



RAFAË BEN ACHOUR\*

## INTER-FERTILISATION JURISPRUDENTIELLE: QUAND LE JUGE DE LA COUR AFRICAINE DIALOGUE AVEC SES HOMOLOGUES EUROPEEN ET INTERAMERICAIN

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. L'inter-fertilisation, entre prescriptions normatives et contraintes globalisantes. – 3. Une double approche directe et indirecte à l'inter-fertilisation. – 3.1. La référence directe. – 3.2. La référence indirecte. – 4. L'inter-fertilisation par une revue empirique. – 5. Une inter-fertilisation interprétative, non forcément conclusive. – 6. Conclusion.

### 1. Introduction

Cette contribution porte sur ce que la doctrine qualifie désormais de «dialogue des juges», expression à laquelle nous avons préféré, à l'occasion de ce forum international qui réunit les trois cours continentales des droits de l'homme, une expression à notre avis beaucoup plus suggestive et précise, à savoir: «l'inter-fertilisation jurisprudentielle». Il s'agit en effet d'un enrichissement réciproque «des jurisprudences» – par un commerce fait d'emprunt et d'inspiration dont le but ultime est de consolider l'action juridictionnelle.

De prime abord, il y a lieu de rappeler l'importance de la jurisprudence dans l'interprétation et la formation du droit mais en outre dans sa consolidation, son application, son harmonisation et sa pérennisation. C'est ce que le Doyen Sadok Belaïd appelait le *pouvoir créateur et normatif du juge* dans une remarquable thèse soutenue à Paris et publiée en 1970<sup>1</sup>.

Si l'histoire du droit est marquée, à titre d'illustration, par la formation fortement prétorienne du droit de la responsabilité civile ou du droit administratif dans la tradition continentale ou civile, on sait également que le droit anglo-saxon est solidement ancré dans le précédent jurisprudentiel constant et soutenu par l'enrichissement chronologique d'une décision après une autre, le *stare decisis*. Par ailleurs, la nécessité d'harmonisation de la jurisprudence encourage constamment une convergence des pratiques de tradition juridique continentale ou civile vers celles des pays anglo-saxons.

---

\* Juge de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Professeur émérite, Université de Carthage.

<sup>1</sup> S. BELAÏD, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, thèse de doctorat, Droit, Paris, 1970, L. G. D. J., Bibliothèque de philosophie du droit, n° 17, 1974.

Mais cet état de fait du droit jurisprudentiel n'est pas exclusif du droit national. Le droit international, notamment celui des droits de l'homme, qui a largement emprunté aux règles nationales, s'est lui aussi bâti sur l'ingéniosité prétorienne. En somme, ce qu'une certaine partie de la doctrine a appelé le «commerce jurisprudentiel»<sup>2</sup> a joué un rôle d'importance capitale dans la construction du droit international public de manière générale et du droit international des droits de l'homme en particulier, notamment quant à son interprétation et pour son application<sup>3</sup>.

Pour en arriver à la question que soulève la présente réflexion, elle revient à une analyse de l'inter-fertilisation telle que pratiquée par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (la Cour africaine). On peut en discuter autour de quatre axes: *a)* les raisons ayant pu motiver la référence par la Cour africaine à la jurisprudence des deux autres Cours; *b)* les modèles de références adoptés par la Cour africaine à cet égard; *c)* les illustrations de cette référence; et enfin, *d)* les divergences avec la pratique des deux autres juridictions.

## 2. L'inter-fertilisation, entre prescriptions normatives et contraintes globalisantes

Pour répondre à la question de savoir pourquoi la Cour africaine se réfère à la jurisprudence de ses consœurs européenne et interaméricaine, il faut tout d'abord rappeler pourquoi la Cour africaine recourt à la jurisprudence extérieure en général, et à celle des autres cours régionales en particulier. Une telle pratique se fonde sur une double exigence de respect des normes et de contextualisation imposée par les exigences de la globalisation du droit.

En ce qui a trait aux normes, la Cour africaine fait référence à la jurisprudence extérieure parce ses textes fondateurs l'y autorisent. On note ainsi que les articles 3 et 7 du Protocole portant création de la Cour africaine<sup>4</sup> confèrent compétence à la juridiction pour appliquer la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (la Charte), le Protocole lui-même et tous autres instruments pertinents relatifs aux droits de l'homme auxquels l'État concerné est partie.

Il est utile de rappeler, sur ce point, que dans son arrêt *APDH c. Côte d'Ivoire*<sup>5</sup>, la Cour a conclu qu'un instrument des droits de l'homme est celui qui, par son objet et dans son esprit, «se distingue soit par une énonciation expresse de droits subjectifs au profit des

---

<sup>2</sup> Voir L. HENNEBEL, A. VAN WAEYENBEGE, *Réflexions sur le commerce transnational entre juges*, in I. HACHEZ et al. (sous la direction de), *Les sources du droit revisitées*, 2013; A.-M. SLAUGHTER, *A typology of Transjudicial Communication*, in *University of Richmond Law Review*, 1994, p. 99.

<sup>3</sup> Voir M. KILLANDER, H. ADJOLOHOUN, *International law and domestic human rights litigation in Africa: An introduction*, in M. KILLANDER (eds.), *International law and domestic human rights litigation in Africa*, Pretoria, 2011, pp. 3-22.

<sup>4</sup> Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée le 9 juin 1988, entrée en vigueur le 25 janvier 2004. Au 30 juin 2021, 31 États sont parties au Protocole.

<sup>5</sup> *Actions pour la protection des droits de l'homme c. Côte d'Ivoire* (fond) (18 novembre 2016), in 1 *RJCA* 697.

individus ou groupes d'individus, soit par la prescription à l'égard des États d'obligations impliquant la jouissance conséquente des mêmes droits»<sup>6</sup>.

C'est par à l'aune de cette interprétation que la Cour a fait application de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance<sup>7</sup> comme étant un instrument des droits de l'homme en ce que l'obligation, par exemple, de créer des organes indépendants en charge des élections induit un droit individuel de jouir d'élections organisées de façon libre et transparente.

La fondation normative de la référence aux sources jurisprudentielles extérieures s'étend à l'article 66 de la Charte. Les dispositions dudit article prévoient que le champ d'application matériel de la Charte pourrait être étendu par d'autres instruments à adopter ultérieurement sous l'égide de l'Union africaine.

Par ailleurs, les articles 60 et 61 de la Charte permettent à la Cour africaine, dans l'exercice de son mandat de protection des droits de l'homme, de s'inspirer d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme et des peuples ainsi que de toute autre source de droit international, y compris bien évidemment la jurisprudence<sup>8</sup>.

On peut avancer qu'en vertu d'une application conjointe de l'ensemble des dispositions ci-dessus rappelées, la compétence matérielle de la Cour africaine est particulièrement plus étendue que celle de ses consœurs européenne et interaméricaine. Cette fondation normative qui légitime le recours à la jurisprudence extérieure est doublée d'une exigence pour la Cour africaine de s'aligner sur les contraintes d'une globalisation croissante du droit et de son application.

L'approche globalisante de la référence aux sources jurisprudentielles externes est fondée dans les principes d'universalité et d'interdépendance des droits de l'homme et des peuples tels qu'ils ont été adoptés, par exemple, au titre du Plan d'action de Maurice (*Grand Bay Plan*, 1999)<sup>9</sup>. Les principes qui se dégagent du Plan d'action de Grand Bay recommandent en effet que la Cour africaine développe une ouverture prétorienne à la jurisprudence d'autres juridictions notamment internationales et ayant compétence en matière de droits de l'homme.

C'est la même perspective globalisante qui se traduit par ce que la Juge Mastracci du Conseil constitutionnel français appelle «l'ouverture ignorée» et qui sous-tend «la force de la création prétorienne à l'échelle constitutionnelle»<sup>10</sup>. L'évolution du droit, peut légitimement faire conclure que le juge, aujourd'hui, est inévitablement «sensible à l'ère du temps»<sup>11</sup>. L'ère du temps s'entend manifestement de l'ère de la mondialisation du droit, de sa pratique et dès lors de la jurisprudence.

Les contraintes ainsi évoquées s'expliquent par le fait que la Cour africaine n'a pas la prérogative exclusive de l'interprétation et de l'application des instruments relatifs aux droits de l'homme qui relèvent de sa compétence matérielle surtout que l'article 3 de son Protocole lui confère autorité sur les normes onusiennes et régionales africaines. À cet égard, elle est naturellement portée et bien-fondée à s'inspirer des décisions rendues par des juridictions qui, en

<sup>6</sup> *Ibid.*, § 57.

<sup>7</sup> Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance adoptée le 30 janvier 2017, entrée en vigueur le 15 février 2012.

<sup>8</sup> Voir F. OUGUERGOUZ, *Les articles 60 et 61 de la Charte africaine des droits et devoirs de l'homme et des peuples*, in L. BURGORGUE-LARSEN (sous la direction de), *Les défis de l'interprétation et de l'application des droits de l'homme, de l'ouverture au dialogue*, Paris, 2017, pp. 135-156.

<sup>9</sup> Adoptée par la première Conférence ministérielle de l'OUA sur les droits de l'homme en Afrique réunie à Grand Baie (Maurice) du 12 au 16 avril 1999.

<sup>10</sup> Voir N. MAESTRICCI, *L'ouverture implicite aux sources extérieures, le cas de la France*, in L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, pp. 160-168; D. F. MELEDJE, *L'ouverture ignorée aux sources extérieures, le cas de la Côte d'Ivoire*, in L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, pp. 169-178.

<sup>11</sup> Voir N. MAESTRICCI, *op. cit.*, p. 159.

la précédant dans l'activité prétorienne, ont développé un *corpus* jurisprudentiel consolidée sur un ensemble de normes communes à tous les instruments relatifs aux droits de l'homme notamment ceux adoptés aux niveaux régionaux en Afrique, en Europe et dans les Amériques.

D'un point de vue pratique, l'ouverture à la jurisprudence extérieure est motivée par les besoins d'harmonisation de la jurisprudence, d'amélioration de la qualité des décisions en matière de motivation et de célérité dans la délibération et le prononcé des décisions. Ces déterminants s'appliquent à la Cour africaine.

Les mesures ordonnées dans de nombreuses affaires dont elle a connu montrent à suffisance que la Cour africaine s'est imposée comme une coordonnatrice juridictionnelle des droits africains des droits de l'homme. Participent à ce mouvement des mesures telles que la dépenalisation des délits de presse dans l'affaire *Lobé Issa Konaté c. Burkina Faso*, l'harmonisation de l'âge du consentement au mariage dans l'affaire *APDF et IHRDA c. Mali* ou encore l'observance du principe d'équilibre d'impartialité dans l'affaire *APDH c. Côte d'Ivoire*. L'œuvre d'harmonisation de la Cour africaine réside en ce qu'elle s'est prononcée sur l'acceptation unifiée que devrait avoir les Etats des normes de la Charte africaine dans leur mise en œuvre au plan national, les décisions concernées réglant des réalités bien souvent communes à de nombreux pays de la région.

Dans la même veine, on peut indiquer de façon générale que qualité des décisions et célérité accrue des procédures ont marqué la pratique de la Cour africaine à l'aune de l'inter-fertilisation. Il suffit pour le vérifier de se référer à la richesse des premiers volumes déjà publiés du Recueil de jurisprudence de la Cour africaine incluant les décisions rendues par la juridiction jusqu'en 2019<sup>12</sup>.

Par cette approche d'ouverture aux décisions d'autres organes de protections des droits de l'homme, la Cour africaine s'est employée à développer *ab initio* une interprétation originale du droit applicables devant elle. Cette tendance au libéralisme jurisprudentiel a permis à la Cour de dire le bon droit mais également de réinvestir sa plus-value de fertilisation dans le commerce jurisprudentiel international des droits de l'homme.

Le fondement de la référence par la Cour africaine aux sources jurisprudentielles externes est établi. A l'aune de ce fondement, on peut s'intéresser aux moyens d'expression de cette référence.

### 3. Une double approche directe et indirecte à l'inter-fertilisation

Pour les besoins de la présente réflexion, nous n'insisterons que sur deux des plus importantes méthodes de référence adoptées par la Cour africaine. Il s'agit de la référence directe d'une part, et de la référence indirecte d'autre part<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Voir Cour africaine, *Recueils de jurisprudence*, Volume 1 (2006-2016) <https://www.african-court.org/wpafc/recueil-de-jurisprudence-de-la-cour-africaine-volume-1-2006-2016/?lang=fr> ; Volume 2 (2017-2018) <https://www.african-court.org/wpafc/recueil-de-jurisprudence-de-la-cour-africaine-volume-2-2017-2018/?lang=fr> ; Volume 3 (2019) <https://www.african-court.org/wpafc/category/publications/> (consulté le 22 septembre 2021).

<sup>13</sup> Voir R. BEN ACHOUR, *La mobilisation des sources extérieures par la Cour africaine, l'exemple de la liberté d'expression*, in L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, pp. 234-239.

### 3.1. *La référence directe*

En application de la référence directe, une juridiction a recours à la jurisprudence d'autres juridictions dans la construction proprement dite du raisonnement ou de la motivation qui va aboutir à la réponse au problème juridique posé ou à la détermination de la conclusion adoptée. La Cour africaine applique ce modèle par exemple dans l'arrêt *Norbert Zongo c. Burkina Faso* (réparation, 5 juin 2015) où, comme en règle générale, elle cite, dans le corps de la décision, des extraits de décisions rendues par les Cours européenne et interaméricaine avant d'en indiquer les références expresses dans les notes de bas de page<sup>14</sup>.

Sous ce modèle, on retient de façon notable que le recours à la jurisprudence extérieure a primauté de référence, forme l'essence même du raisonnement et soutient directement la conclusion de la Cour sur la question examinée. En principe général, le mode de référence direct a cours largement dans la première décennie de jurisprudence de la Cour africaine. L'analyse y revient plus amplement dans la suite de cette contribution.

### 3.2. *La référence indirecte*

S'agissant du modèle de référence indirecte, le recours à la jurisprudence d'autres juridictions vient à l'appui de la position de la Cour africaine. La source externe n'est alors que subsidiaire à une jurisprudence bien souvent d'introspection puisque la Cour cite ses propres précédents avant de les corroborer par ceux des Cour européenne interaméricaine des droits de l'homme.

C'est cette pratique qui s'illustre lorsque la Cour fait recours à la jurisprudence extérieure ou étrangères par une indication en note de bas de page flanquée traditionnellement de la mention « voir aussi ... ». On note par exemple que dans l'affaire *Ingabire Victoire Umubozza c. Rwanda* (réparations, 2 décembre 2018), la Cour africaine cite l'arrêt de la CIADH dans l'affaire *Lori Berenson c. Pérou* (25 novembre 2004) et celui de la CEDH dans l'affaire *Murat Vural c. Turquie* (21 octobre 2014) pour appuyer sa conclusion selon laquelle le préjudice moral est présumé dans certaines situations notamment la mauvaise condition de détention de la victime, son isolement ou la privation de nourriture.

Il est à noter que même en appliquant la référence directe, la Cour africaine peut éventuellement adopter la position jurisprudentielle d'emprunt ou ne pas l'accepter. Le mode référence ne détermine donc pas la conclusion de la Cour sur la question examinée, la source extérieure n'étant que d'interprétation et non de résolution.

Les références directe et indirecte constituent les deux modes les plus importants de recours à la jurisprudence extérieures dans la pratique de la Cour africaine. Il est proposé ici une sélection la plus pertinente possible de décisions illustrant les deux modes de référence.

## 4. *L'inter-fertilisation par une revue empirique*

La relecture jurisprudentielle proposée ci-après permet d'illustrer plus amplement les deux principaux modèles de référence évoqués plus haut. Dans un tel exercice, il n'a pas été possible de faire l'impasse sur la référence aux décisions de la Commission africaine des droits

<sup>14</sup> *Zongo* (réparations), §§ 24, 29, 47, 48.

de l'homme et des peuples (la Commission africaine) eu égard aux relations de complémentarité entre les deux institutions du système africain des droits de l'homme.

Tout en discutant principalement la référence aux Cours européenne et interaméricaine, il y a lieu en tant que de nécessaire, de renvoyer à l'œuvre d'interprétation de la Commission africaine ou même, quelques fois, par approche comparée, à celle de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) ou de la Cour internationale de justice (CIJ) et du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

Il est utile d'indiquer que la Cour africaine ne dispose pas de critères formels pour déterminer les décisions qu'elle choisit de citer parmi celles émanant des autres juridictions. En revanche, un examen de la jurisprudence de la Cour laisse émerger un certain nombre de tendances :

i. La Cour a tendance à se passer de citer la jurisprudence d'autres juridictions au profit de sa propre jurisprudence lorsqu'il s'agit de dispositions conventionnelles ne posant pas de problèmes d'interprétation. C'est particulièrement le cas pour les décisions relatives à la compétence.

ii. La Cour accorde une attention primordiale à la jurisprudence de la Commission africaine lorsqu'elle cite concomitamment la jurisprudence d'autres juridictions. Une telle tendance s'explique évidemment par le fait que la Commission a précédé la Cour dans son fonctionnement, que les deux institutions interviennent dans le même système et qu'en vertu des articles 60 et 61 de la Charte, elles appliquent essentiellement les mêmes instruments substantiels, en particulier la Charte. Ceci dit, la Cour africaine fait un recours quasi systématique à la jurisprudence des Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme en complément à la jurisprudence de la Commission africaine.

iii. Sur les questions afférentes essentiellement au droit international général, la Cour africaine accorde préférence à la CPJI ou la CIJ. Par exemple, dans l'affaire *Mtikila c. Tanzanie* (réparations, 13 juin 2014), elle a cité la décision de la CPJI dans l'affaire *Usine de Chozów (Allemagne c. Pologne, 13 septembre 1928)* en déterminant les conditions de la responsabilité internationale des États. La Cour africaine a également cité l'avis de la CIJ sur les *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies* (1949) pour conclure dans l'affaire *Femi Falana c. Union africaine* (compétence, 26 juin 2012) que les instruments relatifs aux droits de l'homme ne s'appliqueraient à l'UA que si elle y était partie.

iv. La Cour africaine fait une référence complémentaire de la jurisprudence de la CPJI/CIJ avec celles des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme. Par exemple, dans l'affaire *Zongo et autres c. Burkina Faso* (réparations, 5 juin 2015), la Cour a renforcé la jurisprudence de la CPJI sur la responsabilité internationale des États en citant la décision de la CIADH dans l'affaire *Ticana Estrada et autres c. Bolivie* (27 novembre 2008).

v. En appliquant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), la Cour africaine tend à faire préférence à la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies (CDH). Dans l'affaire *Commission africaine des droits de l'homme et des peuples c. Libye* (fond, 3 juin 2016), la Cour africaine, en appliquant l'article 9 du PIDCP, a cité la décision du CDH dans l'affaire *Marlem Carranza Allegri c. Pérou* (28 octobre 2005)<sup>15</sup> pour conclure que l'arrestation et la détention constituent une violation du droit à la liberté et à la sécurité du requérant<sup>16</sup>. Même si primeur est faite au CDH, la

<sup>15</sup> Communication No. 1126/2002.

<sup>16</sup> *Commission africaine (Saïf Kadhafi) c. Lybie*, §§ 78-85. Voir également, *Alex Thomas c. Tanzanie* (fond, 20 novembre 2015) §§ 90, 97, 98 et *Umubozza c. Rwanda* (fond, 24 novembre 2017) §§ 133, 138.

jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme est convoquée en complément. On le note bien dans l'arrêt *Commission africaine (Saif Kadhafi) c. Lybie* cité plus haut<sup>17</sup> et dans l'arrêt *APDH c. Côte d'Ivoire* (fond, 18 novembre 2016)<sup>18</sup>.

vi. Dans la décision par laquelle elle établit sa propre jurisprudence, la Cour africaine va recourir au mode de référence directe en citant abondamment la jurisprudence d'autres juridictions dans le corps de l'arrêt pour ensuite s'y appuyer, pour conclure sur la question soulevée.

a. Ainsi, elle a cité la jurisprudence d'autres juridictions directement pour la première fois dans l'affaire *Mtikila c. Tanzanie* (fond, 14 juin 2013) en se prononçant sur les recours internes à épuiser quant aux critères de disponibilité, d'efficacité et de suffisance. À cette fin, la Cour africaine a d'abord fait référence aux décisions de la Commission dans les communications *Cudjoe c. Ghana* (5 mai 1999) et *Dawda Jawara c. Gambie* (11 mai 2000). A l'appui de ces décisions, elle a cité la jurisprudence de la CIADH (*Velasquez-Rodriguez c. Honduras*, 29 juillet 1988) et celle de la CEDH (*Adkivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996).

b. Pour déterminer les conditions de limitation des droits, la Cour africaine adopte un style de référence similaire. Elle cite d'abord les décisions de la Commission africaine dans les Communications *Media Rights Agenda et autres c. Nigéria* (31 octobre 1998) puis celles de la CEDH dans les affaires *Handysiation c. Royaume Uni* (7 décembre 1976), *Gilliv c. Royaume Uni* (24 novembre 1986) et les décisions de la CIADH (*Baena Ricardo et autres c. Panama*, 2 février 2001).

vii. Lorsqu'il n'existe pas de décisions pertinentes de la Commission, la Cour africaine cite directement les décisions de ses juridictions consœurs: la Cour européenne et la Cour inter américaine. Ainsi, dans l'affaire *Mtikila c. Tanzanie* (réparations, 13 juin 2014), elle a cité la décision de la CIADH dans l'affaire *Garrido et Baigoriria c. Argentine* (27 août 1998) pour conclure que les frais encourus devant les juridictions internes peuvent être inclus à titre de réparations du préjudice matériel subi.

viii. Dans le même ordre d'idées, la Cour africaine a cité expressément la décision de la CIADH dans l'affaire *Ivcher Bronstein c. Pérou* (6 février 2001) en soutien à l'application de l'article 56(2) de la Convention de Vienne, pour conclure qu'à des fins de sécurité juridique, le retrait de la déclaration prévue à l'article 34(6) du Protocole portant création de la Cour africaine prendra effet dans un délai d'un (1) an suivant le dépôt de l'instrument de retrait.

ix. La citation de la jurisprudence des juridictions consœurs est particulièrement plus expressive en ce qui concerne les réparations, étant donné que la jurisprudence de la Commission dans ce domaine n'est pas très consolidée. En conséquence, pour ce qui est des questions de réparation, la Cour africaine a abondamment cité les décisions des Cours européenne et interaméricaine. De la Cour interaméricaine, la Cour africaine a cité les arrêts rendus dans les affaires *Cantoral Bonavides c. Pérou* (3 décembre 2001); *Castillo-Paez c. Pérou* (27 novembre 1998); *Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre et al c. Pérou* (30 novembre 2001); *Caracazo c. Venezuela* (29 août 2002); *Mapiripán massacre c. Colombie* (15 septembre 2005); *Goburu et al. c. Paraguay* (22 septembre 2006). En ce qui concerne la Cour européenne, la Cour africaine a cité ses arrêts dans les affaires *Royaume Uni* (7 juillet 2011); *Comingersoll S.A. c. Portugal* (6 avril 2000); *Parti de la liberté et de la démocratie (Ozdep) c. Turquie*, (3 août 1999); *Varnava et autres c. Turquie* (18 septembre 2009); *Sahin c. Allemagne* (8 juillet 2003).

<sup>17</sup> *Ibid*, §§ 86-95.

<sup>18</sup> *APDH* (fond), §§ 137-151.

x. Il apparaît cependant que la Cour africaine n'a pas une ligne directrice figée lorsqu'elle fait référence à la jurisprudence étrangère. Dans certaines affaires, elle maintient cette référence même en présence de ses précédents sur les questions examinées. Par exemple, dans l'affaire *Zongo et autres c. Burkina Faso* (réparations, 5 juin 2015), la Cour africaine cite à nouveau la décision de la CPJI dans l'affaire *Usine de Chozów (Allemagne c. Pologne, 13 septembre 1928)* alors qu'elle avait déjà sa propre jurisprudence en la matière.

xi. Toutefois, depuis 2016, la Cour consolide la pratique consistant à se départir de la jurisprudence d'autres juridictions, particulièrement pour ce qui est des questions de compétence et de recevabilité. Dans les cas où elle cite la jurisprudence d'autres juridictions, la Cour procède par citation indirecte, en indiquant ladite jurisprudence dans la note de bas de page avec la mention « voir aussi ... ». Par exemple, dans l'affaire *Ingabire victoire Umubozza c. Rwanda* (réparations, 2 décembre 2018), la Cour cite l'arrêt de dans l'affaire *Lori Berenson c. Pérou* (25 novembre 2004) et l'arrêt de la CEDH dans l'affaire *Murat Vural c. Turquie* (21 octobre 2014).

Pour un aperçu plus exhaustif et une analyse quantitative, il pourrait être intéressant de consulter les statistiques révélant les modulations dans le temps de l'inter-fertilisation dans la pratique de la Cour africaine. A cet effet, les éléments d'appréciation sont proposés ci-après:

i. Commission africaine: entre 2006 et 2016, la Cour africaine a, dans 55 de ses décisions, fait référence à 27 décisions de la Commission. Les chiffres ont été de 11 décisions de la Commission citées dans 37 décisions de la Cour pour la période de 2017 à 2018. Enfin, entre 2006 et 2018, la Cour africaine a, dans 92 de ses décisions, fait référence à 37 décisions de la Commission.

ii. Cour interaméricaine: entre 2006 et 2016, 36 décisions de la Cour interaméricaine ont été citées dans 55 décisions de la Cour africaine. Au cours de la même période, la Cour africaine a cité deux décisions de la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Entre 2017 et 2018, 7 décisions de la Cour interaméricaine ont été citées dans 37 décisions de la Cour africaine. En résumé, entre 2006 et 2018, sur 92 décisions, la Cour africaine a cité 43 décisions de la Cour interaméricaine et deux décisions de la Commission interaméricaine des droits de l'homme.

iii. Cour européenne: entre 2006 et 2016, 49 décisions de la Cour européenne ont été citées dans 55 décisions de la Cour africaine. Les chiffres sont de 24 décisions de la Cour européenne citées dans 37 décisions de la Cour africaine pour la période de 2017 à 2018. En résumé, entre 2006 2018, dans ses 92 décisions, la Cour africaine a cité 73 décisions de la Cour européenne.

Dans une approche comparative, entre 2017 et 2018, la Cour africaine a fait référence à ses propres décisions au moins 156 fois dans plus de 37 décisions au total alors qu'elle a cité la Cour interaméricaine 7 fois et la Cour européenne 27 fois. À partir de 2017, la Cour a tendance à recourir davantage à sa jurisprudence en se passant de citer les décisions des deux juridictions consœurs.

On relève par ailleurs que ce commerce abondant ne rime pas systématiquement avec une influence des solutions retenues. Quelques illustrations de cette fracture sont proposées ci-après.



### 5. Une inter-fertilisation interprétative, non forcément conclusive

Bien que la Cour africaine fasse un recours abondant à la jurisprudence des juridictions consœurs, certains points de divergence sont perceptibles en la matière. La Cour a ainsi pu citer une source externe sans pour autant adopter la conclusion d'emprunt. De même, elle a pu faire référence à une norme conventionnelle et à la jurisprudence y attachée seulement en complément des dispositions moins explicites de la Charte mais sans nécessairement aboutir à une solution identique à celle d'emprunt. Il y a lieu de mettre en évidence ci-après les pratiques qui pourraient être considérées comme les plus importantes :

i. En ce qui concerne l'épuisement des recours internes, la Cour africaine partage avec les juridictions consœurs les mêmes exigences, à savoir le principe de subsidiarité selon lequel les juridictions internes doivent être saisies des affaires avant que les juridictions internationales ne le soient. Il en va de même pour les recours internes à épuiser qui devront être ordinaires, de nature judiciaire mais également être disponibles, efficaces et suffisants.

ii. Ceci dit, dans une approche *sui generis*, la Cour africaine a adopté ce qu'elle appelle la théorie du « faisceau de droits et garantis » en vertu de laquelle il n'est pas nécessaire que toutes les questions soulevées par le requérant aient été évoquées dans les procédures devant les juridictions nationales pour franchir l'exigence d'épuisement des recours internes. Selon la Cour, il suffira que les juridictions nationales aient pu ou dû avoir connaissance de la question concernée (par exemple, le défaut d'assistance judiciaire flagrante dans certaines procédures pénales), qu'elle soit réglemée par une prescription de droit national obligatoire (comme l'accès à un avocat ou un délai d'action) ou enfin que la même question soit tellement connectée à une autre question ayant expressément fait l'objet d'épuisement des recours internes que les deux questions font partie d'un faisceau de droits et garantis ne nécessitant plus l'épuisement sur la question implicite.

iii. Les mérites de la théorie de « faisceau des droits et garanties » sont indéniables. Dans le contexte du droit à un procès équitable, l'application qui est faite de la théorie par la Cour africaine oblige les juridictions nationales à être plus proactives pour soulever et régler les questions susceptibles de remettre en question l'équité procédurale en particulier dans les cas où le requérant n'est pas représenté par un avocat.

iv. Sur les questions liées spécifiquement à l'assistance d'un avocat par exemple, la Cour africaine a adopté une approche d'emprunt mais dans une finalité de contextualisation. Ainsi, dans l'affaire *Alex Thomas c. Tanzanie* (fond, 20 novembre 2015), la Cour africaine s'est inspirée des décisions de la Commission africaine<sup>19</sup> et du CDH<sup>20</sup> pour soutenir une application conjointe des articles 7(c) de la Charte et 14(3)(d) du PIDCP, la première norme ne prévoyant pas expressément l'assistance judiciaire au contraire de la seconde.

v. Dans certaines espèces, on note une inter-fertilisation aux fins d'enrichissement de la pratique d'emprunt. Ainsi, en s'inspirant des deux Cours consœurs, la Cour africaine a conclu que l'assistance judiciaire obligatoire devrait être accordée lorsqu'elle est justifiée par un intérêt de la justice. La Cour africaine a toute de même, comme elle l'a fait dans l'arrêt l'affaire *Onyango et autres c. Tanzanie* (fond, 18 mars 2016) renforcé les précédents pertinents en

<sup>19</sup> *Avocats sans frontières (au nom de Gaëtan Bwampanye) c. Burundi* (Communication No. 231/99).

<sup>20</sup> *Benham c. Royaume-Uni* (10 juin 1996) et *Anthony Currie c. Jamaïque* du 31 mars 1994.

introduisant une exemption de demander une assistance judiciaire dès lors que le requérant est indigent, que le crime est grave et que la peine applicable est lourde.

vi. Enfin, l'arrêt de la Cour africaine dans l'affaire *Mtikila c. Tanzanie* (fond, 14 juin 2013) est sans doute l'une des plus franches expressions de ce qu'inter-fertilisation ne rime pas forcément avec mimétisme jurisprudentiel. Pour justifier l'interdiction dans sa Constitution des candidatures indépendantes aux élections présidentielles, législatives et communales, l'Etat défendeur cite longuement la décision de la Cour interaméricaine dans l'affaire *Castañeda Gutman c. Mexique* (6 août 2008). Tout en suivant l'Etat défendeur quant à la pertinence de l'argumentaire déployé par la Cour interaméricaine dans ledit arrêt, la Cour africaine s'en départi toutefois quant à la conclusion.

vii. La Cour a effet considéré que les raisons historiques et sociales invoquées par l'Etat défendeur (à savoir la nécessité de consolider l'unité nationale, le fait d'avoir connu une guerre de sécession dans le passé, l'impératif de garantir un retour progressif au multipartisme) n'étaient pas suffisantes pour justifier l'interdiction des candidatures indépendantes aux élections.

## 6. Conclusion

En se fondant sur les normes applicables devant elles, la Cour africaine a adopté une approche libérale du champ large et divers de sa compétence matérielle. Dans une telle logique, elle s'est ouverte à la jurisprudence d'autres juridictions internationales et régionales notamment des droits de l'homme. La Cour africaine a tout de même exprimé une préférence pour la jurisprudence de la Commission africaine, de la CIJ et de la Cour européenne. Il est bien entendu que cette préférence a été modulée par les questions juridiques examinées selon qu'il s'est agi de contentieux de droits de l'homme au sens strict ou de problématiques juridiques afférentes au droit international public général.

D'un point de vue général, la Cour africaine semble avoir adopté une approche évolutive, mais logique, puis constante; celle de ne renoncer à citer la jurisprudence d'autres juridictions que pour les questions sur lesquelles elle dispose déjà d'une jurisprudence qui lui est propre. On pourrait en conclure que l'approche a été évolutive entre un libéralisme initial et une introspection subséquente justifiée notamment par l'affermissement jurisprudentiel.