

La pratique des opinions séparées au sein de la Cour Africaine des droits de l'Homme et des peuples

par Rafaâ Ben Achour

Abstract: The practice of separate opinions in the context of the African Court on Human and Peoples' Rights – The article analyses the practice of separate opinions in international courts, particularly the African Court on Human and Peoples' Rights. Originating in the Anglo-Saxon tradition, they allow judges to express agreement or disagreement with a decision. Criticised by some, they are said to weaken collegiality, the authority of decisions, and judicial independence. However, they also enhance transparency, the quality of reasoning, understanding for litigants, and the legitimacy of courts. Although not legally binding, they sometimes influence case law and indicate future developments. At the African Court, they play a pedagogical role and help clarify the law despite their limited impact on decisions.

Key-words: Separate opinions; International judges; African Court on Human and Peoples' Rights; Judicial legitimacy; judicial development.

1883

1.Introduction

La première opinion séparée dans l'histoire du droit est intervenue à la Cour Suprême des États-Unis dans l'affaire *Huidekoper's Lessee v. Douglass* en 1805, dans un litige relatif à la propriété foncière¹. Le juge Johnson souleva l'attention de ses collègues sur un argument de la défense. À la suite du refus de la formation de jugement d'intégrer ce point à la motivation de la Cour, il publia une opinion individuelle. S'il était en accord avec le dispositif de la Cour, il estimait qu'elle aurait dû davantage examiner la question de l'empêchement temporaire ou partie².

¹ Une loi adoptée en 1792 par la Pennsylvanie permettait d'acheter des terres publiques à condition de les "coloniser", c'est-à-dire de commencer une installation sur cette terre dans les deux ans, d'en cultiver une partie, puis d'y construire une habitation afin d'y résider pendant une période de 5 ans. Dans cette affaire, la Holland Land Company avait obtenu un mandat pour l'exploitation d'une passerelle de terre publique. Cependant, du fait de la guerre qui ravageait alors cette région des États Unis d'Amérique, la compagnie n'avait pas pu établir une telle installation. La Cour suprême avait considéré que ladite compagnie pouvait toutefois conserver son titre de propriété, dans la mesure où elle avait été empêchée de s'installer sur lesdites terres par "un ennemi public".

² Il observait que la guerre avait privé la compagnie de coloniser la terre durant une durée déterminée. Dans de telles circonstances, il appartenait selon lui, au propriétaire du mandat de démontrer qu'il avait respecté la loi dans la mesure du possible et qu'il

Avant cette affaire, «la Cour rendait ses décisions dans la tradition anglo-saxonne. Il n'existait pas d'“opinion de la Cour”, chaque juge développait son opinion propre sur l'affaire. La solution était à rechercher dans les convergences de celles-ci»³. La pratique des opinions séparées va progressivement s'imposer devant la Cour Suprême des États-Unis et se propager dans les États de *common law*. Toutefois, la pratique des opinions séparées demeure largement marginale dans les pays de tradition romano-germanique (ou *civil law*). En effet, selon la tradition juridique de ces pays, le jugement est davantage l'œuvre collective de la majorité d'un tribunal, qu'une décision rendue par plusieurs individualités. D'après Montesquieu, «les juges de la nation ne sont, [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur»⁴. A *contrario*, dans la tradition anglo-saxonne, plus individualiste, le jugement est rendu par plusieurs magistrats opérants individuellement. Il est le fruit de la somme de leurs opinions individuelles.

A la suite de la première Guerre Mondiale, alors que l'effort d'édification d'une justice internationale bat son plein, des débats houleux entourent la question du recours aux opinions séparées. A l'issue de ces débats opposant les pays d'Europe continentale (de tradition romano-germanique) et les pays anglo-saxons (de tradition de *common law*), c'est le système anglo-saxon qui fut retenu sur ce point. La Cour permanente de justice internationale (CPJI) d'abord, la Cour internationale de Justice (CIJ) ensuite vont alors intégrer la possibilité d'exprimer des opinions séparées dans leurs textes fondateurs. Dans ce sens, l'article 57 du Statut de la CIJ dispose:

«Si l'arrêt n'exprime pas en tout ou en partie l'opinion unanime des juges, tout juge aura le droit d'y joindre l'exposé de son opinion individuelle»⁵.

Désormais, outre la CIJ, l'ensemble des juridictions internationales, quelle qu'en soit la nature (générale ou spécialisé, universelle régionale) admettent la possibilité de joindre aux décisions de la juridiction l'exposé des opinions séparées. Il en est ainsi de l'article 45§2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou encore l'article 66 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

Concernant la Cour Africaine des droits de l'Homme et des peuples (CAfDHP), l'article 28(7) du Protocole portant établissement de la Cour

n'avait manqué à ces obligations uniquement pendant la période où il était empêché par la guerre.

³ É. Zoller, *La pratique de l'opinion dissidente aux États-Unis*, dans M. Ameller, P. Ardant, J.-C. Bécane (dir.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril: la République*, Paris, 2001, 610.

⁴ Ch.-L. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, édition établie par Luarent Versini, Paris, 1995, 116.

⁵ Statut de la Cour internationale de Justice, 26 juin 1945, art. 57.

dispose:

«Si l'arrêt de la Cour n'exprime pas, en tout ou en partie, l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre une opinion individuelle ou dissidente»⁶.

La notion d'opinion séparée est générique. Elle recouvre plusieurs catégories juridiques distinctes: les opinions individuelles et les opinions dissidentes: l'opinion individuelle (ou concordante) est rédigée par un juge qui partage les conclusions de la Cour, mais souhaite exprimer son désaccord avec la motivation de celle-ci. Dans le *dictionnaire de droit international public*, l'opinion individuelle (en anglais *separate opinion*) «est celle d'un juge qui a voté avec la majorité en ce qui concerne le dispositif du jugement, mais qui n'accepte pas tout ou partie de l'exposé des motifs»⁷.

Une opinion dissidente est quant à elle rédigée lorsqu'un juge souhaite mettre en lumière son désaccord avec l'ensemble ou une partie du dispositif de la Cour. Dans le dictionnaire précité «l'opinion dissidente (en anglais *dissenting opinion*) est celle d'un juge qui n'a pas voté avec la majorité parce qu'il est en désaccord avec le dispositif de la décision et, par conséquent, avec ses motifs »⁸.

Parallèlement à ces deux notions, il existe enfin la déclaration. Cette dernière est généralement plus succincte que les précédentes et permet à un magistrat d'exprimer son accord ou son désaccord avec la Cour. L'article 92 du règlement de la CIJ dispose dans ce sens

«un juge qui désire faire constater son accord ou son dissentiment sans en donner les motifs peut le faire sous la forme d'une déclaration ».

Si le recours aux opinions s'est imposé dans les juridictions internationales, les opinions séparées sont dépourvues de toute force juridique contraignante. Elles s'apparentent à des prises de position doctrinales. Aucune Cour ne peut dès lors, fonder une décision sur des opinions, celles-ci ne constituant pas un fondement juridique contraignant. Mais il n'est pas exclu que dans des décisions ultérieures, la juridiction opère un revirement de jurisprudence et consacre dans sa décision tout ou partie d'une opinion exprimée par un juge à propos d'une autre décision.

Il n'en demeure pas moins que le recours aux opinions séparées est décrié par une partie de la doctrine. La question qui se pose à cet égard, consiste à savoir si la pratique des opinions séparées contribue à légitimer ou, au contraire, à fragiliser l'autorité des décisions des juridictions internationale?

Afin d'éclairer cette problématique l'exemple de la CAfDHP servira

⁶ Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif à la création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, 9 juin 1998, art. 28(7).

⁷ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001, 782.

⁸ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, cit., 782.

d'étude de cas. La pratique des opinions séparées est très controversée au sein de la doctrine (2), pourtant elle s'est imposée dans le contentieux international et exerce une influence sur la jurisprudence de la CAfDHP ainsi que sur celle des autres juridictions internationales (3).

2. Les oppositions doctrinales autour de la pratique des opinions séparées

La pratique des opinions séparées ne fait pas l'unanimité que ce soit entre les États de tradition de *civil law* (ou romano-germanique) et de *common law* (ou anglo-saxon) mais également au sein de la doctrine. En effet, les détracteurs des opinions considèrent que cette pratique comporte un risque d'affaiblissement des décisions de justice (2.1). A *contrario*, une autre tendance de la doctrine favorable à la pratique des opinions considère qu'elles sont un gage de légitimité et d'acceptabilité des décisions (2.2).

2.1 La pratique des opinions séparées, un risque d'affaiblissement des décisions de justice

Les opinions séparées constituent un risque d'affaiblissement des décisions de justice en ce qu'elles affaiblissent la collégialité des formations de jugement (a) ainsi que l'autorité de la décision (b). De plus, elles comportent un risque d'atteinte à l'indépendance des juges (c).

A) *Les opinions séparées: un risque d'affaiblissement de la collégialité*

Dans la conception des États de tradition romano-germanique, le juge n'est que «la bouche qui prononce les paroles de la loi, sans rien leur ajouter, ni leur ôter»⁹. Dès lors, une seule solution peut être vraie juridiquement, la solution conforme à la loi. Dans ces États, le jugement est perçu comme un acte collectif et étatique, plutôt que comme l'expression de réflexions individuelles. Les tribunaux agissent comme un corps judiciaire, effaçant les individualités qui le constituent. Les délibérations de ce corps, durant lesquelles les individualités s'expriment, demeurent secrètes. Les dissidences potentielles qui ont y ont été évoquées sont inconnues du public. Le recours aux opinions est alors considéré comme constitutif d'une atteinte au principe du secret des délibérations et un affaiblissement de la collégialité.

Pour les États de *civil law*, «en masquant le processus de construction de la solution et plus particulièrement son adoption, la justice transcende les femmes et les hommes qui la rendent»¹⁰. En permettant l'expression des dissidences des magistrats, la justice ne transcende plus. Les juges ont dès lors, un rôle d'interprétation des textes à la lumière de leurs convictions

⁹ Ch.-L. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, cit.

¹⁰ T. Onillon, *Les opinions séparées, une piste pour la modernisation de la justice française, Délibérée*, n° 2019/1, n° 6, 42-47 (droit.cairn.info/revue-deliberee-2019-1-page-42?lang=fr).

personnelles. Ils sont libres de choisir la solution qu'il considère la plus pertinente, juste ou adaptée. La décision de justice n'est plus l'œuvre collective d'un corps judiciaire mais devient le fruit d'un jeu de persuasion et d'alliances entre les magistrats qui composent la formation de jugement. Ces derniers s'abandonnent à tenter de convaincre leurs collègues et peuvent même expliciter leur point de vue et les erreurs qu'ils considèrent avoir été commises, par la rédaction d'une opinion lorsqu'ils ne parviennent pas à faire entendre leur conviction.

B) Un risque d'affaiblissement de l'autorité de la décision

Selon Dominique Rousseau, l'une des craintes des opposants aux opinions séparées est la suivante: «en montrant qu'une autre sentence était juridiquement possible, en révélant que celle retenue ne s'est imposée que par les hasards des alliances et de l'arithmétique, l'opinion séparée enlève à la décision rendue son caractère de nécessité évidente et définitive ; il devient, au contraire, évident, visible qu'elle aurait pu être autre»¹¹.

Le risque qu'encourent les juridictions est alors que l'attention du public se porte davantage sur les opinions séparées que sur les décisions de justice elles-mêmes. Non seulement la collégialité est affaiblie par les opinions séparées, mais ces dernières peuvent même devenir une stratégie de mise en avant personnelle, au détriment de l'institution judiciaire. En effet, un juge pourrait estimer avoir davantage de bénéfices à tirer de la non-conformité à la décision de la majorité.

C) Le risque d'atteinte à l'indépendance des juges

Le risque le plus souvent mis en avant par les opposants à la pratique des opinions séparées est celui relatif à l'indépendance des juges. Ceci constituant d'ailleurs le principal argument ayant conduit au rejet de la rédaction d'opinions séparées devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Ainsi, cette Cour suit un modèle différent des autres juridictions internationales: «celui du secret des opinions individuelles»¹². Un rapport du Parlement européen sur les opinions séparées affirme que «lorsque le jugement est collégial, le vote de chacun des juges reste inconnu du public ; par conséquent, les membres du tribunal n'ont pas à craindre que leurs décisions entraînent d'éventuelles conséquences professionnelles et sont libres de prendre une décision en leur âme et conscience»¹³. Par l'unanimité des décisions, les magistrats se présentent comme « un front uni » face aux menaces et aux pressions¹⁴. Le rapport du Parlement européen

¹¹ D. Rousseau, *Les juridictions françaises doivent-elles publier les opinions séparées?*, Le Club des Juristes, 14 février 2023, dans www.leclubdesjuristes.com/justice/les-juridictions-francaises-doivent-elles-publier-les-opinions-separees-660/

¹² Département thématique des affaires juridiques du Parlement européen, *Opinions divergentes au sein des cours suprêmes des États membres de l'Union européenne*, Rapport n° 462 470 (2012), 9.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ M. Kirby, *Legal obligations and legal revolutions*, 134, dans *LQR* 43, 43-68 (2018).

ajoute que, «c'est un argument particulièrement puissant dans le cas où les juges dépendent de l'exécutif pour leur nomination ou le renouvellement de leur mandat»¹⁵. Les États pourraient être tentés de sanctionner des juges pour avoir rédigé des opinions individuelles contraires aux intérêts étatiques ou à l'inverse pour ne pas s'être opposé à une décision de la majorité. Cette crainte est particulièrement vraie dans le système international de protection des droits de l'Homme, dans lequel quasiment l'intégralité des affaires impliquent un ou plusieurs États. Dans le système africain de protection des droits de l'homme, il convient de préciser que cette crainte est affaiblie par la récusation d'office de tout juge ayant la nationalité d'un Etat parti à un différend, dans l'affaire concernée.

En somme, la pratique des opinions séparées pourrait présenter un risque d'affaiblissement des décisions de justice. Pour une partie de la doctrine, l'unanimité des décisions est garante de leur légitimité et assoirait leur portée. Les dissidences amenuisent le rôle des tribunaux en empêchant l'expression claire et définitive du droit en vigueur. Les opinions dissidentes malmènent l'idée que la loi est la loi, en laissant entrevoir que plusieurs solutions différentes étaient juridiquement envisageables et que la solution retenue n'a été que le fruit du jeu des alliances et de la majorité.

2.2 La pratique des opinions séparées, un gage de légitimité et d'acceptabilité des décisions de justice

Le recours aux opinions séparées présente pour autant des avantages, mis en lumière par une partie de la doctrine. Cette dernière considère que les opinions séparées permettent de rendre une justice au service des justiciables (a) et qu'elles permettent d'accroître la légitimité et l'acceptabilité des décisions des Cours de justice et particulièrement celles des Cours internationales de justice (b). Enfin, les opinions séparées sont également des indicateurs des évolutions jurisprudentielles futures (c).

A) *Les opinions séparées, une justice au service des justiciables*

La confortation des points de vue accroît la qualité de l'argumentation de la décision. «Cette conséquence est peut-être non avouée, officieuse, mais il est certain que la dissidence possède un effet sur la qualité de la décision rendue, en obligeant la majorité à affiner son raisonnement»¹⁶. La rédaction d'opinions dissidentes, en permettant de traduire l'entière réflexion des magistrats, renforce le sentiment qu'une affaire a été examinée de façon

¹⁵ Parlement européen, Département des politiques internes, Département thématique droits des citoyens et affaires constitutionnelles, *Opinions divergentes au sein des cours suprêmes des États membres*, Rapport n° 462 470 (2012), 9, dans [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/462470/IPOL-JURI_ET\(2012\)462470_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2012/462470/IPOL-JURI_ET(2012)462470_FR.pdf)

¹⁶ N. Peltier, *Les opinions séparées des juges à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, dans G. Le Floch (dir.), *La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples*, Paris, 2023, 245.

rigoureuse et équitable. Les opinions séparées permettent au justiciable une meilleure compréhension du droit et des mécanismes qui lui sont appliqués. Permettre l'expression de la dissidence revient à choisir une justice qui cherche à convaincre plutôt qu'à imposer.

Les opinions séparées sont pertinentes dans une conception de la justice au service du justiciable et incarnent une fonction quasiment pédagogique. Dans cet objectif de justice pour les justiciables, non seulement la dissidence n'affaiblirait pas la décision, mais au contraire, elle renforcerait son acceptabilité. En admettant la rédaction d'opinions dissidentes, le principe du contradictoire est renforcé. La dissidence témoigne à la partie perdante que ces arguments ont été examinés avec sérieux et qu'ils ont réellement été pris en considération. L'opinion séparée met en lumière le fait qu'il existait potentiellement une autre solution, confirmant que la solution retenue fut le fruit de la majorité, et ainsi, que cette dernière était probablement la plus rationnelle. Par ce mécanisme, elle rend la solution de la Cour davantage acceptable.

La pratique des opinions séparées enracine une justice transparente, équitable et rigoureuse. Ceci est parfaitement illustré par la première opinion devant la Cour Africaine, rédigée en 2009 par le Juge Fatsah Ougergouz, dans l'affaire *Michelot Yogombaye c. Sénégal*¹⁷. Il estimait que la Cour aurait dû davantage motiver sa décision sur les questions de la compétence et des frais de procédure. Il considérait notamment que cette motivation aurait permis à l'Etat défendeur de comprendre pourquoi la Cour avait décidé de statuer sur l'affaire et de ne pas la rejeter *de plano* par lettre du greffe. De la même façon, une meilleure motivation aurait permis au Requérant de mieux comprendre les délais de traitement de son affaire, ainsi que le rejet de sa demande relative au frais de procédure. Cette opinion séparée rejoint l'argument selon lequel les opinions permettent une meilleure compréhension des décisions de justice, au service des justiciables. Le Juge Fatsah Ougergouz a dans cette opinion, fondé son raisonnement sur le manque de clarté de l'argumentaire de la Cour et l'exigence que sa décision soit comprise à la fois du Requérant et de l'Etat Défendeur¹⁸.

De surcroît, le Juge Michael Kirby considère que la dissidence fonctionne également comme un mécanisme de sécurité institutionnelle contre l'erreur¹⁹. Elle éviterait que les magistrats se rallient à l'opinion majoritaire de façon automatique ou par simple pression institutionnelle. Elle souligne des potentielles erreurs, qui pourront être corrigées par un infléchissement de la décision. Elle assure également plus d'indépendance au juge, en leur permettant d'affirmer leurs convictions profondes sans être invisibilisés par la majorité. Si l'expression de la dissidence est interdite, un

¹⁷ CAfDHP, *Michelot Yogombaye v. République du Sénégal*, Requête n° 001/2008, Arrêt 15 décembre 2009.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ M. Kirby, *Legal obligations and legal revolutions*, cit.

juge profondément convaincu qu'une erreur a été commise dans le rendu d'une décision risquerait d'utiliser d'autres canaux afin d'exprimer sa dissidence. Canaux qui ne seraient pas contrôlés, ni encadrés par la Cour. Ainsi, les opinions présentent des avantages pour les justiciables mais également pour l'institution judiciaire elle-même. Ceci est particulièrement vraie pour les juridictions internationales.

B) *Les opinions séparées, un gage de légitimité pour les juridictions internationales*

Dans le contexte international, les opinions séparées permettent davantage de diplomatie. En effet, elles offrent aux juges et *a fortiori* aux États la possibilité que leurs différents raisonnements juridiques soient pris en compte. Nathan Peltier affirme ainsi que le recours aux opinions séparées devant les juridictions internationales témoigne du fait que «des instigateurs [de ces juridictions] ont toujours puisé dans les deux grandes traditions juridiques leurs ressources fondamentales en matière contentieuse»²⁰.

Par ailleurs, le droit international demeurant largement tributaire de la volonté des États souverains, il est indispensable que les juridictions internationales mettent en œuvre le maximum de garanties visant l'acceptabilité de leurs décisions et permettant *in fine* leur exécution. A cet égard, la CAFDHP est largement confrontée à la problématique de la non-exécution de ses décisions. Au 31 décembre 2024, seulement deux affaires avaient été intégralement mises en application dans les Etats Défendeurs. S'agissant des autres affaires, elles n'avaient pas été intégralement exécutées, par manque de moyens ou *a fortiori* par manque de volonté des Etats parties. A cet égard, Nathan Peltier observait que la CAFDHP emprunte un véritable «chemin de croix» pour asseoir sa légitimité devant les États de l'Union Africaine²¹. L'utilisation des opinions séparées est l'un des outils qui lui permet de composer avec prudence et de démontrer qu'elle travaille avec rigueur.

Ainsi, si la pratique des opinions séparées exerce une influence positive sur la légitimité et l'acceptabilité d'une décision de justice, elle devient dès lors un outil indispensable pour les juridictions internationales, en lutte permanente pour l'exécution de leurs décisions.

C) *Les opinions séparées, un indicateur des futures évolutions jurisprudentielles*

Une opinion célèbre est souvent mise en avant en faveur de la pratique des opinions séparées : celle du Juge Marshall Harlan dans l'arrêt *Plessy Ferguson*, rendu par la Cour Suprême américaine (1896)²². Dans cette affaire, la Cour suprême devait se prononcer sur la constitutionnalité du *Separate Car Act*, adopté par l'État de Louisiane. Cette loi instaurait une répartition des personnes dans les wagons ferroviaires selon leur couleur de peau, et leur allouait différentes voitures. La Cour a confirmé la constitutionnalité de

²⁰ N. Peltier, *Les opinions séparées des juges*, cit.

²¹ N. Peltier, *Les opinions séparées des juges*, cit.

²² *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, Supreme Court of the United States, 18 mai 1896.

la loi, estimant que le XIII^{ème} amendement de la Constitution américaine, ayant aboli l'esclavage, ne pouvait pas être étendu à toutes les discriminations raciales. Le Juge Marshall Harlan est le seul juge de la formation de jugement à s'être prononcé contre cette décision. Il observe que cette loi empêche deux personnes qui souhaiteraient voyager ensemble de le faire, uniquement parce qu'elles n'ont pas la même couleur de peau. Il a ainsi défendu une interprétation plus large du XIII^{ème} amendement, considérant qu'il avait non seulement mis fin à l'esclavage mais également interdit toute loi qui traduirait une marque de servitude²³. *In fine*, la Cour opéra un revirement de jurisprudence, dans le sens de l'opinion du Juge Marshall Harlan, en 1954 dans l'affaire *Brown v. Board of Education of Topeka*²⁴, en abolissant les lois ségrégationnistes.

Ainsi, selon Dominique Rousseau «ici se trouve la fonction anticipatrice des opinions séparées: le juge laisse [...] entrevoir une voie de droit alternative qu'une formation ultérieure peut reprendre pour faire évoluer sa jurisprudence»²⁵.

Si les opinions séparées ont en outre pour effet de donner des indications sur les évolutions jurisprudentielles à venir. *Ce constat se vérifie-t-il dans le système international et particulièrement dans le système africain de protection des droits de l'homme ?*

3. Le rôle des opinions séparées dans la jurisprudence des juridictions internationales

1891

Les opinions séparées, même lorsqu'elles ne conduisent pas à un revirement de jurisprudence jouent un rôle important pour la CAFDHP (3.1). Cela s'observe également à plus grande échelle, au sein des autres juridictions internationales (3.2).

3.1 Le rôle des opinions séparées devant la Cour africaine

La Cour africaine s'est inscrite dans la continuité des autres juridictions internationales en permettant le recours aux opinions individuelles. La Cour d'Arusha qui, depuis sa création, «souhaite faire de la pédagogie contentieuse l'une de ses valeurs cardinales»²⁶ a naturellement admis la rédaction d'opinions séparées.

Devant la Cour africaine, tous les juges n'utilisent pas les opinions à la même fréquence. Ainsi, à ce jour, 207 opinions ont été rédigées par des juges

²³ John Marshall Harlan, dissenting opinion, *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), spéc. 552-564.

²⁴ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, Supreme Court of the United States, 17 mai 1954.

²⁵ D. Rousseau, *Les juridictions françaises doivent-elles publier les opinions séparées?*, cit.

²⁶ N. Peltier, *Les opinions séparées des juges*, cit.

de la Cour. Toutefois, trois juges sont à l'origine de plus de 30 opinions chacun, tandis que 14 autres juges en ont rédigées moins d'une dizaine. Ce recours important aux opinions séparées témoigne des vertus que leur prêtent les juges. Nathan Peltier observait que le recours aux opinions dissidentes avait du mal à s'imposer devant la CAfDHP au commencement de son activité. En effet, en 2015 soit pratiquement dix années après l'établissement de cette Cour, seules cinq opinions dissidentes avaient été rédigées²⁷. Pour autant, désormais, cette pratique est entérinée dans l'activité de la Cour et les juges rédigent des opinions sous de nombreux arrêts. Ils rédigent également des opinions sous les ordonnances et sous les avis consultatifs, alors même que le Règlement de la Cour Africaine ne prévoyait à l'origine la rédaction d'opinions que pour les arrêts.

Il convient de rappeler que les opinions séparées n'ont pas de force juridique contraignante. Dès lors, elles ne constituent pas de fondements juridiques sur lesquels la Cour peut fonder ses décisions postérieures (a). Toutefois, elles n'en jouent pas moins un rôle important, en permettant de mettre en lumière le manque de clarté de certains textes de droit (b), en impulsant des renversements de jurisprudence (c) ou encore en indiquant les potentielles évolutions jurisprudentielles à venir (d).

A) *L'absence de portée juridique contraignante des opinions séparées*

Certains contentieux font régulièrement l'objet d'opinions dissidentes comme individuelles devant la CAfDHP, tels les droits politiques et démocratiques. Ainsi, plusieurs juges ont rédigé une opinion dissidente à l'ordonnance sur mesures provisoire dans l'affaire *XYZ c. Bénin*²⁸. Le Requêteur critiquait la composition partisane du Conseil d'Orientation et de Supervision béninois (ci-après désigné le "COS"). En effet, il arguait que cet organe était essentiellement composé de membres de la mouvance politique présidentielle et par conséquent qu'il était grandement défavorable aux partis politiques de l'opposition. Compte tenu de la date des élections qui approchait, le Requêteur avait demandé des mesures provisoires, craignant que les élections ne soient déjà passées au moment où la Cour statuerait sur le fond de l'affaire. La Cour a rejeté la demande de mesures provisoires considérant que l'examen de celle-ci préjugerait le fond de l'affaire et que le Requêteur ne démontrait ni la gravité, ni l'urgence de la situation. Les juges dissidents ont quant à eux estimé que l'urgence ne s'apprécie pas *in abstracto* mais en fonction du cas d'espèce. La Cour n'a pas besoin de déterminer l'existence de violations des droits humains, ni de conclure définitivement sur les faits pour ordonner des mesures provisoires. En l'espèce, il est établi *prima facie* que la composition du COS pose un problème dans la mesure où aucun parti politique d'opposition n'y est représenté. Par ailleurs, la date

²⁷N. Peltier, *Les opinions séparées des juges*, cit.

²⁸ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, *XYZ c. République du Bénin*, Requête n° 059/2019, Ordonnance sur mesures provisoires, 2 décembre 2019.

rapprochée des élections constituait un élément fondamental, qui aurait dû conduire la Cour à établir la condition de l'urgence. Enfin sur la question de l'examen au fond de l'affaire, ils observent que les mesures étant provisoires, elles sont révisables, voire révocables à tout moment. Ils ajoutent par ailleurs qu'il est purement impossible que l'examen des requêtes sur mesures provisoires soit réalisé sans tenir compte des circonstances de l'affaire et en faisant abstraction de tous les éléments de fond. Ainsi, concluait la juge Chafika Bensaoula «la Cour aura, par manque de diligence, fait subir au requérant des préjudices irréparables surtout que la demande au fond se base sur l'impartialité et l'indépendance des organes électoraux». «L'expression ne préjuge pas au fond de l'affaire ne signifie en aucun cas de ne pas s'imprégner des circonstances et des faits de la requête principale»²⁹.

Un Requérent a introduit postérieurement à cette affaire, une requête sur la même question à l'approche des élections présidentielles de 2021 au Bénin, demandant également des mesures provisoires. Cette demande a été rejetée par la Cour pour les mêmes motifs que la précédente³⁰. Ainsi, cela témoigne du fait que les opinions des juges ont été sans influence sur la jurisprudence de la Cour.

Toutefois, les opinions n'en demeurent pas pour autant dépourvues de toute utilité. Elles permettent notamment de mettre en lumière le manque de clarté ou de précision de certains textes de droit.

B) *Les opinions séparées, une indication du manque de précisions des textes de droit*
Dans l'affaire *Werema Wangoko Werema et autres c. Tanzanie*³¹, le Juge Blaiose Tchikaya a estimé que la requête aurait dû être déclarée irrecevable par la Cour pour non-respect du délai raisonnable d'introduction. En effet, neuf années s'étaient écoulées entre l'épuisement des voies de recours internes et la saisine de la CAfDHP. De la même façon, dans l'affaire *Rutakikirwa c. Tanzanie*³², plusieurs juges ont affirmé que le délai de quatre années ayant couru entre la dernière décision nationale et l'introduction de la requête devant la Cour africaine était manifestement déraisonnable. La Cour avait admis la recevabilité de la requête, considérant qu'en l'espèce les obstacles auxquels avaient été confrontés les Requérents, du fait de leur maintien en détention, permettait de conclure en le caractère raisonnable du délai d'introduction. Enfin, dans l'affaire *Dismas Bunyerere c. Tanzanie*³³, la juge Chafika Bensaoula estimait que le délai raisonnable n'avait pas été apprécié

²⁹ CAfDHP, *Opinion dissidente de la juge Chafika Bensaoula dans l'affaire XYZ c. République du Bénin*, Requête n° 059/2019, Arrêt 2 décembre 2019.

³⁰ XYZ c. République du Bénin, Requête n° 003/2021, Ordonnance sur mesure provisoire, 8 avril 2021.

³¹ CAfDHP, *Werema Wangoko Werema et autres c. Tanzanie*, Requête n° 024/2015, Arrêt 7 décembre 2018.

³² Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, *Rutakikirwa c. Tanzanie*, Requête n° 013/2016, Arrêt 07 décembre 2018.

³³ CAfDHP, *Dismas Bunyerere c. République-Unie de Tanzanie*, Requête n° 031/2015, Arrêt 28 novembre 2019.

de façon assez rigoureuse par la Cour. Les deux ans et quatre mois qui s'étaient écoulés entre la décision de la Cour d'appel et la saisine de la Cour d'Arusha auraient dû conduire au rejet de la requête.

Toutes ces opinions séparées illustrent la complexité de l'interprétation d'un texte lorsque sa lettre est très large. En effet, le Règlement de la Cour africaine exige un délai raisonnable, sans en fixer de limite claire. L'article 50(2)(f) dudit Règlement dispose que la requête doit être introduite «dans un délai raisonnable courant depuis l'épuisement des recours internes ou depuis la date retenue par la Cour comme faisant commencer à courir le délai de sa saisine»³⁴, sous peine d'être déclarée irrecevable. Ainsi, il revient à la Cour, à la lumière des circonstances propres à chaque requête d'apprécier le caractère raisonnable du délai d'introduction de celle-ci. Le libellé large de l'article 50(2)(f) comporte l'avantage de permettre la prise en compte de toutes les circonstances propres à chacun des cas d'espèce, comme le maintien en détention des Requérants. Toutefois, il engendre nécessairement des débats et des divergences de point de vue, mis en lumière dans les différentes opinions rédigées par les juges.

L'exigence de l'épuisement des voies de recours internes préalablement à toute saisine de la Cour a également fait l'objet de nombreuses opinions par le passé, questionnant le degré de flexibilité avec lequel la Cour devait examiner cette condition. Cependant, cette quantité importante d'opinions, soulignant de nouveau le libellé imprécis du texte de droit a permis à la Cour de construire une jurisprudence précise sur cette question. Ainsi, désormais, elle ne fait plus l'objet de beaucoup d'opinions. Sans que l'on puisse affirmer avec certitude que les opinions aient influencé la jurisprudence de la Cour sur l'examen même de l'épuisement des voies de recours interne, la diminution du nombre d'opinions relatives à cette question témoigne de l'émergence d'une jurisprudence claire et désormais entérinée.

C) *Les opinions séparées, une source de revirement de jurisprudence*

Deux juges ont rédigé une opinion importante dans l'affaire *Fidèle Mulindahabi c. Rwanda*³⁵. Cette opinion apporte un éclairage sur la compétence *ratione materiae* de la Cour. Les juges affirment que les articles 3(1) et l'article 7 du Protocole, portant respectivement sur l'étendue de la compétence de la Cour et sur le droit applicable, doivent être lus conjointement dans l'examen de la compétence de la Cour. Cette approche prônée par les deux juges est désormais retenue par la Cour dans l'examen de sa compétence matérielle.

De la même façon, dans l'affaire *Tangayika Law Society c. Tanzanie*³⁶,

³⁴ Règlement intérieur de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 50(2)(f).

³⁵ CAFDHP, *Fidèle Mulindahabi c. Rwanda*, Requête n° 004/2017, Arrêt 26 juin 2020.

³⁶ Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, *Tangayika Law Society c. Tanzanie*, Requête n°009/2011, Arrêt 14 juin 2013.

plusieurs juges ont rédigé une opinion dissidente collective afin de s'opposer à la lecture que la Cour avait fait dans l'examen de sa compétence et de la recevabilité. En effet, dans cette affaire, la Cour avait de prime abord examiné les conditions de recevabilité de la requête, avant de se pencher par la suite sur l'examen de sa compétence. Trois années plus tard, dans l'affaire Issa Konaté c. Burkina Faso³⁷, la Cour a renversé sa pratique, en examinant sa compétence préalablement à la recevabilité de la requête. Cette règle est désormais devenue une règle de principe.

Ainsi, ces opinions ont exercé une influence importante sur la jurisprudence de la Cour, en ce qu'elles ont conduit à un revirement de jurisprudence. Enfin, le rôle majeur des opinions séparées est de donner des indications sur les évolutions jurisprudentielles à venir.

D) Les opinions séparées, un indicateur des futures évolutions jurisprudentielles

Devant la CAfDHP une question substantielle doit principalement retenir l'attention. En effet, elle fait systématiquement l'objet d'opinions séparées par un nombre important de juges.

Le droit tanzanien prévoit que toute personne reconnue coupable d'un homicide sera condamnée obligatoirement à la peine de mort par pendaison. Ces condamnations font l'objet de nombreux recours devant la CAfDHP. Plusieurs juges se sont constamment opposées à la jurisprudence de la Cour selon laquelle, l'Etat Tanzanien viole le droit à la vie des Requérants en ce que le droit tanzanien écarte le pouvoir du juge dans la détermination de la peine, ainsi que le droit à la dignité humaine en ce que la pendaison est un mode d'exécution de la peine capitale indigne et cruel. Dans l'affaire *Tembo Hussein c. Tanzanie*³⁸, le Juge Blaise Tchikaya a rédigé une opinion individuelle dans laquelle il estime que la peine de mort est une sanction devenue contraire au droit international des droits de l'homme. L'appréciation des droits humains ne peut alors être variable selon les collectivités socio-politiques auxquelles sont rattachés les requérants. Selon lui, la Cour ne peut pas se situer entre une illicéité internationale et le caractère supposément licite de pratiques locales contraires. De la même façon, dans l'affaire *Emmanuel Yusufu Noriega c. Tanzanie*, le Juge Blaise Tchikaya déplore que «la position de la Cour [soit] toujours aussi ambivalente face à la préservation de la vie que la peine de mort tend à contester»³⁹ et invite de nouveau à penser l'uniformité du régime de la peine de mort à travers le monde. Un autre juge a exprimé son désaccord avec la motivation de la Cour dans cette affaire, affirmant que «le motif de la violation du droit à la dignité de la personne humaine n'est pas le mode

³⁷ CAfDHP, *Lohé Issa Konaté c. Burkina Faso*, Requête n° 004/2013, Arrêt 5 décembre 2014.

³⁸ CAfDHP, *Hussein Tembo et autres c. Tanzanie*, Requête n° 006/2013, Arrêt 23 mars 2018.

³⁹ CAfDHP, *Emmanuel Yusufu Noriega c. Tanzanie*, Requête n° 006/2015, opinion individuelle du juge Tchikaya, Arrêt 23 mars 2018.

d'exécution de la peine de mort en l'espèce, à savoir, la pendaison, mais précisément la peine de mort elle-même. Si le mode d'exécution de la peine de mort viole le droit à la dignité, il en va de même et a fortiori pour la peine de mort elle-même»⁴⁰.

Le juge Blaise Tchikaya ainsi que le juge Dumisa Ntsebeza se sont également prononcés dans le même sens retenant l'idée que la peine de mort est en elle-même constitutive d'une atteinte à la dignité humaine, quel que soit son mode d'exécution; la considérant par ailleurs irréversible, comportant un risque d'erreur, et sans effet dissuasif avéré.

De plus, les autres juridictions internationales considèrent la peine de mort comme un châtiment cruel, inhumain et dégradant constitutif d'une atteinte à la dignité humaine et au droit à la vie. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni et Irlande du Nord* a souligné l'illicéité internationale absolue de la peine de mort, en toutes circonstances⁴¹.

Bien que la Cour ait toujours déclaré l'Etat tanzanien coupable d'une atteinte au droit à la vie et à la dignité humaine des Requérants dans les affaires sur la peine de mort, elle n'a «jamais osé franchir le pas pour affirmer l'incompatibilité de la peine de mort en soi avec le droit à la vie et avec le droit à la dignité. Par une interprétation trop restrictive et une «approche minimaliste» des articles 4 et 5 de la Charte, la Cour a toujours refusé de considérer que la peine de mort constitue, en soi, une atteinte à la dignité de la personne humaine»⁴².

Le nombre important de juges s'opposant systématiquement à la peine capitale ainsi que le rejet systématique de légalité de cette peine dans les juridictions internationales laissent imaginer que par le jeu de la majorité, la position de la Cour africaine pourrait être renversée et consacrer l'illégalité absolue de la peine de mort.

Une autre série d'opinions séparées pourraient être à l'origine d'un revirement de jurisprudence. Elles portent sur la question de l'effet horizontal de la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après désignée «la Charte Africaine»). Le juge Blaise Tchikaya a affirmé que la Cour aurait dû consacrer l'effet horizontal de la Charte africaine, en recherchant directement la responsabilité des personnes privées mises en cause.

Dans l'affaire *Center for Human Rights et autres c. Tanzanie*, il a rédigé une opinion en faveur de la consécration de l'effet horizontal de la Charte⁴³.

⁴⁰ CAFDHP, *Emmanuel Yusufu Noriega c. Tanzanie*, Requête n° 006/2015, opinion individuelle du juge Ben Achour, Arrêt 23 mars 2018.

⁴¹ Cour Européenne des droits de l'homme, *Al-Saadoon and Mufdhi v. United Kingdom*, Requête n° 61498/08.

⁴² CAFDHP, *Emmanuel Yusufu Noriega c. Tanzanie*, Requête n° 006/2015, opinion individuelle du juge Tchikaya, Arrêt 23 mars 2018.

⁴³ CAFDHP, *Centre for Human Rights (University of Pretoria) et autres c. Tanzanie*, Requête n° 009/2011 et 011/2011, opinion individuelle du juge Tchikaya, Arrêt 14 juin 2013.

En l'espèce les requérants alléguaient une série de violations des droits des personnes atteintes d'albinisme en Tanzanie. Les personnes atteintes d'albinisme (les PAA) vivant sur le territoire tanzanien ont toujours été victimes d'humiliations et de persécutions comme des mutilations, voire des meurtres. Ces violences trouvent leur origine dans des croyances anciennes selon lesquelles les PAA seraient une malédiction ou encore des fantômes immortels. Avoir une relation sexuelle avec une femme atteinte d'albinisme est alors considéré comme un gage d'immortalité ou encore comme un remède contre le SIDA. Les femmes atteintes d'albinismes sont victimes d'agressions et de violences sexuelles et plus largement les PAA sont agressées et leurs sépultures sont profanées. Les Requérants soutenaient notamment que l'Etat Défendeur n'avait pas pris les mesures suffisantes pour protéger les personnes atteintes d'albinisme, faire cesser ces croyances et *a fortiori* les violences à leur encontre. En l'espèce, le juge Blaise Tchikaya admet la responsabilité de l'Etat tanzanien pour certaines allégations. En revanche, il réfute le fait que l'Etat Défendeur ait été reconnu coupable par la Cour africaine d'une violation du droit à la vie, protégé par l'article 4 de la Charte africaine. En effet, il observe que l'Etat Défendeur a mené des enquêtes afin de traduire en justice les auteurs des crimes contre les PAA et qu'il a adopté des mesures de sensibilisation afin de faire disparaître les croyances dangereuses et les violences qu'elles subissent. Le juge déplore le fait que la Cour avait l'opportunité d'opérationnaliser l'effet horizontal de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, mais ne l'a pas fait, et cela alors même que ce texte laisse la possibilité de reconnaître une responsabilité conséquente aux personnes privées ayant manqué à leurs obligations.

Dans le même sens, dans l'affaire *LIDHO c. Côte d'Ivoire*, s'est posée la question de la responsabilité des personnes privées dans ce contentieux environnemental. La société Trafigura avait tenté de décharger ses déchets dans plusieurs Etats à travers le monde. Sa tentative de les évacuer à Amsterdam avait d'ailleurs provoqué un incident environnemental, après que des résidents se soient plaints de l'odeur étourdissante et aient été victimes de nausées, de vertiges ou encore de maux de tête. Le même déversement de déchets toxiques et conséquemment les mêmes violations des droits de l'homme, se sont produits en Côte d'Ivoire. Le juge Blaise Tchikaya affirme que la territorialisation des violations ne suffit pas à établir la responsabilité d'un Etat défendeur. Il est nécessaire d'établir que l'Etat ou ses agents ont contribué, au-delà de tout doute raisonnable, auxdites violations. Il poursuit en estimant que la Cour n'a pas démontré en quoi l'Etat Ivoirien s'était rendu coupable des violations alléguées par les Requérants. Le lien d'imputabilité des dommages aurait dû être établi sans ambiguïté. L'Etat Défendeur avait octroyé aux navires de la société une autorisation d'entrée dans le port d'Abidjan. Cette autorisation aurait dû faire l'objet d'un examen plus approfondi de la part de la Cour, en ce qu'elle

permettait d'établir sans équivoque qui avait permis le déversement de déchets toxiques dans le port d'Abidjan. Ainsi, l'honorable Juge a réitéré l'idée selon laquelle « la Cour devrait prolonger horizontalement les obligations positives qui figurent dans la Charte africaine aux puissantes Entreprises multinationales qui organisent des atteintes massives des droits de l'homme sur le continent. Cette application horizontale [pouvant] être mise en œuvre par la Cour »⁴⁴.

Ces opinions dissidentes laissent entrevoir des évolutions dans la position de la Cour africaine sur la responsabilité des personnes privées. En effet l'Union panafricaine des avocats a introduit une demande d'avis consultatif devant la Cour portant sur les impacts néfastes du changement climatique sur la jouissance des droits et libertés fondamentales. Le continent africain, alors même qu'il représente le continent le plus faiblement émetteur de gaz à effet de serre, subit de façon particulièrement importante les conséquences dramatiques du changement climatique. De plus, par les mécanismes de crédits carbone et du fait de la présence de nombreuses entreprises multinationales sur le continent africain, la question de la responsabilité des personnes privées revête une importance capitale. Les crédits carbones ont émergé dans les années 1990 comme une prétendue solution au changement climatique. Ils fonctionnent comme une forme de compensation. Lorsqu'un État soustrait un crédit carbone, il achète en quelque sorte autorisation d'émettre une tonne de Co₂. Le crédit carbone souscrit, doit en principe permettre de réduire ou d'empêcher l'émission d'une tonne de Co₂ ailleurs dans le monde. A titre d'exemple, plusieurs États européens ont soustrait des crédits carbones permettant le reboisement de forêts à Kachung et Bukaleba en Ouganda. Toutefois, de nombreuses communautés locales ont été privées de leurs parcelles de terres afin que celles-ci soient reboisées. Ces terres agricoles représentaient pour les communautés locales ougandaises un moyen de subsistance indispensable⁴⁵. Les crédits carbones soustraits par les États européens leur ont été bénéfiques, dans la mesure où ils leur ont permis de poursuivre leurs activités industrielles et de pouvoir émettre plusieurs tonnes de Co₂, sans aggraver le taux d'émissions à l'échelle mondiale. Toutefois, ce sont les communautés locales en Ouganda qui ont directement fait les frais de ces crédits carbones, en ayant été privées de leurs terres pourtant vitales pour l'élevage, l'agriculture ou encore la collecte de bois. Cela a impacté directement leur capacité à se chauffer ou à se nourrir et donc *a fortiori* à se loger et à vivre dignement. Ainsi, cet exemple témoigne de la façon dont les crédits carbones peuvent engendrer des effets néfastes et conduire à des violations des droits humains, notamment des droits des peuples autochtones ou des

⁴⁴ CAfDHP, *LIDHO, LE MIDH, LA FIDHA & others c. Côte d'Ivoire*, Requête n° 041/2016, opinion individuelle du juge Tchikaya, Arrêt 05 septembre 2023.

⁴⁵ Union panafricaine des avocats (PALU), *Demande d'avis consultatif sur les obligations des États africains en matière de changement climatique*, 2 mai 2025, §49.

communautés locales. La demande d'avis consultatif, déposée par l'Union panafricaine des avocats conduira la CAfDHP à se prononcer sur les obligations des Etats du fait des tiers et des sociétés privées, ainsi que sur la responsabilité des personnes privées. En effet, plusieurs questions juridiques dans cet avis portent expressément sur ces points. Les arguments mis en avant par le Juge Blaise Tchikaya dans l'opinion dissidente qu'il a jointe à l'affaire *LIDHO c. Côte d'Ivoire* précédemment citée, seront peut-être repris par la Cour Africaine.

3.2 Comparatif avec les autres juridictions internationales

Le constat selon lequel les opinions séparées n'exercent pas une grande influence sur la jurisprudence de la Cour Africaine, en ce qu'elles ne conduisent que très rarement à des revirements de jurisprudence s'observe également dans les autres juridictions internationales, telles que la Cour pénale internationale (a), la Cour internationale de Justice (b) et les autres Cours régionales de protection des droits de l'Homme (c).

A) *Les opinions dissidentes à la Cour pénale internationale*

La professeure Nancy Amoury Combs a publié en 2021 une étude empirique sur l'impact des opinions séparées en droit international pénal. Elle a analysé chacune des opinions rédigées dans les quatre principales juridictions pénales internationales que sont le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le Tribunal pénal international pour le Rwanda, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone et enfin la Cour pénale internationale (ci-après-désignée "la CPI"). Elle a ainsi observé que 86% des opinions séparées produites par les juges de première instance devant l'une des juridictions précitées n'avaient eu aucune incidence sur la décision d'appel, leurs arguments n'ayant même pas fait l'objet d'un examen devant la juridiction d'appel. La professeure Nancy Amoury Combs met en lumière trois affaires dans lesquels des opinions dissidentes ont abouti à un revirement de jurisprudence. Cela représente certes une infinité par rapport aux 289 opinions constituant l'objet de cette étude, mais comme dans la jurisprudence de la Cour Africaine, cela démontre que les revirements sont possibles. A titre d'exemple, la théorie du "contrôle du crime" (*control-over-the-crime theory*) élaborée par le Juge Wolfgang Schomburg a eu un impact important sur la jurisprudence de la CPI. Cette théorie vise à déterminer comment la responsabilité pénale d'un individu peut être recherchée dans le cas d'un crime commis collectivement. Le Juge Wolfgang Schomburg a théorisé cette forme de responsabilité dite du "contrôle du crime" dans l'affaire *Stakic* devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie⁴⁶. Sa théorie a été adoptée par la chambre de première instance.

⁴⁶ *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Case No. IT-97-24-A, Appeals Chamber, Judgement, 22 March 2006.

Ainsi, elle ne constituait pas, à ce moment-ci, une opinion séparée. Toutefois, la Chambre d'appel a part la suite infirmé le jugement de première instance et rejeté la théorie du Juge Wolfgang Schomburg. Du fait de cette décision, ce dernier a rédigé une opinion dissidente afin de défendre sa conception en opposition à la doctrine dite de "l'entreprise criminelle commune" (*joint criminal enterprise*), alors majoritaire. Par la suite, le Juge Wolfgang Schomburg a réaffirmé sa position dans plusieurs affaires, toujours par la rédaction d'opinions séparées. Les efforts du Juge n'auront pas été vains puisqu'*in fine*, la CPI a adopté sa théorie dans l'affaire Lubanga⁴⁷. En somme, l'autrice note toutefois, que l'impact des opinions séparées sur le droit international pénal est minime.

B) *Les opinions dissidentes à la Cour internationale de justice*

Devant la Cour internationale de justice, le même constat s'observe. Les opinions séparées, en permettant la confrontation de point de vue et un dialogue entre différentes philosophies juridiques, permettent ainsi au droit international d'évoluer et de progresser. Le Professeur Ijaz Hussain, identifie trois juges dont les opinions ont marqué la jurisprudence de la CIJ⁴⁸. Les Juges Alvarez, Lauterpacht et Tanaka.

L'auteur observe que le Juge Alerandjro Alvarez ayant prôné la philosophie d'un «Nouveau droit international» fondé davantage sur la conscience juridique des peuples que sur la volonté des Etats souverains, a influencé plusieurs décisions de la CIJ. Dans l'affaire Réparation des dommages subis au service des Nations Unies (1949), la CIJ a reconnu la personnalité juridique à l'Assemblée générale des Nations Unies. Dans l'affaire dite des Pêcheries (1951), opposant le Royaume-Uni à la Norvège sur la délimitation de leurs zones de pêches. La CIJ a retenu la méthode de délimitation proposée par la Norvège, dite des lignes de bases droites, au détriment de la pratique coutumière stricte qui s'appliquait à l'époque. Cette solution reflète l'approche prônée par le Juge Alvarez selon laquelle le juge a un pouvoir d'interprétation qui doit permettre l'adaptation du droit aux besoins contemporains du système international. Le rôle du juge n'est pas strictement de constater et d'appliquer le droit en vigueur. Ce dernier peut, voire doit, l'adapter aux nécessités de chaque époque.

Dans le même sens, le Juge Kotaro Tanaka a largement contribué à la prise en compte des principes généraux du droit et de la coutume internationale. Dans l'affaire dite du Sud-Ouest africain, la CIJ avait développé une position positiviste assez conservatrice, en refusant de statuer au fond de l'affaire, justifiant que les Requérants n'avaient pas d'intérêt juridique direct à agir. Le juge Kotaro Tanaka a exprimé dans une opinion dissidente son désaccord avec la solution retenue par la CIJ. Il a plaidé en

⁴⁷ N.A. Combs, *The Impact of Separate Opinions on International Criminal Law*, dans 62 *Virginia Journal of International Law* 1 (2021).

⁴⁸ I. Hussain, *Dissenting and Separate Opinions at the World Court*, Leiden, 1984.

faveur d'une conception plus protectrice des droits de l'homme et d'une interprétation plus large des missions de la CIJ ; notamment en permettant l'utilisation des principes généraux du droit pour protéger les droits et libertés fondamentales. En 1971, la CIJ a rendu un avis consultatif sur la présence sud-africaine sur le territoire namibien. Elle a considéré la présence de l'Afrique du Sud en Namibie comme illicite au regard du droit international, en adoptant les arguments déployés par le Juge Kotaro Tanaka. Son influence a été qualifiée de «nouvelle synthèse» en ce qu'elle a permis d'asseoir l'autorité juridique de principes généraux, autrefois considérés comme des principes moraux dénués de force juridique⁴⁹.

C) *Les juridictions régionales de protection des droits de l'homme*

Malgré le faible nombre de revirements de jurisprudence, engendrés par les opinions dissidentes, celles-ci présentent tout de même des avantages, particulièrement dans le contentieux international des droits de l'homme.

Les Cours régionales de protection des droits de l'homme font l'objet de prudence sur le recours aux opinions séparées, encadrant cette pratique par le respect de l'éthique judiciaire, notamment à cause de toutes les critiques qui entourent les opinions. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'Homme a adopté en 2008 une résolution sur l'éthique judiciaire⁵⁰. Par cette Résolution, elle a enjoint les juges de Strasbourg de veiller à agir avec intégrité et loyauté, notamment dans la rédaction de leurs opinions séparées. Malgré cette précaution, certains juges ont rédigé des opinions quelque peu outrageantes à l'égard de la Cour. Dans une opinion dissidente à l'affaire *Sejdic et Finci c. Bosnie Herzégovine*, le juge Giovanni Bonello affirmait ainsi que la Cour avait eu «la prétention de revêtir un costume trop grand pour elle» ou encore qu'elle avait «embrasser son propre état de déni aseptisé»⁵¹. La Cour africaine encadre moins la pratique des opinions séparées. Pour autant, les juges de la Cour d'Arusha font l'objet de prudence, conscients que la rédaction d'opinions trop véhémentes contribuerait à décrédibiliser l'autorité déjà fragile de cette Cour. «Si la Cour de Strasbourg a déjà suffisamment vécu pour que ses juges se laissent parfois aller à de tels excès, ceux d'Arusha ont dû faire œuvre de prudence»⁵².

Toutefois, les trois Cours régionales de protection des droits de l'homme admettent la pratique des opinions séparées, qui apparaît nécessaire pour elles, plus que pour n'importe quelle autre juridiction. Les opinions renforcent la légitimité et l'accessibilité des décisions de justice, en agissant comme un facteur de transparence et comme une garantie contre l'erreur.

⁴⁹ I. Hussain, *Dissenting and Separate Opinions*, cit.

⁵⁰ Cour européenne des droits de l'Homme, *Résolution sur l'éthique judiciaire*, 23 juin 2008.

⁵¹ Cour européenne des droits de l'Homme, *Sejdic et Finci c. Bosnie Herzégovine*, requêtes n°27996/06 et n°34836/06, opinion dissidente du Juge Bornello, Arrêt 22 septembre 2009.

⁵² N. Peltier, *Les opinions séparées des juges*, cit., 251.

Cela est d'autant plus important pour les juridictions internationales qui sont souvent attaquées et font l'objet de nombreuses critiques, particulièrement dans le contexte que la scène internationale connaît aujourd'hui, du fait des conflits géopolitiques, des guerres, du recul des droits humains et de l'Etat de droit. Ainsi, Nathan Peltier affirmait que «s'il est vrai que toutes les branches du droit international peuvent profiter des opinions séparées, il est tout aussi vrai que certaines de ces branches restent des enceintes privilégiées à la pratique de l'opinion séparée, en particulier les droits de l'homme»⁵³. En effet, le contentieux relatif aux droits humains est particulièrement mouvant et laisse une place importante à la pluralité d'opinions. Ainsi, toutes les juridictions de protection des droits de l'homme ont recours aux opinions séparées du fait de la légitimité accrue qu'elles leur confèrent. De plus, les Cours de protection des droits de l'homme porte en elles une volonté pédagogique.

Par ailleurs, les opinions séparées en matière de droits humains peuvent même permettre d'en reconnaître certains. Anne Langenieux-Tribalat démontre comment le Juge Sibrand Karel Martens de la Cour européenne des droits de l'homme, par des opinions dissidentes a permis d'accroître leur protection. Dans l'arrêt *Godwin c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme a utilisé les arguments que le Juge Martens mettait en avant depuis 1990 dans ses opinions dissidentes, afin d'élargir le droit à la vie privée et familiale, protégé par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵⁴.

4. Conclusion

Le recours aux opinions séparées dans les juridictions internationales fait l'objet de controverses historiques entre les Etats de tradition romano-germanique et les Etats de *common law*. Ces controverses ont été particulièrement houleuses au moment de l'édification de la justice internationale. Les opposants aux opinions séparées les considèrent comme un risque d'affaiblissement des décisions de justice, en ce qu'elles porteraient atteinte à la collégialité, à l'autorité des décisions ainsi qu'à l'indépendance des juges. A l'inverse, une partie de la doctrine s'est prononcée en faveur du recours aux opinions séparées, les considérant comme un bénéfice pour les justiciables et un facteur d'accroissement de la légitimité des juridictions et de l'acceptabilité des décisions de justice. Ce dernier point apparaît essentiel et particulièrement utile aux juridictions internationales. Ainsi, à l'exception de la Cour de justice de l'Union européenne, toutes les Cours internationale de justice ont conféré aux juges la possibilité de rédiger des opinions

⁵³ N. Peltier, *Les opinions séparées des juges*, cit., 237.

⁵⁴ A. Langenieux-Tribalat, *Les opinions séparées des juges de l'ordre judiciaire français*, thèse de doctorat en droit, Université de Limoges, 2007.

séparées.

A la CAfDHP, les juges se sont largement emparés de cette pratique. Dès lors, bien que les opinions séparées soient dépourvues de toute force juridique contraignante, certains revirements de jurisprudence ont été impulsés grâce à des opinions dissidentes. Par ailleurs, elles jouent un rôle important en mettant en lumière l'imprécision de certains textes de droit et les potentielles évolutions jurisprudentielles à venir. Ce constat s'observe également dans les autres Cours internationale de justice. Les opinions séparées apparaissent comme un outil extrêmement utile à ces juridictions et *a fortiori* aux juridictions de protection des droits de l'homme, en ce qu'elles renforcent leur légitimité. Pour ces Cours, les opinions séparées représentent un outil d'autant plus important, d'une part parce que les Cours régionales de protection des droits de l'homme sont souvent remises en cause et d'autre part, parce que les mouvements anti droits humains connaissent actuellement un accroissement important dans le système international. Elles représentent également un gage de transparence et de clarté au service des justiciables, mieux à même de comprendre les mécanismes et les procédures qui leur sont appliqués. Plus que d'engendrer des revirements brutaux de jurisprudence, les opinions individuelles et dissidentes permettent d'enrichir le raisonnement des Cours de justice, d'influencer la doctrine et d'impulser des évolutions de jurisprudence sur un temps plus long.

