

Opinion partiellement dissidente

du juge Rafaâ Ben Achour

1. Je suis d'accord avec la quasi-totalité du raisonnement et des conclusions de la Cour dans l'arrêt ci-dessus (*Bob Chacha Wangwe et Legal and Human Rights Centre c. République-unie de Tanzanie*, requête n° 011/2020). Cependant, et malgré tout le respect que je dois à la Cour, j'ai le regret d'être partiellement dissident sur deux points, à savoir : les points (vi) et (vii) du dispositif, libellés comme suit :

vi. Dit que l'État défendeur n'a pas violé l'article 3 de la Charte du fait que l'article 6(1) de la NEA réserve le recrutement du directeur des élections uniquement aux candidats issus de la fonction publique ;

vii. Dit que l'État défendeur n'a pas violé les articles 13(1) et 3 de la Charte du fait que les articles 7(1), 7(2) et 7(3) de la NEA restreignent la nomination de directeurs du scrutin aux seuls fonctionnaires ;

- I. **Sur la violation de l'article 3 de la Charte par l'article 6(1) de la loi portant organisation des élections nationales réservant le recrutement du directeur des élections uniquement aux candidats issus de la fonction publique**

2. L'article 6(1) de la loi portant organisation des élections nationales (*National Election Act* ci-après désignée « la NEA ») dispose que

« Un directeur des élections est nommé par le Président parmi les fonctionnaires de la République-Unie sur recommandation de la Commission ».

3. Pour les Requérants, une telle disposition viole le droit à l'égalité devant la loi et à l'égalité de protection de la loi garantie par l'article 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (ci-après désignée « la Charte »)¹. Pour eux,

¹ « 1. Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi.
2. Toutes les personnes ont droit à une égale protection de la loi ».

« seules les personnes appartenant à la fonction publique de la République-Unie de Tanzanie peuvent être nommées au poste de directeur des élections. Il en résulte que d'autres membres et citoyens ne faisant pas partie de la fonction publique et ayant également le droit de prendre part aux processus électoraux de l'État, notamment en étant nommés à divers postes au sein des organes électoraux, sont exclus ».

4. Quant à l'État défendeur, il fait valoir que

« [l]e droit de participer à la direction des affaires n'est pas absolu, dans la mesure où il peut être légitimement restreint par la loi ». S'appuyant sur l'article 27(2) de la Charte et sur la décision de la Cour dans l'affaire *Tanganyika Law Society et Legal and Human Rights Centre, Révérend Christopher Mtikila c. Tanzanie*. L'État défendeur, soutient que « [l]es restrictions quant aux personnes éligibles pour la nomination au poste de directeur sont raisonnables et justifiables. La nomination d'un fonctionnaire au poste de directeur des élections relève de l'intérêt général, puisqu'il est facile de vérifier ses antécédents éthiques, professionnels et académiques, le service public étant régi par un cadre juridique bien établi ».

5. La motivation de l'État défendeur a emporté la conviction de la majorité de la Cour qui conclut que

« l'article 6(1) de la NEA ne viole pas la Charte en réservant le recrutement du directeur des élections uniquement aux candidats issus de la fonction publique »².

6. C'est cette conclusion, ainsi que le raisonnement qui la sous-tend, que je ne partage pas. J'estime en effet, que la réservation du poste de directeur des élections aux seules personnes appartenant à la fonction publique viole ouvertement le principe d'égalité de tous devant la loi³. Elle est exclusive et discriminatoire et ne repose sur aucun fondement objectif qui la justifierait.

² § 94 de l'arrêt.

³ Principe proclamé par l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 : « Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre

7. Le fait d'être « issu de la fonction publique » ne donne aucune compétence particulière déterminante pour l'occupation du poste de directeur des élections, tâche qui peut être assumée par tout citoyen ayant un degré suffisant d'éducation exerçant une profession libérale ou issu de la société civile. Certes, comme le remarque fort justement la Cour le principe d'égalité « n'exige pas nécessairement un traitement égal dans toutes les affaires et peut permettre un traitement différencié des individus placés dans des situations différentes »⁴, mais cela n'est pas le cas en l'espèce. Le traitement différencié qui peut être acceptable doit avoir un but légitime en fonction des principes qui s'appliquent normalement dans une société démocratique. S'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, la différenciation se transforme en discrimination. Pour avoir une idée sur la notion de discrimination, nous nous reportons à l'article premier de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale⁵, pour qui :

« [l]'expression "discrimination raciale" vise toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique ».

De même, l'article premier de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes⁶ dispose que l'expression :

« "[d]iscrimination à l'égard des femmes" vise toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel

toute provocation à une telle discrimination » et repris autrement par l'article 26 du Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966 : « Toutes les personnes sont égales devant loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi ».

⁴ § 91 de l'arrêt.

⁵ Adoptée le 7 mars 1966. Entrée en vigueur 4 janvier 1969.

⁶ Adoptée le 18 décembre 1979. Entrée en vigueur le 3 septembre 1981.

que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social, culturel et civil ou dans tout autre domaine ».

Ces instruments ne concernent, bien sûr, que certains cas de discrimination fondés sur des motifs précis, mais le Comité des droits de l'homme considère que le terme « discrimination », tel qu'il est utilisé dans le Pacte,

« [d]oit être compris comme s'entendant de toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, et ayant pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par tous, dans des conditions d'égalité, de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales »⁷.

8. Par ailleurs, la Cour « [s]ouligne que les États disposent, dans les limites autorisées, d'une certaine latitude pour structurer leurs organes électoraux en fonction de leurs besoins internes particuliers »⁸. Cela est vrai, mais en l'espèce aucun « besoin interne particulier » n'explique la restriction imposée par la NEA. Sans démonstration aucune, « la Cour estime que le fait de réserver le recrutement du directeur des élections aux seuls agents de la fonction publique ne constitue pas une violation de la Charte » et d'ajouter, alors qu'elle a déjà tranché, un argument sans aucun rapport avec le recrutement du directeur des élections, mais général au système de recrutement dans la fonction publique « qu'aucune irrégularité n'a été relevée dans le système de recrutement des fonctionnaires de l'État défendeur, au nombre desquels le directeur des élections est ensuite nommé » comme s'il lui était demandé de se prononcer sur la régularité du système de recrutement dans la fonction publique de l'État défendeur.

⁷ Comité des droits de l'homme, Trente-septième session, 10 Novembre 1989, Observation générale n° 18 Non-discrimination.

⁸ § 93 de l'arrêt.

9. Par ailleurs et relativement à la violation de l'article 2 de la Charte sur la non-discrimination, la Cour reprend le même raisonnement, estimant que « la restriction du choix du Directeur des élections et des Directeurs de scrutin aux fonctionnaires ne constitue pas une violation de l'article 2 de la Charte »⁹. Je ne reprendrai pas la discussion à cet égard, ayant déjà démontré l'existence d'une discrimination du fait de la violation du principe d'égalité devant la loi.
10. En outre, le fait de réserver la fonction de directeur des élections aux personnes issues de la fonction publique emporte une perception de dépendance du directeur des élections à l'égard du pouvoir exécutif de l'État. Partout, le fonctionnaire est soumis au pouvoir hiérarchique du responsable du département auquel il appartient, à savoir le ministre et partout il est soumis, non seulement à une obligation d'obéissance, mais également à une obligation de réserve qui restreignent sensiblement sa liberté.

II. Sur la violation des articles 13(1) et 3 de la Charte du fait que les articles 7(1), 7(2) et 7(3) de la NEA restreignent la nomination de directeurs du scrutin aux seuls fonctionnaires

11. L'article 7(1) de la NEA permet à certains titulaires de fonctions, à savoir les directeurs de provinces, les directeurs municipaux, les directeurs de ville et les directeurs exécutifs de district, de faire office de directeurs de scrutin.
12. Quant aux articles 7(2) et 7(3), ils accordent à la Commission électorale une marge de manœuvre pour nommer des directeurs du scrutin parmi tous les fonctionnaires
13. Les Requérants contestent la manière dont les directeurs de scrutin sont nommés en vertu des articles 7(1), 7(2), 7(3) de la NEA. Pour eux, ces dispositions sont contraires à la Charte dans la mesure où elles

⁹ § 125 de l'arrêt.

« [e]mpêchent la tenue d'une élection libre et équitable en admettant des agents électoraux qui sont nommés par le Président, qui est également le président du parti au pouvoir et un candidat potentiel ayant un intérêt direct dans le processus électoral ».

14. Les Requérants soutiennent également que les dispositions ne contiennent pas de critères, de qualifications ou de principes directeurs qui devraient guider le processus de nomination, ce qui laisse « [u]ne marge de manœuvre au Président pour abuser du pouvoir de nommer les personnes qui doivent occuper ce poste ». Pour étayer leurs allégations, les Requérants ont soumis une liste de personnes qui, selon eux, étaient membres du parti au pouvoir *Chama cha Mapinduzi* lorsqu'ils ont été nommés directeurs de scrutin.

15. L'État défendeur fait valoir que ses lois prévoient suffisamment de garanties pour que l'article 7(1) de la NEA soit « appliqué en conformité avec le droit de participer librement à la direction des affaires publiques, consacré par la Charte et de l'article 74(14) de la Constitution ». Il souligne, en outre, que « Dès leur nomination, les directeurs ne prennent pas automatiquement fonction en tant que directeurs de scrutin. Avant de prendre fonction, ils doivent, satisfaire aux exigences de l'article 7(5) de la loi et de la règle 16(1)(a) et (b) du Règlement sur les élections nationales (élections présidentielles et parlementaires) ». Selon l'État défendeur, aux termes de la règle 7(5) du Règlement

« les directeurs de scrutin et les directeurs adjoints de scrutin sont tenus de se soumettre à une prestation de serment de confidentialité devant un magistrat et de s'engager à le respecter, avant d'entrer en fonction au sein de cet organe. De même, la règle 16(1) du Règlement exige que chaque coordinateur des élections régionales, un directeur du scrutin et un directeur adjoint du scrutin prêtent un serment de confidentialité devant un magistrat avant d'entrer en fonction. La même disposition rend obligatoire, pour le fonctionnaire, la déclaration devant un magistrat ou un commissaire aux serments selon laquelle il n'est membre d'aucun parti politique ou qu'il a retiré son adhésion à un parti politique ».

16. Dans leur réplique, les Requérants répondent que la prestation de serment d'une personne nommée « [e]st une simple formalité qui ne contribue guère à rendre la personne nommée indépendante. Elle ne constitue, en rien, une garantie contre son manque d'impartialité.

17. Face à ces deux positions, la Cour commence par souligner « que le recours à des fonctionnaires dans le cadre des opérations d'un organe électoral ne constitue pas, en soi, une entrave à l'indépendance, à l'autonomie et à la responsabilité dudit organe », ce qui est à mon avis contestable dans la mesure, comme relevé ci-dessus, que les fonctionnaires sont des agents du pouvoir exécutif soumis au devoir d'obéissance et au pouvoir hiérarchique de leur chef : le ministre. Par conséquent, le recours aux fonctionnaires, à l'exclusion de tous autres citoyens, fait peser sur l'instance électorale une suspicion de dépendance par rapport au pouvoir exécutif. Le fait que ces fonctionnaires soient nommés par le président de la République – chef de l'exécutif – sans limitation de son pouvoir de nomination est un élément supplémentaire de suspicion de dépendance. En effet, Le Président nomme les directeurs des élections sur simple « recommandation » de la commission électorale. Par conséquent, sa marge d'appréciation est très large. S'il s'agissait d'un avis conforme, la situation aurait été autre. D'ailleurs les requérants n'ont pas manqué de relever que « [l]e Président reçoit des recommandations de la Commission pour la nomination du directeur des élections alors que la Commission a elle-même été nommée en premier lieu par le même Président, qui est également un candidat potentiel aux élections ». Ainsi, et contrairement à ce qu'affirme la Cour, il n'est pas établi que

« compte tenu de la diversité des modes de constitution des organes électoraux en vigueur en Afrique, la Cour conclut à la non-violation de l'article 13(1) de la Charte du simple fait que le directeur des élections est nommé par le Président. Elle conclut également à la non-violation de l'article 13(1) de la Charte du simple fait que le Président procède à la nomination du Directeur des élections sur recommandation de la Commission électorale »¹⁰.

¹⁰ § 79 de l'arrêt.

18. Cet argument est réitéré lorsque la Cour affirme plus loin « le manque d'impartialité de la part de certains responsables ne peut, en rien, se déduire du simple fait qu'ils aient été nommés par le Président »¹¹ et que l'article 7(1) de la NEA ne viole pas l'article 13 de la Charte.

19. Concernant la prestation de serment par les directeurs de élections avant leur entrée en fonction, la Cour estime que « le serment [est] une 'garantie essentielle d'indépendance et d'impartialité '.¹² Lorsqu'un justiciable allègue que la prestation de serment ne garantit pas l'indépendance et l'impartialité, il lui incombe d'apporter des preuves de la violation du serment par les personnes ayant prêté ledit serment »¹³. Or, en l'espèce, les requérants ont produit une liste de personnes nommés comme directeurs des élections et affiliés au parti au pouvoir *Chama cha Mapinduzi* lorsqu'ils ont été nommés. La Cour n'a pas pris la peine de vérifier la véracité de cette allégation. Elle s'est contentée de relever que « cette question a également fait l'objet d'un litige entre les Parties devant les juridictions nationales. Plus précisément, la Cour d'appel a traité de cette question aux pages 50 à 53 de son arrêt. Elle a estimé que les preuves produites par les Requérants « manquaient de rigueur [...] » et a rejeté leurs demandes. Compte tenu de cette conclusion sans équivoque de la Cour d'appel sur une question de preuve, la Cour se heurte à la difficulté que pose une quelconque **intervention** de sa part. En effet, la Cour ne procède pas, d'ordinaire, aux analyses factuelles exhaustives que les juridictions internes sont mieux à même de mener.¹⁴ »¹⁵. En l'espèce, et compte tenu de l'importance de la question, la Cour aurait pu s'adonner à cette « analyse factuelle exhaustive » avant de conclure que l'article 7(1) de la NEA ne constitue pas une violation de l'article 13(1) de la Charte.

20. Ce sont là les principales réserves que j'exprime par rapport à l'arrêt ci-dessus. Pour le reste je partage totalement les conclusions de la Cour notamment celles

¹¹ § 105 de l'arrêt.

¹² *Suy bi Gohore c. Côte d'Ivoire*, § 179.

¹³ § 109 de l'arrêt.

¹⁴ *Oscar Josiah c. République Unie de Tanzanie* (fond) (28 mars 2019) 3 RJCA 87, §§ 52 à 53.

¹⁵ § 111 de l'arrêt.

relatives au fait que les articles 7(2) et 7(3) violent la Charte, en ce sens que ces dispositions ne comportent aucune indication quant au grade des fonctionnaires pouvant être nommés au poste de directeurs de scrutin, ni même les qualifications qu'ils doivent posséder avant de pouvoir être nommés à ce poste.



Juge Rafaâ Ben Achour

