

OPINIÃO SEPARADA DO VENERANDO JUIZ FATSAH OUGUERGOUZ

1. Concordo com as opiniões dos meus colegas relativamente às conclusões a que chegou o Tribunal sobre a questão da sua competência e sobre as custas e despesas do processo, e, conseqüentemente, votei a favor das referidas conclusões. No entanto, acredito que estas duas questões mereciam ser elaboradas de forma mais abrangente.

2. O Peticionário tem, de facto, direito a saber por que levou quase um ano, da data em deu entrada a sua Petição no Cartório à data em que o Tribunal tomou a sua decisão sobre a matéria. O Senegal, por outro lado, tem direito a saber por que o Tribunal optou por tomar uma decisão solene sobre a Petição por via de um Acórdão, em vez de rejeitá-la logo no princípio por uma simples nota do Cartório. As duas partes têm igualmente direito a saber das razões da negação de provimento aos seus pedidos relativos às custas e despesas do caso, respectivamente; o Peticionário devia igualmente ser informado das razões pelas quais o seu pedido, neste particular, teve um tratamento com base no art. 30.º do Regulamento Provisório do Tribunal (adiante designado por "Regulamento") relativamente às custas judiciais, quando o Tribunal poderia igualmente, se não exclusivamente, ter tratado este pedido nos termos do art. 31.º relativamente à Assistência Judiciária.

3. No entanto, é apenas a questão da competência do Tribunal que me parece ser realmente imprescindível, pelo que apenso ao presente Acórdão uma *exposição* sobre a minha opinião separada relativa ao tratamento que o Tribunal devia ter dado a esta questão.

*

* *

4. No presente processo, a questão da competência do Tribunal é relativamente simples. Trata-se da "competência pessoal" ou "competência *ratione personae*" do Tribunal relativamente a petições apresentadas por pessoas

singulares nos termos do n.º 3 do art. 5º do Protocolo à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos que cria o Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos (adiante designado por Protocolo) e do n.º 6 do artigo 34.º do referido Protocolo, que delineiam os moldes de aceitação da competência do Tribunal por parte de um determinado Estado.

5. No entanto, o parágrafo 31 do Acórdão refere, com alguma ambiguidade, que para o Tribunal conhecer duma causa a si apresentada directamente por uma pessoa singular, deve-se cumprir, entre outros, o n.º 3 do art. 5.º e o n.º 6 do art. 34.º do Protocolo.

6. Se a questão for unicamente a competência do Tribunal, a expressão “entre outros” cria, portanto, confusão, pois dá a impressão de que a referida competência depende de uma ou várias condições não especificadas. No entanto, é minha opinião que não há outras condições relativamente à competência do Tribunal no processo em causa senão as especificadas no n.º 6 do artigo 34.º do Protocolo a que se fez referência no n.º 3 do art. 5.º.

7. Não obstante, se a expressão “entre outros” refere-se igualmente às condições de admissibilidade da petição, já não haveria qualquer ligação lógica entre os parágrafos 31 e 29 do Acórdão nos quais o Tribunal indicou que começaria por apreciar a questão da sua competência. Seria sobretudo difícil de entender o significado do parágrafo 39 no qual o Tribunal interpreta a palavra "receber" empregue no n.º 6 do art. 34.º do Protocolo. No parágrafo 39, o Tribunal salienta, de facto, que a palavra "receber", conforme aplicada à petição, não deve ser entendida no seu sentido literal de a "receber fisicamente", nem no seu sentido técnico de "admissibilidade", mas sim na acepção de "competência" do Tribunal para "apreciar" a petição, isto é, a sua competência para conhecer da causa, conforme referido inequivocamente no parágrafo 37 *in fine* do Acórdão.

8. Tendo em conta o parágrafo 39 do Acórdão, o parágrafo 31 deve, portanto, ser interpretado como sendo exclusivamente relativo à questão da competência do Tribunal. Uma vez que o significado da expressão “entre outros” não é clara, o Tribunal devia eliminá-la.

9. Mesmo que se procedesse à referida supressão, os parágrafos 31 e 34 do Acórdão suscitam a questão da competência do Tribunal, em termos que não reflectem fidedignamente a abordagem liberal aplicada pelo Tribunal no tratamento da Petição.

10. Nos já referidos dois parágrafos do Acórdão, a questão da competência do Tribunal é de facto suscitada pela referência exclusiva ao n.º 3 do art. 5.º e ao n.º 6 do art. 34.º do Protocolo. No entanto, o art. 5.º, na sua essência, aborda a questão do "Acesso ao Tribunal", conforme o título indica claramente. Com efeito, a questão da competência pessoal do Tribunal, neste caso, deve necessariamente receber tratamento delineado no parágrafo 37 do Acórdão, i.e., uma vez que o Senegal não emitiu a declaração prevista no n.º 6 do art. 34.º do Protocolo, o Tribunal não é competente para conhecer das causas a si apresentadas directamente por pessoas singulares contra este Estado. Esta decisão devia ter sido tomada de forma célere no âmbito da apreciação preliminar da competência do Tribunal, conforme dispõe o art. 39.º do Regulamento.

11. Conquanto seja imprescindível à questão da competência pessoal do Tribunal, o n.º 3 do art. 5.º e o n.º 6 do art. 34.º do Protocolo devem ser entendidos no seu contexto, em especial o art. 3.º do Protocolo com epígrafe "Competência" do Tribunal.

12. De facto, conquanto os dois estejam estreitamente relacionados, as questões da "competência" do Tribunal e de "acesso" ao mesmo não são menos distintos, como o parágrafo 39 do Acórdão de facto sugere¹; é precisamente esta distinção que explica por que o Tribunal não rejeitou, logo no início, a Petição, dada a evidente falta de competência, por uma simples nota emitida pelo Cartório, e por que tardou a decidir sobre a Petição mediante um Julgamento bastante solene.

*

¹ Sobre esta matéria, leia-se, a título de exemplo, Prosper Weil, que refere: "A competência e apresentação de causas não só diferem do pondo de vista conceitual, como também distinguem-se no tempo. Por norma, a competência antecede a apresentação de causas[...]. Em certos casos, no entanto, a sequência pode ser invertida ", [Tradução do Cartório] "Compétence et saisine: un nouvel aspect du principe de la juridiction consensuelle", in Jerzy Makarczyk (Ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century - Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1996, p. 839.

13. A Petição deu entrada no Cartório do Tribunal a 29 de Dezembro de 2008 e foi incluída na lista geral de processos sob o n.º 001/2008. Foram enviadas cópias da Petição ao Senegal a título de notificação a 5 de Janeiro de 2009; e, no mesmo dia, informou-se o Presidente da Comissão da União Africana sobre a apresentação da Petição e, através deste, informou-se igualmente o Conselho Executivo e as outras Partes do Protocolo.

14. Portanto, aquando da apresentação, a Petição tramitou por vários actos processuais de actos processuais, incluindo o registo na lista geral de processos do Tribunal² e a notificação desta ao Senegal.

15. No que lhes diz respeito, as petições ou comunicações dirigidas à Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos³, à extinta Comissão Europeia dos Direitos do Homem⁴, à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos⁵, ao Comité

² O registo de uma petição ou comunicação na lista geral de processos de um órgão judicial ou quase-judicial pode definir-se como um "acto de reconhecimento que determina que tal comunicação é realmente uma apresentação de causa e, a partir da data de entrada, consuma a introdução do processo", [Tradução do Cartório] Carlo Santulli, *Droit du contentieux international*, LGDJ-Montchrestien, Paris, 2005, p. 400.

³ O art. 102.º do Regulamento da Comissão Africana, conforme adoptado a 6 de Outubro de 1995, tem a seguinte redacção: "Nos termos do presente Regulamento, o Secretário enviará à Comissão as comunicações que lhe são apresentadas para efeitos de apreciação por parte da Comissão em conformidade com a Carta. 2. A Comissão não receberá nenhuma comunicação referente a um Estado que não seja uma parte da Carta nem incluirá numa lista nos termos do art. 103.º do presente Regulamento" (sublinhado acrescentado); veja-se http://www.achnr.org/francais/info/rules_fr.html (site consultado a 9 de Dezembro de 2009). Quando os Estados-membros da União Africana não eram todos parte da Carta Africana, e a Comissão recebesse uma comunicação contra um Estado que não era parte da carta, a Comissão limitava-se a informar o Peticionário, por escrito, de que não tinha competência para apreciar a comunicação. Não enviava cópia da comunicação ao Estado visado a título de notificação, Evelyn A. Ankumah *The African Commission on Human and Peoples' Rights - Practice and Procedures*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/London/Boston, 1996, p. 57.

⁴ "Quando uma petição é apresentada por simples ofício, mesmo que tal petição seja completa, é prática da Comissão enviar uma minuta de petição ao Peticionário. Os vários pontos detalhados nesta minuta facilitam a apreciação eficaz da admissibilidade da petição. O requerente deve enviar de volta a minuta devidamente preenchida e acompanhada dos anexos necessários. As respostas a alguns dos pontos podem mencionar os elementos já contidos na petição. Regra geral (excepto em caso de emergência), é somente após a recepção da minuta devidamente preenchida que a petição é incluída na lista da Comissão, atribuindo-se um número de série [...]. Diz-se que a entrada na lista transforma uma "petição" em processo nos termos do art. 25.º da Convenção" (sublinhado acrescentado). Michel Melchior, «La procédure devant la Commission européenne des droits de l'Homme» Michel Melchior (e outros), *Introduire un recours à Strasbourg? Een Zaak Aanhangig Maken te Straatsburg?* Nemesis Editions, Brussels, 1986, p.24.

⁵ A competência da Comissão Interamericana, no que diz respeito às comunicações de pessoas singulares, é, por direito, de todos os Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos, independentemente de serem ou não Partes da Convenção Americana dos Direitos Humanos, veja-se os arts. 27.º, 49.º e 50.º do Regulamento da Comissão com emendado em Julho de 2008; o art.26.º do Regulamento prevê, no entanto, uma fase processual inicial que pode ser equiparada à de apreciação da admissibilidade *prima facie* da petição. É descrita por um autor nos seguintes termos: "A Comissão recebe a petição e regista-a. Na prática, é da responsabilidade do Secretariado Executivo da Comissão verificar se a petição é admissível a título *prima facie*. Em caso afirmativo, esta regista a petição e cria um dossiê[...]. Se não foi seguido o formato correcto, [esta] pode solicitar que o peticionário proceda à devida correcção". Ludovic Hennebel, *La Convention américaine des droits de l'homme — Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruylant, Bruxelles 2007, p. 163.

de Direitos Humanos das Nações Unidas⁶ ou ao Tribunal Internacional de Justiça, por exemplo⁷, passam por um processo de verificação antes de serem registadas ou enviadas, a título de notificação, aos Estados visados.

16. Neste caso, a petição não passou por esta fase processual inicial de verificação. Foi tratada da mesma forma que as petições apresentadas ao Tribunal Internacional de Justiça, antes de 1 de Julho de 1978, data de entrada em vigor do seu novo Regulamento⁸. Antes dessa data, todas as causas apresentadas ao Tribunal, inclusive as acções intentadas contra Estados que, na altura, não tinham aceitado a competência do Tribunal mediante a emissão de uma declaração opcional de aceitação da competência compulsiva do Tribunal prevista no n.º 2 do art. 36 dos Estatutos, eram, de facto, incluídas na lista geral de processos, enviando-se cópias, a título de notificação, aos Estados visados, assim como ao Secretário-Geral das Nações Unidas e, por intermédio deste, a todos os outros membros da Organização.

17. Conforme indicado no parágrafo 13 acima, foram aplicados actos processuais semelhantes aos supramencionados, na petição do Sr. Yogogombaye; entre outros, foram enviadas, a título de notificação, cópias ao Senegal com um ofício de acompanhamento datado de 05 de Janeiro de 2009.

18. O Senegal acusou a recepção desta por ofício datado de 10 de Fevereiro

⁶O Secretário-Geral da ONU mantém, de forma permanente, um registo das comunicações que apresenta ao Comité; no entanto, em circunstância nenhuma regista uma comunicação feita contra um Estado que não seja parte do Protocolo Opcional ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, vejam-se os arts. 84.º e 85.º do Regulamento do Comité dos Direitos Humanos, Nações Unidas, Doc, CCPR/C/3/Rev.7, 4 de Agosto de 2004, consulte o [http://Avwww.unhchr.ch/tbs/doc.nsf\(Svmbol\)/CCPR.C.3.Rev.7.Fr?](http://Avwww.unhchr.ch/tbs/doc.nsf(Svmbol)/CCPR.C.3.Rev.7.Fr? Documento aberto (site consultado a 9 de Dezembro de 2009).) Documento aberto (*site consultado a 9 de Dezembro de 2009*). Ao receber tal comunicação, o Secretário-Geral limita-se a informar o autor da mesma de que a comunicação não pode dar entrada devido ao facto de o Estado visado não ser parte do Protocolo Opcional, Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights - CCPR Commentary*, 2nd Revised Edition, N.P. Engel Publisher, Kehl am Rhein, 2005, pp.824-825.

⁷ Note-se que a referência feita à prática do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos é de pouco interesse neste particular dado que a questão da competência pessoal é apresentada em termos diferentes nestes dois Tribunais. No Tribunal Interamericano, uma vez que as pessoas singulares não têm acesso directo ao Tribunal, a questão de competência pessoal é apenas suscitada quanto aos Estados Partes; no Tribunal Europeu onde pessoas singulares têm acesso directo, o Tribunal têm competência automática apenas com base na participação dos Estados-Membros do Conselho Europeu na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

⁸ O parágrafo 5 do art. 38.º do actual Regulamento do Tribunal Internacional de Justiça dispõe o seguinte: “Quando o Estado Peticionário assentar a competência do Tribunal num consentimento ainda por ser dado ou manifestado pelo Estado visado, a petição será transmitida a este Estado. Não deve, contudo, ser incluída na lista geral, nem pode ser tomada acção alguma no processo a menos e até que o Estado visado consinta à competência do Tribunal para efeitos da causa” (sublinhado acrescentado).

de 2009, tendo igualmente transmitido, pela mesma via, os nomes das pessoas que o representariam em juízo. Nessa fase, o Senegal poderia ter-se limitado a indicar que não tinha emitido a declaração prevista no n.º 6 do art. 34.º do Protocolo e que, por conseguinte, o Tribunal não tinha competência para apreciar a petição por força do disposto no n.º 3 do art. 5 do Protocolo. No entanto, o facto de ter informado o Tribunal dos nomes dos seus representantes sugere que não descartava a possibilidade de comparecer em Tribunal e de participar nos seus processos, conquanto não visse o objecto da sua participação: contestar a competência do Tribunal, contestar a admissibilidade da petição ou defender-se sobre o mérito da causa.

19. Por um segundo ofício datado de 17 de Fevereiro de 2009, o Senegal solicitou que o Tribunal dilatasse o prazo de apresentação das suas observações "para melhor preparar uma réplica à petição". Ao proceder desta forma, o Senegal indicou a sua intenção de cumprir o disposto no art. 37.º do Regulamento do Tribunal que prevê que o Estado-requerido deverá responder à petição que lhe é movida no prazo de sessenta (60) dias desde que o Tribunal possa, se necessário, deferir o pedido de dilatação do prazo. Mesmo neste ofício, o Senegal não descartou a eventual aceitação da competência do Tribunal. Ainda nesta fase, poderia ter argumentado que não emitiu a declaração prevista no N.º 6 do art. 34.º do Protocolo e, por esse motivo, impugnava a competência do Tribunal.

20. Embora não tivesse feito a declaração supramencionada, o Senegal, pela sua atitude, deixou em aberto a possibilidade, conquanto ínfima, de aceitar a competência do Tribunal para apreciar a petição.

21. O princípio fundamental quanto à aceitação da competência de um tribunal internacional é, de facto, o consentimento – um princípio derivado, por sua vez, do da soberania do Estado. O consentimento do Estado é a condição *sine qua non* para a competência de qualquer tribunal internacional⁹, independentemente do momento

⁹ "Está bem estabelecido em Direito Internacional o princípio de que nenhum Estado pode ser obrigado a apresentar os

ou dos moldes de expressão desse consentimento¹⁰.

22. Este princípio de competência é igualmente sustentado pelo Protocolo. Portanto, em matérias contenciosas, o Tribunal pode exercer competência apenas sobre os Estados Partes do Protocolo. O âmbito da competência em tais casos e as modalidades de acesso ao Tribunal estão definidos nos arts. 3.º e 5.º do Protocolo, respectivamente.

23. Ao tornarem-se Partes do Protocolo, os Estados Membros da União Africana aceitam *ipso facto* competência do Tribunal para conhecer de petições de outros Estados Partes, da Comissão Africana ou de organizações intergovernamentais africanas. A competência do Tribunal sobre as petições apresentadas por pessoas singulares ou organizações não-governamentais contra os Estados Partes não é, por seu turno, automática; depende da expressão opcional de consentimento por parte dos Estados em causa.

24. Isso está disposto no n.º 6 do art. 34.º do Protocolo nos seguintes termos:

“Aquando da ratificação do presente Protocolo ou numa fase posterior, os Estados devem fazer uma declaração a aceitar a competência do Tribunal para receber petições nos termos do n.º 3 do Artigo 5º do presente Protocolo. O Tribunal não receberá, nos termos do n.º 3 do art. 5.º, qualquer petição que envolva um Estado Parte que não tenha feito a referida declaração.”

Com esta redacção, esta disposição suscita duas questões:

25. A primeira é o significado a atribuir à palavra "deve" usada na primeira frase que sugere que a apresentação da declaração por parte do Estado Parte é uma "obrigação" ao Estado Parte e não simplesmente "opcional".

26. Nesta acepção, o n.º 6 do art. 34.º tornaria obrigatória a emissão de tal

seus litígios com outros Estados para efeitos de mediação, arbitragem ou a qualquer método de resolução pacífica, sem o seu consentimento”, Tribunal Permanente de Justiça Internacional, *Estatuto da Carélia Oriental, parecer de 23 de Julho de 1923, Série B, p.27.*

¹⁰ "Tal consentimento pode ser dado de uma vez por todas como obrigação livremente aceite: pode, contudo, ser dado num processo específico para lá de qualquer obrigação pré-existente", *id*

declaração por parte dos Estados Partes após a apresentação dos seus instrumentos de ratificação (ou de adesão)¹¹. Contudo, esta disposição não tem qualquer efeito jurídico real porquanto não estabelece nenhum limite de tempo.

Também não faz muito sentido quando lidos à luz do seu contexto com realce para o n.º 3 do art. 5.º e para a segunda frase do n.º 6 do art. 34, que prevê o seguinte: "O Tribunal não receberá, nos termos do n.º 3 do art. 5.º, qualquer petição que envolva um Estado-signatário que não tenha feito a referida declaração". Portanto, pode dizer-se, em conclusão, que a apresentação da declaração é opcional; esta interpretação é corroborada por uma análise dos "trabalhos preparatórios" do Protocolo.¹²

27. A segunda questão suscitada no n.º 6 do art. 34.º é a de saber se a apresentação da declaração opcional por parte dos Estados Partes é o único meio de expressar seu reconhecimento da competência do Tribunal para apreciar petições a si apresentadas por pessoas singulares.

28. A este respeito, note-se, antes de mais, que o n.º 6 do art. 34.º não exige que a declaração opcional seja emitida "antes" da apresentação da petição; limita-se a dispor que a declaração pode ser emitida "aquando da ratificação do presente Protocolo ou em qualquer data posterior". Portanto, nada obsta um Estado Parte de emitir a declaração "após" ter-se apresentado uma petição contra si. Em conformidade com o n.º 4 do art. 34.º do Protocolo, a declaração, à semelhança da ratificação ou adesão, entra em vigor a partir do momento da sua apresentação e produz efeitos a partir desta data. O Senegal tinha, portanto, a liberdade de emitir tal declaração após ter-se apresentado a petição.

29. Se um Estado poder aceitar a competência do Tribunal mediante apresentação de uma declaração opcional "a qualquer momento", nada no Protocolo o obsta de dar o seu consentimento, após a apresentação da petição, de

¹¹ O parágrafo 6 na versão inglesa, ao invés da francesa, dispõe que a declaração pode ser emitida livremente em duas ocasiões diferentes: "aquando da ratificação do presente Protocolo ou em qualquer data posterior" (sublinhado acrescentado); as versões árabe e portuguesa do referido parágrafo 6 são idênticas à versão inglesa

¹² O parágrafo 6 na versão inglesa, ao invés da francesa, dispõe que a declaração pode ser emitida livremente em duas ocasiões diferentes: "aquando da ratificação do presente Protocolo ou em qualquer data posterior" (sublinhado acrescentado); as versões árabe e portuguesa do referido parágrafo 6 são idênticas à versão inglesa

uma forma diferente da declaração opcional.¹³

30. Não se deve, portanto, interpretar a segunda frase do n.º 6 do art. 34.º, na sua primeira frase, de forma literal. Deve ser lida à luz do objecto e finalidade do Protocolo e, em especial, à luz do art. 3.º com epígrafe "Competência" do Tribunal. Efectivamente, o art. 3.º dispõe, de um modo geral, o seguinte: "A competência do Tribunal alarga-se a todos os casos e diferendos que lhe sejam apresentados", dispondo igualmente que "em caso de diferendo a respeito da competência do Tribunal, cabe ao Tribunal a decisão". Cabe, portanto, ao Tribunal determinar, de forma soberana, as condições de apresentação válida de causas a este; e fazê-lo à luz do princípio do consentimento.

31. O consentimento de um Estado Parte é a única condição para o Tribunal exercer competência sobre as petições apresentadas por pessoas singulares. Este consentimento pode manifestar-se antes da apresentação de uma petição contra o Estado Parte, mediante apresentação da declaração referida no n.º 6 do art. 34.º do Protocolo. Pode também consentir-se posteriormente, formalmente, através da apresentação de tal declaração, informal ou implicitamente a título *forum prorogatum*.¹⁴

¹³Veja-se o n.º 1 do art. 6.º (Competência especial) da versão preliminar da Cidade do Cabo (Setembro de 1995), *Projecto de Protocolo à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos relativo ao estabelecimento do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos*, Reunião dos Juristas de Aparelhos de Estado sobre a criação do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, 06 a 12 de Setembro de 1995, Cidade do Cabo, África do Sul, Doc. OAU/LEG/EXP/AFCHPR/PRO (1) Rev. 1, n.º 1 do art. 6.º da versão preliminar de Nouakchott (Abril de 1997), *Projecto de Protocolo (Nouakchott) à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos relativo ao estabelecimento do Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos* – Segunda Reunião dos Juristas de Aparelhos de Estado sobre a criação do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, 11 a 14 de Abril de 1997, Nouakchott, Mauritânia, Doc. OAU/LEG/EXP/AFCHPR/PROT (2), parágrafos 21, 23, 24 e 25 do relatório desta Segunda Reunião de Peritos de Aparelhos de Estado *Relatório – Segunda Reunião de Juristas de Aparelhos de Estado sobre a criação do Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos*, 11 a 14 de Abril de 1997, Nouakchott, Mauritânia, Doc. OAU/EXP/JUR/CAFDPH/RAP (2), n.º 6 do art. 34.º da versão preliminar de Adis Abeba (Dezembro de 1997), *Projecto de Protocolo à Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos relativo ao estabelecimento do Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos*, Terceira Reunião de Peritos (inclusive Diplomatas) sobre a criação do Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos, 8/13 de Dezembro de 1997, Adis Abeba, Etiópia, Doc. OAU/LEG/EXP/AFCHPR/PRO (111) e parágrafo 35 do relatório desta Terceira Reunião de Peritos, *Relatório – Terceira Reunião de Peritos (inclusive Diplomatas) sobre a criação do Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos*, 8/13 de Dezembro de 1997, 8/11 de Dezembro de 1997, Adis Abeba, Etiópia, Doc. OAU/LEG/EXP/AFCHPR/RPT (111), Rev. 1.

¹⁴ Por norma, a competência antecede a apresentação de causas[...]. [...] Em alguns casos, contudo, a sequência pode ser invertida. Trata-se da essência da teoria *forum prorogatum* segundo a qual o Tribunal pode ter começado a apreciar uma petição conquanto não tivesse competência para o efeito aquando da apresentação da petição ao Tribunal, tendo-se assumido apenas posteriormente devido ao consentimento do Requerido,"Prosper Weil, *op. cit.*, p 839. [Tradução do Cartório]

32. Pode entender-se por *Forum prorogatum* ou "extensão da competência" a aceitação da competência de um tribunal internacional por um Estado após um outro Estado ou pessoa singular ter apresentado ao Tribunal uma causa, expressa ou tacitamente, por meio de actos decisivos ou um comportamento inequívoco.¹⁵ Foi especialmente esta possibilidade que os ofícios do Senegal, datados 10 e 17 de Fevereiro de 2009, levaram o Tribunal a prever neste processo.

33. Até 9 de Abril de 2009, data em que o Cartório recebeu os articulados do Senegal, havia a possibilidade de o Senegal aceitar a competência do Tribunal. Foi só nesta data que ficou inequivocamente claro que o Senegal não tinha intenção de aceitar a competência do Tribunal para apreciar a petição.

34. Cabia, portanto, ao Tribunal ter em conta a recusa do Senegal em consentir à competência do Tribunal para apreciar a petição e, por conseguinte, arquivar e remover o processo da lista geral.

35. Nos termos do Regulamento anterior do Tribunal Internacional de Justiça (anterior a 1 de Julho de 1978), após a apresentação de uma causa contra um Estado que não tivesse aceite previamente a competência do Tribunal mediante a apresentação da declaração opcional e tal Estado não tivesse aceite a competência do Tribunal no processo em causa, após ter sido convidado pelo Estado Requerente a fazê-lo, arquivava-se tal processo mediante a emissão de uma ordem sucinta.¹⁶ No Tribunal Europeu dos direitos humanos, onde o problema da competência ocorre

¹⁵ "*Forum prorogatum*: Expressão latina geralmente traduzida por "competência alargada". Aceitação, por um Estado, da competência do órgão judicial internacional, tal como o Tribunal Internacional de Justiça, após ter-se encaminhado para este uma causa, quer por declaração expressa para o efeito, quer por acto decisivo que implique aceitação tácita. Os actos decisivos podem consistir em participação efectiva nas deliberações, argumentado sobre o mérito ou fazendo constatações sobre o mesmo ou qualquer outro acto que implique ausência excepção a quaisquer decisões futuras sobre o mérito. Na opinião do Tribunal Internacional de Justiça, tal conduta pode equivaler à aceitação tácita da sua competência, que não pode posteriormente ser revogada, em virtude do princípio da *boa-fé* ou princípio de "estoppel", Jean Salmon (Ed.). *op. cit.*, p. 518. Relativamente a esta doutrina, veja-se Mohammed Bedjaoui & Fatsah Ougergouz ", *Le forum prorogatum devant la Cour internationale de Justice: les ressources d'une institution ou la face cachée du consensualisme*" in *Anuário africano do Direito Internacional*, 1998, Vol. V, pp. 91-114.

¹⁶ Veja-se, por exemplo, "Tratamento na Hungria de Aeronave e Tripulação dos Estados Unidos da América", Ordem de 12 de Julho de 1954, *Relatório do TIJ de 1954*, p. 100 ou "Incidente Aéreo de 7 de Outubro de 1952", Ordem de 14 de Março de 1956, *Relatório do TIJ de 1956*, p. 10.

¹⁷ A competência pessoal do Tribunal Europeu sobre as comunicações de pessoas singulares é, de facto, automática, pelo que o Tribunal deve primeiro tratar da questão da admissibilidade das petições e, neste caso, o art. 53.º do seu Regulamento provisório com epígrafe

menos frequentemente do que o da admissibilidade das petições, quando há não sérias dúvidas quanto à inadmissibilidade da petição, notifica-se o Peticionário da respectiva decisão por simples nota.¹⁷

36. No processo em análise, tendo o Senegal suscitado formalmente excepções preliminares na sua “declaração de defesa”¹⁸, datada de 9 de Abril de 2009, o Tribunal considerou necessário conformar-se às disposições do n.º 7 do art. 52 do Regulamento, segundo o qual o “Tribunal deve fundamentar a sua decisão sobre a excepção preliminar.”¹⁹. [Ed. Observação: A expressão francesa “*arrêt motivé*” aparece como “*decisão*” na versão inglesa do n.º 7 do art. 52 do Regulamento].

37. No entanto, a apreciação, por parte do Tribunal, das excepções preliminares do Senegal, em sede de acórdão, exigia dar resposta à questão da sua competência de forma mais abrangente, desenvolvendo, em especial, a possibilidade de estabelecer-se um *forum prorogatum*. Esta possibilidade é sugerida ainda mais no parágrafo 37 do Acórdão no qual o Tribunal, por ter determinado que o Senegal não emitiu a declaração opcional, concluiu que, nesta conformidade, o referido Estado, não aceitou a competência do Tribunal para conhecer das causas apresentadas directamente por pessoas singulares e ou organizações não-governamentais contra si”. [Ed. Observação: A expressão francesa “*sur cette base*” não aparece na versão inglesa, no parágrafo 37 do Acórdão.]

38. No entanto, é esta possibilidade de estabelecer-se um *forum prorogatum*, conquanto ínfima, que está na base do não indeferimento da Petição do Sr. Yogogombaye logo após a data de 10 de Fevereiro de 2009; e é a apresentação de

¹⁷ Veja-se, por exemplo, “Tratamento na Hungria de Aeronave e Tripulação dos Estados Unidos da América”, Ordem de 12 de Julho de 1954, *Relatório do TIJ de 1954*, p. 100 ou “Incidente Aéreo de 7 de Outubro de 1952”, Ordem de 14 de Março de 1956, *Relatório do TIJ de 1956*, p. 10.

¹⁷ A competência pessoal do Tribunal Europeu sobre comunicações de pessoas singulares é, de facto, automática, pelo que o Tribunal deve primeiro tratar da questão da admissibilidade das petições e, neste caso, o art. 53.º do seu Regulamento provisório com epígrafe

¹⁸ Expressão usada na cláusula do “Testemunho” constante da página 17 dos articulados do Senegal.

¹⁹ A referência ao art. 39.º do Regulamento, no parágrafo 29 do Acórdão, não é oportuna, pois esta disposição diz respeito à análise preliminar, por parte do Tribunal, da sua competência, isto é, uma fase das deliberações durante a qual deve certificar-se que tem pelo menos competência *prima facie* para apreciar a petição. Em sede de análise das excepções preliminares por falta de competência, o Tribunal deve tomar uma decisão definitiva sobre sua competência.

exceções preliminares, por parte do Senegal, que está na base do não arquivamento do processo por parte do Tribunal de forma menos solene, mediante emissão de uma ordem ou por simples nota do Cartório.

39. A apresentação de exceções preliminares pelo Senegal pode, por sua vez, explicar-se pelo escrupuloso cumprimento, por este Estado, das disposições do art. 37.º e do n.º 1 do art. 52 do Regulamento.

*

* *

40. Ora, a questão é apurar se "todas" as petições apresentadas ao Cartório deviam ser incluídas na lista geral de processos do Tribunal, se devem ser comunicadas aos Estados visados e, acima de tudo, conforme disposto no .n.º 3 do art. 35.º do Regulamento, se deve notificar-se o Presidente da Comissão da União Africana e, por seu intermédio, o Conselho Executivo da União bem como todos os outros Estados partes do Protocolo. Sendo órgão judicial, ao receber uma petição, o Tribunal está na obrigação de garantir que, pelo menos a título *prima facie*, tem competência sobre a matéria²⁰. Com certeza, trata-se de uma apreciação preliminar, por parte do Tribunal, sobre a sua competência nos termos do disposto no art. 39.º do Regulamento. Nesse caso, devia escolher-se dentre as petições singulares sobre as quais, de relance, o Tribunal dispõe de competência e os outros sobre os quais não tem – o que se dá quando o Estado Parte não emitiu a declaração opcional. Nesta última hipótese, a petição devia ser rejeitada logo de início por simples nota do Cartório. Comunicar-se-ia, por fim, ao Estado Parte visado, mas só se esse

²⁰ Sobre esta questão, veja-se, a título de exemplo, Gérard Niyungeko, *La preuve devant les juridictions internationales*, Editions Bruylant. Editions de l'Université de Bruxelles, Brussels, 2005 p. 55. Portanto, segundo o Tribunal Internacional de Justiça: "Nos termos do seu Estatuto e jurisprudência estabelecida, o Tribunal deve, no entanto, analisar de *motu proprio* a questão da sua competência para apreciar o pedido do Governo da Grécia", *Acórdão sobre a Plataforma Continental do Mar Egeu, Relatório do TIJ de 1978* p. 7, parágrafo 15. No que diz respeito à prática do Tribunal Interamericano, veja-se Ludovic Hennebel, *La Convención americana des droits de l'homme - mécanismes de protection et des droits étendue et libertés* Bruylant, Bruxelas, 2007, p. 238, parágrafo 277, ou a prática de órgãos quase judiciais, tais como o Comité dos Direitos Humanos, veja-se Ludovic Hennebel *La jurisprudência du Comité des droits de l'homme des Nations Unies - Le Pacte relatif international droits aux civils et politiques et son mécanisme de individuelle protection*, Bruylant, Brussels, 2007 p. 346.

Estado aceitasse a competência do Tribunal é que a petição seria incluída na lista geral de processos do Tribunal²¹ e comunicada aos outros Estados Partes. O objectivo é evitar dar publicidade prematura ou indevida a petições singulares sobre as quais o Tribunal carece claramente de competência.

41. Neste particular, importa salientar que os potenciais autores de petições singulares podem, nas circunstâncias actuais, enfrentar dificuldades, tendo em conta a situação de um determinado Estado africano relativamente à declaração opcional. Somente a lista de Estados Partes do Protocolo é, efectivamente, publicada no *site* da Comissão da União Africana e esta lista não menciona os Estados que fizeram a declaração opcional. Seria, portanto, desejável que a lista dos Estados que fizeram a referida declaração fosse igualmente publicada no *site* para efeitos de informar pessoas singulares e organizações não governamentais.

42. O Tribunal, por sua vez, não pode estar satisfeito com essa publicação, pois não tem cunho oficial e não reflecte "em tempo real" a situação de adesão ao Protocolo e ao sistema da declaração opcional. Até à data presente, a lista de Estados Partes no Protocolo e a lista dos Estados Partes que fizeram a declaração opcional, apesar de ser de interesse primário para o Tribunal, não são automaticamente notificadas ao Tribunal pelo Presidente da Comissão da União Africana, o depositário do Protocolo. O Protocolo não obriga o depositário a comunicar as declarações ao Cartório do Tribunal, e o n.º 7 do art 34.º limita-se a dispor que as declarações sejam depositadas junto do Presidente da Comissão da União Africana "o qual transmitirá as respectivas cópias aos Estados Partes". O Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça²² e a Convenção Americana de Direitos Humanos²³, por sua vez, prevêm que os depositários das declarações opcionais de aceitação da competência obrigatória do Tribunal Internacional de Justiça e do Tribunal Interamericano, respectivamente, apresentem as respectivas cópias aos Cartórios dos referidos tribunais. Embora o departamento competente da Comissão

²¹ Conforme frisou correctamente um autor, o registo de uma petição na lista geral de processos de um órgão judicial "é, na essência, uma forma de eliminar as correspondências frívolas ou outras comunicações irrelevantes que não podem ser considerados petições", Carlo Santulli. *op.cit.*, p. 400.

²² Parágrafo 4 do art. 36.º.

²³ Parágrafo 2 do art. 62.º.

da União Africana não tenha a obrigação legal de o fazer, seria igualmente desejável que, no futuro, o referido departamento informasse o Tribunal de qualquer actualização das duas listas supra.

Juiz Fatsah Ougouergouz

Escrivão Aboubakar Diakité