobre 1998

Juges: Gacuko, Nzeyimana Shungu, Ndoreraho, Bahandwa et Mwamarakiza

Preuve (torture, 21-23)

Torture (les aveux extorqués sous la torture, 24, 41, 42)

[1.] Vu la lettre no 552/11/423/96 que le Procureur près la Cour d'appel a adressée au Président de ladite Cour d'appel de Bujumbura, lui demandant de fixer le dossier RMPG 1153/YP dans lequel Minani Jean est poursuivi;

[2.] Vu que la Cour a enrôlé le dossier sous le no RPCC 636;

[3.] Vu que le prévenu a reçu une assignation le convoquant à l'audience publique du 22/01/1998 et en a accusé réception en date du 12/12/1997;

[4.] Vu la fixation du dossier à l'audience publique du 22/01/1998 à laquelle le prévenu a comparu assisté de son Conseil Me Segatwa; que le dossier a été renvoyé à l'audience du 13/03/1998 pour permettre au Conseil du prévenu de consulter et d'étudier le dossier ainsi que pour assurer la comparution des témoins;

[5.] Vu qu'à l'audience du 18/03/1998 la cause n'a pas été entendue parce que le Conseil du prévenu n'a pas comparu ;

[6.] Vu les remises du dossier aux audiences publiques des 27/04/1998, 23/06/1998, 15/09/1998, 30/09/1998, 28/10/1998;

[7.] Considérant l'audience publique du 28/10/1998 à laquelle le prévenu et son Conseil ont comparu et les parties au procès ont été entendues contradictoirement;

[8.] Vu que le Ministère public a requis une peine de servitude pénale à perpétuité, que le prévenu a eu l'occasion de s'exprimer devant la Cour et a demandé l'acquittement;

[9.] Après s'être convaincue, la Cour a pris l'affaire en délibéré et a rendu l'arrêt suivant:

[10.] Attendu que le Ministère public poursuit le prévenu devant la Chambre Criminelle près la Cour d'appel de Bujumbura du chef de:

1. En date du 13/03/1996, à Kinama, quartier « Bukirasazi », avoir assassiné le Lieutenant Colonel SAKUBU Lucien, faits prévus et punis par l'article 144 Code pénal Livre II;
2. En date du 13/03/1996, dans les mêmes circonstances de temps et de lieux, s'être associé à des malfaiteurs avec pour objectif de dévaster et de porter atteinte à des vies humaines;

[11.] Attendu que le prévenue Minani Jean a été entendu par la police, par le parquet et devant la Chambre Criminelle;

[12.] Attendu que le Procureur a récapitulé les faits; que selon le Ministère public, le jour du drame le 13/03/1995 (*sic*) vers 10h00, sur la route Muzinda, la victime venait de ses champs et a heurté un cycliste; qu'après l'avoir renversé, feu Sakubu s'est arrêté comme l'exige la loi et que c'est à ce moment qu'il a été capturé par ceux qui le guettaient et qu'ils l'ont emmené dans un endroit caché où il a été tué après avoir été torturé;

[13.] Attendu que Minani Jean a été interrogé sur ces faits mis à sa charge et a fini par avouer devant l'Officier de Police judiciaire mais après avoir nié les faits au début (c. 10, 11, 12, 15);

[14.] Attendu que devant le Ministère public il a, cette fois, formellement nié les faits;

[15.] Que pour expliquer les aveux exprimés devant la police, il dit avoir été torturé; qu'il a été contraint d'avouer pour sauver sa tête;

[16.] Attendu que le Ministère public base surtout ses accusations sur ce que Minani Jean est supposé avoir dit et reconnu devant l'Officier de police et aussi sur les dépositions des témoins Birondonoke (c. 30) et Mugeni Saidi (c. 11);

[17.] Attendu que le Ministère public a retenu Mugeni Saidi comme témoin principal et que ce dernier a comparu devant la Chambre criminelle;

[18.] Attendu que Minani Jean a été entendu devant la cour et qu'il a présenté sa défense;

[19.] Attendu que devant la Cour, Minani Jean nie les faits comme il l'a fait devant le Ministère public;

[20.] Attendu que devant la Cour, il rappelle que tout ce qu'il a reconnu préalablement s'explique par les tortures subies et qu'il fournit des preuves de ces pratiques;

[21.] Attendu que les actes de torture ont été confirmés par les délégués de « Amnesty International », qui ont visité les cachots de la Brigade spéciale de recherche, dans un document authentifié par un notaire et adressé à la Chambre criminelle; qu'ils ont confirmé cette torture et accepté d'envoyer des photos prouvant les actes de torture subis par Minani Jean;

[22.] Attendu qu'un délégué a également confirmé qu'une autorité de la BSR, le Commandant NT lui a déclaré qu'il utilisait des moyens forts pour extorquer des aveux aux prévenus;

[23.] Attendu que même si la cour ne devait pas se baser sur ces écrits, ils donnent une idée de la façon dont les enquêtes préliminaires ont été menées;

[24.] Qu'il apparaît dès lors clairement, que Minani Jean a été torturé lors des enquêtes; que le doute entoure donc les aveux qui ont été recueillis de cette manière;

[25.] Attendu que la Cour a auditionné les témoins Mugeni Saïdi, le chef de la zone de Nziragucumura et le chef du quartier de Bukirasazi (Kinama), Congera Jean Baptiste;

[26.] Attendu que Mugeni est un témoin cité par le Ministère public et qu'il est le seul à avoir été entendu devant le Ministère public;

[27.] Attendu que le Ministère public n'a pas entendu les témoins cités par Minani Jean, raison pour laquelle Nziragucumura et Congera qui sont des témoins à décharge n'ont jamais été entendus;

[28.] Attendu que la Cour n'a pas convoqué Birondonoke parce qu'on le disait mort et qu'en outre le Procureur n'a pas insisté sur sa comparution;

[29.] Attendu que, interrogé sur les faits de l'assassinat du lieutenant-colonel Sakubu Lucien, mis à charge de Minani Jean, Mugeni a répondu qu'il ne savait rien de cette affaire;

[30.] Que, interrogé sur son témoignage à charge recueilli par la police, Mugeni a expliqué qu'il avait été effrayé par l'état dans lequel il avait vu Minani et qu'il a divagué;

[31.] Qu'en outre, il n'aurait fait que rapporter que ce que ses enfants âgés respectivement de 9 et 8 ans (c. 13) lui auraient raconté;

[32.] Attendu que lorsque la Cour invite l'Officier du Ministère public à commenter le témoignage de Mugeni, celui-ci répond « il y a beaucoup d'irrégularités dans ce dossier (...), Minani dit qu'il n'a jamais vu Saïdi Mugeni, comment donc Mugeni peut-il avoir vu les séquelles causées par la torture? »

[33.] Attendu que la Cour constate que d'un côté, on prétend que MUGENI a été confronté à Minani, et que de l'autre, il n'y aurait pas eu de confrontation;

[34.] Attendu que tant le prévenu que le témoin Mugeni affirment qu'ils n'ont pas été confrontés, mais que chacun a été entendu seul; que cette version est plausible puisque le procès-verbal de confrontation n'a pas été signé par Mugeni; que cet élément incompréhensible démontre l'existence de lacunes;

[35.] Attendu que Mugeni a déclaré que Minani n'a rien fait;

[36.] Attendu que les témoins Nziragucumura (chef de zone) et Congera (chef de quartier) ont été entendus, et qu'ils ont tous deux dit que Minani ne figurait pas sur les rapports qu'ils ont reçus qui traitaient de la mort de Sakubu;

[37.] Que selon Congera, certaines personnes dont le nom figurait sur ces rapports sont mortes, que d'autres doivent faire l'objet d'arrestation;

[38.] Que selon Nziragucumura, l'enquête qui a été menée n'a jamais cité Minani Jean, qu'il a été arrêté à l'occasion d'une rafle menée lors de l'enquête;

[39.] Attendu que le témoin explique qu'ils ont arrêté plus de 250 personnes, relâchées ensuite, à l'exception de Minani alors qu'ils savaient que celui-ci n'avait rien fait;

[40.] Attendu qu'un dossier a déjà été plaidé devant le Tribunal de grande instance de Bujumbura en rapport avec l'assassinat de Sakubu (manquement à la solidarité publique) mais que personne parmi ceux qui étaient poursuivis n'a cité le nom de Minani Jean;

[41.] Attendu que l'avocat de Minani Jean plaide que Minani Jean a reconnu l'infraction devant l'Officier de police judiciaire parce qu'il subissait la torture et qu'il déclare que les aveux extorqués sous la torture sont frappés de nullité;

[42.] Que la Cour a également accepté cet argument;

[43.] Attendu qu'il revient sur les témoignages de Mugeni en dénonçant le fait que Mugeni a été contraint de faire des déclarations mensongères;

[44.] Que Mugeni a lui-même reconnu;

[45.] Attendu qu'il termine en disant que les témoins Congera et Nziragucumura ont témoigné en connaissance de cause et que la Cour devrait se fonder sur ces témoignages pour acquitter Minani Jean;

[46.] Attendu que la Cour estime que les témoins Congera et Nziragucumura ont des éclaircissements suffisants sur cette affaire;

[47.] Que mis à part les aveux de Minani sous contrainte, tous les témoins l'ont déchargé;

[48.] Que dans ce cas la Cour se doit d'acquitter le prévenu d'autant plus que le Procureur lui-même reconnaît que le dossier renferme des circonstances obscures;

[49.] Attendu que la deuxième infraction d'association de malfaiteurs s'avère étroitement liée à la première d'autant plus que le Procureur parle d'association momentanée;

[50.] Que ce qui a été dit pour la première infraction vaut donc également pour la seconde;

[51.] Que Minani sera donc également acquitté du chef de la deuxième infraction;

Par tous ces motifs

[52.] La Chambre criminelle;

Vu l'Acte constitutionnel de transition;

Vu la Loi du 29 juin 1962 portant maintien de certains actes législatifs et réglementaires édictés sous l'autorité tutélaire;

Vu la Loi no. 1/004 du 14/01/1987 portant réforme du Code de l'organisation et de la compétence judiciaires;

Vu le Décret-loi portant création des Chambres criminelles ;

Vu le Code de procédure pénale;

Vu le Livre I et II du Code pénal;

[53.] Après avoir délibéré conformément à la loi;

Decide

[54.] Reçoit l'action du Ministère public et la déclare non fondée;

[55.] Estime qu'il n'existe aucune preuve démontrant que c'est Minani Jean qui aurait tué Sakubu Lucien;

[56.] Acquitte en conséquence le prévenu qui doit donc être libéré;

[57.] Met les frais de justice à charge du Trésor public;

[58.] Charge le Ministère public de l'exécution du présent arrêt.

LA GAMBIE

Jammeh c. Attorney-General

RADH 2002 61 (CSGa 2001)

Jammeh v Attorney-General

Cour suprême, 29 novembre 2001

Juges: Lartey, Jallow, Wali, Ogwuegbu et Amua-Sekyi

Locus standi (8-11)

Suprématie de la Constitution (21, 32)

Participation politique (amendement à la Constitution, 25-28, 31)

Dissociabilité du reste des dispositions de la loi de celles ayant été déclarées illégales (36, 38-40)

[1.] Le juge Jallow a tout d'abord été invité par le juge de la Cour suprême à exprimer son opinion. Le plaignant a assigné l'*Attorney-General* devant cette Cour, compétente pour connaître du litige au titre des sections 5 et 127 de la Constitution de 1997. Il entend voir la Cour déclarer la loi de 2001 (no. 6 de 2001), portant amendement de la Constitution de la République de Gambie de 1997 adoptée par l'Assemblée nationale le 15 mai 2001 et approuvée par le Président le 25 mai 2001, nulle et non avenue, et sans effet, en ce que l'Assemblée nationale et le Président n'étaient pas compétents, ont excédé leurs pouvoirs, pour adopter de telles dispositions.

...

[8.] Selon les déclarations du plaignant (paragraphe (1) et (3)), ce dernier est leader de l'opposition à l'Assemblée nationale. Il a participé aux débats de l'Assemblée nationale sur le projet de loi et a voté contre le texte finalement adopté par la majorité. Ces allégations sont admises par le défendeur dans les paragraphes (1) et (de 2) de l'énoncé de ses arguments. Le plaignant, en tant que membre de l'Assemblée nationale ayant participé aux débats sur le projet de loi avant de s'y opposer, est-il incompétent pour contester la constitutionnalité de la loi de 2001 portant amendement de la Constitution de 1997 de la République de Gambie, ci après nommée loi d'amendement? Je le ne crois pas. Au contraire, il semblerait que son statut de membre de l'institution exerçant une partie du pouvoir législatif de la République, en vertu de la section 100 de la Constitution de 1997, lui impose un certain devoir de s'assurer que de telles mesures législatives ne violent pas la Constitution. La raison

pour laquelle le plaignant a saisi la Cour n'est pas politique, elle n'est pas liée aux procédures internes de l'Assemblée nationale, ni liée à son statut de membre de l'Assemblée.

[9.] Chaque citoyen de la Gambie a qualité, sauf limitation expresse, pour saisir le juge lorsqu'il estime que l'ordre constitutionnel a été violé: voir *United Democratic Party v Attorney-General*, Cour suprême, 14 février 2001. Cette compétence est confiée à tous les citoyens, et ne peut être altérée par le statut de législateur de l'un d'entre eux. La situation aurait pu être différente si le plaignant avait voté en faveur de la mesure; en effet, il ne lui aurait pas été permis, dans ce cas là, de contester la légalité d'un texte qu'il venait de soutenir et d'approuver expressément en sa qualité de législateur. Le plaignant a cependant été constant dans son opposition à la mesure et devant les tribunaux; sa requête est fondée sur des fondements juridiques et constitutionnels et non politiques. Je ne trouve aucun motif valable d'objection sur ce point.

[10.] Le troisième motif d'objection du défendeur est, en substance, que le plaignant ne justifie d'aucun intérêt particulier à poursuivre cette affaire et qu'il n'est pas compétent, *locus standi*, pour introduire la procédure judiciaire. Une objection similaire avait été soulevée dans l'affaire *United Democratic Party v Attorney-General* (*supra*). J'avais jugé en l'espèce que:

La loi ne peut considérer un citoyen ordinaire, revendiquant son droit à saisir un tribunal afin que ce dernier se prononce sur ce qu'il perçoit comme étant une violation de la Constitution, comme un intrus, un étranger à l'affaire, un curieux qui s'occupe de ce qui ne le regarde pas. Ceci en fait le concerne de manière légitime et en l'absence de limitations légales expresses, semblables à celles auxquelles j'ai fait référence plus haut, au sujet de la section 37 de la Constitution relative à l'exécution des droits et des libertés fondamentaux, l'intérêt dont dispose une personne en tant que citoyen est légalement suffisant pour lui attribuer la compétence d'instituer des poursuites judiciaires lorsqu'elle estime que la Constitution a été violée, en vue de garantir le respect de l'ordre constitutionnel.

[11.] Un citoyen n'a donc pas à démontrer un quelconque intérêt personnel lui conférant un statut de *locus standi* pour pouvoir instituer de telles procédures. Le plaignant fait partie de cette catégorie. De fait, la décision du juge Fatayi-Williams citée par la défense de l'*Attorney-General* fournit un large soutien à cette position. Le juge Fatayi-Williams dans l'affaire *Adesanya v President of Nigeria* a soulevé la question du *locus standi* dans le cadre des saisines pour violation supposée de la Constitution en ces termes à la page 156 du rapport:

Si, dans un pays en voie de développement comme le Nigéria qui dispose d'une Constitution écrite, une norme semble être *ultra vires* à la Constitution ou une loi semble enfreindre une de ses dispositions relatives aux droits fondamentaux, qui jouit du *locus standi* lui permettant de contester sa constitutionnalité, un membre quelconque du public a-t-il (ou devrait-il avoir) le droit d'intenter un procès ? Ou le *locus standi* devrait-il être réservé aux personnes dont les droits sont directement affectés par la mesure, ou aux personnes dont les intérêts

risquent d'être particulièrement menacés par sa mise en vigueur ou encore à un *Attorney-General*, représentant du pouvoir exécutif?

Le juge répondit à la question comme suit, page 157:

Refuser à tout membre d'une telle société qui est conscient, estime, ou est amené à croire qu'il y a eu une infraction à une disposition quelconque de notre Constitution, ou qu'une loi adoptée dans une de nos chambres législatives, qu'elle soit fédérale ou étatique est inconstitutionnelle, l'accès à un juge pour exprimer son grief en vertu de cette piètre excuse d'un manque d'intérêt suffisant reviendrait à adopter la recette toute faite du désenchantement de la population par rapport au processus judiciaire

Le juge poursuit aux pages 159-160:

À mon avis, toute personne convaincue de l'existence d'une violation des dispositions des sections 1 et 4 de la Constitution que j'ai énumérées ci-dessus, devrait pouvoir se présenter devant un juge et demander à ce qu'il prenne les mesures nécessaires pour la faire cesser, si violation de la Constitution il y a. J'estime que toute personne, citoyenne du Nigeria ou non, qui réside au Nigeria ou qui est soumise au régime de la loi du Nigeria, a l'*obligation* de vérifier qu'elle est gouvernée par une législation conforme aux dispositions de la Constitution nigériane. Elle dispose d'ailleurs du droit de le faire en vertu de ses *droits civils*. Ceci est la conséquence du fait, que toute loi contraire à la Constitution, est de fait *nulle et non avenue* en application des sections 1 et 4 auxquelles je me suis déjà référé plus haut (souligné par l'auteur).

[12.] Je rejette dès lors les objections préliminaires de l'Attorney-General pour les raisons mentionnées ci-dessus et vais connaître de l'affaire au fond.

...

[21.] En Gambie ... la suprématie repose sur la Constitution, et ce, qu'elle la déclare expressément ou pas, et non sur l'Assemblée nationale ou quelque autre organe étatique que ce soit. La section 4 de la Constitution de 1997 établit la Constitution comme la loi suprême du pays:

Cette Constitution est la loi suprême de la Gambie et toute autre loi jugée contraire à toute disposition de cette Constitution sera déclarée nulle, à mesure de son incompatibilité.

[22.] La section 5 donne le droit à une personne qui estime qu'un acte de l'Assemblée nationale, ou quelque action ou omission de toute autre personne ou autorité, viole la Constitution, de solliciter à cet effet, une décision d'un tribunal compétent.

[23.] La section 100(1) de la Constitution investit conjointement l'Assemblée nationale et le Président de l'autorité législative, qu'ils exercent respectivement en adoptant des lois pour la première, et en les approuvant pour le second. L'exercice de cette autorité est soumis aux restrictions et aux limitations imposées par la Constitution. De telles restrictions se manifestent sous différentes formes. Tout d'abord, en application de la section 4 de la Constitution de 1997, toutes les dispositions des normes adoptées par le pouvoir législatif incompatibles avec les dispositions de la Constitution sont nulles. Ainsi, visant la Constitution de 1970 et dans l'affaire *Attorney-General of The Gambia v Jobe* (1985) LRC (Constitutional &

Administrative) 556, le Comité Judiciaire du *Privy Council*, face à un appel émanant de la Gambie, a jugé la section 8(5) de la loi relative à la Cour criminelle spéciale (No. 10 de 1979) invalide, nulle et non avenue car elle était *ultra vires* et violait de manière simple et flagrante le droit à la présomption d'innocence garanti par la section 20(2) de la Constitution de 1970. De la même manière, cette cour par une décision de quatre voix contre une (le juge Amua-Sekyi ayant une opinion dissidente) dans la décision *Jeng v Gambia Commercial & Development Bank Ltd*, en date du 7 décembre 2000, a jugé que la section 23 de l'acte AMRC de 1992 (no. 23 de 1992), en ce qu'elle entendait limiter aux seules Cours d'appel le droit de recours des parties dans les litiges les opposant à ladite banque, *ultra vires* la section 128(1)(a) de la Constitution de 1997 garantissant un droit d'appel à la Cour suprême, était nulle et sans effet. La section 128(1)(a) de la Constitution 1997 garantit le droit d'appel:

devant la Cour suprême en tant que droit ... (a) après tout jugement de la Cour d'appel prononcé en matière civile ou pénale sur un appel fait d'une décision de la *High Court* adoptée en première instance.

[24.] Certaines restrictions faites à l'autorité législative sont de nature procédurale. Une procédure spéciale est mise en place pour l'adoption des amendements à la Constitution, dans les hypothèses où ils sont permis. Le caractère particulier d'une telle procédure est justifié par le fait que la Constitution n'est semblable à aucune loi ordinaire. Elle est la loi suprême, la source de validité de toutes les autres lois, et l'instrument autorisant toutes les actions publiques. Ainsi la section 226 (2) de la Constitution exige que tout projet d'amendement de la Constitution soit publié dans deux numéros de la *Gazette* à trois mois d'intervalle minimum et au moins dix jours doivent s'écouler entre la dernière publication du projet et son introduction à l'Assemblée nationale. Afin d'être présenté devant l'Assemblée pour adoption, le projet d'amendement doit être au moins soutenu par les trois quarts de tous les membres de l'Assemblée nationale.

[25.] La section 226 (4) de la Constitution prévoit une condition concernant les dispositions « retranchées » (*entrenched*) de la Constitution. La section 226(7) énumère ces dispositions. Parmi celles-ci, se trouve la section 1 de la Constitution que la loi d'amendement (no. 6 de 2001) incriminée en l'espèce entend modifier. Toute modification d'une clause retranchée - soit par voie d'abrogation, d'adjonction, d'amendement, etc. - doit, pour être valide, en plus des exigences de la section 226 (2), répondre aux conditions suivantes:

- (a) le projet de loi doit être présenté à la Commission électorale indépendante (IEC);
- (b) La Commission doit, dans les six mois qui suivent la présentation du projet de loi, organiser un référendum national sur ce projet de loi;
- (c) au moins cinquante pour cent des personnes qualifiées à voter doivent voter lors du référendum;

(d) au moins soixante-dix pour cent des votants doit voter en faveur du projet de loi.

[26.] *L'Attorney-General* a reconnu qu'aucun référendum n'avait été organisé en vue de l'approbation par l'électorat du projet de loi, conformément à la section 226 (4) de la Constitution. La loi d'amendement (no. 6 de 2001) a été mise en vigueur et approuvée par l'Assemblée nationale et le Président le 25 mai 2001.

[27.] Toutes ces exigences constituent des conditions préalables à la modification valide d'une quelconque disposition de la Constitution inscrite au sein de la liste de la section 226(7) de la Constitution. Le non respect de ces conditions rend l'adoption de l'amendement à la Constitution nul, non avvenu et sans effet. Il est clair, à la lecture du chapeau de la section 226(4) de la Constitution, qu'aucune mesure visant à modifier une disposition listée dans la section ne peut être valablement adoptée par l'Assemblée nationale ni validée par le Président si les conditions mentionnées ci-dessus, n'ont pas été remplies. La section 226(5) renforce ce point en exigeant que la Commission électorale indépendante certifie que ces conditions aient été respectées et s'assure que la/les certification(s) ai(en)t été « transmise(s) au Président au moment où ce dernier reçoit le projet de loi pour approbation ».

[28.] En l'espèce, le projet de loi a été adopté par l'Assemblée nationale, présenté et accepté par le Président *avant* que l'une des conditions, à savoir, la tenue d'un référendum, n'ait été remplie. Par conséquent, j'en conclus, et déclare que l'amendement envisagé à la section 1(1) de la Constitution de 1997 contenu dans le la loi de 2001, relative au programme d'amendement de la Constitution de la République de Gambie de 1997 (no. 6 de 2001) destiné à substituer à cette section une nouvelle section déclarant que « la Gambie est une République souveraine laïque » est *ultra vires* à la Constitution, nul et non avvenu et sans aucun effet, en raison de sa non-conformité avec les clauses de la section 226(4) de la Constitution.

...

[32.] On ne saurait trop insister, étant donné la suprématie de la Constitution sur toutes autres lois, actes ou omissions des autorités publiques, sur le fait qu'il est important que tous les individus participant à l'exercice du pouvoir législatif de l'État soient très vigilants afin de s'assurer que ces normes soient conformes aux dispositions de la Constitution et qu'elle soient adoptées conformément aux exigences et procédures fixées par la Constitution. Tout manquement à ces exigences légales se traduira par les mêmes sanctions que celles faites aux amendements à la section 1(1) et au paragraphe 13 du « Schedule » II de la Constitution envisagés par la loi de 2001.

...

[36.] Le véritable enjeu de la décision apparaît dès lors comme étant de déterminer si, ces dispositions de la loi d'amendement déclarées nulles peuvent être séparées, dissociées (*severed*) des autres et si les autres dispositions, dont la validité, pour ces motifs du moins, n'a pas été contestée, sont à même d'être appliquées indépendamment.

...

[38.] Le test de « severability » a été brièvement défini par le Comité Judiciaire du *Privy Council* dans l'affaire *Attorney-General d'Alberta v Attorney-General du Canada* [1947] AC 503. En l'espèce, le Comité a jugé que certaines dispositions de la Déclaration des droits d'Alberta de 1948 étaient « relatives au domaine bancaire, domaine dans lequel seul le Parlement du Canada était compétent pour légiférer, en vertu du titre 15 de la section 91 de l'acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867, et de fait, hors du pouvoir législatif provincial ». Concernant la question de la « severability » (traitement indépendant des clauses d'une même loi), la décision notait:

La partie 1 de l'acte n'était pas dissociable du reste du texte; l'acte ne pouvait être considéré que dans son ensemble et la partie II étant *ultra vires*, plus aucune disposition n'était à même de produire quelque effet que ce soit, l'acte entier était donc nul.

Rendant sa décision, le tribunal établit le test de « severability » en ces termes:

La vraie question à se poser est la suivante: les dispositions restant de la loi sont-elles liées de façon si inextricable à la partie déclarée nulle que ce qui reste ne peut survivre de façon indépendante? Ou, comme il a souvent été avancé, si, à la lumière d'un réexamen complet de l'affaire, il est légitime de supposer que le pouvoir législatif aurait adopté et mis en vigueur la norme amputée de la partie déclarée *ultra vires*.

[39.] Ce test a été repris et appliqué par le Conseil d'administration du Conseil Privé dans l'affaire *Attorney-General of the Gambia v Jobe supra* à 567, dans lequel les juges ont affirmé que la section 8(5) de la loi relative à la Cour criminelle spéciale (no. 10 de 1979) déclarée *ultra vires* à la Constitution et donc nulle, était dissociable du restant de la loi.

[40.] En appliquant le test tel qu'il a été élaboré par les juges du Comité judiciaire ... il est clair que les dispositions illégales de la loi d'amendement (no. 6 de 2001) ne présentent aucun lien avec celles auxquelles j'ai déjà fait allusion. Les dernières sont indépendantes des premières. Le reste du projet de loi n'est pas lié de manière inextricable ou d'aucune autre manière que ce soit avec ce qui a été déclaré contraire à la Constitution. On peut en effet estimer que l'Assemblée nationale aurait pu, et aurait peut-être dû légiférer séparément, distinguant les amendements envisagés aux dispositions figurant à la lettre de la section 226(4) d'une part, et ceux relatifs aux dispositions ordinaires de la Constitution de l'autre. Ce qui reste de la loi d'amendement (no. 6 de 2001) ne peut être considéré

comme indissociable des dispositions déclarées illégales, comme faisant partie du seul et même plan législatif que ces dernières; ni comme les restes tronqués et non applicables d'une norme. Indépendamment du fait que les dispositions illégales aient été annulées, les dispositions restantes conservent leur cohérence et peuvent être mise en œuvre sans qu'il soit nécessaire de les altérer ou de les modifier.

[41.] J'en conclus et déclare que les amendements envisagés à la section 1(1) de la Constitution et au paragraphe 13 du « Schedule » II de la Constitution sont tous deux dissociables et par la présente décision séparés de la loi d'amendement (no. 6 de 2001).

...

Sabally c. Inspecteur Général de Police et autres

RADH 2002 67 (CSGa 2001)

Ousman Sabally v Inspector General of Police, Secretary of State for Interior and Religious Affairs and Attorney-General

Cour suprême, le 5 décembre 2001

Juges: Jallow, Wali, Ogwuegbu, Amua-Sekyi, Akamba

Procès équitable (droit d'être entendu - indemnisation des agents publics, législation rétroactive 4, 6, 10, 14)

Jugement

[1.] Ce paragraphe reprend la référence constitutionnelle faite par le juge Kabalata de la *High Court*, le 2 juillet 2001 destinée à la Cour suprême statuant sur le fondement de la section 127(1)(b) et (2) de la Constitution. Demande est faite à la Cour de déterminer si « la loi d'amendement à l'acte d'indemnisation no 5 de 2001, a été adoptée en excès des pouvoirs conférés par la Constitution, ou toute autre loi, à l'Assemblée nationale, ou à toute autre personne ou autorité ».

[2.] Les faits pertinents en l'espèce sont les suivants: Le 12 juin 2000, le plaignant a saisi la *High Court*, afin de se voir accorder, *inter alia*, des dommages et intérêts de la part des défendeurs en réparation des violences qu'il déclare avoir subies de la main des membres du personnel de sécurité de l'État et des blessures qui en

ont résulté. Les défendeurs ont nié l'accusation. Les deux parties s'accordent en revanche sur le fait que la requête du plaignant fait suite aux événements du 10 avril 2000, jour où des troubles ont éclaté dans certaines régions de la Gambie. Le juge Kabalata a initialement été saisi de l'affaire, le jugement a débuté le 1er mars 2001, et le plaignant soumis à un interrogatoire principal ainsi qu'à un contre interrogatoire par l'avocat des défendeurs.

[3.] Parallèlement, « un acte amendement la loi relative à l'indemnisation et aux matières s'y rapportant » fut adopté par l'Assemblée nationale et approuvé par le Président de la République le 2 mai 2001. La section 1 de l'acte d'amendement (no. 5 de 2001) dispose que cet acte doit être « considéré comme étant entré en vigueur le 1er janvier 2000 ».

[4.] La loi no. 5 de 2001 indemnise les fonctionnaires et agents de l'État dans les hypothèses où la justice se voit saisie d'une plainte contre eux suite à leur comportement ou actions au cours d'une période d'urgence publique, de trouble à l'ordre public ou d'émeutes. La compétence des tribunaux de droit commun se voit remplacée par celle d'une Commission des Réclamations, établie en vue de recevoir et enregistrer les plaintes, avant d'établir des recommandations au Président pour l'indemnisation etc. des plaignants qui sont en droit de l'être. Les défendeurs ayant déclaré que cette procédure devait s'appliquer à l'espèce, et qu'ainsi, le procès civil en cours devait être fermé au motif que l'action civile du plaignant était dénuée de cause en application de la loi de 2001, la *High Court* a renvoyé l'affaire devant la Cour suprême pour qu'elle se prononce sur ce point.

[5.] Les avocats des deux parties se sont adressés à la cour. L'avocat du plaignant avança que la loi no. 5 de 2001 était destinée à supprimer de manière rétroactive, le droit acquis du plaignant à ce que son procès en instance de jugement se poursuive, en violation de la section 100(2)(c) de la Constitution. Il affirma ainsi que l'amendement était inconstitutionnel et qu'il avait été adopté en excès des pouvoirs de l'autorité législative. L'avocat des accusés déclare l'amendement valide, constitutionnel et que l'autorité législative était parfaitement compétente pour l'adopter. La privation faite d'un droit constitutionnellement établi était, selon ce dernier, justifié par l'intérêt public, conformément aux dispositions de la section 17(2).

[6.] Par conséquent, en plus de la question posée par la *High Court*, l'avocat des défendeurs demande à cette cour de déterminer: « si tout droit acquis selon le chapitre 4 de la Constitution de Gambie 1997, est soumis à l'intérêt public? »

[7.] L'avocat du plaignant s'est, très justement à notre avis, opposé à l'inclusion de cette nouvelle question par les défendeurs. Ces procédures n'ont pas été instituées en vertu des pouvoirs de

première instance de la Cour suprême, hypothèse dans laquelle les parties auraient pu librement formuler une ou deux listes de demandes en fonction de leur accord ou non. Les procédures menées en l'espèce le sont en vertu du pouvoir de la cour de se voir adresser des renvois par les cours inférieures, conformément à la section 127(2) de la Constitution. Dans ces hypothèses, il appartient à la cour soumettant le renvoi de définir la question qu'elle demande à la Cour suprême de trancher en vertu des dispositions de la section susmentionnée ainsi que de la règle 62 du RSC. (...) Une fois que la demande a été faite à la Cour suprême conformément aux exigences de la Constitution et du RSC, et que la question qui lui est posée est donc identifiée, les parties au procès devant la cour inférieure à l'origine du renvoi n'ont pas le droit de reformuler les questions que ce soit en ajoutant de nouvelles ou de toute autre manière. Ils sont liés par la formulation faite par la *High Court* de la question. Les parties doivent en revanche, déposer, selon les modalités de la règle 61(3), leurs moyens respectifs sur les questions qui ont fait l'objet du renvoi. Nous jugeons donc que la question additionnelle posée par l'avocat de la défense à notre cour ne peut être reçue.

[8.] Il appartient toujours à la cour de déterminer si l'autorité législative a excédé les pouvoirs que lui confère la Constitution en adoptant la loi no 5 de 2001 destinée à priver rétroactivement le plaignant de son droit à ce que le procès qu'il a institué devant la *High Court*, toujours en instance de jugement au moment de la mise en vigueur de l'amendement, se poursuive. L'amendement supprime ou affecte-t-il le droit acquis du plaignant à voir le procès qu'il a institué se poursuivre ?

[9.] Cette cour a récemment eu l'occasion, dans l'affaire *Alhaji Sait Boye v Alhaji Falai Baldeh et 3 autres* (procès civil no. 1/2001), de définir un droit acquis comme étant un droit garanti, établi, un droit certain, qui a atteint la fin de son processus de définition, qui a mûri et n'est soumis à aucune condition. La cour continue à être guidée par cette décision.

[10.] L'accès à un tribunal indépendant et impartial pour permettre à une personne d'obtenir une décision relative à ses droits et obligations est reconnu comme un droit humain fondamental duquel dépend également le respect ses autres droits. Dans les cas où, comme en l'espèce, une partie a exercé son droit d'ester en justice et a saisi une juridiction, elle jouit du droit de continuer son action en justice. Toute mesure législative rétroactive qui tendrait à annuler ce droit serait contraire à l'interdiction de privation rétroactive de droits reconnus édictée à la section 100(2)(c) de la Constitution.

[11.] La Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, dans sa décision du 15 novembre 1999, relative à la communication no. 145/95 rédigée par le *Constitutional Rights Project, la Civil Liberties Organisation et le Media Rights Agenda c. Nigéria*

[*Constitutional Rights Project et Autres c. Nigeria* RADH 2000 234 (CADHP 1999)] dénonçant les mesures prises par l'État contre certains journaux, a eu l'occasion d'aborder la question de l'annulation législative des procédures judiciaires en cours.

[12.] Jugeant les mesures contraires à l'article 7(1)(a) de la Charte Banjul des Droits de l'Homme et des Peuples garantissant le droit d'accès aux tribunaux, la Commission a déclaré [au para. 33] qu' :

Une affaire en cours devant le tribunal constitue en soi une sorte de garantie par laquelle les parties espèrent une conclusion éventuelle en leur faveur. Le risque de perdre le procès est un fait accepté par toute partie, mais le risque de voir le procès annulé décourage sérieusement les plaignants, avec de graves conséquences pour la protection des droits des individus. Les citoyens qui ne peuvent pas recourir aux tribunaux de leur pays sont très vulnérables aux violations de leurs droits. L'annulation du procès en cours constitue donc une violation de l'article 7(1)(a).

[13.] Bien que dans cette espèce la constitutionnalité des mesures auxquelles les requérants faisaient grief ne fut pas l'objet de la décision de la Commission qui jugeait de leur compatibilité avec les obligations liant le Nigeria au titre de la Charte, instrument auquel la Gambie est également partie, les principes établis par la Commission sont pertinents et applicables à l'affaire présente.

[14.] La cour, par conséquent, juge que l'application des dispositions de la loi no. 5 de 2001 pour mettre fin au procès intenté par le plaignant, alors que celui-ci était en instance de jugement au moment de leur promulgation, constitue une violation de la section 100(2)(c) de la Constitution et excède de la compétence de l'autorité législative, au motif que le plaignant serait privé, rétroactivement, de son droit établi de continuer ces procédures judiciaires.

[15.] Par conséquent, la Cour demande à la *High Court* de rejeter la motion soumise par le défendeur, le 14 mai 2001, et, en dépit des dispositions de la loi no. 5 de 2001, de poursuivre les débats relatifs à l'affaire *Ousman Sabally v Inspector General of Police and 3 others* (Procès civil no. 115/2000).

LESOTHO

Attorney-General c. 'Mopa

RADH 2002 71 (CALe 2002)

Attorney-General v 'Mopa

Cour d'appel, 11 avril 2002

Juges: Gauntlett, Grosskopf, Melunsky, Plewman, Steyn

Interprétation (téléologique, non littérale, 17)

Procès équitable (conseil juridique dans les procès civils, 20, 23, 24, 26-28)

Limitations de droits (doivent être proportionnées et acceptables dans une société démocratique, 33; preuve à la charge de l'État que les limitations étaient justifiées, 34)

Frais et dépens (contentieux constitutionnel, 40)

Gauntlett

[1.] Le problème posé dans cette espèce est de savoir si la section 20 de la Proclamation de 1938 sur les juridictions centrales et locales (la Proclamation) est non-conforme à la section 12(8) de la Constitution du Lesotho de 1993 et, en conséquence de cette non-conformité, nulle et de nul effet.

[2.] Le pourvoi a été formé dans les circonstances ci-après. Le défendeur (alors demandeur devant la Haute Cour) est accusé dans un procès intenté contre sa personne devant le tribunal local de Maseru. Il s'agissait d'une action en diffamation avec une demande de dommages et intérêts d'un montant de M10 000. Au début du procès devant le tribunal local le 11 novembre 1998, le défendeur informa la cour de son souhait d'être représenté et demanda un ajournement de l'audience aux fins de constituer un avocat. Cette requête fut rejetée au motif que la section 20 de la Proclamation n'accordait pas aux parties à un procès civil, le droit à la représentation. Le procès se poursuivit (avec quelques témoins) mais fut ensuite ajourné pour de nouvelles auditions. Pendant l'ajournement, le défendeur introduisit une requête en urgence auprès de la Haute Cour tendant à faire déclarer la section 20 de la Proclamation « non-conforme à la section 12(8) de la Constitution du Lesotho et en conséquence, nulle dans la mesure où elle n'autorise pas la représentation dans les procès civils », et ordonner qu'il soit sursis à statuer par le tribunal local en attendant l'examen de la requête en urgence et la décision y afférente.

...

Interprétation du chapitre 2 de la Constitution

[16.] Cette cour s'est prononcée dans le passé sur le premier aspect de la présente requête dans ses décisions *Sekoati v President of the Court Martial* [2000] 4 LRC 511 et *Rantuba*. Dans l'affaire *Sekoati* paragraphe 518 - la première affaire dans laquelle cette cour était appelée à appliquer la Déclaration des droits contenue dans le chapitre 2 de la Constitution du Lesotho - nous avons approuvé et appliqué les extraits ci-après de la première décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud:

Une constitution n'est pas une loi ordinaire. C'est la source de l'autorité législative et exécutive. Elle détermine la manière dont le pays doit être gouverné et comment les lois doivent être prises. Elle définit les pouvoirs des différents organes de l'État, y compris ceux du Parlement, de l'Exécutif et du Judiciaire, de même que les droits fondamentaux de chaque individu devant être respectés dans l'exercice de ces pouvoirs.

(Voir *State v Makwanyane* 1995 (3) SA 391 (CC).)

[17.] Nous avons poursuivi (en référence à d'autres juridictions) en insistant sur le fait qu'en conséquence, les normes constitutionnelles sont interprétées différemment des dispositions des lois ordinaires. L'interprétation des dispositions sur les droits impose, avisons-nous indiqué, une large approche intentionnelle, impliquant la reconnaissance et l'application de valeurs constitutionnelles et non la recherche du sens littéral des lois. Ceci reste, cependant, un exercice devant s'effectuer dans des limites données. Nous avisons cité à ce sujet avec approbation la décision de Kentridge Ag J (s'exprimant au nom d'une juridiction unanime) dans l'affaire *State v Zuma* 1995 (2) SA 642 (CC):

Nous devons prêter attention au rappel de Lord Wilberforce que même une constitution est un instrument juridique dont le langage doit être respecté. Si le langage utilisé par le constituant est écarté en faveur d'un recours général aux « valeurs », il ne s'agirait plus d'interprétation mais de divination.

Un droit constitutionnel à la représentation en justice ?

[18.] Je me penche maintenant sur le second aspect. La section 4(1)(h) de la Constitution confère à toute personne au Lesotho « le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement lorsqu'elle fait l'objet d'accusations criminelles et à une juste décision de ses droits et obligations civiles ». Ce droit est élargi dans la section 12. Le schéma de ladite section est clair. La section 12(1) et (7) traite spécifiquement et exclusivement des procédures pénales. La section 12(8), à l'opposé, traite spécifiquement et exclusivement des procédures civiles. La section 12(2)(d) confère un droit à la représentation dans un procès pénal quelque soit l'infraction concernée. La section 12(8) ne prévoit aucune disposition semblable.

[19.] Le schéma adopté à cet effet dans la Constitution du Lesotho n'est point, on pourrait le mentionner, particulière. L'article 6(3)(c) de la Convention européenne des droits de l'homme (1953) garantit le droit pour une personne accusée d'une infraction criminelle, quelle qu'elle soit, à la représentation. Aucune disposition similaire n'est prévue en ce qui concerne les procédures civiles. L'article 6(1) prévoit le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial dans la décision des droits et obligations civils. L'article 12 de la Constitution de Namibie de 1990 distingue également entre les affaires civiles et pénales, toujours avec la garantie de la représentation seulement dans les matières pénales (art 12(1)(d)). Aussi bien la Constitution de transition (1993) que celle en vigueur (1996) en Afrique du Sud ont été structurées de manière similaire (voir pour plus de détails à cet effet: *Park-Ross v Director: Office for Serious Economic Offences* 1995 (2) SA 148 (C) et *Hamata v Chairperson, Peninsula Technikon IDC* 2000 (4) SA 621 (C) aux paragraphes 636 à 637). Il en est de même du droit à un avocat dans la section 10(b) de la Charte du Canada (1982) (voir *Hogg Constitutional Law of Canada* (1997) p 1438) et article 22 de la Constitution Indienne (voir *Seervai Constitutional Law of India* (1993) vol 2 pp 1154-1155).

[20.] A mon humble avis, la cour *a quo* n'a pas bien jugé en concluant (selon la compréhension que j'ai de la décision) que la Constitution prévoit un droit constitutionnel implicite à la représentation dans toute procédure civile. Je crois qu'il est manifeste à cet égard, à la lumière du schéma constitutionnel que j'ai rappelé plus haut, et le contraste clair et délibéré entre les procédures civiles et pénales, que la Constitution n'a pas entendu disposer ainsi. Tout au contraire, une distinction à dessein est marquée entre les procédures pénales (dans lesquelles un tel droit est prévu, indifféremment de la nature de l'infraction dont une personne est accusée) et les procédures civiles auxquelles s'appliquent les dispositions plus générales de la section 12(8). Dans de telles circonstances, l'implication d'un tel droit dans les procédures civiles violerait le test ordinaire - et très rigoureux - de l'implication de dispositions dans une loi, notamment la conformité de la disposition impliquée avec les dispositions expresses et le fait qu'en l'absence de la disposition tacite la loi perdrait de son sens (voir en particulier l'analyse de Corbett JA dans l'affaire *Rennie NO v Gordon* 1988 (1) SA 1(A) au point 22D-F). Même si cette exigence devait être trop contraignante (pour les raisons ci-dessus indiquées) dans le contexte de l'interprétation d'une constitution - une question que je laisse ouverte - il me semble bien que l'avertissement de Kentridge Ag dans *Zuma* trouve pleine application. L'implication d'une telle disposition serait manifestement aux antipodes aussi bien du schéma que des termes non équivoques de la section 12 de la Constitution.

[21.] Un problème similaire a été soulevé en Afrique du Sud au sujet des dispositions détaillées prévoyant un droit constitutionnel à un procès équitable en matière pénale, aucune disposition similaire expresse n'étant prévue concernant les procédures civiles ...

[22.] Il ne s'ensuit pas, cependant, qu'une partie à un procès civil au Lesotho n'a pas droit à la représentation. Comme l'a souligné cette cour dans l'affaire *Rantuba*, il s'agit tout d'abord d'un droit ancien et cher à notre tradition juridique de droit anglo-saxon, la *common law*. Nous rejetons la prétention selon laquelle la constitution aurait tacitement abrogé cette *common law*. Il ne nous semble pas utile d'en dire plus. Cependant, la question surgit à cette étape de savoir si la Constitution, mis à part qu'elle n'abroge pas le droit de tradition juridique anglo-saxonne à la représentation dans les procès civils comme elle le fait pour les procédures criminelles, prévoit néanmoins elle-même un fondement pour revendiquer un droit à la représentation dans les procès civils, soit en général, soit dans des circonstances appropriées.

[23.] A mon entendement, c'est le cas, dans des circonstances appropriées. La protection n'a pas été créée en prévoyant un tel droit pour ainsi dire. La protection se fonde sur la garantie d'un droit à un procès équitable dans les procédures civiles. Ce droit ne donnerait pas automatiquement base légale à une demande de représentation fondée sur la Constitution dans toutes les espèces. Il en sera toutefois ainsi, le cas où les conditions d'un procès équitable rendent en revanche la représentation nécessaire. Il s'ensuit qu'une telle demande ne sera pas autorisée dans toutes les instances civiles, comme c'est le cas (en vertu des dispositions spécifiques de la section 12(2)(d)) dans les procédures criminelles.

[24.] La distinction pourrait être illustrée de fort simple manière. Il serait concevable qu'une loi puisse prévoir la procédure de jugement d'une affaire civile simple et de portée minimale. Il s'agirait à titre d'exemples du droit du travail prévoyant la résolution de questions disciplinaires mineures et excluant le droit à la représentation ou de la législation sur le règlement de litiges mineurs entre voisins ou même des revendications de propriétés de très modique valeur. De solides considérations stratégiques, soupeser les préoccupations liées au coût, à l'équité, à la célérité et l'absence de formalité, pourraient dans des circonstances déterminées justifier cette approche sans porter atteinte au droit à un procès équitable. Qu'une disposition particulière excluant le droit à la représentation porte atteinte ou non au droit à un procès équitable devrait être examiné au cas par cas selon les circonstances de chaque espèce. Une approche identique fut adoptée par la Cour suprême du Canada dans *G v Minister of Health and Community Services* (1999) 7 BHRC 615.

[25.] J'ai fait référence plus haut à un schéma comparable adopté par la Cour européenne des droits de l'homme. Il est notable que la

Commission européenne a adopté une telle approche en examinant s'il y avait eu « procès », tel que prévu par l'article 6(1), dans une espèce de défaut de représentation lors d'un procès civil (Harris et autres *Law of the European Convention on Human Rights* (1995) p 216, citant l'affaire *Webb c. Royaume Uni* no 9353/81, 33 DR 133 (1983)).

[26.] C'est là, à mon sens, le schéma créé par la section 12. Elle ne prévoit pas implicitement, tel que le suggère la cour *a quo*, un droit à la représentation dans les procès civils. Elle prévoit en revanche et sans équivoque le droit à un procès équitable dans les affaires civiles. La représentation en justice est d'une telle importance pour les parties, la cour elle-même et le fonctionnement de l'administration judiciaire en général (pour les raisons développées dans *Rantuba*) qu'une juridiction serait prudente, en appliquant le droit général à un procès équitable dans les procédures civiles, de scruter avec attention l'exclusion de la représentation afin de s'assurer que le droit général à un procès équitable dans les affaires civiles n'est pas entamé.

La section 20 de la Proclamation porte-t-elle atteinte au droit à un procès équitable ?

[27.] Ceci soulève la question suivante - la troisième: la section 20 de la Proclamation a-t-elle pour effet d'enfreindre au droit constitutionnel à un procès équitable garanti par la section 12(8) de la constitution?

[28.] A mon sens, c'est manifestement le cas. L'interdiction légale faite dans cette section de se faire représenter par un conseil juridique dans un procès civil est pleinement sans qualification: quels que soient la complexité de l'affaire ou la somme en jeu ou autre mesure de sa valeur, l'exclusion est totale. Ceci est en dépit du fait que la valeur pour le justiciable d'une certaine représentation est implicitement reconnue par la disposition de représentation par « tout co-habitant de la partie » (je reviendrai plus amplement sur cet aspect plus loin).

[29.] Pour les raisons évoquées ci-dessus, le droit constitutionnel à un procès équitable pourrait ne pas requérir qu'une partie soit représentée dans une espèce où le litige n'est pas complexe, où l'affaire est susceptible d'être résolue par les parties elles-mêmes et où les conséquences potentielles sont réduites. Ce n'est cependant pas le cas aux termes de la section 20 de la Proclamation. L'exclusion s'applique non seulement sans changement mais également devant des tribunaux de juridiction étendue. Cotran J (alors qu'il occupait les fonctions de juge) en affirmant - dans le passage cité plus longuement par la cour *a quo* - que « la nature des litiges est simple et que les juridictions concernées peuvent judicieusement y faire face » (*Lepolesa Mahloane v Julius Letele* 1974-75 LLR 255 au

paragraphe 256), semble sauf son respect avoir ignoré cela. Cette remarque vaut pour l'assertion de Mofokeng J dans l'affaire *Macheli v Sesiu* 1976 LLR 212 selon laquelle les procédures dans les juridictions centrales et locales sont simples et non encombrées de détails procéduriers. Dans certains cas le droit coutumier peut soulever des questions complexes, en particulier dans son croisement avec la constitution (voir Bennett *Human rights and African customary law* (1995) *passim*; cf affaire *Mthembu v Letsela* 2000 (3) SA 867 (SCA)). De plus, la question n'est pas de savoir si le litige « peut être résolu de façon judiciaire par les juridictions en question »; c'est de savoir s'il est juste de laisser le justiciable sans représentation dans une procédure judiciaire.

[30.] Une fois de plus, l'espèce illustre bien la question. Il s'agit d'une plainte pour diffamation. Ce qui constitue une diffamation, sa publication et les interdictions y afférentes ne sont pas des questions dépourvues de complication. C'est d'autant plus le cas lorsque l'effet de la constitution sur la loi antérieure sur la diffamation n'a pas encore acquis une force d'application au Lesotho (*Commander, Lesotho Defence Force v Matela* 1999-2000 LLR & B 13 (LAC); cf *Hix Networking Technologies v System Publishers (Pty) Ltd* 1997 (1) SA 391 (A) et *National Media Ltd v Bogoshi* 1998 (4) SA 1196 (SCA)).

[31.] J'en conclus en conséquence que la section 20 de la Proclamation, en excluant la représentation en justice dans toutes les procédures civiles devant les juridictions centrales et locales, est à cet égard non conforme au droit à un procès équitable.

[32.] La cour *a quo*, comme on peut le remarquer, a également estimé que la disposition portait atteinte au droit constitutionnel à l'égalité. C'est le cas parce que des personnes poursuivies dans un procès pénal sont toujours autorisées à se faire représenter en vertu de la disposition attaquée alors que les parties au procès civil en sont toujours privées. J'en conviens que la distinction est - pour les raisons évoquées plus loin - arbitraire et irrationnelle mais je désapprouve respectueusement la conclusion qu'elle enfreint également au droit à l'égalité. La notion fondamentale de la philosophie de l'égalité est que des personnes placées dans des circonstances similaires devraient être traitées de manière similaire. Ce que la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a formulé dans les termes de « simple différenciation » (affaire *Prinsloo v van der Linde* 1997 (3) SA 1012 (CC)) pourrait, comme je pense que c'est ici le cas, être arbitraire et irrationnelle sans pour autant constituer nécessairement un acte de discrimination répulsive à la clause d'égalité. Un accusé dans un procès pénal n'est pas dans les circonstances comparables aux parties - plaignants, défendeurs, parties civiles, intervenants et autres parties - dans les procès civils. Il ou elle comparait au risque de sa liberté ou d'autres peines prononcées par l'État, des stigmates sociaux et de leurs conséquences dans la société. En général, les

parties au procès civil ne peuvent pas être placées au même pied d'égalité qu'un accusé dans un procès pénal.

L'atteinte est-elle justifiée ?

[33.] A cette conclusion que la section 20 de la Proclamation porte atteinte au droit à un procès équitable dans les procès civils est consécutive la question de savoir si l'atteinte pourrait néanmoins être justifiée. La Constitution ne prévoit pas tel que le font certaines constitutions, la justification d'une atteinte à un droit du chapitre 2 mais il est manifeste à partir du schéma de la Constitution qu'une limitation d'un droit est autorisée le cas où, en conformité avec le test général exposé par Dickson CJ de la Cour suprême du Canada dans la célèbre affaire *R v Oakes* [1987] LRC (Const) 477 aux paragraphes 499 à 500, la limitation du droit est raisonnable et « manifestement justifiée dans une société libre et démocratique ». Le premier aspect se rapporte à l'objectif ou au but de la limitation et le second à sa proportionnalité. L'objectif doit être suffisamment substantiel et important pour autoriser de passer outre un droit constitutionnellement protégé alors que le test de proportionnalité requiert que les moyens utilisés pour limiter le droit soient appropriés ...

[34.] La charge de prouver que la limitation est justifiée pèse sur l'auteur de cette prétention (affaire *State v Makwanyane*) et elle doit être faite de manière « claire et convaincante » (affaires *State v Mbatha*; *State v Prinsloo*). Dans l'affaire *Lotus River, Ottery, Grassy Park Residents Association v South Peninsula Municipality* 1999 (2) SA 817 (C) au paragraphe 831D il a été souligné que:

Il doit se trouver une raison qui soit justifiable dans une société libre et démocratique fondée sur la dignité humaine, l'égalité et la liberté pour que soit portée atteinte à un droit constitutionnel. De plus, il doit être prouvé que la limitation sert l'objectif justifiable.

[35.] La section 20 de la Proclamation, à mon sens, ne remplit pas ces conditions pas plus d'ailleurs que n'est surmonté l'embûche dans l'affaire *R v Oakes*. En n'apportant pas une solution à la complexité du litige, la disposition impose une interdiction totale à la représentation en justice au sujet de laquelle aucune alternative de résolution n'est offerte à l'officier de justice. Cependant simultanément, elle permet la représentation en justice par un parterre composite de personnes ne se distinguant en rien que par le fait qu'elles ont quelque sorte de relations avec le justiciable ou en général, partagent le même toit. Tous ces facteurs me semblent insuffisamment reliés à un objectif défendable et ne pas justifier l'exclusion en bloc du droit.

[36.] A mon entendement, la tentative du demandeur de justifier la violation, par écrit et dans les plaidoiries présentées devant nous, est sans fondement. Je réitère que cela ne veut pas dire qu'une disposition légale limitant la représentation en justice dans les procès

civils est pour ainsi dire inconstitutionnelle; les termes directs et englobants de la section 20 de la Proclamation produisent, cependant, cette conséquence.

Quelle décision?

[37.] La dernière question est relative à la décision que nous devons rendre. Pour les raisons que j'ai évoquées, je considère que la section 20 de la Proclamation est non-conforme à la section 12(8) de la Constitution dans la mesure où elle exclut un droit à la représentation en justice dans tout procès civil devant les juridictions centrales et locales. La conséquence d'une telle décision est que la disposition, dans la limite de sa non-conformité, est nulle (section 2 de la Constitution). De plus, la section 22(2) donne à cette cour (en substituant sa décision à celle de la cour *a quo*) les pleins pouvoirs pour:

faire les injonctions, initier les procédures et donner les directives qu'elle juge appropriées aux fins d'exécuter ou de faire exécuter l'une quelconque des dispositions des sections 4 à 21 (incluse) de la présente Constitution ...

[38.] Il me semble, toutefois, qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce de formuler quelque autre recommandation. Il est simplement déclarée nulle la section 20, dans la limite de sa non-conformité (en fait la deuxième phrase de la disposition est invalidée) et ordonné que dans cette espèce (pour les raisons évoquées plus haut) la représentation soit accordée au demandeur. Ce sont là en effet les demandes matérielles formulées dans la requête et la décision de la cour *a quo*.

[39.] Il n'a pas été avancé devant nous qu'il s'agissait ici d'une espèce dans laquelle la cour doit exercer ses prérogatives en vertu de la section 22(2) pour se prononcer sur l'effet de nullité découlant de sa décision (aux termes des dispositions de la section 2) ou de suspendre la mise en œuvre de sa décision sous réserve du renvoi au Parlement de la disposition légale attaquée pour action dans un délai précisé par la cour. La limite des pouvoirs de la cour en la matière n'appelle pas de décision sur cette question et il serait par conséquent inapproprié de décider « au-delà du strict nécessaire dans le présent jugement » (Bhagwati J dans affaire *MM Pathak v Union* [1978] 3 SCR 334, cité avec autorisation dans *Sekoati*; voir aussi affaire *Greathead v SA Commercial Catering and Allied Workers' Union* 2001 (3) SA 464 (A) au paragraphe 468A selon Grosskopf JA).

[40.] Reste la question des frais. C'est la prétention du demandeur que (suivant l'approche adoptée par la cour *a quo*) cette cour ne devrait pas se prononcer sur les frais. Le défendeur demande qu'en cas d'échec du pourvoi les frais soient déterminés suivant la décision. La cour *a quo*, en s'abstenant de se prononcer sur les frais, se réfère au fait qu'il s'agissait d'un contentieux constitutionnel. Dans le contentieux ordinaire le principe essentiel est que l'attribution des

frais est à la discrétion de la cour et qu'une partie gagnante devrait se voir rétrocéder ses frais. En contentieux constitutionnel un principe additionnel s'applique. C'est que les parties ne devraient pas être dissuadées, par la crainte d'une condamnation aux dépens, de se porter devant une cour pour défendre une allégation de violation de la Constitution. Si les questions soulevées par un tel justiciable le sont en toute bonne foi et non pour vexer; si elles sont importantes et soulèvent une controverse (par exemple, impliquant une allégation de violation des droits du chapitre 2), la cour veille à ne pas pénaliser le requérant (voir, par exemple les affaires *Minister of Justice v Ntuli* 1997 (3) SA 772 (CC), *African National Congress v Minister of Local Government and Housing, KwaZulu-Natal* 1998 (3) SA 1 (CC) et *Sanderson v A-G, Eastern Cape* 1998 (2) SA 38 (CC)).

[41.] Ce n'est pas le cas en l'espèce. Le requérant est le gouvernement et il est improbable qu'il soit dissuadé d'aller en justice par crainte d'être condamné aux dépens (tel que relevé dans l'affaire *Sanderson v A-G, Eastern Cape*). Le défendeur était obligé par la décision du Président de la cour du district - contre laquelle le requérant entendait s'élever - d'engager une action urgente devant la Haute Cour. Le défendeur est un acteur non-étatique qui a défendu ses droits constitutionnels avec succès ... Ceci l'a conduit de la cour devant laquelle il se défendait devant deux autres cours.

[42.] La Présidente de la Cour centrale, en refusant d'ajourner le procès et en obligeant ainsi le défendeur à entreprendre une action en référé et en décision de la question portée devant nous, semble (il convient de le relever) avoir agi sans conscience du devoir à elle imposé par la section 22(3) de la Constitution. Ladite section stipule:

Si dans un quelconque procès devant n'importe quelle juridiction inférieure une question est soulevée quant à l'atteinte à l'une quelconque des dispositions des sections 4 to 21 (inclue) de cette Constitution, la personne présidant l'instance peut, *et devra s'il est ainsi requis par une partie au procès*, référer la question à la Haute Cour à moins que, à son avis, la position de la question est simplement frivole ou vexatrice (mise en exergue personnelle). (voir aussi la section 128).

Ce détour a généré des frais inutiles pour le défendeur - en l'occurrence, il n'aurait pas dû requérir une décision en référé par procédure d'urgence.

[43.] De plus, le demandeur a choisi de former le présent appel auquel le défendeur s'est trouvé obligé de répondre. La question a été en sus soulevée au cours d'une procédure entreprise contre le défendeur et dans laquelle ce dernier court le risque de payer un montant substantiel en dommages et intérêts. Dans tous les cas, à mon sens, il serait injuste envers le défendeur de ne pas lui attribuer les frais induits par la requête.

[44.] Il n'y avait pas de contre requête déposée devant nous par le défendeur en ce qui concerne la décision de la cour *a quo* quant aux frais. Dans la présentation des arguments, cet aspect a été abordé.

L'avocat du défendeur a tout fait judicieusement accepté qu'à la lumière de sa concession devant la cour *a quo* en ce qui concerne les frais, et en l'absence d'une contre requête sur la question, la décision de la cour concernant les frais ne pouvait pas être contestée.

[45.] En conséquence, la demande en appel est rejetée et le demandeur condamné aux dépens.

MALAWI

Munthali c. Attorney-General

RADH 2002 81 (HCMw 1993)

Martin Matchipisa Munthali v The Attorney-General
High Court, affaire civile no 52 de 1993, 19 mai 1993
Juge: Mwaungulu

Liberté personnelle et sécurité (arrestation et détention arbitraires, action en réparation et détermination du quantum, 24, 25 ,27)

...

[24.] Pour en venir maintenant à l'espèce, il s'agit sans doute d'une affaire dans laquelle une indemnisation exemplaire doit être accordée. Le plaignant a été condamné à quatre ans de travaux forcés pour l'infraction qu'il a commise et pour laquelle il a été condamné. L'État a estimé que la peine était tout à fait insuffisante et fait appel de la décision de condamnation. La peine a été presque triplée pour refléter l'importance de l'infraction et dissiper les craintes potentielles pour la sécurité de la nation. Ensuite, que l'intéressé fut alors maintenu en prison pour dix neuf autres années sans décision de justice, ni condamnation heurte tout sens de justice ou de sanction. En concédant même qu'une surveillance était nécessaire pour contrôler le risque sécuritaire, ce qui aurait dû être garanti par les onze années passées en prison par l'intéressé, il reviendrait à toute personne censée qu'il est irresponsable de maintenir un individu en détention pour dix neuf nouvelles années au-delà de ce que l'on est en droit d'attendre d'un gouvernement qui gère ses affaires y compris la sécurité de manière à ne pas, bon l'an mal l'an, interférer dans les droits fondamentaux des citoyens, la liberté et l'opportunité du développement et de la réalisation personnels. L'ignominie dans cette affaire est en la facilité avec laquelle les agents publiques ont fait fi des voies légales et constitutionnelles disponibles pour justifier l'incarcération ou la relâche du plaignant. La question ici est de savoir quel montant de dommages et intérêts cette cour pourrait accorder à un homme qui a été puni à la mesure de sa faute mais retenu de manière irresponsable dix neuf années de plus dans les circonstances décrites plus haut. A mon sens, cette une espèce dans laquelle non seulement une compensation adéquate doit être accordée à l'intéressé mais également où les agents publics impliqués appelés à agir dans les

limites de la loi et de l'autorité doivent percevoir le signal que la cour accorde une telle compensation pour prévenir et dissuader que de tels faits ne se reproduisent. Pour ceci, évidemment, que cette affaire entre dans les annales de l'histoire comme un exemple de la manière dont un gouvernement moderne traite ses citoyens. Même si j'étais tenté de jeter un regard sur les dommages et intérêts accordés par ces juridictions dans d'autres espèces de moindre importance, en comparaison avec la présente affaire, il me serait toujours difficile de déterminer un montant qui compense la perte subie par le plaignant en liberté et en opportunité du fait de son incarcération. En effet, si je devrais suivre la plaidoirie de M. Mhango selon laquelle il existe des taux de compensation horaires et journaliers, je réquisitionnerais l'ensemble des ressources de l'économie nationale pour compenser le plaignant dans cette affaire.

[25.] En accordant une compensation au plaignant pour la perte subie, je dois tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire. Dans cette espèce spécifique la détention non justifiée et prolongée du plaignant est une considération déterminante. M. Munthali a été privé de liberté pendant près de deux décennies. Ce temps durant, il a perdu l'opportunité de régénération, de réhabilitation et de réinsertion sociales. Il doit être constamment entendu qu'au bout du compte, l'institution la plus efficiente pour la réhabilitation n'est pas une prison ou un camp de détention. C'est la société, pour ceci qu'avec ses avantages et ses contraintes, elle sculpte la destinée de la plupart et souvent au mieux. M. Munthali doit être indemnisé pour l'angoisse, l'agonie et l'avilissement dus à la claustration solitaire et pour avoir été privé d'association et de contact social. Les dommages et intérêts pour la détention illégale sont, pour ainsi dire, généralement connus. Ils reflètent l'embarras de la société face à l'attitude du malfaiteur qui prive un homme de sa liberté et de la compassion sociale au désespoir de la victime innocente. Les dommages et intérêts, par conséquent, qu'ils soient accordés par un jury ou un juge, sont basés sur l'impression.

[26.] 'En d'autres termes, l'ensemble du processus d'évaluation des dommages et intérêts le cas où ils sont « généraux », est fondamentalement une question d'impression et non de calculs mathématiques', selon Lord Hailsham, LC dans l'affaire *Cassell v Broome* [1972] 1 All ER 801 au paragraphe 825. Le temps est l'un des facteurs à considérer. Ce n'est guère l'unique facteur.

[27.] En l'espèce, en accordant les dommages et intérêts, autant l'aspect compensatoire que l'aspect punitif de la réparation doivent être maintenus à l'esprit. Dans l'assertion que j'ai citée plus haut de l'affaire *Rookes v Barnard*, Lord Devlin n'a pas envisagé deux catégories de réparation, l'une reflétant la branche compensatoire et l'autre, la branche punitive. Il y était plutôt défendu la thèse selon laquelle le jury ou le juge doivent rechercher une compensation adéquate. Si la compensation adéquate est également punitive, le

juge ou le jury devrait accorder ce montant. Si les dommages et intérêts accordés n'étaient pas suffisamment punitifs, sous réserve de l'assurance de la capacité de l'auteur à payer, alors une somme plus importante, non un montant additionnel, devrait être accordée pour prendre en compte l'élément punitif. La scission de dommages et intérêts en une indemnisation compensatrice et une autre punitive a été désapprouvée par la Chambre des lords dans l'affaire *Cassell v Broome*. En Zambie, dans l'affaire *Times Newspapers Limited v Kapwepwe*, les dommages et intérêts avaient été scindés. Je crois qu'il y a davantage de bon sens à prononcer une indemnisation unique qui reflète les deux aspects compensatoire et punitif. Nous empruntons les mêmes principes en condamnant les auteurs de crime. Nous ne créons pas deux peines pour prendre en compte les aspects dissuasif et punitif de la condamnation. Enfin de compte il faudra analyser les dommages et intérêts en un tout pour déterminer si, en soi, ils indemnisent la victime aussi bien qu'ils punissent l'auteur. En l'espèce, considérant la longue durée de détention et les circonstances dans lesquelles M. Munthali a été traité, rappelant qu'il se n'agit pas là du type de comportement qu'un gouvernement moderne devrait être autorisé à adopter, j'accorde des dommages et intérêts d'un montant de K4500 000.00 pour détention illégale. Cette compensation indemnise judicieusement le plaignant et sanctionne le défendeur pour légèreté dans le traitement du plaignant.

...

Malawi Law Society et Autres c. le Président et Autres

RADH 2002 83 (HCMw 2002)

The Malawi Law Society, Episcopal Conference of Malawi and Malawi Council of Churches v The State and the President of Malawi, the Minister of Home Affairs, the Inspector General of Police and Army Commander

High Court, Blantyre, 22 octobre 2002

Juge: Twea

Réunion (ordonnance du Président interdisant les manifestations publiques, 30)

Limitations de droits (antérieurement prévues par la loi, 10, 24)

Décision

[1.] ... Les décisions attaquées sont deux directives prises par le Président, le premier défendeur, le 28 mai 2002 interdisant toutes formes de manifestations publiques en rapport avec la révision constitutionnelle entreprise par le Président de la République du Malawi en vue d'être éligible pour un nombre illimité de mandats et instruisant que les deuxième, troisième et quatrième défendeurs devaient sanctionner toute personne contrevenant auxdites directives. Les requérants demandent d'annuler la directive pour excès de pouvoir; d'empêcher les deuxième, troisième et quatrième défendeurs d'exécuter l'ordre ci-dessus mentionné; de déclarer l'interdiction du Président inconstitutionnelle, illégale et illégitime; d'enjoindre aux deuxième, troisième et quatrième défendeurs de maintenir la loi et l'ordre et de garantir la sécurité publique, la vie et la propriété; et de demander aux défendeurs de respecter la Constitution ...

[10.] ... Les parties s'accordent sur ce que la Constitution garantit les droits contenus dans les sections 32, 33, 34, 35, 38 et 40. Ensuite, elles s'accordent sur ce que ces droits ne sont pas absolus et peuvent être limités. Enfin, toutes acceptent qu'aux termes des dispositions de la section 12 de la Constitution, qui en édicte les principes fondamentaux, le paragraphe (v) stipule que:

Tous sont égaux devant la loi, les seules limitations justifiables aux droits juridiquement protégés étant celles nécessaires à assurer des relations humaines pacifiques dans une société libre et démocratique.

En conséquence les droits humains, ou droits assimilés susceptibles d'être légalement limités, peuvent l'être en vue d'assurer des relations humaines pacifiques ...

[15.] Les institutions étatiques sont clairement séparées en exécutif, législative et judiciaire. Les fonctions de ces institutions d'État sont prévues respectivement dans les sections 7, 8 et 9. La section 7 stipule:

L'exécutif a pour charge d'initier les politiques et législations et d'exécuter les lois traduisant la volonté expresse du peuple du Malawi et qui promeuvent les principes de cette Constitution.

[16.] Pour être complète, la lecture de cette section doit être croisée avec celle des sections 88(1) et (2) de la Constitution qui stipulent comme suit:

(1) Le Président est garant du respect des dispositions de la présente Constitution par le pouvoir exécutif et devra, en tant que chef de l'État, défendre et respecter la Constitution en tant que loi suprême de la République.

(2) Le Président assure la direction de l'exécutif dans l'intérêt de l'unité nationale en conformité avec la Constitution et les lois de la République.

[17.] Les principes de la Constitution placent donc le Président au cœur de l'exécutif. Il dirige l'exécutif et, en tant que chef de l'État, doit défendre et respecter la Constitution.

[18.] Quoi qu'il en soit, la section 78 de la Constitution stipule que le Président est également 'chef du gouvernement'. Conformément à l'organisation politique dans notre pays, le parti majoritaire au Parlement forme le gouvernement. Les ministres et vice-ministres sont nommés par le Président selon les dispositions de la section 94. Ils sont responsables devant le Président dans la conduite quotidienne des affaires du gouvernement: section 93 et section 97 de la Constitution. Il est en conséquence patent de mentionner que le terme gouvernement renvoie au bras ou à l'organe exécutif de l'État dont les fonctions sont définies par la section 7 de la Constitution. Les différentes capacités du Président en tant que 'chef de l'état' et 'chef du gouvernement' doivent, par conséquent, être constamment maintenues à l'esprit.

[19.] En examinant cette question, je voudrais relever que le Président en exercice est également Président du parti au pouvoir. Je voudrais aussi faire observer que les chefs de partis, tel que c'est le cas ici, vont de par le pays intervenant dans des rassemblements publics. En ce qui concerne le Président en exercice, il est impossible de distinguer s'il s'adresse à un rassemblement public en sa qualité de chef d'État, de chef du gouvernement ou de président du parti. Comme je l'ai dit précédemment, la nature du meeting n'était pas indiquée. Je ne saurais donc dire en quelle qualité le Président intervenait devant cette assemblée.

[20.] Cependant, à la lumière des preuves qui m'ont été soumises, il semblerait qu'il n'y ait eu aucun acte subséquent pour matérialiser la prise des directives. Si le Président avait pris les directives en tant que chef de l'État, alors sa décision aurait été formulée en conformité avec la section 90 de la Constitution, c'est-à-dire produite par écrit, signée et cachetée. S'il avait pris la directive en tant que chef du gouvernement, il aurait en conséquence initié un projet de loi qui aurait été soumis au Parlement pour être adopté. En l'absence de preuve du contraire, en droit, il adviendrait que le Président a pris ces directives en tant que politicien.

[21.] Pour aller plus loin sur ce point, il doit être mentionné que la section 48 de la Constitution investit le Parlement de tous les pouvoirs législatifs et, aux termes de la section 58(2), il est interdit au Parlement de déléguer des pouvoirs législatifs affectant de manière substantielle et significative les droits fondamentaux et libertés reconnus par la Constitution. Aux termes de la Constitution, le Président n'a donc pas le pouvoir de légiférer.

...

[24.] Après l'examen des arguments et conclusions des parties, je m'aperçois qu'aucune loi ne limite ou restreint la liberté de réunion et de manifestation. Je constate que l'ordre donné par le Président à une réunion politique de limiter ces droits n'équivaut pas à une loi. Les arguments par et pour les défendeurs en référence aux

conclusions de l'affaire *R v Oakes* ne peuvent donc être reçus. A la lumière de ce qui précède, il n'est plus besoin de poursuivre le test prévu à la section 44(2) de la Constitution.

...

[30.] Après audition des parties et examen des preuves et conclusions des conseils et lecture des références recherchées avec talent par les avocats, je décide que les deux directives émises par le Président étaient inconstitutionnelles et mieux, que l'interdiction de 'toute forme de manifestations' était irraisonnable en ce qu'une interdiction est trop étendue et insusceptible d'être mise en œuvre tel que l'ont prouvé les événements à l'occasion des meetings du Président lui-même. Il faut faire observer que la police a les pouvoirs pour réguler les rassemblements, réunions et processions aux termes de la section 25 du Règlement de la Police; L'État dispose d'une panoplie d'autres réglementations régissant les réunions et évitant les émeutes mais également des lois sur la diffamation qui encadrent la liberté de parole et d'expression. Il serait conseillé aux services de police de faire un meilleur usage de ces prérogatives. Il reste que, en tant que Malawites, les organisateurs de marches doivent sur cette question, qu'ils soient pour ou contre, veiller au respect de la tranquillité publique. La démocratie aura toujours des ennemis aussi bien à l'intérieur qu'en dehors du gouvernement. Il est vrai que la police a, de tout temps, agit avec parti pris, comme le prouvent les nombreuses affaires portées devant cette cour, mais nous devons garder à l'esprit que la confrontation finit toujours dans le chaos et le désordre qui sont, en eux-mêmes, des ennemis de la démocratie. L'État de droit doit être préservé en défiant ceux qui, nous le pensons, nous ont abusés en justice. Les auteurs d'abus doivent être entendus. Je voudrais que nous pensions aux mots du Juge en Chef Tambala, alors qu'il occupait ces fonctions, dans l'affaire *National Consultative Council v The Attorney General* civil cause 958 de 1994. Il affirmait:

Il est besoin d'établir un équilibre entre les besoins de la société en tant qu'un tout et ceux des individus. Si les besoins de la société en termes de paix, de droit, d'ordre et de sécurité nationale sont renforcés au détriment des droits et libertés individuels, alors la Déclaration des droits contenue dans la Constitution perdrait son sens et le peuple de ce pays aurait lutté en vain pour la liberté et la démocratie. Dans une société démocratique, la police doit aguerrir ses atouts et compétences. Ses membres doivent être en mesure de remplir leurs fonctions de maintien de la paix, de la loi et de l'ordre sans violer les droits et libertés des individus. C'est seulement de cette manière qu'ils peuvent contribuer au développement d'un État libre. Les questions de sécurité nationale ne devraient pas être utilisées comme excuse pour trahir la volonté que le peuple a exprimée dans sa Constitution.

[31.] Tout Malawite suffisamment mature se souviendra que 30 années durant jusqu'à seulement huit ans plus tôt, ce pays a connu paix et tranquillité, légalité et ordre dépourvus des droits et libertés et de la justice sociale désormais garantis par notre Constitution. Considérant les affaires dont nous avons connu et les événements

intervenues au Parlement, bien peu de Malawites souhaitent que soient maintenus pareils paix, quiétude, loi et ordre.

[32.] En conséquence, je décide que les requérants sont reçus en leur pourvoi et leur demande accordée de même que les frais et impenses.

NAMIBIE

Nanditume c. Ministre de la Défense

RADH 2002 88 (TTNa 2000)

Nanditume v Minister of Defence

Tribunal du travail, 10 mai 2000

Juge: Levy

Egalité, non-discrimination (discrimination fondée sur fond de statut de séropositif, 37, 38)

Travail (discrimination dans l'emploi, 37)

...

[2.] La question soulevée dans cette affaire est de savoir si l'exclusion sur la seule base du statut sérologique VIH d'un candidat à l'enrôlement dans les Forces de Défense Namibiennes (ci-après FDN) constitue une discrimination injuste telle que prévue à la section 107 du Code du travail (Loi 6, 1992).

...

[22.] M. Negonga énumère quelques unes des affections pour lesquelles les recrues sont examinées. Tout examen médical d'une recrue doit s'effectuer entièrement ... dans l'hypothèse où le but du test est de vérifier l'aptitude d'une recrue au service militaire, un test VIH à lui seul ne saurait faire atteindre cet objectif. En sus du test VIH, doivent être effectués un CD4 lymphocyte et une charge virale. Si l'armée n'effectue ou n'effectuera pas ces deux derniers tests alors le test du VIH devrait être supprimé. Il ne permettra pas d'atteindre le but visé par les examens médicaux.

...

[25.] Il est ... suffisamment clair que la seule et unique raison du refus d'inscrire le candidat au sein des FDN était son statut de séropositif au VIH bien qu'il fut à l'époque apte et capable d'accomplir les charges et fonctions traditionnelles des FDN.

...

[30.] M. Negonga concède que le candidat avait été exclu sur la seule raison qu'il avait été testé séropositif au VIH mais dément qu'il s'agisse d'une discrimination 'injuste'.

[31.] C'est un fait qu'il y a des séropositifs au VIH dans les rangs du personnel militaire des FDN. A la création des FDN il n'existait aucun

test de VIH et des candidats séropositifs auraient pu être recrutés. De plus, M. Negonga développe dans son mémoire que « le personnel militaire est une population particulièrement à risque dans le développement et la transmission des maladies sexuellement transmissibles (MST), y compris le VIH ».

[32.] En conséquence, certains membres du personnel des armées pourraient bien avoir contracté le VIH après leur enrôlement. M. Negonga n'indique pas le nombre de séropositifs au VIH qui sont dans les rangs des FDN mais il ressort de son propre mémoire que ce nombre n'est pas négligeable. M. Negonga expose avec force détails l'humanisme avec lequel les personnes souffrant du VIH et du SIDA sont traitées dans l'armée. Il explique que lorsqu'un membre des FDN est testé séropositif au VIH ou au SIDA, les FDN prennent la responsabilité et adoptent 'autant possible une politique de non-discrimination'. L'institution éduque les personnes qui agissent de manière discriminatoire envers les membres malades du VIH/SIDA et, en cas de besoin, redéploie les personnes infectées à d'autres postes 'où elles courent moins de risque de voir s'accélérer le cours de leur maladie' mais, ceci, dit-il, revient à 'repositionner' le personnel dans les FDN. De telles personnes sont autorisées à se rendre dans des cliniques et reçoivent "des fortifiants immunitaires" et bénéficient d'hospitalisation en cas de besoin. Eux-mêmes et leurs familles sont conseillés. Il ressort par conséquent du mémoire de M. Negonga que les FDN ont dans leurs rangs un nombre important de membres infectés par le virus du VIH/SIDA et que les FDN sont aguerries à la prise en charge des intéressés. Les FDN se conforment donc aux dispositions 6(6)(2) et 6(6)(3) des Directives pour la mise en oeuvre d'un Code national relatif au VIH/SIDA et doivent en être félicitées.

...

[36.] La cause du plaignant à cet égard se consolide de manière significative lorsque le Major Maiba, témoignant à charge, avançait que les membres de l'armée, bien qu'il s'agisse d'un environnement à très haut risque, ne sont pas testés au VIH une fois enrôlés. Cette règle s'applique même le cas où ils sont sélectionnés pour servir hors du territoire namibien dans les opérations de maintien de la paix dans d'autres pays, en violation d'une exigence expresse des Nations Unies à cet effet.

[37.] En raison de ce qui précède, j'estime que l'exclusion du plaignant de l'armée, au seul motif qu'il a été testé séropositif au VIH, constituait en septembre 1996, une discrimination injuste, en violation de la section 107 du Code du travail.

[38.] L'acte de discrimination injuste a été perpétré en septembre 1996, il y a environ quatre années. Je me répète. Les experts médicaux qui ont témoigné ont confirmé qu'une personne séropositive au VIH peut être aussi apte et aussi saine que toute autre personne normale dans les circonstances similaires mais à mesure que

le CD4 lymphocyte de cette personne diminue et que sa charge virale s'accroît, sa santé se détériore progressivement. Cliniquement, dès que le CD4 chute en deçà de 200, le sujet est déclaré malade du SIDA. Une combinaison de ces deux indicateurs peut servir de pronostic quant à la durée de temps devant s'écouler avant qu'un sujet ne souffre de SIDA proprement dit. Les deux experts médicaux se sont accordés à dire qu'un individu ayant un CD4 lymphocyte en dessous de 200 et une charge virale en excès de 100 000 serait probablement incapable de prendre part au travail énergique et astreignant requis dans les unités de combat de l'armée. Le bon sens suggère que les différents départements ou divisions ou catégories ou branches de l'armée comportent différents niveaux de stress, physique et mental, et ceci est confirmé par M. Negonga dans son mémoire lorsqu'il y expose que les membres séropositifs des forces armées sont affectés dans de tels départements. Le Major Maiba déclare que présentement, personne n'est affecté à un département ou une activité spécifique lors de l'enrôlement. L'affectation intervient seulement, affirme-t-il, après que tous aient effectué leur formation initiale. Le Major explique que cette formation de base est ardue. Les deux experts médicaux étaient d'avis qu'une personne qui contracte le VIH est apte et saine pour plusieurs années et que le programme de formation ne lui serait pas préjudiciable. Le Docteur Steinberg en effet affirmait que de fréquents exercices physiques seraient bénéfiques à de telles personnes. Ceci dépend, toutefois, de l'évolution du 'mal' au fil des années. Il est donc essentiel que la date de la contamination soit établie aussi précisément que possible. A cet égard, la coopération et la bonne foi de la recrue sont essentielles. Un test exhaustif et adéquat après la formation de base permettra aux autorités militaires d'affecter une personne infectée par le VIH dans une division appropriée des FDN.

...

Gouvernement de la République de Namibie et Autres c. Mwilima et Autres

RADH 2002 91 (CSNa 2002)

Government of the Republic of Namibia and Others v Mwilima and all other accused in the Caprivi treason trial

Cour suprême, 7 juin 2002

Juges: Strydom, O'Linn, Chomba, Mtambanengwe and Manyarara

Procès équitable (assistance judiciaire, 44-48, 62, 79; limitations de moyens, 52, 53, 63, 67; accès à un avocat, 90-92, 94, 96)

Interprétation (guidée pour la jurisprudence étrangère, 69-72)

Droit international (statut des conventions internationales en droit interne, 80-82)

Strydom CJ

[1.] Les défendeurs sont tous en attente de jugement pour quelques 275 chefs d'accusation incluant, entre autres, des accusations de haute trahison, meurtre, sédition, violence publique et tentative d'homicide. Il est constant que les arrestations des défendeurs ont été consécutives à une agression armée lancée dans la région de Caprivi en Namibie et à la suite de laquelle l'état d'urgence a été proclamé le 2 août 1999. Le premier défendeur, qui était le principal déposant, affirme que la plupart des défendeurs avaient été arrêtés au cours de cette période. Leur procès avait été reporté à plusieurs reprises avant d'être finalement fixé pour débiter le 4 février 2002. Courant octobre 2001 une requête a été formulée par les défendeurs à l'effet principalement d'obtenir l'assistance judiciaire, d'une manière ou d'une autre, aux fins d'assurer leur représentation en justice pendant le procès. Les requérants s'y étaient opposés.

...

[44.] L'article 95 fait partie du chapitre II de la Constitution sous le titre Principes de politique de l'État et l'alinéa pertinent stipule:

Promotion du bien-être des peuples

L'État assurera activement la promotion et le maintien du bien-être des populations par l'adoption, entre autres, de politiques visant à mettre en place: ... (h) un système juridique œuvrant pour la promotion de la justice sur la base de l'égalité d'opportunité à travers la fourniture de l'assistance judiciaire gratuite dans des cas déterminés selon les ressources de l'État; ...

[45.] L'article 101 détermine l'effet juridique des dispositions contenues au chapitre II de la Constitution et stipule:

Application des principes contenus dans ce chapitre

Les Principes de politique de l'État contenus dans ce chapitre ne sont ni en eux-mêmes, ni par eux-mêmes, justiciables devant aucune cour mais serviront seulement à guider le gouvernement dans la formulation et l'application de lois nécessaires à donner corps aux objectifs fondamentaux desdits principes. Lesdites cours sont autorisées à s'inspirer de ces principes dans l'interprétation de toute loi tenant des principes.

[46.] Les dispositions de l'article 12 qui sont pertinentes dans l'examen de cette affaire sont les suivantes:

Procès équitable

(1)(a) Dans la décision de ses droits et obligations ou de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, toute personne a le droit d'être entendue au cours d'un procès juste et public par une cour ou un tribunal indépendant, impartial, compétent et légalement constitué, entendu qu'une telle cour ou un tel tribunal peut exclure les médias ou le public de tout ou partie du procès pour des raisons liées à la morale, à l'ordre public ou à la sécurité nationale comme requis dans une société démocratique. (b) Un procès équitable tel que mentionné à l'alinéa (a) ci-dessus devra se tenir dans un délai raisonnable au-delà duquel l'accusé doit être relaxé. (c) Le verdict dans les affaires pénales doit être rendu publiquement, sauf le cas où l'intérêt de personnes en jeune âge ou la morale requièrent autrement. (d) Toute personne accusée d'un acte délictueux doit être présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie après qu'elle ait eu l'opportunité d'appeler les témoins à décharge et de procéder au contre interrogatoire des témoins à charge. (e) Toute personne doit disposer du temps et des moyens adéquats pour la préparation et la présentation de sa défense, avant et pendant le procès, et sera autorisée à se faire défendre par un avocat de son choix. (f) Nul ne sera forcé à témoigner contre lui-même, son conjoint, y compris les époux d'un mariage de droit coutumier, et aucune cour n'acceptera comme preuve contre ces personnes un témoignage reçu d'elles en violation de l'article 8(2)(b) ci-après.

[47.] La Déclaration de politique du premier défendeur, qui est fixée à l'article 95(h), s'est concrétisée par la promulgation de la loi sur l'assistance judiciaire de 1990, loi 29 de 1990. La section 10(2) traite des pouvoirs du deuxième défendeur à accorder l'assistance judiciaire à un candidat accusé d'un acte délictueux et stipule:

Toute personne accusée d'un acte délictueux peut postuler à l'assistance judiciaire auprès du Directeur et si celui-ci est d'avis que (a) vu les circonstances de l'affaire, il est dans l'intérêt de la justice que cette personne soit représentée en justice; et (b) que cette personne dispose des moyens suffisants pour constituer un avocat aux fins de la représenter, le Directeur peut accorder l'assistance judiciaire à une telle personne.

[48.] Aux termes de la loi 29 de 1990, les juges de la Haute Cour ont reçu pouvoir pour délivrer un certificat d'assistance judiciaire dans certaines circonstances et le Directeur est obligé de donner effet à un tel certificat. Ces dispositions ont été prévues aux sections 8(2) et 10(1)(a) de la loi et stipulent:

8(2) Si une personne en accusation devant la Haute Cour n'est pas représentée et que la cour est d'avis qu'il y a une raison suffisante d'accorder l'assistance judiciaire à l'intéressé, la cour peut émettre un certificat d'assistance judiciaire.

10(1) Le Directeur - (a) doit accorder l'assistance judiciaire à toute personne en faveur de laquelle un certificat d'assistance judiciaire a été délivré aux termes de la section 8(2).

...

[52.] Je pense qu'il y ait peu de doute que l'article 95(h) exprime rien de moins que l'intention du premier défendeur de promouvoir la justice en fournissant l'assistance judiciaire légale à ceux qui n'ont pas les moyens de constituer un avocat. Il en a été ainsi disposé par la prévoyance et la conscience des pères fondateurs ayant rédigé la Constitution de ce que, considérant les idéaux supérieurs d'égalité, de dignité et de non-discrimination exprimés par la Constitution, les inégalités existant à cet égard devraient également être résorbées puisqu'elles touchent aussi ceux qui avaient été précédemment désavantagés par des pratiques et lois discriminatoires. Toutefois, considérant les ressources de la Namibie en main-d'œuvre et finances, il serait, et il demeure, impossible de fournir l'assistance judiciaire gratuite à toutes les personnes indigentes et en besoin d'une telle assistance. Ce fait est admis en ceci que l'État s'en est limité à certains cas déterminés et en fonction des ressources disponibles. Il est également clair que l'article 95(h) ne se limite pas aux affaires criminelles ou civiles mais est entendu inclure toute la gamme des espèces dans lesquelles le besoin d'assistance judiciaire se ferait ressentir.

[53.] L'article 95(h) est par conséquent une expression par l'État de sa volonté d'assister les personnes indigentes dans l'obtention de l'assistance judiciaire dans la mesure où les ressources de l'État le permettent. Il semble ensuite, que même sans la déclaration d'obligation juridique, prévue à l'article 101, l'article laisse entendre clairement que le devoir à soi imposé par l'État de fournir l'assistance judiciaire aux personnes indigentes ne peut être en aucun cas perçu comme sans limite. Toute tentative d'une juridiction de forcer le gouvernement à, par exemple, augmenter le montant alloué à l'assistance judiciaire légale pourrait être une intrusion dans le domaine exclusif du gouvernement quant aux dépenses et allocations des fonds publics, qui, tel que développé par Mme Erenstein Ya Toivo, n'était pas permis. A cet effet, la déclaration de Bertus de Villiers se référant à la Constitution indienne dans son article *Directive Principles of State Policy and fundamental rights: The Indian experience* (1992) 8 SAJHR 29 paragraphe 34 est pareillement applicable en ce qui concerne les Principes expresses de politique de l'État déclarés dans la Constitution namibienne, notamment:

Les Principes directeurs ont deux caractéristiques importantes. Premièrement, ils ne sont justiciables devant aucune juridiction et, en conséquence, qu'ils soient ignorés ou violés, la victime ne dispose d'aucune voie de recours légale pour demander réparation. Deuxièmement, les principes sont fondamentaux pour la gouvernance du pays et obligent le législateur à s'y conformer. Ils jouent en conséquence un rôle important dans l'interprétation des lois ... La non justiciabilité des Principes directeurs dans la perspective judiciaire, a conduit Seervai à les décrire comme 'langage rhétorique, espoirs, idéaux et visions plutôt que réalité actuelle de gouvernement'.

...

[59.] M. Smuts développe ensuite que la nécessité d'assistance judiciaire dans les instances criminelles, telle que prévue à l'article 12, tient essentiellement de deux principes fondamentaux:

(a) le principe de base qu'un accusé a le droit à un procès équitable désormais édicté par l'article 12; et (b) le principe également fondamental de l'égalité devant la loi contenu dans l'article 10, et l'application de ces deux principes à la procédure contradictoire sont présumés dans les procès pénaux en droit namibien.

[60.] La manière dont cette application doit être faite et la relation entre les deux articles 10(1) et 12 a été également prévue dans l'affaire *Scholtz supra* au paragraphe 218A-C, notamment:

L'article 10(1) est fondamental et central aux nouvelles visions. Les tribunaux doivent interpréter et mettre en œuvre la protection des libertés et droits fondamentaux. L'article 10(1) stipule: 'Tous sont égaux devant la loi.' En outre, l'égalité envahit la vie politique, sociale et économique de la République de Namibie. La lecture de la Constitution laisse sans le moindre doute quant à l'objectif poursuivi pour que le peuple de la Namibie vive une vie prospère basée sur l'égalité et la liberté. C'est dans cette perspective que l'article 12 devrait être abordé et interprété de manière large et avisée.

[61.] En appliquant les principes liées à l'égalité devant la loi il est manifestement clair que, du fait des limitations prévues à l'assistance judiciaire légale, ils surviendront des cas où des personnes mises dans une situation similaire ne se verront pas accorder l'assistance judiciaire pour manque de ressources, ou qu'elles ne sont pas éligibles selon le test de moyens. Si j'ai une bonne compréhension de l'affaire *Scholtz*, l'article 10(1) jouerait alors également un rôle pour déterminer, dans une espèce spécifique, si un procès peut être dit équitable conformément à l'article 12. Le principe d'égalité, dans son application, peut également cependant avoir un effet limitatif dans l'hypothèse où l'article 10(1) était interprété par cette cour pas pour signifier égalité absolue mais égalité entre personnes également positionnées. Voir affaire *Muller v President of the Republic of Namibia and Another* 1999 NR 190 (SC).

[62.] En ayant à l'esprit les principes évoqués plus haut, je suis satisfait de la possibilité d'espèces où le défaut de représentation du fait de l'indigence d'un accusé et l'absence ou l'impossibilité d'assistance judiciaire légale ont l'effet de rendre son procès non équitable et le cas échéant, il en résulterait la violation des droits juridiquement protégés de cette personne à un procès équitable aux termes de l'article 12.

[63.] Je n'ai pas saisi l'idée de Mme Erenstein Ya Toivo lorsqu'elle avance que dans toutes les circonstances, l'absence de représentation du fait de l'indigence d'un accusé ne pouvait aboutir à un procès non équitable. L'avocat avance que l'obligation du premier défendeur de fournir l'assistance judiciaire est circonscrite à l'article 95(h) en lecture croisée avec l'article 12(1)(e) de la Constitution et s'en arrête à ces dispositions. L'argument connexe est qu'une décision de justice qui demanderait au premier défendeur de

fournir l'assistance judiciaire, légale ou non, serait illégale en ce qu'elle constitue un empiètement sur les prérogatives exclusives du Parlement qui décide comment et de quelle manière des ressources devraient être allouées à ses différents ministères. Vu que ceci pose certaines difficultés il a été demandé à la défense ce que devrait faire le juge présidant l'instance si, à mi-chemin d'un procès, il est apparu évident qu'un accusé indigent ne bénéficierait pas d'un procès équitable par défaut de représentation. La réponse de la défense que dans un tel cas la cour devrait ajourner le procès pour permettre à l'accusé de rechercher les ressources n'est pas, à mon sens, une solution parce que cela constituerait un exercice futile que d'ajourner un procès dans des circonstances où il n'y a aucune possibilité réelle de trouver les ressources et l'ajournement ne serait pas, le cas échéant, dans l'intérêt de la justice.

...

[67.] L'article 5 exige clairement du premier défendeur et de tous ses démembrés de même que des tribunaux de respecter les droits et libertés prévus au chapitre 3. Alors que les tribunaux doivent les respecter dans leur application à travers leurs décisions, le premier défendeur et ses démembrés ont le devoir de s'assurer qu'ils ne violent pas dans un débordement de zèle, ces droits et libertés dans leurs diverses relations avec les citoyens et doivent par ailleurs assurer la jouissance par le peuple namibien de ces droits et libertés. L'argument de Mme Erenstein Ya Toivo selon lequel la cour empièterait sur les prérogatives du Parlement au cas où elle déciderait d'accorder l'assistance judiciaire pourrait tenir s'il s'appliquait à l'assistance judiciaire légale. Cependant, le cas où l'obligation du premier défendeur se fonde sur son devoir de respecter les dispositions de la Constitution, en l'occurrence l'article 12, la cour, en mettant en œuvre ce droit, ne peut jamais être taxée de s'immiscer dans les affaires du Parlement. Ce faisant, la cour se conforme simplement aux exigences édictées par les dispositions constitutionnelles et exerce les pouvoirs à elle conférés conformément aux dispositions de l'article 25(2) et (3). Le moyen de Mme Erenstein Ya Toivo par lequel une telle décision ne serait pas 'appropriée' conformément à l'article 25(3) doit par conséquent être rejeté. Il me semble que cet argument est fondé sur le principe erroné selon lequel l'obligation de respecter les droits et libertés est essentiellement de nature négative, de sorte qu'au tant que ceux qui doivent respecter les droits et libertés se prémunissent de toute action, leur obligation est réalisée. Il pourrait en être ainsi de certains des droits et libertés mais il y a également des droits pour la mise en œuvre desquels une action positive est requise comme par exemple à l'article 16(2). Aux termes de cet article l'État peut, dans l'intérêt public, procéder à une expropriation contre juste compensation. Si la compensation payée n'est pas juste je ne pourrais imaginer quiconque arguer de ce que la cour, ayant

déterminé quelle serait la juste compensation, ait empiété sur les fonctions du Parlement en ordonnant à l'État de payer ladite compensation. S'il n'en n'était pas ainsi, le droit deviendrait illusoire et ne ménagerait aucune protection à la victime de la violation. A mon sens, il pèse également sur le premier défendeur une obligation positive d'assurer le droit à un procès équitable et le cas où ceci signifierait qu'un accusé indigent doit bénéficier de la représentation en justice pour atteindre cet objectif, le premier défendeur ne saurait se défilier.

[68.] Mme Erenstein Ya Toivo, en développant son moyen, a comparé les dispositions pertinentes de la Constitution namibienne avec celles prévues dans diverses autres constitutions telles que celles d'Australie, du Botswana, du Zimbabwe, d'Afrique du Sud, du Canada et autres. La défense a ensuite renvoyé la cour à différentes affaires également jugées par la Cour Constitutionnelle d'Afrique du Sud, telles que *Soobramoney v Minister of Health, Kwazulu Natal* 1998 (1) SA 765 (CC) et *Government of the Republic of South Africa v Grootboom and Others* 2001 (1) SA 46 (CC).

[69.] Une étude comparative du droit constitutionnel d'autres pays est toujours utile et en matière d'interprétation des libertés et droits fondamentaux, ceci est devenu plus ou moins la norme étant donné l'application quasi universelle de ces droits avec peu ou prou le même contenu. Cependant, il y a également des différences claires entre les différents instruments constitutionnels et pour qu'une telle étude comparative ait une valeur réelle, due reconnaissance doit être accordée à ces différences dans l'interprétation de la Constitution namibienne.

[70.] A ce sujet, il est pertinent de constater que la Constitution d'Australie ne contient pas une Déclaration des droits bien que conformément à la loi, le droit à un procès équitable est reconnu pour tout accusé. Voir l'affaire *Dietrich v R* (1993) 3 LRC 272. En tant que telle, cette position ne semble pas très différente de celle adoptée en Afrique du Sud, ni non plus de celle de la Namibie, avant le changement de la dérogation constitutionnelle en 1996 et 1990. Voir l'affaire *S v Rudman and Another* 1992 (1) SA 343 (A). Nonobstant ceci, la majorité dans l'affaire *Dietrich* a réaffirmé le droit d'un accusé à un procès équitable et reçu le pouvoir en appel parce que le procès de l'accusé a été mal conduit, le juge d'instance s'étant refusé à l'ajourner ou le suspendre aux fins des démarches nécessaires à la représentation de l'accusé aux frais de l'État. La cour a ensuite décidé que le pouvoir de suspendre un procès s'étend nécessairement aux espèces dans lesquelles la représentation d'un accusé par un avocat est essentielle à un procès équitable, tel qu'était le cas dans la plupart des affaires où des chefs d'accusation graves étaient retenus contre l'accusé.

[71.] Bien que les constitutions du Botswana et du Zimbabwe contiennent des Déclaration des droits, la section 10(2)(d) de la Constitution du Botswana et la section 18(4)(d) de celle du Zimbabwe disposent expressément que toute personne accusée d'un acte délictueux doit être autorisée à se défendre en personne ou, à ses frais, par un représentant de son choix. Ceci, à mon sens, exclut clairement le droit d'une telle personne à réclamer l'assistance judiciaire aux dépens de l'État.

[72.] La Déclaration canadienne des droits prévoit le droit de constituer un avocat (section 10(b)) et à un procès équitable (section 11(d)). Mme Erenstein Ya Toivo a souligné avec justesse que la Déclaration ne constitutionnalise pas le droit d'un accusé indigent de bénéficier d'un avocat commis d'office, indifféremment des faits de l'espèce. Cependant, dans l'affaire *R v Rowbotham* (1988) 41 CCC (3d) 1 l'accusé s'est vu refuser l'assistance judiciaire au motif que son revenu annuel était trop élevé et qu'elle n'était par conséquent pas éligible sous le régime de l'assistance judiciaire. La cour a estimé qu'il s'agissait là d'une violation des sections 7 et 11(d) de la Déclaration et lors d'un nouveau procès elle a ordonné que l'assistance judiciaire soit fournie.

...

[79.] Je suis par conséquent d'avis qu'il ne saurait être dit des dispositions de l'article 95(h) qu'elles qualifient ou limitent de quelque manière le droit à un procès équitable tel que prévu à l'article 12, ainsi que le prétend l'avocat des défendeurs. Il n'y a rien dans les termes de l'un ou l'autre des deux articles qui fonde cette interprétation pas moins que l'on puisse espérer d'une déclaration de politique d'être de portée aussi large de sorte à limiter un droit fondamental, à moins que cela n'ait été énoncé avec clarté et sans équivoque. Il semble que cette approche est tout à fait la même que celle adoptée au Canada où il a été reconnu qu'en dépit d'un régime d'assistance judiciaire, qui était largement basé sur le revenu, il existerait des cas dans lesquels le système de l'assistance judiciaire ne serait pas applicable mais où les exigences d'un procès équitable appelleraient qu'un accusé soit représenté. Voir *R v Rowbotham* (*supra*).

[80.] Pour les mêmes raisons évoquées plus haut, je ne pourrais partager l'avis de Mme Erenstein Ya Toivo que les dispositions de l'article 14(3)(d) du Pacte international sur les droits civils et politiques sont en conflit avec la Constitution de Namibie et peuvent par conséquent être ignorées. Le Parlement namibien a autorisé l'accession de l'État à ce Pacte le 28 Novembre 1994. Il a également, à la même date, autorisé l'accession aux premier et second protocoles additionnels ...

[81.] Conformément à l'article 63(2)(e) en lecture croisée avec l'article 144, 'les accords internationaux par lesquels la Namibie est

liée aux termes de la présente Constitution font partie intégrante du droit positif namibien'. Il n'en découle pas que ledit article est désormais partie intégrante de la Constitution de Namibie mais ayant été reçu dans le droit positif namibien il doit recevoir application. En tant que tel il édicte les conditions dans lesquelles l'assistance judiciaire à un accusé indigent est exigée, notamment les cas où l'intérêt de la justice le requiert. Bien qu'aucune loi n'est autorisée à restreindre les droits prévus au chapitre 3 de la Constitution, excepté les dispositions prévues au chapitre lui-même, les intérêts de la justice prennent source aux racines d'un procès équitable et les dispositions du Pacte sont par conséquent clairement compatibles avec les principes d'un procès équitable. Comme l'a souligné M. Smuts, l'État non seulement a l'obligation d'avancer le respect du droit et des traités internationaux tel que prescrit à l'article 96(d) de la Constitution, mais il est également constant que le Pacte international sur les droits civils et politiques lie l'État et fait partie intégrante du droit Namibien en vertu de l'article 144 de la Constitution.

[82.] Il ressort en outre clairement de l'article 2, alinéa 2 du Pacte que les États parties qui y ont accédé ont l'obligation d'entreprendre les démarches nécessaires à l'adoption de mesures législatives et autres jugées utiles en vue de l'application des droits reconnus au Pacte. En mon entendement la loi sur l'assistance judiciaire, version modifiée, n'applique plus pleinement les droits d'un accusé indigent tels que prévus à l'article 14(3)(d) du Pacte si c'était la seule voie par laquelle l'assistance pouvait être fournie à un tel accusé. Il en est ainsi parce que conformément aux dites dispositions, l'obligation du premier défendeur de fournir l'assistance judiciaire légale est soumise à la disponibilité de ressources et par conséquent soumise à et rendu dépendante de la disponibilité de ressources financières. L'article 14(3)(d) crée une obligation en ce qui concerne tous ces cas où l'intérêt de la justice requiert qu'un accusé indigent soit représenté en justice. La présente espèce illustre la différence. Sous le régime de l'assistance judiciaire légale aucune obligation ne pèserait sur le premier défendeur si les ressources prévues conformément à la loi sur l'assistance judiciaire n'étaient pas suffisantes. Cependant, si l'intérêt de la justice requiert que ceux des candidats ne pouvant se payer les services d'un avocat devraient être représentés en justice, une telle obligation de leur fournir ladite représentation trouverait sa source dans les dispositions de l'article 14(3)(d) du Pacte qui ne conditionnent pas la qualification à la disponibilité de ressources.

...

[90.] Expliquer à un accusé ses droits au contre interrogatoire ne garantit pas l'exercice efficace et judicieux de ce droit par l'intéressé. Ce n'est pas le cas la plupart du temps. Dans la plupart des cas où l'on est en présence d'un nombre limité d'accusés face à

des charges multiples, l'assistance qu'un juge présidant l'audience est capable d'octroyer diffère complètement d'un cas tel que l'espèce où 128 accusés défendent 275 chefs d'accusation. En première instance le juge pourrait même suggérer un seuil particulier de contre interrogatoire et aviser l'accusé des témoins ayant déjà déposé. Dans un cas de la magnitude de l'espèce il serait impossible de procéder ainsi. Comment un juge pourrait-il jamais être capable d'aviser l'accusé no 101 que la déposition faite par le témoin A diffère de celle faite par le témoin M six mois plus tôt ? C'est là une tâche et un devoir qui ne sauraient être accomplis que par le représentant de l'accusé.

[91.] Didcott J soulignait dans l'affaire *S v Khanyile and Another* 1988 (3) SA 795 (N) aux paragraphes 798G à 799C que le juge ne peut et ne doit pas se substituer en défenseur du prévenu ...

[92.] Dans l'affaire *Khanyile supra* au paragraphe 815 Didcott J à indiqué trois facteurs dont une cour devrait tenir compte en déterminant si le défaut de représentation en justice causerait une injustice substantielle à l'accusé. Le premier est la simplicité ou la complexité inhérentes à l'espèce, aussi bien les faits que le droit considérés. Secundo, la cour doit se pencher sur la capacité ou non de l'accusé à assurer sa propre défense. Tertio, la cour doit considérer la gravité de l'affaire et les conséquences possibles d'une condamnation. J'ai déjà essayé de montrer que la présente espèce est spécifique en son genre et, en l'état du contentieux pénal en Namibie, sans aucun doute exceptionnelle. Nul n'a soutenu que l'espèce n'en n'était pas une qui soulèvera des questions complexes aussi bien de fait que de droit. Ceci étant, il me semble que les requérants sont mal outillés pour traiter de ces questions qui sont compliquées et pour lesquelles une connaissance approfondie du droit de questions telles que commune intention et complot serait requise. Du reste, en ce qui concerne la gravité de l'affaire, nul n'a suggéré qu'une condamnation pour la plupart des charges n'aurait pas de graves conséquences pour les requérants.

...

[94.] Pour les raisons évoquées ci-dessus je suis parvenu à la conclusion que les requérants qui ne peuvent s'offrir la représentation n'auront pas la garantie d'un procès équitable tel que prévu par les dispositions de l'article 12 de notre Constitution. Puisqu'un devoir pèse sur le premier défendeur de respecter les dispositions de la Constitution, il s'ensuit que l'obligation de fournir l'assistance judiciaire, ou les moyens y afférents, pèse sur le premier défendeur. Qu'il en soit ainsi au travers du système mis en place par la loi sur l'assistance judiciaire ou par quelque autre moyen n'est pas du ressort de la cour. A cette étape, je voudrais faire inscrire au procès verbal que la plupart, sinon la totalité, des cas où les principes d'un procès équitable requièrent qu'un accusé indigent devrait être

représenté, une telle représentation est fournie par le biais du système d'assistance judiciaire légale par les premier et second défendeurs. Cependant, parce qu'il s'agit d'une décision conformément à l'article 12, il s'ensuit que le test de moyens prévu par la loi sur l'assistance judiciaire n'en n'est pas moins applicable et pourrait se révéler incompatible avec les exigences de l'espèce.

[95.] De plus, étant donné que l'obligation par le premier défendeur de fournir l'assistance judiciaire est limitée aux accusés indigents, il s'ensuit qu'il serait nécessaire de passer au crible les différents requérants de sorte à déterminer qui serait qualifié pour l'assistance. L'on pourrait s'imaginer difficilement que, par exemple, le premier requérant qui a témoigné à une étape donnée que la valeur de son cheptel seul s'élève à N\$ 1 million, se qualifierait. Néanmoins, un facteur devant être considéré en déterminant la qualification d'un requérant est la durée du procès. Il se pourrait aussi que le requérant qui ne se qualifierait pas dans une affaire simple puisse se qualifier dans l'espèce, ou qu'un accusé qui n'est pas initialement qualifié puisse se qualifier à mesure qu'avance le procès et que ses ressources s'amenuisent. Dans ce dernier cas, un tel accusé doit être autorisé à postuler, ou si une demande a été rejetée, à postuler à nouveau. Il s'ensuit que le cas où aucun conflit d'intérêts n'existe, un ou deux avocats peuvent représenter des groupes de requérants pour autant que les groupes ne soient pas tellement larges qu'ils deviennent impossibles à gérer.

[96.] Du fait que l'espèce est une cause exceptionnelle dans laquelle le défaut de représentation en justice constitue sans équivoque une injustice, il peut difficilement servir du cas d'exemple où l'on peut affirmer qu'un procès est équitable ou non. D'autre part, que l'on applique la qualification du Pacte en jugeant si un procès est équitable ou que l'on utilise quelque autre formule telle que l'inéquité substantielle, il me semble que notre droit à cet égard est toujours en processus d'évolution et qu'il ne puisse pas être approprié d'édicter des règles dures ou rapides à cette étape. Il est toutefois clair que le défaut de représentation en justice n'aboutira pas dans toutes les espèces à un procès non équitable et qu'il existe des limites par le truchement desquelles le droit garanti à l'article 12 peut être invoqué.

...

NIGERIA

Uke et Autre c. Iro

RADH 2002 101 (CANg 2001)

Alajemba Uke and Anna Alajiofor v Albert Iro

Cour d'appel (Division de Port Harcourt), 18 janvier 2001

Juges: Pats-Acholonu, Akpiroroh, Ikongbeh

Egalité, non-discrimination (discrimination fondée sur le sexe, 7-11)

Pats-Acholonu

...

[7.] ... [Les requérants] soutiennent que, selon la coutume Nneato Nnewi, une femme ne peut témoigner dans une affaire de propriété foncière. Cette assertion ou cet argument est oublieux de la disposition constitutionnelle qui garantit l'égalité de droit et de protection devant la loi. Les droits des personnes des deux sexes sont protégés par la loi organique de l'État. Je me réfère à la section 39(1) de la Constitution nigérienne de 1979 qui stipule:

39(1) Un citoyen nigérian de quelque communauté, groupe ethnique, origine, sexe, religion ou opinion politique ne peut par ce seul fait (a) être soumis soit expressément par, soit en application d'une loi en vigueur au Nigéria ou un acte réglementaire ou administratif du gouvernement à des incapacités ou restrictions auxquelles des citoyens nigériens d'autres communautés, groupes ethniques, origines, sexes, religions ou opinions politiques ne sont pas soumis; ou (b) se voir accorder soit expressément par, soit en application d'une loi en vigueur au Nigéria ou tout autre acte réglementaire ou administratif, un privilège ou avantage qui n'est pas accordé aux citoyens nigériens d'autres communautés, groupes ethniques, origines, sexes, religions ou opinions politiques.

(2) Aucun citoyen nigérian ne sera soumis à une incapacité ou privation pour la simple raison des circonstances de sa naissance.

[8.] Cette même disposition est répétée à la section 41(1) de la Constitution de 1999. Toute loi coutumière qui contrevient à la pudeur et n'est pas en concordance avec les notions, croyances et pratique de ce qui est tolérable devant une juridiction où l'Etat de droit a droit de cité ne peut trouver place dans notre jurisprudence et devrait être ignorée, écartée et rejetée comme nulle.

[9.] Toutes lois ou coutumes visant à reléguer les femmes au rang de citoyennes de seconde zone, les privant ainsi de leurs inestimables

droits constitutionnellement garantis, sont des lois et coutumes destinées à la poubelle et devant être rangées aux oubliettes.

[10.] Considérons l'affaire *Mojekwu v Mojekwu* (1997) 7 NWLR (Pt 512) 283. Dans l'espèce, l'une des questions portées devant la Cour d'appel de la division d'Enugu était l'incidence de la coutume 'Oli-Ekpe' de Nnewi selon laquelle un frère survivant est autorisé par la coutume à hériter des propriétés de son frère défunt parce que l'épouse survivante n'a pas d'enfant de sexe masculin. Niki Tobi, JCA affirmait ceci:

Nous n'avons pas besoin de voyager jusqu'à Beijing pour nous rendre compte que nos coutumes, y compris celles de Nnewi 'Oli Ekpe' auxquelles le requérant fait référence ne sont pas conformes au monde civilisé dans lequel nous vivons aujourd'hui, le requérant inclus. A mon humble avis, c'est du monopole de Dieu et non celui des parents de déterminer le sexe d'un enfant. Bien que le monde scientifique désapprouve cette vérité divine, je crois que Dieu, le créateur des humains, est aussi l'autorité suprême décidant de qui doit être mâle ou femelle. En conséquence, qu'une coutume ou un loi coutumière impose une discrimination à un sexe donné, c'est le moins qu'on puisse dire, un affront à Dieu Tout-Puissant lui-même. Que nul ne pose un tel acte. Pour ce qui me concerne, je n'éprouve aucune difficulté à affirmer que la coutume 'Oli-Ekpe' de Nnewi est répugnante à la justice naturelle, à l'équité et à la bonne conscience.

[11.] C'est une apostasie de dire qu'une femme ne peut pas être attraitée devant les tribunaux ou être appelée à témoigner dans une affaire liée à une propriété foncière soumise au droit coutumier d'occupation. Je rejette cet argument en entier. Une coutume qui s'efforce à priver une femme de droits constitutionnellement garantis est vile et viole les dispositions garantissant la protection égale devant la loi. Il semble que le requérant n'a effectivement rien à ajouter sur cette question. Il n'y a pas lieu de s'y attarder. Elle viole toutes les normes applicables dans une société civilisée.

...

Medical and Dental Practitioners Disciplinary Tribunal c. Okonkwo

RADH 2002 103 (CSNg 2001)

Medical and Dental Practitioners Disciplinary Tribunal v Dr Jhon Enewulu Nicholas Okonkwo

Cour suprême, 2 mars 2001

Juges: Belgore, Onu, Achike, Uwaifo, Ayoola

Conscience (opposition à un traitement médical pour raisons religieuses, 73-76)

Santé (opposition à un traitement médical pour raisons religieuses, 73-76; responsabilité du médecin, 78-81)

Emmanuel Olayinka Ayoola

[1.] Des multiples questions soulevées par ce pourvoi, la principale est de savoir si un agent médical est coupable de conduite infamante lorsque, en respectant le refus du patient de se faire transfuser pour des raisons religieuses, il s'est prémuni soit d'adopter ce traitement; de mettre fin au contrat médical du patient ou de le référer à une autre institution sanitaire ou un autre médecin.

...

Opposition à un traitement médical pour raisons religieuses: limites de la responsabilité du praticien

[72.] L'étendue et la limite du devoir d'un médecin face au refus d'un patient de donner son consentement pour un traitement médical vital ne peuvent être considérées en isolation du droit du patient. En dépit de la rareté de références nationales sur cet aspect de notre droit, d'amples dispositions de la Constitution indiquent la base sur laquelle la cour doit décider dans de pareilles espèces. Il est opportun d'entrée de jeu de reconnaître que l'examen d'une objection au traitement médical pour raisons religieuses implique l'équilibre de plusieurs intérêts, notamment: le droit constitutionnellement protégé de l'individu, l'intérêt de l'État à la santé publique, à la sécurité et au bien-être de la société; et l'intérêt de la profession médicale à préserver l'intégrité de l'éthique médicale et, partant, sa propre réputation collective. Accorder une valeur indue à l'un ou l'autre de ces intérêts au détriment des droits d'un patient adulte responsable pourrait constituer une menace à la liberté individuelle, à moins que des circonstances juridiques avérées justifient qu'il doit être accordé plus de valeur à l'un qu'à l'autre. Lorsque, par exemple, la santé et la sécurité de la société sont menacées, le cas d'une épidémie, une valeur plus importante peut être accordée à la santé

et la sécurité publiques qu'aux droits humains d'un individu. Si, cependant, la conséquence directe de la décision de ne pas administrer le traitement médical est limitée au seul patient adulte capable, le fait de donner primauté au droit de l'individu ne saurait causer aucune injustice. A mon sens, toute règle d'éthique ou de conduite professionnelle qui ignore le besoin d'équilibrer ces intérêts ou qui accorde une valeur indue à l'un quelconque d'entre eux sans égard aux circonstances individuelles serait détachée de la réalité et pourrait mener à des conséquences injustes. C'est, à mon entendement, ce que Nzeako, JCA, tentait à souligner quand il affirmait:

Toutes choses considérées, il apparaît que le code d'éthique qui exige d'un médecin praticien de 'toujours prendre des mesures visant à sauvegarder la vie humaine' a manqué de se prononcer sur le conflit entre le droit d'un patient de décider des mesures médicales qu'il accepte et le code d'éthique du médecin.

[73.] Le Droit constitutionnel du patient à s'opposer au traitement médical ou, en particulier, comme en l'espèce, à la transfusion sanguine pour des motifs liés à la religion, est fondé sur des droits fondamentaux protégés par la Constitution de 1979 tel que suit: (i) droit à la vie privée: section 34; (ii) liberté de pensée, de conscience et de religion: section 35. Tous ces droits sont protégés respectivement par les sections 37 et 38 de la Constitution de 1999. Le droit à la vie privée implique le droit à la protection de ses pensées, conscience, croyances et pratiques religieuses et son corps contre toute intrusion non autorisée. La liberté de pensée, de conscience ou de religion implique un droit de ne pas être empêché, sans une justification légale, de choisir le cours de sa vie, selon ses croyances, et un droit de ne pas être contraint à des actes contraires à ses sensibilités religieuses. Les frontières de ces libertés, comme en toute espèce, se trouvent là où elles empiètent sur les droits d'autrui ou mettent en péril le bien-être et la santé publique. La somme totale de ces droits à la vie privée et libertés de pensée, conscience et religion qu'a chaque individu, mise dans une assiette, est qu'un individu devrait être libre de choisir le cours de sa vie, à moins qu'un intérêt supérieur public, clair et contraignant ne justifie le contraire. La fonction des lois est d'assurer la plénitude ou la liberté lorsqu'il n'y a aucune menace à l'intérêt public. Assurer la liberté de conscience et la liberté de religion est une composante importante de cette plénitude. Les tribunaux sont les institutions auxquelles la société a convenu de conférer la responsabilité d'équilibrer les intérêts conflictuels d'une manière qui assure la plénitude de la liberté sans pour autant détruire l'existence et la stabilité de la société elle-même. Ce serait trop demander à un médecin traitant d'attendre de lui qu'il assume cette lourde responsabilité dans le secret de sa clinique ou de sa chirurgie, sans l'aide des éléments mis à la disposition des tribunaux ou, même, de par sa formation. C'est pourquoi, lorsqu'il doit être décidé, pour motifs d'intérêt public ou

d'intérêt d'autrui confirmés, comme par exemple d'un mineur, d'outrepasser la décision d'un patient adulte responsable de ne pas se soumettre à une transfusion de sang ou un traitement médical pour raisons religieuses, une telle décision doit être prise par les tribunaux.

[74.] C'est à l'actif du tribunal dans cette espèce, qu'il ait reconnu le droit d'un individu de préserver ses croyances religieuses et qu'il ait aussi admis qu'un médecin devrait respecter les croyances religieuses d'autrui. Cependant, la cour s'est ensuite induite en erreur lorsqu'elle s'est écartée du droit chemin en ignorant les effets concomitants du droit du patient au refus du traitement médical ou de la transfusion sanguine pour raisons religieuses, et a conclu que le défendeur était coupable de conduite infamante « pour avoir retenu le patient alors qu'il savait pertinemment que le traitement approprié ne pouvait être appliqué par refus d'obtenir le consentement ».

[75.] Étant donné que la relation entre le patient et le médecin est basée sur un accord, il s'ensuit que le choix d'un patient adulte en possession de toutes ses facultés de refuser son libre consentement au traitement médical, empêchant l'intervention publique par voie judiciaire, laisse le médecin dans l'impossibilité d'administrer le traitement au patient. Cette impossibilité ne lui laisse que les choix suivants. Il pourrait mettre fin au contrat et, je dirais, sans cœur, forcer le patient à quitter sa clinique ou son hôpital; il pourrait continuer à lui accorder l'hospitalité et cesser toute forme de traitement; il pourrait faire du mieux qu'il puisse pour repousser ou alléger les conséquences du choix du patient. Dans une large mesure, le médecin devrait être seul juge du choix le plus approprié dans ces circonstances. Les choix deviennent une question d'attitude personnelle plutôt que d'éthique professionnelle. En effet, il a été dit dans une affaire que la pratique médicale éthique n'exige pas, sans exception, que soient faits tous efforts en toutes circonstances pour prolonger la vie, mais semble reconnaître que le mourant a davantage besoin de confort que de soins médicaux. (Voir affaire *Superintendent of Belkerton State School v Sackewicz* notée dans 93 ALR 3d 75.) La primauté du consentement du patient a été retenue dans de nombreuses affaires aux États-Unis d'Amérique où ce domaine du droit a fait l'objet d'une abondante jurisprudence. Lorsqu'un patient adulte responsable exerce son droit de refuser un traitement vital pour raisons religieuses faisant ainsi une option qui pourrait finalement conduire à la mort, en l'absence d'intervention judiciaire outrepassant la décision du patient, quelle option raisonnable reste-t-il au médecin traitant autre, peut-être, que de procurer du confort au patient?

[76.] Dans plusieurs espèces, les tribunaux ont décidé de ne pas outrepasser la décision du patient; dans d'autres, ils ont trouvé une parade au problème de la primauté du consentement du patient. Le

plus important est qu'en aucun cas la décision d'outrepasser la volonté du patient n'a été laissée au médecin ou à l'hôpital. Nombre de ces cas ont été rapportés dans 93 ALR 3d 67-85. Dans l'affaire *Yetter* (1973) 62 Pa D & C 2d 619, sur la preuve que le patient était un adulte mature, responsable, n'avait pas d'enfant, qu'il n'avait pas requis les soins médicaux et a tenté ensuite de les restreindre, la cour a déclaré que le droit constitutionnel à la vie privée inclut le droit pour un adulte responsable mature de refuser un traitement qui pourrait lui prolonger la vie même si ce refus pourrait paraître déraisonnable, insensé ou ridicule. (Voir 93 ALR 3d 77.). Dans l'affaire *Osborne* (1972, Dist Col App) 294 A 2d 372, la cour a confirmé la décision de la juridiction inférieure refusant de nommer un représentant légal pour donner consentement en vue de l'administration de la transfusion sanguine au patient qui l'avait refusée pour raisons religieuses et qui, craignait le médecin, mourrait s'il n'était transfusé, sur la preuve que le patient avait fait cette option en toute conscience et intelligence, et sur décision de la cour inférieure qu'il n'existait aucun intérêt public contraignant justifiant d'outrepasser la décision du patient de refuser les transfusions sanguines.

...

[78.] Aucune obligation ne pèse sur le défendeur, tel que c'était le cas dans la première affaire citée, de transférer la patiente dans un autre hôpital simplement parce qu'elle avait refusé de se laisser transfuser pour raisons religieuses. Une interprétation inappropriée de la loi en son état actuel a sans doute induit le tribunal dans l'erreur de supposer qu'un 'centre de plus grande envergure' aurait été plus libre des contraintes d'interdiction légale de sorte à pouvoir passer outre le droit du patient et faire fi de sa décision. Comme l'affirme avec justesse le juge précédent, le défendeur n'était pas influencé par ses croyances personnelles en manquant de procéder à la transfusion sanguine au patient. Son unique abstention, il semblerait, était l'interdiction légale qui se serait appliquée à tout autre médecin ou hôpital, comme à lui et avant lui, au Dr Okafor de l'hôpital de Kenayo. Le moyen est mal fondé de déduire qu'un centre plus grand aurait été capable de se libérer de l'interdiction qui a conduit le défendeur à s'empêcher d'outrepasser la décision du patient. Même des centres de santé plus grands doivent respecter les choix et décisions du patient.

[79.] Il ne fait aucun doute que le tribunal est parvenu à une conclusion erronée en mettant inopportunément l'accent sur les croyances du défendeur plutôt que sur celles du patient. Il a fait fi de l'argument du défendeur selon lequel en dépit de ses croyances il avait transfusé des patients consentants par le passé. Il a mésinterprété le respect légitime par le défendeur des volontés du patient comme une connivence. Il a manqué de prêter une attention due à la conduite du défendeur à la lumière des principes de droit

admis enjoignant au personnel de santé de respecter le refus d'un patient adulte responsable de se faire traiter médicalement, y compris de se faire transfuser, pour raisons religieuses. Le tribunal a ignoré le choix fait par une patiente et son époux du lieu où elle serait soignée et la preuve que la patiente et son époux ont rejeté une offre d'exonération. Toutes ces considérations étaient implicites dans la décision de la Cour d'appel.

[80.] Une accusation d'acte infamant doit être un délit grave dans les règles de conduite ou d'éthique professionnelle. Il rend la conduite aussi déshonorante et moralement répréhensible qu'elle peut jeter le discrédit sur la profession si elle était approuvée ou laissée impunie. Bien que la profession médicale soit seule juge de ce qui est infamant comme conduite, elle ne peut en décider sans prêter attention à ce que la loi autorise, aussi bien au patient qu'au médecin. Des faits, tels que rapportés par la Cour d'appel, il est difficile de relever rien d'infamant dans la conduite du défendeur.

[81.] Si je peux me permettre une opinion, aussi gratuite qu'elle puisse paraître, c'est que la profession médicale et le public y gagneraient plus, si davantage de considération était accordée à la détermination des recours légaux pouvant être disponibles pour amener des patients adultes responsables non consentants, dans les cas appropriés, à se soumettre à un traitement médical vital. Si de pareils recours tels qu'ils existent sont inappropriés, la solution va dans le sens d'amener le système juridique à élaborer des recours efficaces. La solution, à mon entendement, ne consiste pas à, sans raison, faire d'un pauvre médecin le bouc émissaire de la conséquence d'une quelconque défaillance potentielle des recours prévus par nos lois; pas non plus que ce n'est pas en faisant payer le médecin pour le défaut des parents du patient de solliciter un avis juridique et des recours que la loi aurait pu offrir au moment où cela aurait fait une différence. Ces recours auraient été recherchés que la responsabilité de décider si oui ou non la décision du patient devrait être outrepassée aurait été transférée aux tribunaux, qui sont le forum approprié pour de telles décisions. En outre, étant donné que la profession médicale peut conseiller ses membres en tout temps, il est injuste de déclarer un médecin coupable de conduite infamante au sujet d'une question sur laquelle il n'y a pas eu de règles et qui ne peut être considérée comme une pratique établie ou pour une conduite qui n'est pas intrinsèquement infamante.

[82.] Quoi qu'il en soit, pour les raisons évoquées ci-dessus, je déclare sans hésitation que la Cour d'appel a bien dit le droit sur le fond de l'affaire. Par conséquent, je rejette l'appel et accorde au défendeur N10 000 en impenses.

SÉNÉGAL

Guengueng et Autres c. Habré

RADH 2002 108 (CCSe 2001)

Souleymane Guengueng et autres v Hissène Habré

Cour de cassation, 20 mars 2001

Juges: Ndiaye, Camara et Gaye

Torture (l'obligation d'extrader ou de poursuivre, 38-40)

Jurisdiction (aucun texte de procédure ne reconnaît une compétence universelle, 38-40)

Droit international (besoin de mesures législatives de droit national, 39)

[1.] Statuant sur le pourvoi formé suivant déclaration souscrite au greffe de la Cour d'appel de Dakar le 7 juillet 2000, par Maître Boucounta Diallo, avocat à la Cour à Dakar, muni de pouvoirs spéciaux, agissant au nom et, pour le compte de Souleymane Guengueng, Zakaria Fadoul Khidir, Issac Haroun Abdallah, Younous Mahadjir, Togoto Lonaye Samuel, Ramadan Souleymane, Valentin Neatobet BIDI et l'association des victimes de crimes et répression politique au Tchad, contre l'arrêt rendu le 4 juillet 2000 par la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Dakar dans la poursuite exercée contre Hissène HABRE des chefs de complicité de crimes contre l'humanité, actes de torture et de barbarie et qui, rejetant les exceptions de recevabilité de la requête en annulation de la procédure introduite par Hissène HABRE de même que la dernière note en cours de délibéré de Maître Madické NIANG, conseil de l'inculpé, a déclaré recevable la requête sur la forme et au fond a annulé le procès verbal d'inculpation et la procédure subséquente pour incompétence du juge saisi;

La cour

[2.] Vu la loi organique no 92.25 du 30 mai 1992 sur la Cour de cassation;

[3.] Oui Madame Mireille NDIAYE, président de chambre en son rapport;

[4.] Oui monsieur Ciré Aly BA, avocat général représentant le Ministère public en ses conclusions;

[5.] Après en avoir délibéré conformément à la loi;

[6.] Sur les requêtes des 10 Août 2000, 18 août 2000 et 20 décembre 2000;

[7.] Attendu que Souleymane GUENGUENG et autres qui s'étaient pourvus le 7 juillet 2000 contre l'arrêt de la chambre d'accusation en date du 4 juillet 2000, ont produit au greffe de la Cour de cassation les requêtes suscitées contenant des moyens de cassation à l'appui de leur pourvoi;

[8.] Mais attendu qu'il ne saurait être fait état de ces mémoires qui, n'ayant pas été déposés dans le délai d'un mois imparti par l'article 46 de la loi organique susvisée, ne saisissent pas la Cour de cassation des moyens qui y sont formulés;

[9.] Vu le mémoire du 17 juillet 2000 régulièrement déposé et les mémoires en défense;

[10.] Attendu qu'il appert de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que courant janvier 2000, Souleymane Guengueng et autres, tous ressortissants tchadiens, ont déposé plainte avec constitution de partie civile auprès du juge d'instruction de Dakar contre personne non dénommée et Hissène Habré pour tortures, peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dont ils auraient été victimes au Tchad entre juin 1982 et décembre 1990, période durant laquelle ce dernier a exercé la fonction de président de la République de ce pays; que le 3 février 2000, le juge d'instruction a inculpé Hissène Habré de complicité de crimes contre l'humanité, d'actes de torture et de barbarie en visant les articles 45, 46, 294 bis, 288 du code pénal et l'a placé en résidence surveillée; que par requête du 18 février 2000, l'inculpé a saisi la chambre d'accusation aux fins de voir annuler la procédure pour incompétence des juridictions sénégalaises, défaut de base légale et prescription de l'action publique; que par l'arrêt attaqué, la chambre d'accusation a fait droit à sa demande pour incompétence du juge saisi;

[11.] Sur le premier moyen de cassation pris de la violation de l'article 165 alinéa 4 du code de procédure pénale en ce que la chambre d'accusation, répondant aux conclusions des parties civiles qui avaient fait valoir que l'inculpé demandeur à l'annulation, n'avait pas, dans sa requête, désigné, identifié et précisé le cabinet d'instruction saisi de la procédure, a déclaré recevable la requête aux motifs qu'au soutien de l'exception d'irrecevabilité de la requête qu'elles ont soulevée, les parties civiles n'ont cité aucun texte de loi ni précisé le fait sanctionné et qu'aucun obstacle n'empêche la chambre d'accusation, juridiction de second degré, de réclamer une procédure; qu'il est loisible au juge, destinataire de la réclamation de demander des précisions nécessaires à l'identification de la procédure alors que les juges ne doivent pas se fonder sur une connaissance personnelle de l'affaire pour suppléer à la carence d'une partie demanderesse et alors que le texte suscité exige que la requête en annulation soit motivée, que la réclamation du dossier soit immédiate

et alors enfin que les règles touchant à l'organisation judiciaire sont d'ordre public et que la violation d'une règle touchant à l'organisation judiciaire doit être relevée d'office par les juges et que la chambre d'accusation, saisie sur le fondement de l'article 165 alinéa 1er du code de procédure pénale ne pouvait estimer qu'elle est une juridiction de second degré en l'absence d'un appel contre une ordonnance du juge d'instruction;

[12.] Attendu que les griefs soulevés ne résultent pas de l'article 165 du code de procédure pénale; que ce texte permet à l'inculpé de saisir la chambre d'accusation, en dehors de tout appel, pour voir annuler un acte entaché de nullité;

[13.] D'où il suit que le moyen ne peut être admis;

[14.] Sur le deuxième moyen de cassation pris de la violation de l'article 165 du code de procédure pénale en ce que la chambre d'accusation a reçu et examiné une requête en date du 18 février 2000 qui a rectifié une omission matérielle contenue dans la requête initiale alors que le texte visé ne prévoit qu'une seule requête et non une requête rectificative dès lors que le débat était lié;

[15.] Attendu qu'il résulte des pièces de la procédure que le 18 février 2000, Hissène Habré a adressé au « Président de la chambre d'accusation » une requête tendant à voir annuler le procès-verbal de son inculpation et les actes subséquents et que, le même jour, il a saisi « monsieur le Président de la chambre d'accusation et Messieurs les Conseillers de la chambre d'accusation » d'une requête identique;

[16.] Attendu que pour répondre aux parties civiles qui lui demandaient de déclarer la deuxième requête irrecevable et de juger qu'elle a été irrégulièrement saisie par la première, la chambre d'accusation énonce, à juste titre, qu'Hissène Habré a invoqué à l'appui de sa requête l'article 165 du code de procédure pénale qui autorise l'inculpé à saisir cette juridiction lorsqu'il estime qu'une nullité a été commise et, non son président dont les pouvoirs propres sont prévus par les articles 210 et suivants du même code;

[17.] D'où il suit que le moyen ne peut être admis;

[18.] Sur le troisième moyen de cassation pris du défaut de réponse aux conclusions régulièrement déposées par les parties civiles selon lesquelles la chambre d'accusation qui n'est pas une juridiction de fond ne peut se prononcer sur la loi répressive de procédure de forme ou de fond susceptible de fixer l'incompétence des juridictions sénégalaises laquelle ne peut être appréciée qu'au regard des dispositions de l'article 669 du code de procédure pénale qui est applicable ou de celles de la Convention de New York du 10 décembre 1984 alors que la chambre d'accusation n'était saisie que d'un contentieux portant sur des nullités dont le régime est régi par les articles 101 à 105 du code de procédure pénale et que, dès lors, elle devait se borner à vérifier s'il y a eu méconnaissance d'une formalité

substantielle prévue par le code de procédure pénale ou par toute autre disposition de procédure pénale qui aurait porté atteinte aux intérêts de l'inculpé;

[19.] Attendu que l'incompétence des juridictions répressives est d'ordre public et peut être soulevée par toutes les parties en tout état de cause ou relevée d'office par le juge s'il y a lieu;

[20.] D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli;

[21.] Sur le cinquième moyen de cassation pris de la dénaturation des faits en ce que la chambre d'accusation a constamment relevé qu'« Hissène Habré inculpé le 3 février 2000 des chefs de crime contre l'humanité, d'actes de torture et de barbarie et mis en résidence surveillée » alors que celui-ci n'a jamais été inculpé de crime contre l'humanité et que les parties civiles n'ont jamais allégué qu'il a été inculpé de ce chef;

[22.] Attendu que l'arrêt attaqué a reproduit les termes de l'inculpation d'Hissène Habré;

[23.] D'où il suit que le moyen n'est pas fondé;

[24.] Sur le huitième moyen de cassation pris de l'erreur de texte applicable en ce que la chambre d'accusation a attribué à l'article 9 de la Convention de New York du 10 décembre 1984 qui traite de l'entraide judiciaire entre les États parties, le contenu de l'article 5;

[25.] Attendu qu'une erreur purement matérielle dans la citation du numéro d'un texte susceptible d'être réparée selon la procédure prévue à l'article 681 du code de procédure pénale, ne saurait donner ouverture à cassation;

[26.] D'où il suit que le moyen ne peut être admis;

[27.] Sur le neuvième moyen de cassation pris de la violation de l'article 669 du code de procédure pénale en ce que la chambre d'accusation a exclu la compétence du juge d'instruction sans relever qu'Hissène Habré est un étranger;

[28.] Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué qu'Hissène Habré a été inculpé des chefs sus-rappelés commis à Ndjaména durant une période au cours de laquelle il exerçait les fonctions de président de la République du Tchad ... que les juridictions sénégalaises ne peuvent connaître des faits de torture commis par un étranger ...;

[29.] D'où il suit que le moyen n'est pas fondé;

[30.] Sur le dixième moyen de cassation pris de la violation de l'article 166 du code de procédure pénale en ce que la chambre d'accusation a retenu que la nullité est substantielle sans préciser en quoi la nullité est substantielle, sans motivation suffisante et sans viser le texte sanctionnant la nullité;

[31.] Attendu que statuant sur la compétence des juridictions sénégalaises à poursuivre Hissène Habré des chefs précisés, la chambre d'accusation relève que les règles de compétence sont d'ordre public, que leur méconnaissance doit être sanctionnée par une nullité qui est substantielle;

[32.] D'où il suit que le moyen ne peut être admis;

[33.] Sur le quatrième moyen de cassation pris de la violation de l'article 79 de la Constitution en ce que la chambre d'accusation a déclaré les juridictions sénégalaises incompétentes au motif que la justice pénale a toujours manifesté son autonomie par rapport aux autres normes juridiques et a refusé d'appliquer le texte suscité qui est une norme juridique qui s'impose en toutes matières même en droit pénal;

[34.] Sur le sixième moyen de cassation pris de la violation de la Convention de New York contre la torture du 10 décembre 1984 en ce que la chambre d'accusation a déclaré les juridictions sénégalaises incompétentes en refusant d'appliquer une convention internationale au motif que l'article 669 du code de procédure pénale constitue un obstacle aux poursuites contre Hissène Habré et à l'application de cette Convention alors que la Convention a été ratifiée par le Sénégal le 16 juin 1986 et publiée au journal officiel le 9 août 1986;

[35.] Sur le septième moyen de cassation pris de la violation du principe de compétence universelle en ce que la chambre d'accusation a déclaré les juridictions sénégalaises incompétentes au motif que la compétence universelle ne peut être admise sans modification de l'article 669 du code de procédure pénale alors que cet article ne peut faire échec à l'application d'une convention internationale édictant une compétence universelle ni aux dispositions de la Convention de Vienne, applicable au Sénégal, notamment en ses articles 27 et 53 qui ne permettent pas à un État signataire d'une convention internationale de s'abriter derrière les lacunes et les insuffisances de son droit interne pour se soustraire à ses engagements internationaux;

[36.] Les moyens étant réunis;

[37.] Attendu que pour annuler le procès-verbal d'inculpation d'Hissène Habré et la procédure subséquente, la chambre d'accusation énonce notamment que pour se conformer à l'article 4 de la Convention de New-York qui oblige tout État partie à veiller à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal et soient passibles de peines appropriées, le législateur a promulgué la loi no. 96.15 du 28 août 1996 instituant l'article 295-1 du code pénal qui a incriminé ces actes lesquels, avant cette date, ne constituaient aux termes de l'article 288 du même code visé dans le procès verbal d'inculpation, que des circonstances aggravantes de certains crimes contre les personnes; que les juges

relèvent qu'aucune modification de l'article 669 du code de procédure pénale n'est intervenue et en déduisent que les juridictions sénégalaises sont incompétentes pour connaître des actes de torture commis par un étranger en dehors du territoire quelle que soit la nationalité des victimes;

[38.] Attendu qu'en cet état, la Cour de cassation est en mesure de s'assurer que la décision n'encourt pas les griefs allégués; que l'article 5-2 de la Convention de New-York du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants fait peser sur chaque État partie l'obligation de prendre des mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées à l'article 4 dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit État ne l'extrade pas;

[39.] Qu'il en résulte que l'article 79 de la Constitution ne saurait recevoir application dès lors que l'exécution de la Convention nécessite que soient prises par le Sénégal des mesures législatives préalables;

[40.] Qu'aucun texte de procédure ne reconnaît une compétence universelle aux juridictions sénégalaises en vue de poursuivre et de juger, s'ils sont trouvés sur le territoire de la République, les présumés auteurs ou complices de faits qui entrent dans les prévisions de la loi du 28 août 1996 portant adaptation de la législation sénégalaise aux dispositions de l'article 4 de la Convention lorsque ces faits ont été commis hors du Sénégal par des étrangers; que la présence au Sénégal d'Hisssène Habré ne saurait à elle seule justifier les poursuites intentées contre lui;

[41.] D'où il suit que les moyens ne peuvent être accueillis;

[42.] Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme;

[43.] Rejette le pourvoi fondé par Souleymane Guengueng et autres contre l'arrêt rendu le 4 juillet 2000 par la chambre d'accusation de Dakar;

[44.] Prononce la confiscation de l'amende;

[45.] Met les dépenses à la charge des demandeurs.

[46.] Dit que le présent arrêt sera imprimé, qu'il sera transcrit sur les registres de la Cour d'appel en marge ou à la suite de la décision attaquée;

[47.] Ordonne l'exécution du présent arrêt à la diligence du Procureur général auprès de la Cour de cassation;

TANZANIE

Ndyanabo c. Attorney-General

RADH 2002 114 (CATz 2002)

Julius Ishengoma Francis Ndyanabo v Attorney-General

Cour d'appel, 14 février 2002

Juges: Samatta, Kisanga, Lugakingira

Interprétation (téléologique, non littérale, 19, 20)

Limitations des droits (doivent être proportionnées et poursuivre un but légitime, 20)

Procès équitable (accès à la justice, 27, 34, 42)

Samatta

...

[2.] En somme, le pourvoi est relatif à l'accès à la justice. Les faits de l'espèce peuvent, à notre avis, être rappelés comme suit. Lors des élections générales tenues dans ce pays en octobre 2000 le requérant, avocat de profession, était en lice pour un siège de parlementaire dans la circonscription de Nkenge. Selon les résultats du scrutin annoncés par le rapporteur du bureau de vote, le requérant avait perdu les élections. Il en était particulièrement éprouvé. Ainsi que l'en autorisait la section 111(1) de la loi, il formula un recours devant la Haute Cour contestant la validité de la victoire déclarée de son opposant à l'élection. Le greffier de la cour n'a pas, conformément aux dispositions de la section 111(2) de la loi, fixé la date de l'audience. La sous section, telle qu'amendée par les lois électorales (amendements divers), loi de 2001, stipule:

(2) Le greffier ne fixe pas la date d'audience d'une affaire électorale à moins que le requérant n'ait payé à la cour à titre de caution une somme de cinq millions de shillings concernant le recours électoral formulé.

[3.] Le requérant, qui n'a pas versé la caution exigée, a décidé de déposer, conformément l'article 30(3) de la Constitution et la section 4 de la loi de 1994 sur les droits fondamentaux et leur application, une plainte contestant la constitutionnalité de la sous section et demandant à la cour de déclarer que ladite disposition légale est inconstitutionnelle.

...

[19.] Nous suggérons, avant même d'aller à l'examen de la justesse ou non des arguments de la défense, de rappeler les principes

généraux qui gouvernent l'interprétation de la Constitution qui, à notre sens, sont pertinents dans le règlement des questions soulevées par la défense dans ce pourvoi. Ces principes pourraient, par besoin de concision, être formulés comme suit. Premièrement, la Constitution de la République unie de Tanzanie est un instrument vivant, ayant une âme et une conscience propres ainsi que reflétées dans le préambule et les Objectifs fondamentaux et Principes directeurs de politique de l'État. Les tribunaux doivent, par conséquent, s'efforcer d'éviter de la paralyser en l'interprétant par des complexités juridiques ou avec une étroitesse d'esprit. Elle doit être interprétée à temps dans les nobles desseins pour lesquelles les constituants l'ont rédigée. Ainsi interprété, l'instrument devient une solide fondation de la démocratie et de l'État de droit. Comme l'a si bien affirmé M. Justice EO Ayoola, un ancien Président de la Cour suprême de Gambie, dans sa communication présentée au séminaire sur l'indépendance du judiciaire, à Port Louis, Île Maurice, en octobre 1998: « Un exercice timoré et dénué d'imagination du pouvoir judiciaire d'interprétation constitutionnelle fait de la constitution un document dépassé et stérile. »

[20.] Deuxièmement, les dispositions touchant aux droits fondamentaux doivent être interprétées de manière large et généreuse, protégeant jalousement et développant ainsi les dimensions de ces droits et assurant que les peuples jouissent de leurs droits, que notre jeune démocratie non seulement fonctionne mais également grandisse, et que les vœux et aspirations majeures du peuple l'emportent. Les restrictions aux droits fondamentaux doivent être interprétées avec précision. Troisièmement, jusqu'à preuve de contraire, une loi est présumée constitutionnelle. C'est un principe clé d'interprétation constitutionnelle que, dans la mesure du possible, une loi doit être interprétée de manière à être applicable et non inopérante. Quatrièmement, du moment que, tel qu'expliqué un peu plus haut, il y a présomption de constitutionnalité d'une loi, excepté le cas où il est recouru à une clause limitative ou dérogoire comme base de constitutionnalité de la loi, la preuve pèse sur celui qui conteste cette constitutionnalité; il est tenu de réfuter la présomption. Cinquièmement, lorsque les tenants d'une restriction à un droit fondamental s'appuient pour ce faire sur disposition limitative ou dérogoire, la charge de la preuve pèse sur eux; ils sont tenus de justifier la restriction.

...

[27.] L'accès aux tribunaux est, sans aucun doute, une garantie cardinale contre les violations de ces droits, qu'ils soient fondamentaux ou pas. Sans le droit à l'accès aux tribunaux, il ne peut y avoir d'État de droit et, partant, de démocratie. Un tribunal est le « dernier recours de l'oppressé et du désemparé ». Quiconque en quête de justice devrait être en mesure de frapper aux portes des tribunaux et être entendu.

...

[34.] ... nous ne pouvons admettre que l'accès à la justice se résolve simplement à l'introduction de requêtes et au paiement de frais de justice. Le droit de recours ou d'accès aux tribunaux signifie davantage. Il comprend le droit à ce que sa cause soit entendue devant les tribunaux. Il n'est donc pas exact de prétendre que, le justiciable, une fois sa plainte déposée dans un contentieux électoral, a joui pleinement de son droit d'accès à la justice. L'accès à la justice ne se limite pas à la possibilité de frapper à la porte d'un tribunal. C'est bien plus.

...

[42.] L'abrogation de la disposition 11(3) et (4) des Règles a, comme nous nous sommes efforcés à le démontrer, judicieusement réparti les candidats concernés par les résultats d'une élection législative et ayant le droit de déposer un recours devant la Haute Cour en deux groupes distincts, notamment, ceux qui, parce qu'ayant les moyens de délaissier une caution de cinq millions de shillings, pourront faire examiner leur recours par la cour, et ceux qui, du fait de leur indigence, se verront fermer au nez les portes de la justice. Ce n'est pas un principe de droit que toutes les lois soient d'application universelle ou que l'État n'a aucun pouvoir pour distinguer ou classer les personnes ou les choses pour les besoins de législation. Ce que requiert la loi, c'est que toute classification ou différenciation doit avoir une cause connexe au but visé par la législation concernée. Ce qui est interdit par l'article 13 de la Constitution est la législation par classe et non la classification raisonnable. Le pouvoir législatif de différenciation ou de classification est important, en ce que, comme le Professeur MP Jain l'affirme dans son ouvrage *Indian constitutional law* (4ème Ed) page 472:

Tous ne sont pas égaux par nature, réalisation ou circonstances. Les besoins variables de différentes classes ou sections de la société appellent un traitement différencié et séparé. Le législateur est tenu d'aborder divers problèmes posés par une variété infinie de relations humains. Il doit, par conséquent, avoir nécessairement le pouvoir d'adopter des lois pour réaliser des objectifs spécifiques et, à cet effet, de distinguer, sélectionner et classer les personnes et les choses auxquelles ses lois s'appliqueront.

[43.] Il revient, bien entendu, aux tribunaux de décider si une classification adoptée par une loi est raisonnable ou non. L'antenne judiciaire doit être sensible à toute classification en vue de s'assurer que cette classification est rationnelle. Pour être assuré d'un avenir radieux, un pays doit avoir ses fondations de justice et d'égalité franchement et solidement ancrées. Il est salutaire de se rappeler - et nous faisons gracieusement nôtres les affirmations de Rahman J dans l'affaire *Farooque* (*supra*) paragraphe 28:

Si la justice n'est pas d'accès facile et égal pour tout citoyen, on peut difficilement prétendre à un État de droit. Si l'accès à la justice est limité aux classes les plus fortunées, les plus nanties et les plus puissantes de la société, alors les pauvres et les démunis n'auront aucun

intérêt dans l'État de droit et serait davantage promptes à s'y opposer. Un prompt et égal accès à la justice est une condition *sine qua non* pour le maintien de l'État de droit. Lorsqu'il existe une Constitution écrite et une justice indépendante et que les violations subies par une classe sociale ont la possibilité d'être relevées et étalées publiquement devant un tribunal, alors il y a possibilité d'un plus grand respect de l'État de droit.

[44.] Plaider de manière frivole et vexatoire est, nul doute, chose détestable. Toutefois, la manière appropriée de lutter contre ce mal n'est pas de fermer les portes de la justice mais d'invoquer les pouvoirs juridictionnels et légaux des cours pour enrayer des actes de cette nature. Les portes de la justice doivent toujours être maintenues ouvertes à l'homme ou la femme les plus démunis de ce pays. La section 111(2) de la loi est susceptible de paralyser les recours formulés de bonne foi par des personnes indigentes.

[45.] Après due considération des arguments de la défense, nous sommes satisfaits, pour les raisons que nous nous sommes efforcés d'exposer, que Kyando et Ihema, JJ, n'ont pas dit le droit en décidant, comme ils l'ont fait, que la section 111(2) n'est pas inconstitutionnelle.

[46.] A notre sens, la disposition légale est une législation de classe. Elle est également arbitraire et les limitations qu'elle tend à imposer sur le droit fondamental à l'accès à la justice vont au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser l'objectif d'empêcher les abus de la procédure judiciaire. En langage clair, le Parlement a excédé ses pouvoirs en adoptant la disposition inconstitutionnelle. La compétence législative est limitée à l'adoption de lois conformes à la Constitution.

...

ZAMBIE

Banda c. l'État

RADH 2002 118 (HCZa 1999)

John Banda v The People
High Court, Lusaka, 29 novembre 1999
Juge: Chulu

Traitement cruel, inhumain ou dégradant (châtiment corporel, 10-13, 15, 19; droit absolu, 13, 16-18)

[1.] En l'espèce, le requérant a plaidé coupable et été condamné pour atteinte préméditée à la propriété. Le juge d'instance l'a condamné à un mois d'emprisonnement, peine qu'il a suspendue pour une période de douze mois. De plus, le juge d'instance a ordonné dix coups de bâton. C'est de cette dernière branche de la décision que le requérant fait appel.

...

[10.] Dans l'affaire *Adam Berejena*, l'accusé avait été jugé coupable du vol d'une moto et condamné à cinq années d'emprisonnement et dix coups de bâton. En annulant la sentence de châtiment corporel, la Cour suprême affirmait ceci:

Le châtiment corporel ... devrait être prononcé dans de rares espèces ... seulement dans les circonstances les plus graves, telles que la brutalité grave ou une explosion de crimes graves; la commission d'un crime ordinaire n'est pas suffisante. Nous estimons qu'à cette époque moderne, cette forme de sanction doit être découragée en Zambie. En effet, le législateur lui-même a fait du chemin dans ce sens à travers l'abolition récente des coups de bâton dans les espèces de vol.

[11.] Dans les affaires *Stephen Ncube v the State*; *Brown Ishuma v The State* et *Innocent Ndhlovu v The State* tirées de la jurisprudence zimbabwéenne et dont je me suis référé aux décisions *supra*, les trois accusés avaient été jugés coupables et condamnés à différentes peines d'emprisonnement en sus de six coups de chicotte pour avoir violé leurs victimes de jeune âge. La Cour suprême, siégeant en assemblée plénière, a retenu la défiance à la constitutionnalité d'une peine de coups de fouet. La cour a plutôt ordonné que le châtiment corporel soit supprimé des peines ...

[12.] Comme je l'ai indiqué plus haut, cette peine de châtiment corporel ne peut être maintenue parce qu'elle est inhumaine, dégradante et de nature barbare. Je confirme donc la décision d'appel et annule la peine de dix coups de bâton à laquelle la cour inférieure a condamné le requérant.

[13.] En ce qui concerne le second moyen, M. Chanda soutient que les sections 24(c) et 27 du Code pénal sont en conflit avec l'article 15 de la Constitution qui garantit la protection de la personne humaine contre des traitements inhumains, et qu'en tant que tel, cette cour doit déclarer lesdites sections inconstitutionnelles et qu'il échet de les supprimer du Code pénal. D'autre part, le procureur de la République siégeant dans l'affaire, M. Mukelabai, soutient que l'État admet que le châtiment corporel peut en effet être décrit comme inhumain et dégradant aux termes de l'article 15 de la Constitution. Toutefois, il soutient ensuite que, étant donné que toutes les dispositions relatives à la Déclaration des droits dans la partie III de la Constitution sont susceptibles de dérogation, c'est également le cas pour l'article 15. M. Mukelabai affirme que ces dérogations sont prévues pour assurer que la jouissance des dits droits par un individu ne porte préjudice aux droits et libertés d'autrui ou à l'intérêt public.

[14.] Considérant les textes portés à mon attention, je m'empresse de souligner que la constitution républicaine, qui est la Constitution écrite de la Zambie, est la loi suprême de l'État, et qu'en conséquence toutes les autres lois tirent d'elle leur force de loi, et lui sont donc inférieures. Cela étant le principe juridique, il ne saurait alors subsister de doute sur le fait qu'à moins de réviser la Constitution sur ce point spécifique, toute disposition d'un acte du Parlement qui enfreint aux dispositions de la Constitution est nulle et de nul effet.

[15.] L'article 15 de la Constitution est formulé dans un langage très clair et sans ambiguïté que nul ne sera soumis à la torture ou à des châtiments inhumains ou dégradants ou traitements similaires. A l'opposé, il ne fait aucun doute que les dispositions des sections 24(c) et 27 du Code pénal qui autorisent l'infliction ou l'imposition au délinquant du châtiment corporel, sont en conflit total avec les dispositions ci-dessus de l'article 15 de la Constitution. En l'état, il n'y aucune preuve au dossier que l'article 15 de la Constitution a été révisée conformément à l'article 79 fixant la procédure rigoureuse exigée pour procéder à un tel amendement. De même, le Code pénal lui-même ne fait nulle part référence à la révision de la Constitution.

[16.] M. Mukelabai, dans son mémoire, développe que l'article 15, comme tous les autres articles de la Constitution sous la partie III est susceptible de dérogation. M. Chanda, au contraire, demande vivement à la Cour de noter le fait qu'il n'existe aucune dérogation aux dispositions dudit article 15 de la Constitution. J'ai cité *in extenso* ci-dessus, les dispositions de cet article et je conviens entièrement avec la déclaration de M. Chanda que cet article précis, contrairement aux autres articles de la partie III de la Constitution, ne fait aucune dérogation ou exception de quelque manière que ce soit.

[17.] Juste par intérêt, j'ai revisité la disposition de l'ancienne Constitution de 1973 et celle de la Constitution de 1991, pour vérifier la formulation de la disposition correspondant à l'article 15 de la Constitution en vigueur. Le trait distinctif de la Constitution de 1973 est que l'article 17, qui correspond à l'actuel article 15, était subdivisé en deux parties. Il stipule:

17(1) Nul ne sera soumis à la torture ou à toute peine ou autres traitements inhumains ou dégradants. (2) Toute disposition d'une loi ou action accomplie conformément à une loi sera déclarée contraire ou non conforme à la présente disposition dans la mesure où il est avéré que ladite loi autorise l'infliction d'un châtement légalement autorisé en Zambie précédemment à l'entrée en vigueur de cette Constitution.

[18.] D'autre part, l'analyse d'une disposition similaire de l'article 15 de la Constitution de 1991 révèle que la clause de sauvegarde qui existait dans la Constitution de 1973 a été abandonnée. Cette situation a été maintenue par le Parlement dans la Constitution républicaine en vigueur. Quelque fut la raison de cet abandon de la clause de sauvegarde dans les deux constitutions successives, le Parlement doit avoir eu de bonnes raisons de procéder ainsi et il ne revient pas à cette Cour de mettre en doute sa sagesse. Le devoir de cette cour est simplement d'interpréter la loi telle qu'elle est écrite.

[19.] Tout ceci est pour signifier que les sections 24(c) et 27 du Code pénal se trouvent en conflit direct avec et en violation des dispositions de la loi suprême, notamment l'article 15 de la Constitution.

...

[22.] Toutes les circonstances de l'espèce considérées, et après l'étude avisée de la loi à ma connaissance, je suis entièrement d'avis avec l'avocat senior de la défense lorsqu'il soutient que la Constitution ne prévoit aucune dérogation aux dispositions de l'article 15. Il s'ensuit donc que puisqu'il s'agit de la loi suprême de l'État, ses dispositions ne peuvent être subordonnées à celles d'aucune autre loi. Par ces motifs, je déclare les sections 24(c) et 27 du Code pénal en conflit direct avec l'article 15 de la Constitution. A cet effet, je déclare que lesdites sections 24(c) et 27 du Code pénal, chapitre 87 sont inconstitutionnelles et par conséquent nulles et de nul effet et doivent être supprimées du Code pénal.

ZIMBABWE

Biti et Autre c. Ministre de la justice et Autre

RADH 2002 121 (CSZw 2002)

Tendai Laxton Biti & The Movement for Democratic Change v The Minister for Justice, Legal and Parliamentary Affairs & the Attorney-General

Cour suprême, 27 février 2002

Juges: Ebrahim, Sandura, Cheda, Ziyambi et Malaba

Extrait: Ebrahim avec voix concordantes de Sandura, Cheda et Ziyambi

Suprématie Constitutionnelle (36)

Ebrahim

...

Faits

...

[9.] Les requérants se plaignent de ce que la manière dont la troisième lecture du projet de loi sur l'amendement des lois d'application générale a été faite pour une seconde fois par le Parlement ne leur a pas accordé due application et protection de la loi et a manqué de suivre la procédure juridique normale, en ce que les dispositions de la Constitution du Zimbabwe et des décisions de justice ont été violées et qu'en conséquence le projet de loi sur l'amendement des lois d'application générale n'a pas été correctement adopté par le Parlement et constitue une législation nulle ...

Juridiction des tribunaux

[32.] Le bon sens suggère qu'il est exigé du Parlement de se conformer à ses propres règlements relatifs à l'adoption des lois. Ce principe renvoie aussi loin qu'à la décision dans l'affaire *Minister of the Interior and Another v Harris and Others* 1952 (4) SA 769 (A), dans laquelle la Division d'appel a annulé une loi prise par le gouvernement nationaliste en Afrique du Sud pour créer une Haute cour parlementaire en vue d'annuler une décision antérieure de la Division d'appel relative aux droits de vote des personnes non blanches, voir *Harris and Others v Minister of the Interior and Another* 1952 (2) SA 428 (A).

[33.] Dans d'autres juridictions, les cours ont appliqué le principe selon lequel la loi qui est adoptée par un organe législatif en méconnaissance de la loi en vigueur sur l'adoption des lois sera déclarée nulle et de nul effet par les tribunaux, même le cas où la Constitution prévoit un régime de démocratie parlementaire. Voir *Attorney-General of New South Wales v Trethowan* [1932] AC 526 (PC, Australia); *Bribery Commissioners v Ranasinghe* [1965] AC 172, [1963] 2 All ER 785 (PC, Ceylon); *R v Mecure* [1988] 1 SCR 234 (Cour suprême du Canada); et *Re Manitoba Language Rights* [1985] 1 SCR 721 (Cour suprême du Canada)

...

[36.] Dans une démocratie constitutionnelle ce sont les tribunaux, et non le Parlement, qui déterminent la légalité des actes des institutions, y compris le Parlement.

...

[43.] Je suis d'avis que cette cour a non seulement le pouvoir mais également le devoir de décider si oui ou non il a été légiféré tel que prescrit par la Constitution. Le Parlement ne peut que se conformer à ce que la loi, et en particulier la Constitution, autorise.

[44.] La manière dont il a été procédé à la troisième lecture du projet de loi sur l'amendement des lois d'application générale le 10 janvier 2002 est contraire à la Constitution et la loi appropriée et n'a pas été en conséquence valablement adoptée.

...