

Opinion dissidente de M. le Juge Rafaâ Ben Achour

1. Je suis au regret de ne pas partager la décision de la Cour de rejeter la demande en indication de mesures provisoires formulée par le Requêteur XYZ dans l'affaire l'opposant à la République du Bénin (Requête n° 59/2019).

2. La demande du Requêteur consiste à ce que la Cour ordonne à l'Etat défendeur de :

« i. de surseoir aux travaux du Conseil d'Orientation et de Supervision (COS) installé par la Cour Constitutionnelle le 06 septembre 2019 et à la tenue des élections communales municipales et locales en attendant la décision sur le fond de la requête principale.

ii. de s'abstenir de tout acte ou de toute action qui pourrait causer des dommages irréparables et susceptibles de préjudicier irrémédiablement à la requête principale devant la Cour jusqu'à ce qu'elle ait statué sur ladite requête.

iii. de faire rapport à la Cour dans un délai qu'il plaira à la Cour de fixer. »

3. Avant de nous intéresser au cas présent, il y a lieu de relever que la plupart des juridictions internationales sont habilitées à prononcer des mesures provisoires ou conservatoires¹. Il en a été ainsi de la Cour permanente de justice internationale (CPJI). Il en est ainsi aujourd'hui de la Cour internationale de justice (CIJ)², de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)³ et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁴, de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)⁵, de la Cour de justice de la Communauté économique de l'Afrique de l'Ouest (CJCEDEAO)⁶. Il en est

¹ Cf. BERNRAHDT (Rudolf, Ed), *Interim Measures Indicated by International Courts*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 1994 ; COLLINS (Lawrence), « Provisional and Protective Measures in International Litigations », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1992, Vol 234, pp.

² Article 41 § 1 du Statut « La Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire ».

³ Article 99 du Règlement de la Cour : « 1. La chambre ou, le cas échéant, le président de la section ou un juge de permanence désigné conformément au paragraphe 4 du présent article peuvent, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure.

2. Le cas échéant, le Comité des Ministres est immédiatement informé des mesures adoptées dans une affaire.

3. La chambre ou, le cas échéant, le président de la section ou un juge de permanence désigné conformément au paragraphe 4 du présent article peuvent inviter les parties à leur fournir des informations sur toute question relative à la mise en œuvre des mesures provisoires indiquées.

4. Le président de la Cour peut désigner des vice-présidents de section comme juges de permanence pour statuer sur les demandes de mesures provisoires. »

⁴ Article 63 § 2 de la Convention : « Dans les cas d'extrême gravité requérant la plus grande célérité dans l'action, et lorsqu'il s'avère nécessaire d'éviter des dommages irréparables à des personnes, la Cour pourra, à l'occasion d'une espèce dont elle est saisie, ordonner les mesures provisoires qu'elle juge pertinentes. S'il s'agit d'une affaire dont elle n'a pas encore été saisie, elle pourra prendre de telles mesures sur requête de la Commission ».

Article 25 § 1 du Règlement : « 1. A tous les stades de la procédure, en cas d'affaires d'une extrême urgence et d'une extrême gravité, et lorsqu'il s'avère nécessaire de prévenir des dommages irréparables aux personnes, la Cour peut ordonner, *ex officio*, ou à la requête d'une partie, dans les conditions prévues à l'article 63.2 de la Convention, les mesures provisoires qu'elle juge pertinentes. »

⁵ Article 160 du Règlement de procédure de la Cour : « 1. Toute demande de sursis à l'exécution d'un acte d'une institution aux termes des articles 278 TFUE et 157 TCEEA n'est recevable que si le demandeur a attaqué cet acte dans un recours devant la Cour.

2. Toute demande relative à l'une des autres mesures provisoires visées à l'article 279 TFUE n'est recevable que si elle émane d'une partie à une affaire dont la Cour est saisie et si elle se réfère à ladite affaire ».

⁶ Article 79 du Règlement de procédure de la CJCEDEAO « Les demandes visées à l'article 20 du Protocole spécifient l'objet du litige, les circonstances établissant l'urgence, ainsi que les moyens de fait et de droit

également ainsi des organes « quasi juridictionnel » tels que le Comité des droits de l'homme⁷, le Comité contre la torture⁸ ou encore de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples⁹.

4. Le texte de référence pour la Cour de céans en matière de mesures provisoires est l'article 27 § 2 du Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples en date 9 juin 1998 portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après le Protocole) qui dispose que :

« Dans les cas d'extrême gravité ou d'urgence et lorsqu'il s'avère nécessaire d'éviter des dommages irréparables à des personnes, la Cour ordonne les mesures provisoires qu'elle juge pertinentes. »

5. Pour sa part, l'article 51 § 1 du Règlement intérieur de la Cour est venu préciser cette disposition du Protocole en ces termes :

« Conformément au paragraphe 2 de l'article 27 du Protocole, la Cour peut, soit à la demande d'une partie ou de la Commission, soit d'office, indiquer aux parties toutes mesures provisoires qu'elle estime devoir être adoptées dans l'intérêt des parties ou de la justice. »

6. En l'espèce, le Requérant critique la composition partisane de la Conseil d'Orientation et de Supervision (COS), et compte tenu de l'imminence de l'échéance électorale, prévue, en principe, pour le premier trimestre de l'année 2020, il craint que le temps que la Cour examine l'affaire au fond, il ne soit trop tard, c'est-à-dire que les élections se soient déjà tenues.

7. Pour rejeter la demande de mesures provisoires, la Cour estime que la question du sursis aux travaux du COS préjuge du fond de l'affaire et que les preuves de l'urgence et de la gravité de la situation n'ont pas été fournies par le Requérant :

« 23. La Cour note que la demande de mesures provisoires qui vise à suspendre le fonctionnement de la COS touche aussi la question du fond sur laquelle la Cour est appelée à se prononcer à l'avenir.

24. La Cour relève aussi que le Requérant ne fournit pas de preuves du caractère, urgent et grave et le risque de dommages irréparables que cette structure pourrait lui causer, comme cela est exigé par l'article 27 du Protocole.

25. Au vu de ce qui précède, la demande de mesures provisoires est rejetée. »

justifiant à première vue l'octroi de la mesure provisoire sollicitée. 2. La demande est présentée par acte séparé et dans les conditions prévues aux articles 32 et 33 du présent règlement ».

⁷ Article 92 du Règlement intérieur du Comité : « Avant de faire connaître à l'État partie intéressé ses vues définitives sur la communication, le Comité peut informer cet État de ses vues sur l'opportunité de prendre des mesures provisoires pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé à la victime de la violation alléguée. Ce faisant, le Comité informe l'État partie que l'expression de ses vues sur l'adoption desdites mesures provisoires n'implique aucune décision sur la communication quant au fond. »

⁸ Article 114 § 1 du Règlement du Comité : « 1. Le Comité, un groupe de travail ou le(s) Rapporteur(s) chargé(s) des nouvelles requêtes et des mesures provisoires de protection peut (peuvent), à tout moment après avoir reçu une requête, adresser à l'État partie intéressé une demande pressante afin qu'il prenne les mesures provisoires que le Comité juge nécessaires pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé à la victime ou aux victimes de la violation alléguée. »

⁹ Article 98 § 1 du Règlement de procédure de la Commission : « A tout stade de la Communication, et avant la décision sur le fond, la Commission peut, sur sa propre initiative ou à la demande d'une partie à la Communication, indiquer à l'État partie concerné aussitôt que l'exige la situation, les mesures conservatoires à adopter pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé à la ou aux victimes de la violation alléguée ».

8. Nous ne partageons pas l'opinion de la majorité, car il nous semble que la demande de mesures provisoires satisfait aux deux critères posés par l'article 27 § 2 du Protocole, à savoir, d'une part, « l'extrême gravité ou l'urgence » (I) et, d'autre part, la possibilité de « dommages irréparables » (II), étant entendu que ces deux critères sont à la fois cumulatifs et réciproquement connectés. Quant à l'affirmation que l'examen de la demande de mesures provisoires « touche aussi la question au fond » cela relève de l'évidence même. Aucun examen d'une demande de mesures provisoires ne peut faire abstraction du fond de l'affaire, mais la décision de mesures provisoires ne préjuge pas du fond (III).

I. L'extrême gravité ou l'urgence

9. Les mesures provisoires s'intègrent dans les mesures d'urgence ordonnées par les juridictions. Elles ont été transposées du droit processuel interne au droit international. Elles présentent, dans l'ordre international, plusieurs similitudes avec certaines procédures d'urgence internes comme la procédure du sursis à exécution bien connue en droit administratif. Comme le relève très justement le juge Cançado Trindade, les mesures provisoires revêtent une « dimension préventive » dans la protection internationale des droits de l'homme. Il précise qu'elles « représentent aujourd'hui, une véritable garantie juridictionnelle de caractère préventif et constituent l'un des aspects les plus gratifiants de l'action de sauvegarde internationale des droits fondamentaux de la personne humaine »¹⁰.
10. Concernant les pouvoirs de la CAfDHP d'indiquer des mesures provisoires, ce caractère de procédure d'urgence est mis en exergue par le texte du Protocole qui conditionne l'exercice de ce pouvoir « [d]ans les cas d'extrême gravité ou d'urgence ». Par conséquent, la Cour doit vérifier s'il y a *urgence*, c'est-à-dire s'il existe un réel risque qu'une action préjudiciable aux droits du Requérant ne soit commise avant que la Cour ne rende sa décision sur le fond. Il s'agit donc de parer au plus vite pour éviter toute complication de la situation.
11. L'urgence ne s'apprécie bien évidemment pas *in abstracto*, mais sur la base des faits de l'espèce tels qu'ils ressortent aussi bien de la demande de mesures provisoires que de la requête au fond. Une demande de mesures provisoires ne peut être prise en considération par la Cour, si une requête au fond n'a pas été introduite devant la Cour. Cependant, pour ordonner des mesures provisoires, la Cour n'a pas besoin d'établir l'existence de violations de la Charte ou de tout autre instrument des droits de l'homme ratifié par l'Etat défendeur, ni de conclure de façon définitive sur les faits. En effet, tout Requérant peut se prévaloir, dans le cadre d'une demande en indication de mesures provisoires, des droits que lui reconnaît la Charte, dès lors qu'il est établi que la poursuite de l'action étatique contestée risque de priver l'arrêt au fond de la Cour de toute effectivité et le rendre de ce fait la requête sans objet.
12. En l'espèce, il est établi *prima facie* que la composition du COS pose problème dans la mesure où aucun parti politique d'opposition n'y est représenté. Par ailleurs, la date rapprochée des élections communales, municipales et locales est un élément

¹⁰ CANCADO TRINDADE (A.A.), « Les mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », Conférence prononcée le 2 juillet 2002 dans le cadre de la table ronde organisée par l'Institut international des droits de l'homme et l'Université de Paris II à Strasbourg, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26311.pdf>

fondamental que la Cour aurait dû prendre en considération pour conclure que l'élément de l'urgence est établi et ordonner, sur cette base, le sursis à la poursuite des travaux du COS, d'autant plus qu'il est absolument certain que la Cour ne sera pas en mesure de se prononcer sur le fond de l'affaire avant le déroulement desdites élections.

II. Les Dommages irréparables

13. Le deuxième critère posé par l'article 27 § 2 du Protocole se réfère à la notion de « dommages irréparables ». Le but des mesures provisoires que la Cour est susceptible de prononcer consiste à « éviter » ces dommages irréparables aux personnes.
14. En effet, il y a lieu d'indiquer des mesures provisoires dès que le comportement de l'Etat défendeur risque de causer au Requérent un préjudice qu'il sera par la suite très difficile ou impossible d'effacer ou de réparer de manière adéquate. Par conséquent, l'objectif des mesures provisoires est d'éviter l'aggravation du différend et de permettre une bonne administration de la justice.
15. C'est ainsi par exemple, que dans l'affaire *Lagrand*, la Cour internationale de justice, a rendu le 3 mars 1999, une ordonnance en indication de mesures conservatoires par laquelle elle imposait aux Etats-Unis entre autres de « prendre toutes les mesures dont ils dispos[aient] pour que [le ressortissant allemand] ne [fût] pas exécuté tant que la décision en la présente instance n'aura[it] pas été rendue ». Les deux ressortissants allemands ont, cependant, été exécutés par les Etats-Unis.
16. Dans l'affaire du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, la CIJ a considéré que « [l]a persistance de la situation qui fait l'objet de la requête expose les êtres humains concernés à des privations, à un sort pénible et angoissant et même à des dangers pour leur vie et leur santé et par conséquent, une possibilité sérieuse de préjudice irréparable » et la Cour de conclure « [q]ue les circonstances exigent qu'elle indique des mesures conservatoires, ainsi qu'il est prévu à l'article 41 du Statut, en vue de sauvegarder les droits invoqués ».¹¹
17. Ainsi, et comme le relève la CIJ « [l]e droit pour la Cour d'indiquer des mesures conservatoires, prévu à l'article 41 du Statut, a pour objet de sauvegarder les droits des parties en attendant que la Cour rende sa décision, qu'il présuppose qu'un préjudice irréparable ne doit pas être causé aux droits en litige devant le juge et qu'aucune initiative concernant les mesures litigieuses ne doit anticiper sur l'arrêt de la Cour »¹².
18. Dans la jurisprudence de toutes les instances internationales de protection des droits de l'homme le caractère irréparable du préjudice est déterminant pour l'indication de mesures provisoires. Il en est ainsi pour les juridictions régionales¹³, mais également

¹¹ CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (Etats-Unis c. Iran), Ordonnance du 15 décembre 1979, § 42 et 43.

¹² CIJ, *Affaire relative à la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du nord c. Islande)*, Demande en indication de mesures conservatoires, Ordonnance du 17 août 1972.

¹³ A titre d'exemple, la CEDH a reçu en 2018, (1540) demandes de mesures provisoires contre (1683) en 2017. La Cour a fait droit à la demande dans 143 cas (contre 117 en 2017, soit une augmentation de 22 %) et l'a rejetée dans 486 cas (contre 533 en 2017, soit une diminution de 9 %). Les autres demandes ne relevaient pas du champ d'application de l'article 39 du règlement.

59 % des demandes accueillies concernaient des affaires d'expulsion ou d'immigration. Source : CEDH, *Analyse statistique 2018*. https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2018_FRA.pdf

pour les comités conventionnels des Nations Unies ou pour la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Dans la plupart des cas, les mesures provisoires concernent des ordres d'expulsion, des ordonnances d'extradition ou des peines de mort¹⁴.

19. Dans cette affaire *XYZ c. la République du Bénin*, la Cour n'a pas cherché à s'assurer de la date des élections. Elle s'est contentée d'affirmer que « La Cour relève aussi que le Requérant ne fournit pas de preuves du caractère, urgent et grave et le risque de dommages irréparables que cette structure pourrait lui causer, comme cela est exigé par l'article 27 du Protocole », alors qu'il revenait à la Cour elle-même, dans le cadre de son pouvoir d'instruction de le faire. En vertu de sa mission de protection des droits de l'homme, la Cour a le devoir de s'assurer que la violation alléguée d'un droit de l'homme n'est pas susceptible de produire un dommage irréparable et que la violation soit largement consommée au moment où la Cour examinera l'affaire au fond. En s'abstenant de le faire, la Cour pourrait se trouver à examiner une requête devenue sans objet. Nous citerons de nouveau le juge Cançado Trindade qui abonde dans ce sens lorsqu'il écrit que « [l']objet des mesures conservatoires ou provisoires dans le contentieux international (dans le cadre du Droit international public) est bien connu : préserver les droits revendiqués par l'une des parties quant au fond de l'affaire, empêchant ainsi que celle-ci ne soit dépourvue d'objet et d'efficacité, et que le résultat final du procès en soit frustré »¹⁵.

III. L'ordonnance de mesures provisoire ne préjuge pas du fond

20. Par définition, la mesure ordonnée par la Cour est simplement provisoire. Cela veut dire que, non seulement, elle n'est pas définitive mais qu'elle est également révisable voire révocable à tout moment si, compte tenu des circonstances de l'affaire, la Cour l'estime nécessaire. Cela relève de la nature même de l'ordonnance de mesures provisoires ainsi que du pouvoir discrétionnaire d'appréciation de la Cour.
21. Dans plusieurs de ses ordonnances portant mesures provisoires, la Cour a précisé que son pouvoir en la matière ne peut être exercé que compte tenu des circonstances de l'affaire. Cela veut dire, en toute logique, qu'il est impossible d'examiner la demande de mesures provisoire en elle-même et pour elle-même, faisant abstraction des éléments de la requête au fond. Il s'agirait dans ce cas d'un exercice impossible. Pour se déterminer sur la pertinence de la demande de mesures provisoires, la Cour doit impérativement avoir à l'esprit le sérieux de la requête au fond, la nature des violations des droits de l'homme alléguées, les circonstances de ces violations, etc. Comme elle l'affirme dans plusieurs de ses ordonnances ultérieures, « La Cour observe qu'il lui appartient de décider dans chaque cas d'espèce si, à la lumière des circonstances particulières de l'affaire, elle doit exercer la compétence qui lui est conférée par les dispositions ci-dessus »¹⁶.
22. De même, la Cour a toujours tenu à préciser dans toutes ses ordonnances que « La présente ordonnance portant décision [sur] les mesures provisoires demeure de nature provisoire et ne préjuge en rien des conclusions de la Cour quant au fond de l'affaire »¹⁷. Par conséquent, dans l'ordonnance ci-dessus, la Cour n'avait pas à rejeter la demande au motif qu'elle

¹⁴ OUMBA (Parfait), « Juridictions internationales et procédures d'urgence en matière des droits de l'homme », *Cahier africain des droits de l'homme*, 2011, pp. 341-366

¹⁵ CANCADO TRINDADE (A.A). Op. Cit, p. 14

¹⁶ Affaire *Suy Bi Gohore Emile et autres c. République de Côte d'Ivoire*, Requête n° 44/2019, Ordonnance portant mesures provisoires, 28 novembre 2019

¹⁷ *Idem*

« touche aussi la question au fond ». Cela relève de l'évidence même. Toute demande de mesures provisoire touche aussi la question au fond mais elle ne préjuge jamais de la question au fond. C'est cette nuance que nous aurions aimé voir la Cour consacrer dans cette ordonnance.



Rafaâ Ben Achour

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Rafaâ Ben Achour", with a long horizontal line extending to the right.