

**REVUE
DU
CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

**Numéro Spécial
Les actes de la Conférence africaine d'Alger**

**SUR LE THEME
LES AVANCÉES EN MATIÈRE
DE DROIT CONSTITUTIONNEL EN AFRIQUE**

Revue semestrielle spécialisée

N° 4 - 2014

Revue du conseil constitutionnel

**Revue semestrielle publiée par
Le Conseil constitutionnel algérien**

Adresse : Conseil constitutionnel

Boulevard, du 11 décembre 1960 – El Biar - Alger

Tél : 021.79.01.19

Fax : 021.92.81.62

Courrier électronique : revue-cc@conseil-constitutionnel.dz

Site internet : www.conseil-constitutionnel.dz

Dépôt légal N°:3878 - 2103

ISSN 2253 - 0940

**Membres du Comité d'organisation de la
Conférence africaine d'Alger**

- **M. Mourad MEDELICI**, Président du Conseil
Constitutionnel (Président)
- **Mohamed BOUSOLTANE**, DG/CERC
- **Hocine BENGRI**, D.E.R
- **Moussa LARABA** (CJCA)
- **brahim ROMANI**, D.E.R
- **Mustapha BOUAKEZ**, D.E.R
- **Abdelmadjid TABBECH** DAG

Remarques

1. Le contenu des débats qui a été transcrit à partir de l'enregistrement audio, peut conduire à d'éventuelles déformations d'idées. De plus, la reproduction textuelle du débat comporte des imperfections de forme. A cet effet, nous nous excusons auprès des auteurs et des lecteurs.
2. Le contenu du débat qui a suivi les séances a été présenté de façon à ce que chaque intervention soit suivie de son débat.

Merci de votre compréhension.

La Direction

Revue du Conseil constitutionnel

Revue semestrielle publiée par le Conseil constitutionnel algérien

Président d'honneur

M. Mourad Medelci
Président du Conseil constitutionnel

Directeur de la rédaction

Mohamed Bousoltane
Directeur général du centre d'études et de recherches constitutionnelles

Comité scientifique

Abdelmadjid Djebbar, Mohamed Bachir Masmoudi
Messaoud Chihoub Bouzid Lazhari, Idriss Boukra
Mohamed Bousoltane, Lamine Cheriet, Bachir Yelles Chaouche

Rédaction et traduction

Abdelhamid Rougab, Mohamed Laabani, Liela Benosman
Hiba Khedidja Derragui, Meriem Ben Abdallah

Secrétariat de rédaction

Abdeslem Boukaâbene, Lila Djoughlaf, Hanane Bouaroudj

Les conditions de publication dans la Revue

- La Revue publie les recherches scientifiques originales en Sciences juridiques sous forme d'article.
- L'article doit être écrit dans l'une des langues suivantes : arabe, français ou anglais.
- L'article ne doit pas avoir été déjà publié dans une autre revue.
- L'article ne doit pas être extrait d'une thèse universitaire ou d'un livre déjà publié.
- Le nombre de pages de l'article ne doit pas être inférieur à 05 pages ou dépasser 25 pages.
- Les articles sont envoyés en format papier et en version électronique dans un disque compact (CD).
- Les articles en langues arabes sont écrits en police (Traditional Arabic), taille 14. Seuls les titres sont mis en gras.(les notes de bas de page en taille 12).
- Les articles en langues étrangères sont écrits en police (Time New Roman), taille 12. Seuls les titres sont mis en gras.(les notes de bas de page en taille 10).
- Il est mentionné en tête d'article le nom de l'auteur, son grade et son institution d'origine.
- Les articles sont soumis à l'évaluation des membres du Comité scientifique de la Revue.
- Les articles soumis au Comité de rédaction de la revue ne sont pas restitués qu'ils aient été publiés ou non.
- Le classement des articles publiés n'est fondé que sur des considérations purement techniques.
- Toute publication ultérieure des articles publiés dans la Revue nécessite l'obtention de l'autorisation du directeur de publication de la Revue.

***Les opinions exprimées dans les articles publiés dans la
Revue du Conseil constitutionnel ne reflètent pas l'avis du
Conseil constitutionnel. Elles n'engagent que la
responsabilité de leurs auteurs***

Sommaire

● **Préface**

Par Mr. **Mourad MEDELICI**, Président du Conseil constitutionnel _____ **P11**

1. Séance D'ouverture

- Message de son excellence Mr. **Abdelaziz BOUTEFLIKA**, Président de la République _____ **P 17**
- Allocution de bienvenue de son excellence Mr. **Mourad MEDELICI**, Président du Conseil constitutionnel _____ **P29**
- Intervention de Mr. **Théodore HOLO**, Président de la Conférence des Juridictions Constitutionnelles Africaines (CJCA) _____ **P43**
- Problématique de la conférence _____ **P49**

2. Première Séance: Président Théodore HOLO, (CJCA)

- Le triptyque égalité, liberté d'opinion et multipartisme dans l'évolution constitutionnelle en Algérie _____ **P65**
Pr. **Mohamed BOUSOLTANE**, Conseil constitutionnel algérien.
- Les enjeux de l'indépendance Judiciaire en Afrique du sud _____ **P107**
Mme. **Lee STONE**, Université d'Afrique du Sud, Pretoria.

3. Deuxième Séance: Président Gianni BUCQUICCIO, Présidente de la Commission de Venise)

- Les avancées en matière de droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne _____ **P143**
Pr. **Ridha BENHAMMED**, Doyen Honoraire à la Faculté de Droit et des Sciences Politique de Tunis
- La séparation des pouvoirs et la participation populaire _____ **P191**
Pr. **Ameze GUOBADIA**, Institut Nigérien des Études Juridiques, Supérieures le complexe de la Cour Suprême, Abuja, NIGERIA.
- Évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains _____ **P233**
Pr. **Charif KAÏS**, Université de Tizi-Ouzou, ALGERIE.

Sommaire

4. Troisième Séance: Président Teore ZAVASCKI, (CJCPLP)

- Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africaines _____ **P257**
Pr. **Ismâïla MADIOR FALL**, Professeur de droit public et sciences politiques
Université, Dakar - SENEGAL
Ministre auprès du Président de la République Conseiller Juridique
- Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique____ **P289**
Pr. **Frédéric Joël AÏVO**, Professeur de droit public, Université d'Abomey Calavi,
Président de l'Association Béninoise de droit constitutionnel, BENIN.
- Flux et reflux dans le nouveau constitutionalisme africain _____ **P327**
Pr. **Robert DOSSOU**, Université d'Abomey-Calavi, BENIN et Université Paris 1,
FRANCE.
- Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionalisme africain
Textes choisis . _____ **P365**
Dr. **Telesphore ONDO**, Université Omar Bongo, Libreville, GABON

5. Quatrième Séance: Président Mr. Mourad MEDELICI, (CC)

- Interventions des Présidents des espaces de Justice constitutionnelle
participants à la Conférence _____ **P399**
- Rapport général _____ **P413**
Pr. **Jean-Christophe NZE-BITEGHE**, Université Omar Bongo, Libreville, GABON.

Préface

Préface

Par M. Mourad MEDELICI

Président du Conseil constitutionnel

L'année 2014 a été marquée par plusieurs activités organisées par le Conseil constitutionnel pour commémorer ses 25 années d'existence : journée commémorative ponctuée par l'émission d'un timbre, journées d'études, portes ouvertes... Dans ce même cadre, le Conseil a organisé une Conférence scientifique à laquelle ont été conviés plus de 80 délégués regroupant des Présidents et membres de plusieurs institutions africaines, membres de *la Conférence des Juridictions constitutionnelles africaines*, des invités de marque représentant des institutions et des espaces régionaux et linguistiques activant dans le domaine de la justice constitutionnelle, et auxquels je voudrais exprimer, ici, mes sincères remerciements pour s'être joints à nous pour commémorer cet important évènement dans la vie de notre institution et dont témoigne ce numéro spécial de la *Revue du Conseil constitutionnel*.

Placée sous le Haut patronage de Son Excellence M. le Président de la République et animée par d'éminents constitutionnalistes, venus des Universités d'Algérie, du Gabon, du Benin, de Tunisie, d'Afrique du sud et du Nigéria, la Conférence scientifique a débattu d'un thème, fort éloquent, portant sur : « *les avancées en matière de droit constitutionnel en Afrique* ».

Si le choix du thème a été un des éléments de la réussite de la Conférence, c'est aussi la qualité des conférenciers et du débat qui ont fait de cette tribune d'Alger un évènement continental majeur.

Préface

Il faut reconnaître en effet, que les ingrédients pour la réussite de cette manifestation scientifique étaient réunis : un parterre d'éminents constitutionnalistes africains et non africains- arabes, européens, asiatiques et même sud-américains- et un thème mobilisateur, suscitant le débat et la réflexion sur des questions intimement liées à ce texte fondamental, qu'est la constitution, qui irrigue la vie des hommes et des institutions dans chacun de nos pays.

Ces questions ont été traitées avec compétence et lucidité ; celle portant sur le néo constitutionnalisme africain a particulièrement retenu l'attention qui est apparu à la fin des années 80 et au début des années 90 sur le Continent, suite à de profondes mutations apparues dans le monde de l'époque, et qui ont conduit les pays africains à s'adapter en adoptant de nouvelles constitutions ou en reformulant profondément celles en place. Il est utile de rappeler, dans ce contexte, que la Constitution algérienne du 23 février 1989, suivie de celle du Gabon en mars 1991, ont ouvert la voie à une succession de révisions constitutionnelles en Afrique.

Les intervenants ont expliqué, de fort belle manière, comment les pays africains ont reformé leurs constitutions pour choisir le modèle constitutionnel qui leur a semblé le mieux à même de répondre aux aspirations de leurs peuples, sans négliger leurs spécificités historiques et culturelles, en tant qu'éléments indispensables et complémentaires pour sceller l'ancrage de leurs sociétés aux valeurs universelles.

Les pays africains, réceptifs à ces changements, se sont dotés, pour la plupart, de nouvelles constitutions ; des Constitutions démocratiques rédigées par les « sorciers noirs », comme le disait l'un des conférenciers; en effet l'Afrique n'importe pas de concepts constitutionnels par désir de

Préface

mimétisme, pour les greffer à son corps défendant; mais elle s'est dotée de constitutions dans lesquelles sont consacrés les attributs universels de l'Etat de droit cimentées par les vertus et les dynamiques qui caractérisent l'environnement social africain.

Cependant, comme l'a soulignée l'assistance, si des contraintes multiples et de toutes sortes, se sont dressées sur le chemin du continent, dans son évolution constitutionnelle, force est de reconnaître que le processus de démocratisation en Afrique suit son cours pour tendre vers les objectifs irréversibles qu'il s'est fixés d'atteindre pour garantir aux peuples africains davantage de droits et de libertés dans des sociétés économiquement plus prospères et politiquement à la fois plus stables et plus ouvertes.

Les intervenants, tant dans la salle que sur la tribune, ont été, par ailleurs, unanimes à dire que, dans ce processus de démocratisation, la mission de garantie de la suprématie de la loi fondamentale, conférée aux juridictions constitutionnelles, est primordiale ; d'où le poids de la responsabilité qui pèse sur les épaules des juges constitutionnels.

Les autres thèmes présentés traitant de l'évolution normative et la pratique de principes constitutionnels (liberté, égalité, indépendance de la justice) dans certains pays africains- tel l'Algérie et l'Afrique du Sud- et de la consécration des droits de l'Homme dans les systèmes politiques africains. L'occasion étant belle pour souligner que l'Afrique évolue dans l'œuvre de construction de son édifice constitutionnel, et que celui-ci ne cesse de se renouveler, se reformer et de s'enrichir pour prendre en charge les exigences et les aspirations démocratiques, de plus en plus grandissantes, des peuples africains.

Préface

L’Afrique, comme souligné, à juste titre, dans le message de Son Excellence le Président de la République, lu devant l’assistance, a consenti des efforts considérables pour consolider et développer les fondements de l’Etat de droit et promouvoir les valeurs constitutionnelles garantissant la croissance et la stabilité. L’Afrique, poursuit le message, est en mesure de relever les grands défis qui lui sont imposés par l’accélération des mutations dans le monde.

A la lumière des enseignements de cette conférence, nous souhaitons que les étudiants, chercheurs et autres spécialistes trouvent dans les actes de cette rencontre que nous reproduisons dans ce numéro spécial de la *Revue du Conseil constitutionnel*, une matière à féconder pour leurs travaux de recherche et leurs réflexions sur le droit constitutionnel, dans de nombreuses déclinaisons.

Nous espérons, enfin, que d’autres opportunités s’offriront à nous, juges constitutionnels africains, pour échanger nos expériences dans les domaines qui sont les nôtres, et renforcer nos attentes et nos espoirs pour une Afrique démocratique, stable et prospère.

* *

*

Les travaux de la conférence africaine d'Alger

sur le Thème

**" Les avancées en matière
de droit constitutionnel en Afrique "**

séance d'ouverture

- Message de son excellence Mr. **Abdelaziz BOUTEFLIKA**,
Président de la République
- Allocution de bienvenue de son excellence Mr. **Mourad
MEDELICI**, Président du Conseil constitutionnel
- Intervention de Mr. **Théodore HOLO**, Président de la
Conférence des Juridictions Constitutionnelles
Africaines (**CJCA**)
- Problématique de la conférence

Message de son excellence Mr. Abdelaziz BOUTEFLIKA , Président de la République

Message de son excellence Mr. Abdelaziz BOUTEFLIKA, Président de la République

à l'occasion du 25^{ème} anniversaire de la création du Conseil constitutionnel et de la conférence africaine d'Alger sur le thème :

« Les avancées en matière de droit constitutionnel en Afrique »

Mesdames, Messieurs,

J'ai le grand plaisir de vous souhaiter la bienvenue en Algérie à l'occasion de la tenue de la conférence scientifique organisée par le Conseil constitutionnel algérien dans le cadre de la célébration du 25ème anniversaire de sa création, le 23 février 1989.

Cette rencontre nous offre une occasion précieuse pour faire le bilan des étapes franchies par les pays africains dans le domaine constitutionnel, qui vous n'êtes pas sans savoir, revêt une importance capitale en ce sens qu'il traduit la volonté de conforter et développer les fondements de l'Etat de Droit et l'attachement à la promotion des valeurs constitutionnelles porteuses de facteurs de croissance et de stabilité.

Tout en saluant votre louable initiative, j'apporte mon appui à vos efforts de réflexion et d'analyse.

Je tiens à vous assurer des sentiments profonds que l'Algérie porte à notre continent, des sentiments que nous nous sommes attelés, et continuons de le faire, à concrétiser dans les faits par toutes les actions de coopération que notre pays entreprend à tous les niveaux.

Message de son excellence Mr. Abdelaziz BOUTEFLIKA , Président de la République

C'est pour moi un motif de satisfaction que votre conférence coïncide avec la célébration par le peuple algérien du 60e anniversaire du déclenchement de sa glorieuse Révolution pour le recouvrement de son "droit et de sa souveraineté.

Cette heureuse coïncidence constitue en effet le confluent du combat du peuple algérien pour son indépendance et son attachement perpétuel à la souveraineté de la loi.

Je voudrais à ce titre rendre hommage au Conseil constitutionnel algérien pour les efforts qu'il consent et féliciter, dans le même temps, toutes les instances de jurisprudence constitutionnelle d'Afrique pour leur attachement à la promotion des principes de l'Etat de droit tout en les adaptant à leur spécificité et réalité.

Mesdames, Messieurs,

Les exigences de Droit que la Constitution traite essentiellement, s'inscrivent au titre des objectifs assignés à l'Etat de droit et qui visent à garantir l'égalité des citoyens dans les droits et obligations et à consacrer les principes de la démocratie et des règles de bonne gouvernance.

Il n'est de doute que tel est le défi qui interpelle, aujourd'hui plus que jamais, notre attention et pour lequel nous mobilisons toutes les ressources nécessaires en réunissant les conditions idoines à sa concrétisation.

Votre rencontre intervient en temps opportun. Elle nous permet de rappeler les avancées réalisées par nos pays dans la concrétisation de ces objectifs. Elle nous rappelle également les engagements que nous avons pris au niveau continental pour garantir le respect du système constitutionnel.

Message de son excellence Mr. Abdelaziz BOUTEFLIKA , Président de la République

Il est vrai que votre conférence scientifique s'inscrit dans le cadre des activités des instances de jurisprudence constitutionnelle africaines nées, pour la plupart, depuis plus trois décennies déjà mais elle intervient aussi dans un contexte mondial de bouleversements, de mutations profondes en Afrique et dans le monde arabo-musulman en particulier, une conjoncture aussi difficile que pénible dont les retombées affectent plus particulièrement les populations.

En dépit des risques et enjeux de la conjoncture, l'Afrique a entrepris des initiatives porteuses. Faut-il rappeler à cet égard les efforts consentis pour le succès des initiatives du NEPAD ou programmes de développement visant l'intérêt du continent et autant d'autres actions menées aux fins d'élargir les relations afro-africaines dans tous les domaines ?

Je me félicite également des avancées réalisées par nos frères en Afrique dans le domaine de la jurisprudence constitutionnelle, lesquelles dénotent un choix judicieux des mécanismes à même de les conforter, dans le respect de leur spécificité et des valeurs universelles, dans leur œuvre de consécration des principes de l'Etat de Droit et de l'acceptation de la suprématie de Constitution.

L'Algérie qui s'est attachée à garantir le strict respect du principe de la règle juridique consacrée dans la Constitution œuvre à améliorer le cadre institutionnel en renforçant ses textes constitutionnels et en veillant à assurer leur respect par les citoyens et les pouvoirs publics.

Il nous apparaît essentiel de rappeler la place qu'occupe l'institution constitutionnelle de règlement des contentieux dans le système institutionnel algérien. En effet, il s'agit d'une institution souveraine et indépendante dont

Message de son excellence Mr. Abdelaziz BOUTEFLIKA , Président de la République

les décisions, qui s'appuient sur la Constitution comme référence fondamentale, sont scrupuleusement appliquées par les pouvoirs publics. Le Conseil constitutionnel, qui veille à la conformité des textes législatifs et réglementaires à la loi suprême du pays et garantit la régularité des opérations électorales, a su créer un consensus sur sa place et son rôle et l'effectivité juridique de ses décisions et de ses avis.

La participation active du Conseil constitutionnel au renforcement et à la consécration de l'état de droit demeure un motif d'encouragement dans ses efforts constants pour la consolidation et la consécration de la démocratie.

Un engagement qui apparaît dans la création d'un centre d'études et de recherche constitutionnelles au sein du Conseil constitutionnel et la mise en place d'un large réseau de relations susceptibles d'intensifier et de renforcer les relations de coopération avec les instances équivalentes et d'autres espaces en charge du contrôle de constitutionnalité aux niveaux régional et international.

Ainsi, le Conseil constitutionnel a-t-il opéré son ouverture sur le milieu universitaire, par la mise à contribution de nos chercheurs dans l'action constitutionnelle que nous nous apprêtons à édifier, mais aussi par la diffusion, à grande échelle, de la véritable culture constitutionnelle.

Mesdames, Messieurs,

L'accélération des événements qui ont particulièrement touché les pays en développement ces dernières décennies reflète le développement rapide que connaît le monde et renforce la volonté de le remodeler. Elle montre aussi que l'Afrique, continent qui recèle des trésors de sagesse, est en mesure de

Message de son excellence Mr. Abdelaziz BOUTEFLIKA , Président de la République

relever les défis majeurs engendrés par la vitesse de ce développement, en dépit des tensions qui la secouent.

La preuve en est que la plupart des pays africain ont progressivement saisi les nouveaux concepts du droit constitutionnel pour les enrichir avec le temps. La mise en place d'une Justice constitutionnelle assumée par des instances investies de la compétence d'arbitrer le contentieux constitutionnel en est la meilleure illustration. En effet, cette démarche a donné lieu à d'importantes ressources jurisprudentielles qui ont permis d'asseoir des principes constitutionnels substantiels, de renforcer la consécration des libertés et des droits fondamentaux et des principes de la bonne gouvernance et de la séparation des pouvoirs et d'instituer le contrôle parlementaire.

L'Algérie a amorcé cette dynamique depuis plus de deux décennies.

Les amendements constitutionnels engagés depuis les années 90 jusqu'en 2008 traduisent la volonté politique d'adapter la loi suprême du pays aux mutations de la société et de se doter de l'instrument juridique nécessaire pour répondre au mieux, aux exigences dictées par des relations internationales en perpétuel développement.

Sur ce plan, l'Algérie a réalisé une véritable avancée à travers l'adoption de l'ensemble des lois visant essentiellement à améliorer la pratique électorale, élargir la représentation féminine dans les assemblées élues en soutien au rôle et à la place de la femme, organiser l'activité des partis et des associations et à codifier le champ médiatique. Une option qui s'inscrit dans sa vision globale qui tend à renforcer les institutions de l'Etat et permettre à la société de s'imprégner de la modernité.

Message de son excellence Mr. Abdelaziz BOUTEFLIKA , Président de la République

Mesdames, Messieurs,

L'Algérie va procéder à la révision de sa constitution. Elle s'y prépare sérieusement, en se basant sur les résultats des larges consultations organisées à cet effet en vue d'associer toutes les catégories sociales pour dégager un consensus autour des questions fondamentales et garantir l'efficacité des nouvelles dispositions constitutionnelles.

Il est clair que l'objectif visé est de faciliter le processus d'ouverture de la société algérienne, en œuvrant à la préservation de sa stabilité et en lui épargnant les perturbations que connaissent différents pays du monde en cette ère marquée par de profondes mutations.

Pour ce faire, nous veillons particulièrement à ne pas verser dans l'imitation ni dans l'improvisation. Notre pays qui a subi les affres du terrorisme, refuse de s'aventurer dans pareille entreprise, qui souvent engendre des drames et que notre société rejette d'emblée. Aussi, l'Algérie ne ménagera aucun effort pour l'instauration de la paix et le règlement des conflits au Mali ou en Libye ou dans toute autre région en Afrique. Ces efforts sont l'expression de notre engagement ferme envers notre continent.

Mesdames, Messieurs

L'élaboration d'un bilan constitutionnel est en soi un travail fructueux car non seulement il nous permet d'apprécier le progrès réalisés mais encore de nous évaluer nous-mêmes à travers le processus que traduit notamment le mécanisme africain d'évaluation par les pairs, une avancée dont l'Afrique peut se prévaloir. C'est dans cette démarche que s'inscrit votre conférence pour une meilleure appréhension des nouveaux défis.

Je vous souhaite plein succès dans vos travaux et un agréable séjour.

Message de son excellence Mr. Abdelaziz BOUTEFLIKA , Président de la République

**Message of the President of the People's Democratic Republic of
Algeria**

**On the occasion of the African Conference on the theme
“The advances in Constitutional Law in Africa”**

Ladies and Gentlemen,

I am very pleased to welcome you in Algeria on the occasion of the holding of the scientific conference organized, by the Algerian Constitutional Council, in celebration of the 25th anniversary of its creation, on the 23th February 1989.

This meeting offers us a precious occasion to assess the progress accomplished by African countries in the constitutional field. And which, as you may know, has a crucial importance since it conveys the will to reinforce and develop the foundations of the State of Law; besides the attachment to the promotion of constitutional values that bring growth and stability.

While greeting your laudable initiative, I bring my support to your efforts of reflection and analysis.

I assure you of deep feelings that Algeria hold to our continent, feelings we had and still continue to translate into actions through all the acts of cooperation that our country take at all levels.

It is for me a satisfaction that your conference coincides with the celebration by the Algerian people of the 60th anniversary of the beginning of its glorious Revolution for regaining its “Right and Sovereignty”.

Message de son excellence Mr. Abdelaziz BOUTEFLIKA , Président de la République

This happy coincidence constitutes, in fact, the confluence of the Algerian people's struggle for his independence and its perpetual attachment to the supremacy of law.

I would like, in this respect, pay tribute to the Algerian Constitutional Council for the efforts made and congratulate, at the same time, all the constitutional jurisprudence constitutional authorities of Africa for their attachment to the promotion of the principles of the State of Law while adapting them to their specificity and reality.

The law's requirements, that Constitution treats mainly, fall within the objectives assigned to the State of Law and which aim at securing equality between citizens in rights and duties, and also consecrating the principles of democracy and the rules of good governance.

There is no doubt that such is the challenge, which retains, today more than ever, our attention and for which we mobilize all the necessary resources while meeting the appropriate conditions for its consecration.

Your meeting intervenes timely. It allows us to recall the advances achieved by our countries in the fulfilment of these objectives. It recalls also the commitment we took at a continental level for securing the respect of the constitutional system.

It is true that our scientific conference falls within the activities of the African constitutional jurisprudence authorities. Born, mostly, already since more than three decades; however, it intervenes, also within a worldwide context of changes, of radical transformation in Africa and in the arab-muslim world in particular, a situation so difficult and hard as well with fallouts that affect more particularly the population.

Message de son excellence Mr. Abdelaziz BOUTEFLIKA , Président de la République

Despite the situation's danger and challenges, Africa took encouraging initiatives. Should we recall in this sense the efforts made for the success of the NEPAD's initiatives or the development programs for continent's benefits and as many actions carried out for increasing the Afro-African relations in all fields.

I am also pleased with the advances made by our brothers in Africa in the field of the constitutional jurisprudence, which indicate a wise choice of the mechanisms capable to reinforce them, within the respect of their specificity and of the universal values. And also in their work of consecration of the principles of the State of Law, and the acceptance of the Constitution's supremacy.

Algeria, which is committed to securing the strict respect of the principle of the legal rule consecrated in the Constitution, strives to improve the constitutional framework while reinforcing its constitutional texts and insuring their respect by the citizens and the public powers.

It seems to us essential to recall the place filled by the constitutional institution for regulating litigation in the Algerian institutional system. In fact, it is a sovereign and independent institution whose decisions, which are based on the Constitution as a fundamental reference, are scrupulously respected and implemented by public powers. The Constitutional Council, which assures the conformity of the legislative and regulatory texts to the supreme law of the country and guarantees the regularity of the electoral process, was able to create a consensus about its place and role in the system and the legal effectiveness of its decisions and opinions.

**Message de son excellence Mr. Abdelaziz BOUTEFLIKA , Président de la
République**

The active participation of the Constitutional Council to the reinforcement and the consecration of the State of Law remains a motive of encouragement in its continual efforts for the consolidation and consecration of democracy.

A commitment that appears in the creation of a Centre for Constitutional Studies and Research within the Constitutional Council and the establishment of a large web of relations likely to intensify and reinforce the relations of cooperation with equal authorities and other spaces in charge of constitutional review at regional and international levels.

Thus, the Constitutional Council did undertake its opening on the academic milieu through involving our researchers in the constitutional action that we are going to develop, but also through the spread out on a large scale, of the genuine constitutional culture.

Ladies and Gentlemen,

The acceleration of events that had particularly affected the developing countries these last decades reflects the fast development of the world and reinforces the will to restructure it. It shows also that Africa, a continent that hold valuable wisdom, is able to coop with major challenges produced by the speed of development despite being subject to tensions.

The proof is that most African countries had progressively taken over time the new concepts in constitutional law enriching their constitutions. The establishment of a constitutional justice accepted by authorities invested with the competence of arbitrating constitutional litigation is its best illustration. In fact, this process gave place to important jurisprudence resources, which allowed establishing substantial constitutional principles,

**Message de son excellence Mr. Abdelaziz BOUTEFLIKA , Président de la
République**

to reinforce the consecration of fundamental rights and freedoms and the principles of governance and of the separation of powers and to institute the parliamentary review.

Algeria has initiated this dynamic since more than two decades.

The constitutional amendments undertaken since the 90s until 2008 convey the political will to adapt the supreme law of the country to the society's changes and to adopt necessary legal instrument to respond in the best way to the requirements dictated by the perpetual development in international relations.

On this question, Algeria has achieved a real advance through the adoption of all the laws aiming at essentially improving the electoral practice, increasing the female representation in elected Assemblies along with the role and place of women, organizing the parties' and associations' activity and codifying the media field. A choice, which falls within a global vision that tends to reinforce the State's institutions and allows society to immerse in modernity.

Ladies and Gentlemen,

Algeria will proceed with the revision of its Constitution. Our county is seriously prepared for, taking as basis the results of large consultations organized for that purpose and associating all social categories in order to bring out a consensus around fundamental questions and securing the efficiency of the new Constitution provisions.

It is clear that the objective aimed at is to facilitate the process of the opening of the Algerian society while striving to preserve its stability and

Message de son excellence Mr. Abdelaziz BOUTEFLIKA , Président de la République

avoiding the disruptions that different countries in the world went through in this era marked by intense changes.

In order to do this, we attend, particularly, to avoid imitation and improvisation. Our country, which has undergone the torment of terrorism, refuses to venture to such undertaking, which often leads to tragic events that our society fully reject. In addition, Algeria will not spare any effort for the establishment of peace and the settlement of conflicts in Mali or in Libya or in every region of Africa by peaceful means. These efforts are the expression of our firm commitment towards our continent.

Ladies and Gentlemen,

The formation of a constitutional assessment is in itself a profitable work because not only does it allow us to appreciate the progress made but also it allow us to evaluate ourselves by peers, an advance that Africa can invoke. It is within this process that your conference falls within for a best understanding of the new challenges.

I wish you full success in your work and a pleasant stay in Algiers.

**Message de son excellence Mr. Mourad MEDELICI , Président du Conseil
constitutionnel**

**Allocution de Monsieur Mourad MEDELICI
Président du Conseil Constitutionnel**

**à l'occasion du 25^{ème} anniversaire de la création du Conseil
Constitutionnel et de la conférence africaine d'Alger sur le thème :**

« Les avancées en matière de droit constitutionnel en Afrique »

Excellences,

Mesdames, Messieurs, Chers invités,

Permettez-moi tout d'abord de souhaiter la bienvenue à tous les frères africains qui nous ont fait l'honneur et le plaisir d'être parmi nous pour commémorer le 25^{ème} anniversaire de la création du Conseil constitutionnel et prendre part à la conférence africaine organisée à cette occasion, pour débattre un thème portant sur les avancées en matière de droit constitutionnel dans notre continent.

Je voudrais remercier les éminentes personnalités qui sont venues des autres régions du monde pour représenter leur espaces régionaux et linguistiques dont elles assurent la présidence et pour témoigner de leur intérêt pour notre continent.

La Commission de Venise, représentée par son Président, ici présent parmi nous, renforce également le caractère très ouvert de notre rencontre, sur les expériences et des pratiques constitutionnelles dans le monde.

En votre nom à tous, je voudrais plus particulièrement remercier très sincèrement, Son Excellence Monsieur le Président de la République pour

**Message de son excellence Mr. Mourad MEDELICI , Président du Conseil
constitutionnel**

avoir bien voulu placer cette manifestation scientifique sous son haut patronage et pour le message très important qu'il vient de nous adresser.

Nous allons durant les deux journées qui seront consacrées à nos travaux, nous concentrer sur l'étude et l'analyse des normes constitutionnelles, leur évolution, leur application et leur évaluation, à travers les expériences individuelles de plusieurs Etats africains, ainsi que sous l'angle des aspects communs aux pays de notre continent.

Beaucoup de questions liées au nouveau constitutionalisme, apparu en Afrique à la fin des années 80 et au début des années 90, retiendront notre attention.

Ce mouvement a permis aux pays africains, comme vous le savez, d'insérer et de consacrer dans leurs constitutions, des principes universels dont notamment, la suprématie de la constitution dans la hiérarchie des normes juridiques, la séparation des pouvoirs, la démocratie représentative, l'indépendance de la justice et la constitutionnalisation des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sans oublier la consécration du contrôle de constitutionnalité en tant que pilier de l'Etat de droit.

Notre conférence confirmera sans doute le rôle primordial dont sont investies nos juridictions constitutionnelles pour le respect et la mise en œuvre des normes de l'Etat de droit et dans leur contribution essentielle pour aider à l'amélioration de la gouvernance.

Nos institutions s'emploient en effet à trouver les meilleures interprétations possibles des textes fondamentaux pour permettre leur application d'une

**Message de son excellence Mr. Mourad MEDELICI , Président du Conseil
constitutionnel**

manière compatible avec les réalités nationales, afin de sauvegarder la cohésion sociale et la stabilité de l'Etat.

Nos Cours et Conseils constitutionnels sont de plus en plus saisis pour vérifier la constitutionnalité des actes soumis à leur contrôle ; la croissance significative du nombre de nos décisions, basées sur l'impartialité et la transparence, le confirme.

Cela a été rendu possible par d'autres améliorations notables enregistrées tant en matière de saisine qu'au niveau de la composition de nos juridictions, à la fois plus ouvertes et plus adaptées aux missions des juridictions constitutionnelles africaines. Cela doit aussi être comptabilisé sur le registre des avancées.

En interprétant la loi fondamentale, nos juridictions ne ménagent aucun effort pour exercer leur compétence de la façon la plus fidèle à la fois à la lettre et à l'esprit de la constitution.

En même temps, l'importance des décisions rendues par nos juridictions témoigne du poids de la responsabilité qui pèse sur les juges chargés de se prononcer sur le contentieux constitutionnel.

Excellences,

Mesdames et Messieurs,

La stabilité politique et l'unité de la nation constituent des conditions essentielles à la construction des institutions de l'Etat de droit. L'Afrique s'est engagée à résoudre les conflits par le dialogue, la concertation et autres formes de débat démocratique.

**Message de son excellence Mr. Mourad MEDELICI , Président du Conseil
constitutionnel**

Dans ce cadre, l'Afrique qui s'est engagée résolument à sauvegarder l'ordre constitutionnel, a adopté, en 2007, la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance.

Celle-ci constitue un moyen supplémentaire de garantir l'application des normes constitutionnelles, tout en respectant les spécificités africaines.

Au niveau de la coopération interafricaine, les juridictions africaines se sont dotées de plusieurs espaces de coopération en vue d'échanger leurs expériences et de se concerter autour des préoccupations communes.

Dans ce cadre, la Conférence des Juridictions Constitutionnelles Africaines (CJCA), dont le siège se trouve à Alger, constitue l'espace le plus dynamique ; il aspire à regrouper une bonne partie de nos pays. Nous saluons la venue des juridictions de la Zambie, de l'Ouganda et de la Tanzanie qui viennent d'exprimer leur volonté d'adhérer à notre organisation.

Pour réussir la transition dans la stabilité et réaliser les conditions d'un développement durable, l'Afrique a créé, il y a plus de dix ans, un mécanisme qu'on peut à plus d'un titre considérer comme un modèle original, il s'agit du MAEP (l'évaluation par les pairs), qui s'accommode sans difficulté avec le principe de souveraineté de chaque pays ; nous nous réjouissons de la présence parmi nous, d'une délégation du MAEP.

Par ailleurs et dans un monde globalisé, les juridictions constitutionnelles africaines coopèrent également en force, au sein des espaces régionaux et internationaux compétents, notamment au sein de la Conférence mondiale

**Message de son excellence Mr. Mourad MEDELICI , Président du Conseil
constitutionnel**

de la justice constitutionnelle, dont le troisième congrès qui s'est tenu à Séoul du 28 septembre au 1^{er} octobre 2014, a connu un grand succès.

Excellences,

Mesdames et Messieurs,

Même si elle est toujours confrontée à de nombreux défis qui continuent de mobiliser ses efforts, l'Afrique a, faut-il le souligner, enregistré des avancées remarquables en matière de droit constitutionnel qui s'ajoutent aux succès obtenus dans les domaines de la paix et de la sécurité, de la démocratie et de la bonne gouvernance. Dans le sillage des efforts attendus, l'Afrique est, en même temps, consciente du fait qu'elle doit compter essentiellement sur ses capacités internes pour réaliser un développement durable.

Les avancées enregistrées en matière de droit constitutionnel, objet de la conférence, sont, aujourd'hui, une réalité palpable. Elles contribuent à créer les conditions de mobilisation significative pour l'ancrage de la culture des droits de l'homme et de la démocratie comme préalables à la consolidation de la primauté du droit et à la stabilité en Afrique.

En Algérie, la démarche de paix et de réconciliation nationale initiée par Monsieur le Président de la République a permis au pays de tourner la page d'une séquence douloureuse de son histoire et de renouer avec le progrès et la modernité.

Cette expérience se révèle clairement parmi celles qui constituent une référence qui inspire beaucoup de pays.

La Constitution de 1989, qui a consacré, en Algérie, les fondements de l'Etat de droit, notamment, la séparation des pouvoirs, le pluralisme

**Message de son excellence Mr. Mourad MEDELICI , Président du Conseil
constitutionnel**

politique, la consolidation des droits et libertés individuels et collectifs et la création du mécanisme du contrôle de constitutionnalité dont l'exercice a été confié à un organe spécialisé, en l'occurrence le Conseil constitutionnel, a été confortée par la révision constitutionnelle de 1996.

Celle-ci est venue consolider ces fondements par, notamment, la création du Conseil de la Nation et du Conseil d'Etat et le renforcement des prérogatives du Conseil Constitutionnel ainsi que l'élargissement de sa composante et de sa saisine à une nouvelle autorité politique.

En outre, les amendements de 2002 et 2008 ont, successivement, contribué à renforcer les composantes de l'identité nationale par la reconnaissance de Tamazight en tant que langue nationale et l'augmentation des chances de la représentation de la femme au sein des assemblées élues.

Pour concrétiser les nouvelles normes constitutionnelles dans un large processus de réformes, un arsenal juridique a été mis en place pour renforcer la gestion des affaires publiques.

Celui-ci a porté sur l'adoption ou la révision des principaux textes qui encadrent la vie politique du pays ; il s'agit, notamment, de la loi relative au régime électoral, de la loi sur les cas d'incompatibilité avec le mandat parlementaire, de la loi relative à la représentation des femmes au sein des assemblées élues, de la loi relative aux partis politiques et de la loi relative à l'information, et ce en vue de conforter l'exercice démocratique dans le pays et consolider les fondements de l'Etat de droit.

En pleine conscience de la nécessité d'améliorer les conditions d'application de la Loi, mon pays a consenti un effort exceptionnel dans le domaine de la

**Message de son excellence Mr. Mourad MEDELICI , Président du Conseil
constitutionnel**

formation des juges et des magistrats et dans la mise à niveau des différents compartiments de l'administration publique.

Excellences,

Mesdames et Messieurs,

Le choix du thème n'est pas fortuit. En associant d'éminents constitutionalistes à nos travaux, nous avons voulu partager avec vous, vos impressions, vos avis sur le chemin parcouru dans l'effort de construction, en Afrique, qui n'a pas été facile. Et, il ne peut l'être au regard des contraintes, de différentes sortes, que vit notre Continent.

Permettez-moi en votre nom de remercier les conférenciers pour la qualité du travail préparé et qui constitue un gage de réussite de la conférence d'Alger.

J'ai l'espoir que cette conférence permette d'engager un débat scientifique de haut niveau et de prendre une mesure objective des avancées réelles enregistrées et des défis qui restent à relever, tout en donnant l'occasion aux participants d'échanger leurs expériences.

Ce débat scientifique qui sera certainement très intéressant et riche d'enseignement sera consigné et publié dans un numéro spécial de la Revue du Conseil Constitutionnel Algérien qui s'honore de célébrer, avec vous aujourd'hui, le 25^{ème} anniversaire de sa création.

Pour conclure, permettez-moi de déclarer avec vous, haut et fort, que l'Afrique, sous l'égide de l'Union Africaine, poursuivra la démarche de consolidation des mécanismes liés à la force du droit et son applicabilité et que chacun de nos pays, fort des avancées enregistrées, saura poursuivre et consolider le contentieux constitutionnel et l'Etat de droit.

Je souhaite plein succès à nos travaux et, à chacun de vous, un bon séjour parmi nous.

**Message de son excellence Mr. Mourad MEDELICI , Président du Conseil
constitutionnel**

**Address by Mr. Mourad Medelci
President of Constitutional Council**

**On the occasion of the 25th anniversary of creation of the constitutional
Council and the African Conference of Algiers on**

the theme:

“ The Advances in Constitutional Law in Africa”

Excellencies,

Ladies, Gentlemen, Dear guests,

Allow me to welcome all the African brothers who do us the honour and pleasure of being here to commemorate the 25th anniversary of the creation of the Constitutional Council, and take part to the African Conference organized on this occasion in order to debate a theme about the advances in constitutional law in our continent.

I would like to thank the distinguished personalities who came from other regions of the world to represent their regional constitutional spaces and linguistic constitutional spaces for which they hold the presidency, and also to show their interest for our continent.

The Venice Commission, represented by its President, here present among us, reinforces also the very open nature of our meeting about the constitutional experiences and practices in the world.

On your behalf, I would like particularly to thank very sincerely his Excellency the President of the Republic for kindly accepting to place this scientific event under his patronage and for the very important message he sent us.

**Message de son excellence Mr. Mourad MEDELICI , Président du Conseil
constitutionnel**

During these two days devoted to our work, we are going to focus on the study and analysis of constitutional norms, their evolution, enforcement and assessment through individual experiences of many African states as well as under the common aspects of the countries of our continent.

Many questions related to new constitutionalism, which appeared in Africa at the end of the 80s and the beginning of the 90s, will retain our attention.

This movement permitted African countries, as you know, to integrate and consecrate in their constitutions universal principles, notably the supremacy of the constitution in the hierarchy of legal norms, separation of powers, representative democracy, the independence of justice and the constitutionalisation of human rights and fundamental freedoms, not forgetting the consecration of constitutional review as a pillar of the State of Law.

Our conference will confirm, without doubt, the essential role that our constitutional jurisdictions are invested with for the respect and implementation of the State of Law norms; besides of their essential contribution to the improvement of governance.

Our institutions are devoted, indeed, to find the best possible interpretations to fundamental texts in order to allow their enforcement in a way, which is compatible with national realities, and to protect the social cohesion and to safeguard the state stability.

Our constitutional courts and councils are repeatedly asked to verify the constitutionality of acts that are submitted to review. This is confirmed through the significant growth of the numbers of our decisions based upon impartiality and transparency.

**Message de son excellence Mr. Mourad MEDELICI , Président du Conseil
constitutionnel**

This had been made possible by other noticeable improvements noted as regards both referral and the composition of our jurisdictions, which are at the same time, more open and adapted to the missions of African constitutional jurisdictions. This should also be accounted as an advance.

When interpreting the fundamental law, our jurisdictions spare no effort to exercise their competence faithfully both to the letter and the spirit of the constitution.

At the same time, the importance of the decisions delivered by our jurisdictions reflects the weight of the responsibility that rests on judges, responsible for deciding on constitutional litigation.

Excellencies,

Ladies and Gentlemen,

Political stability and the nation's unity constitute essential conditions for the building up of the institutions of the State of Law. Africa has been committed to settle the conflicts through dialogue, consultation and other forms of democratic debate.

In this context, Africa, which is committed resolutely to protecting constitutional order, adopted in 2007 the African Charter on Democracy, Elections and Governance.

The latter constitutes an additional means for securing the implementation of constitutional norms while respecting African specificities.

At the level of Pan-African cooperation, the African jurisdictions equipped themselves with many spaces for cooperation in order to exchange their experiences and to consult each other about common concerns.

**Message de son excellence Mr. Mourad MEDELICI , Président du Conseil
constitutionnel**

Within this scope, the Conference of Constitutional jurisdictions of Africa, whose headquarters is in Algiers, constitutes the most dynamic space; it aspires to bring together African countries. We greet the coming of the jurisdictions of Zambia, Uganda and Tanzania, which are just expressing their will to adhere to our organization.

For a successful transition to stability and to achieve the conditions of a sustainable development, Africa has created, ten years ago, a mechanism that we could consider as an original model. It is the APRM (Peer Review), which has proved its compatibility with the principle of sovereignty of each country. And we are very pleased with the presence among us of a delegation from APRM.

Moreover and in a globalized world, African Constitutional Jurisdictions cooperate in force within competent regional and international spaces especially with the World Conference on Constitutional Justice, whose 3rd Congress was held in Seoul from September 28th to 1st October 2014, was a great success.

Excellencies,

Ladies and Gentlemen,

Even if it is still confronted with several challenges that continue to mobilize its efforts, Africa has, it must be emphasized, made remarkable advances in constitutional law which are added to the achievements obtained in the fields of peace and security, democracy and governance. In the wake of the expected efforts, Africa is, at the same time, conscious of the fact that it must rely essentially on its internal capacity to achieve sustainable development.

**Message de son excellence Mr. Mourad MEDELICI , Président du Conseil
constitutionnel**

The advances made in constitutional law, object of this conference, are today a palpable reality. They contribute to the creation of the conditions of a significant mobilization for establishing the culture of human rights and democracy as a prerequisite for the consolidation of the rule of law and stability in Africa.

In Algeria, the process of peace and national reconciliation introduced by the President of the Republic had allowed the country to turn the page on a painful sequence of its history and renew with progress and modernity.

This experience proves to be clearly among those, which are considered as a reference and inspire many countries.

The 1989 Constitution, which has consecrated in Algeria the foundations of the State of Law, notably, the separation of powers, political pluralism, the consolidation of individual and collective rights and liberties, and the creation of a constitutional review mechanism which was entrusted to a specialized body, in this case the Constitutional Council, it was reinforced by the 1996 constitutional revision.

The latter consolidated these foundations through, particularly, the creation of the Council of Nation and the Council of State and the reinforcement of the Constitutional Council's prerogatives and the enlargement of its membership and its referral to a new political authority.

Furthermore, the 2002 and 2008 amendments had successively contributed to strengthen the components of the national identity through the recognition of Tamazight, as a national language, and the increase of the chances of representation of women in elected Assemblies.

**Message de son excellence Mr. Mourad MEDELICI , Président du Conseil
constitutionnel**

In order to implement the new constitutional norms within a large process of reforms, a legal arsenal has been set up to reinforce the management of public affairs.

The latter concerned the adoption or the revision of principal texts, which organize the political life of the country; it is, especially, the law relating to the electoral system, the law on disqualification from the parliamentary mandate, the law relating to the representation of women in elected assemblies, the law relating to political parties and the law relating to information; and this was meant for reinforcing the democratic exercise and consolidating the foundations of the State of Law.

Aware of the necessity to improve the conditions of the enforcement of the law, my country agreed to make an exceptional effort in training judges and magistrates, and in improving the different compartments of the public administration.

**Excellencies,
Ladies and Gentlemen,**

The choice of the theme is not fortuitous. In associating distinguished constitutional lawyers to our work, we intended to share your impressions and opinions on the progress made in the effort of construction in Africa, and which was not easy. Moreover, it cannot be in comparison with the constraints of different kinds that our continent go through.

Allow me on your behalf to thank the lecturers for the quality of the work done and which constitutes the main condition for the success of the Conference of Algiers.

**Message de son excellence Mr. Mourad MEDELICI , Président du Conseil
constitutionnel**

I hope that this conference will permit to open a scientific debate of high level and to assess the real advances made and the challenges to be met while allowing the participants to exchange their experiences.

This scientific debate, which will be very interesting and rich in teaching, will be recorded and published within a special edition of the Revue of the Constitutional Council.

To conclude, allow me to declare with you, high and loudly, that Africa under the aegis of the African Union will pursue the process of consolidation of the mechanisms related to the force of law and its applicability. Each one of our countries, strong of the advances made, can pursue and consolidate the constitutional litigation and the State of Law.

I wish full success to our work and to each of you a good stay In Algiers.

**Allocution du Président de la Conférence des Juridictions
Constitutionnelles Africaines (CJCA)**

*à l'occasion du 25^{ème} anniversaire de la création du Conseil
Constitutionnel algérien*

Mr. Théodore HOLO

Excellences,

Mesdames et Messieurs,

J'ai l'immense plaisir de vous présenter, en ma double qualité de Président de la Cour Constitutionnelle du Bénin et de Président de la Conférence des Juridictions Constitutionnelles Africaines (CJCA), mes vœux de très bon anniversaire au Conseil Constitutionnel algérien.

La Conférence des Juridictions Constitutionnelles Africaines (CJCA) se réjouit de partager la joie du Conseil Constitutionnel Algérien à l'occasion de la célébration du vingt-cinquième anniversaire de sa création. Vingt-cinq ans, c'est peu dans la vie d'une institution certes, mais c'est déjà suffisant pour prendre la mesure des tâches accomplies et évaluer les orientations prises en vue de consolider et d'élargir les acquis. En effet toute célébration d'anniversaire est une invitation à marquer une pause pour jeter un regard rétrospectif sur le chemin parcouru. C'est aussi un moment privilégié pour se projeter dans le futur.

Votre haute institution a vu le jour le 23 février 1989. Au titre des attributions que lui a conférées la Constitution algérienne, il y a, entre autres, celles de « veiller à l'application de la Constitution, au respect des droits de l'Homme et à la protection des libertés fondamentales. ».

En choisissant de s'engager dans la voie démocratique, la République algérienne, démocratique et populaire réaffirme, par ce choix même, sa détermination à faire du droit la norme suprême de sa vie politique et institutionnelle. C'est pourquoi le Conseil Constitutionnel est devenu en très peu de temps, la pierre angulaire de la vie politique de votre beau pays, une vie politique caractérisée par le pluralisme politique, la garantie des droits humains et la préservation des libertés fondamentales sans lesquelles la dignité humaine ne serait que leurre et utopie.

Arbitre légitime du bon fonctionnement des institutions algériennes, votre juridiction a su ancrer votre Etat dans les vertus de la démocratie apaisée. Grâce à son action, la vie politique démocratique algérienne obéit davantage aux prescriptions de la norme suprême. Le contrôle de la constitutionnalité des lois se fait de manière satisfaisante. Les droits et libertés des personnes sont davantage respectés. A l'instar des autres Cours et Conseils Constitutionnels du continent africain, votre juridiction n'hésite pas à annuler des dispositions législatives, ou encore des élections nationales lorsqu'elles sont contraires aux prescriptions de la Constitution, ou aux principes fondamentaux du constitutionnalisme, à savoir la séparation des pouvoirs, l'indépendance des magistrats et la garantie des libertés.

Excellences,

Mesdames et Messieurs,

Pour avoir compris que seule une Afrique démocratique et respectant la règle de droit peut hâter le développement économique de notre continent en vue de la prospérité collective et de la paix sociale, votre Conseil Constitutionnel s'est très tôt engagé dans la promotion de la coopération régionale et internationale en matière de justice constitutionnelle. Ainsi, l'Algérie a pris sur elle de fédérer, d'une part, les institutions

constitutionnelles arabes et africaines d'autre part. Il me plaît ici de rappeler également que c'est sur l'initiative de votre juridiction, que les juridictions constitutionnelles africaines ont décidé de créer en 2010, un espace de justice constitutionnelle en Afrique. C'est toujours sous son égide que s'est tenu à Alger, les 7 et 8 mai 2011, le Congrès constitutif de notre association continentale, la Conférence des Juridictions Constitutionnelles africaines dont Alger abrite d'ailleurs le siège permanent.

Excellences,

Mesdames et Messieurs,

Toutes les juridictions constitutionnelles africaines restent convaincues que les beaux jours du Conseil Constitutionnel algérien sont encore à venir. Au regard des progrès que vous avez déjà fait faire à la démocratie et à la préservation des droits humains dans votre pays, il ne fait guère de doute que vous persévererez dans votre rôle de gardien vigilant du Temple. L'Etat de Droit est en effet une construction permanente qui se nourrit de cas concrets, de problèmes vécus. Les violations des dispositions constitutionnelles peuvent prendre des formes subtiles, inédites. Il faut donc que vous soyez réactifs et inventifs. C'est ainsi que nous pourrions pérenniser l'Etat de droit, préserver les droits humains et les libertés fondamentales et consolider la démocratie pluraliste, pour le plus grand bonheur des peuples africains.

Vive la justice constitutionnelle !

Vive la coopération interafricaine en matière de justice constitutionnelle !

Vive la Conférence des Juridictions Constitutionnelles Africaines !

Mr. Théodore HOLO President (CJCA)

Excellencies,

Ladies and Gentlemen,

It is my great pleasure to present, in my capacity of President of the Constitutional Court of Benin and Chairman of the the Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa, best wishes to the Algerian Constitutional Council for its anniversary.

The Conference of Constitutional Jurisdictions of Africa (CCJA) is glad to share the Algerian Constitutional Council's joy on the occasion of the celebration of the 25th anniversary of its creation. Certainly twenty-five years is a short time in an institution's life, but enough to take stock of the tasks accomplished and to evaluate the policies set, so to consolidate and broaden achievements. In fact, every anniversary celebration is an invitation to pause a moment and look back to the strides being made. It is also a defining moment to project into the future.

Your high Institution was established on February 23rd, 1989. In respect of the prerogatives bestowed upon it by the Algerian Constitution, there are, among others those of « assuring the compliance with the Constitution, ensuring respect of human rights and protection of fundamental freedoms ».

By making the decision to set out on the path of democracy, the People's Democratic Republic of Algeria reaffirmed, by this same choice, its determination to make from Law the supreme norm of its political and institutional life. That is why, the Constitutional Council has become in a very short time, the cornerstone of your beautiful country's political life, which is characterized by political plurality, the guarantee of human rights

and the preservation of fundamental freedoms, without which, human dignity would be decoy and Utopia.

Legitimate arbitrator of the due functioning of the Algerian institutions, your jurisdiction knew how to anchor your state in the virtues of a peaceful democracy. Thanks to its action, Algerian democratic political life obeys more and more to the prescriptions of the supreme norm. The control of constitutionality of laws is satisfactory. Individual rights and freedoms enjoy greater respect. Unlike the other Constitutional Courts and Councils of the African Continent, your jurisdiction does not hesitate to repeal legislative provisions or to declare national elections void when they are not conform to the prescriptions of the Constitution, or to the fundamental principles of constitutionalism, namely: separation of powers, independence of the judiciary and the guarantee of freedoms.

Excellencies,

Ladies and Gentlemen,

Being aware that only a democratic Africa that respects the rule of law can advance economic development of our continent towards collective prosperity and social peace, your Constitutional Council became very early involved in the promotion of the regional and international cooperation in the matter of Constitutional Justice. Therefore, Algeria took it upon itself to rally together Arab and African Constitutional Institutions. I would like to recall here, that it was upon the initiative of your jurisdiction that the African Constitutional Jurisdictions decided to establish, in 2010, a space for Constitutional Justice in Africa. It was under its auspices, that the constitutive Congress of our continental association was held, here in Algiers, on May 7th and 8th and where is located also our permanent headquarters.

Excellencies,

Ladies and gentlemen,

All the African Constitutional Jurisdictions remain convinced that the halcyon days of the Algerian Constitutional Council are still to come. In terms of the progress you have already made to democracy and preservation of human rights in your country, there is scarcely any doubt that you will continue to be the watchful guardian of the Temple. The rule of law is, actually, a permanent structure that feeds on concrete cases and on experienced problems. Violations of constitutional provisions may take subtle and unexpected forms. Therefore, you have to be responsive and inventive. Only in this way, we will be able to perpetuate the rule of law, preserve human rights and fundamental liberties and consolidate pluralist democracy, for the greatest happiness of the African peoples.

Long life to Constitutional Justice!

Long life to inter-African cooperation in Constitutional Justice!

Long life to Conference of African Constitutional Jurisdictions!

PROBLÉMATIQUE DE LA CONFÉRENCE

**LES AVANCEES EN MATIERE DE DROIT CONSTITUTIONNEL
EN AFRIQUE**

Dès la fin des années 80, une nouvelle ère commence dans l'organisation politique en Afrique. En effet, en réponse à une crise économique aigue, à la pression des institutions monétaires internationales pour une meilleure gouvernance et aux réclamations internes pour plus de liberté et la satisfaction des besoins économiques et sociaux, la majorité des pays africains se sont donné de nouvelles constitutions.

Ces récents textes s'inspirent, dans leurs parties consacrées aux fondements, des principes universels visant la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conditions *sine qua non* pour l'édification de l'Etat de droit. Ce concept est d'ailleurs inscrit sous différentes dénominations dans les constitutions africaines.

Dans les parties normatives de ces constitutions, on notera des avancées considérables en matière de droit constitutionnel. Tandis que les parties opérationnelles renferment des hésitations malgré les évolutions apparentes.

Dans la rédaction de la partie normative de leur constitution, certains pays africains ont opté au lendemain de l'indépendance pour la démocratie sociale comme fondement de leur Etat national. L'insuccès de cette dernière comme moyen de développement a participé à l'effondrement du système basé sur le monopartisme qui a été suivi par un formatage des systèmes de gouvernement. Les pays africains qui avaient choisi la démocratie libérale dès le début ont procédé, eux aussi, à un lifting de leur constitution.

Séance d'ouverture: Problématique de la conférence

Dans les différentes réformes et révisions, l'édification de l'Etat de droit est annoncée comme objectif; l'Etat où le droit détermine l'espace de compétences des institutions et prime sur les personnes, en d'autres termes la soumission à la normativité. On doit souligner de prime abord que l'acceptation de l'Etat de droit comme credo politique est en soit une avancée. D'autres principes normatifs viendront compléter le concept de l'Etat de droit. Il s'agit de la protection des droits de l'homme et la garantie des libertés fondamentales. Des avancées sur le plan normatif sont aussi relevées dans le domaine du pluralisme politique et syndical.

Les avancées normatives en droit constitutionnel africain puisent leurs sources notamment dans la Charte des Nations unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et les pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques et sociaux. Ces avancées prennent aussi en compte les spécificités africaines mises en relief par la charte africaine relative aux droits de l'homme et « *des peuples* ».

Il est clair que l'intégration des principes universels a su ménager la liberté naturelle à l'égalité garantie par la légalité, c'est-à-dire la soumission de tous à la règle du droit. Cet universalisme de la normativité en matière de l'Etat de droit peut être à juste titre qualifié de patrimoine commun, fruit des civilisations humaines successives. Sur la base de cette qualification on est en droit de déduire donc que la part du volontarisme au moment de l'intégration de ces principes dans la loi fondamentale est évidente. Cette optique permet aussi de donner une interprétation au texte fondamental et une application compatibles avec les réalités locales.

Quant aux parties opérationnelles des constitutions africaines, on y trouve des solutions différentes de mise en œuvre des principes fondamentaux. En effet, la forme de gouvernance ainsi que la manière de concrétiser la

Séance d'ouverture: Problématique de la conférence

participation populaire dans la gestion des affaires publiques sont dictées par les spécificités africaines et l'héritage historique, les aspirations de la nation et les besoins divers font partie des spécificités propres à chaque pays.

On reproche avec insistance à la démarche africaine son manque de constance et parfois les lenteurs dans la mise en œuvre de la normativité. Les explications avancées par le pouvoir en place sont maladroitement exposées malgré que les justifications de cet état de fait sont parfois objectives, mais insuffisamment mises en avant en tant que spécificités africaines.

Les spécificités africaines sont nombreuses et variées, les unes communes les autres propres à certains pays. La stabilité politique a besoin d'être consolidée en Afrique, car elle constitue une condition essentielle à la construction des institutions de l'Etat de droit n'est pas toujours présentée de façon convaincante. Pourtant le souci de parer à la récurrence des événements qui ont secoué certains pays justifie les dispositions constitutionnelles qui ont pour but la sauvegarde de la stabilité et l'unité de la nation.

La transition et la stabilité paraissent à première vue antinomique voire contradictoire. Tandis que l'examen de la relation entre les deux situations, de plus près démontre qu'elles sont complémentaires dans la mesure où la transition par une réforme pacifique dans le respect des constitutions intègre les réclamations des contestataires comme une demande à satisfaire permettant ainsi l'amélioration du rendement démocratique, ce qui procure plus de stabilité. Le mouvement de la société est stabilisé par un encadrement normatif. A chaque nation de trouver la bonne alchimie pour allier la liberté à la stabilité.

Séance d'ouverture: Problématique de la conférence

La soumission à la norme constitutionnelle n'est pas seulement garante de la stabilité mais aussi un préalable de non recours à la violence. Celle-ci est graduellement bannie de l'action politique des femmes et des hommes, responsables africains. Ils prônent l'utilisation des moyens pacifiques pour résoudre les conflits par le dialogue, les concertations, les conférences et les autres formes de débat démocratique.

D'ailleurs le rejet de la violence est intégré comme principe fondamental dans les engagements de référence en Afrique, ce qui en fait une avancée normative. La charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance adoptée en 2007 est venue garantir l'application des normes constitutionnelles relatives à l'alternance au pouvoir par des moyens pacifiques. L'application de cet engagement constitue la plus grande lutte que les africains mènent actuellement.

On pourra ajouter sur le registre des spécificités, les besoins pressants des citoyens, tant matériels que pour plus de libertés et de participation dans la gestion des affaires publiques. Réussir une application adéquate de la normativité théorique aux spécificités africaines est une autre avancée. C'est tout simplement une application du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Le droit constitutionnel africain a décliné le principe de séparation des pouvoirs et la représentativité complétée par la démocratie participative, sous des formes adaptées aux réalités locales pour assurer une meilleure gouvernance.

Certes, le poids de l'histoire est visible dans certains choix, notamment en ce qui concerne la forme de gouvernement, la qualité et le degré de la représentation dans les institutions législatives et la justice constitutionnelle.

Séance d'ouverture: Problématique de la conférence

Une autre avancée concerne l'ouverture du champ politique à l'opposition par la participation aux gouvernements, la participation réelle au pouvoir législatif y compris la non-discrimination des genres et l'accès de la femme aux responsabilités politiques. Et enfin, considérant que le droit à la contestation est inhérent au mode démocratique, la minorité parlementaire a obtenu la possibilité de saisir la justice constitutionnelle comme recours en cas de désaccord sur un texte de loi.

Nous soulignons que les études scientifiques concordent sur le fait que la plus grande avancée est que l'édification de l'Etat de droit et la démocratie en Afrique sont arrivées au point de non-retour.

Il faut signaler que le chemin à faire reste long et semé d'embûches, des difficultés persistent, elles sont liées à des problèmes technique, humain et matériel. Par exemple, la mise en œuvre de la norme a besoin de moyens organisationnels et de garanties opérationnelles c'est-à-dire des textes clairs et précis, un équilibre des pouvoirs constitutionnels et des mécanismes procéduraux pour assurer l'auto-exécution.

L'élection périodique et « observée » est une avancée, elle offre l'occasion à un apprentissage démocratique formidable. Mais tant que le choix constitutionnel des institutions qui visent la stabilité et la sérénité est mal assimilé par le personnel politique les performances resteront médiocres.

L'autre problème est celui de la satisfaction des réclamations populaires en rapport avec les droits sociaux qui dépend en grande partie des capacités financières des Etats, qui se raréfient davantage. La tension qui en résulte ne peut être jugulée qu'à l'aide d'une gouvernance démocratique et participative est à même de réduire la tension sociale en gérant bien ce qui existe déjà.

Séance d'ouverture: Problématique de la conférence

L'édification de l'Etat de droit démocratique est une entreprise qui nécessite un processus long et fastidieux, nous sommes convaincus que l'Afrique a enfanté les femmes et les hommes capables d'accomplir cette œuvre et a accumulé le savoir et la sagesse nécessaires pour mener à terme ce processus.

Il ne suffit pas que la loi fondamentale englobe les principes démocratiques pour qualifier un pays de démocratique, mais il faut aussi qu'il soit doté d'institutions fonctionnant selon des normes préalablement acceptées par l'opinion. L'amendement de ces normes doit réunir un minimum de consensualisme.

L'Algérie, consciente que le respect de la norme constitutionnelle par les forces politiques et sociales dépend de certaines caractéristiques, en particulier une dose de consensualisme. Dans ce cadre, elle a entamé un débat national inclusif, ouvert à tous les partis politiques et un grand nombre de personnalités et d'universitaires en vue d'une révision constitutionnelle « consensuelle ».

La conférence d'Alger ambitionne de mettre en relief les différentes avancées enregistrées au niveau constitutionnel. Des spécialistes Africains se donneront l'occasion de se pencher sur l'étude des avancées et de débattre sur les meilleures voies pour des évolutions supplémentaires, à la fois en terme de consolidation du droit constitutionnel et en terme de mécanismes les plus appropriés pour la mise en œuvre de la constitution.

Des expériences qui sont aujourd'hui sous nos yeux sont autant d'opportunités d'échange entre les pays Africains. C'est à ce titre que la conférence Africaine d'Alger pourrait retenir principalement les axes suivants :

Séance d'ouverture: Problématique de la conférence

- La résolution des conflits internes par le droit et la justice et par la réconciliation nationale ;
- La séparation des pouvoirs et la participation populaire ;
- L'indépendance de la justice ;
- La place de l'opposition en tant que partenaire politique ;
- La non-discrimination, la promotion politique de la femme et les garanties constitutionnelles pour son accès aux responsabilités politiques.

La conférence africaine aura lieu au cours du mois de novembre 2014 et prendra la forme d'une rencontre scientifique, à laquelle nous souhaitons faire intervenir des constitutionnalistes africains.

**Professeur BOUSOLTANE Mohamed,
DG/CERC**

Problematic

Advances with regard to constitutional law in Africa

By the end of the 80s, a new era started in political organization in Africa. In fact, in response to an acute economic crisis, to tension from international monetary institutions for better governance and to internal claims for more freedom and the satisfaction of economic needs, the majority of African countries have adopted new Constitutions.

These recent texts are inspired, in their parts devoted to foundations, by the universal principles aiming at protecting Human rights and fundamental liberties which are *Sine Qua Non* conditions for the building up of the State of Law. This concept is besides inscribed under different designations in African Constitutions.

In the normative parts of these Constitutions, we will notice considerable advances with regard to constitutional law. Whereas the operational parts contain hesitations, despite visible evolutions.

When writing the normative part of their Constitutions, some African countries, immediately after independence, opted for social democracy as a foundation of their national state. However, the failure of the latter as a means of development participated to the collapse of the system based on monopartism, this was followed by a formatting of governing systems. The African countries that have chosen from the beginning the liberal democracy performed also a face lift on their Constitution.

In the different reforms and revisions, the building up of the State of Law is announced as a goal; the state in which the law determines the space of the institutions, competence and takes precedence over people, in other words submission to norms. We have to underline, at first sight, that the acceptance of the State of Law as a political creed is in itself an advance.

Séance d'ouverture: Problématique de la conférence

Other normative principles would complete the concept of State of Law. It concerns namely Human rights and the guarantees of fundamental freedoms. Advances in norms are noticed as well in the field of political and trade union pluralism.

The normative advances with regard to African constitutional law draw their sources notably from the Union Nations Charter, the Universal declaration of Human Rights and the International Covenants on Civil and political Rights and Economic, Social and Cultural Rights. These advances take into consideration also the African specificities highlighted in the African Charter on Human and *Peoples* Rights.

It is clear that the integration of universal principles has spared the natural freedom to equality guaranteed by legality; in other words the submission of all to the rule of law. This universalism of norms with regard to State of Law can be, understandably, qualified as a common heritage, fruit of successive human civilizations. On the base of this qualification, we can deduce, then, that the part of voluntarism, now the integration of these principles within the fundamental law is obvious. This perspective allows also providing an interpretation of the fundamental text and a compatible application with the local realities.

As for the operational parts of the African Constitutions, we find in it different solutions to implement fundamental principles. In fact, the type of governance as well as the manner of realizing the popular participation in managing public affairs are dictated by the African specificities and historical heritage, the nation's aspiration and the diverse needs that are part of every country's own specificities.

The African approach is generally criticized for its lack of constancy and sometimes the slowness in implementing norms. The explanations provided

Séance d'ouverture: Problématique de la conférence

by the power in place are, awkwardly, put forward despite the fact that the justifications of this situation are sometimes objectives; however, insufficiently put forward.

The African specificities are numerous and varied, some are common, the others specific to some countries. The political stability needs to be consolidated in Africa since it constitutes an essential condition for the building up of the State of Law's institutions and which is not always presented in a convincing manner. Yet the worry about dealing with the recurrence of events, which shook some countries, justifies the constitutional provisions aiming at protecting the nation's stability and unity.

The transition and stability appear at first sight antinomic even contradictory. Whereas a close examination of the relation between the two situations reveals that they are complementary since the transition through a pacific reform, with respect of the Constitutions, includes the claims of the protesters as a request to satisfy, thus allowing the improvement of the democratic efficiency which brings more stability. The society's movement is stabilized through a normative control. Each nation has to found the good chemistry in order to combine freedom and stability.

The submission to the constitutional norm is not only responsible for stability but is also a prerequisite for not resorting to violence. The latter has been generally banned from political action of women and men, African leaders. They strongly advocate the use of pacific means in order to resolve conflicts through dialogue, conferences and other forms of democratic debate.

Besides the rejection of violence is included as a fundamental principle within the reference commitment in Africa which is in itself a normative

Séance d'ouverture: Problématique de la conférence

advance. The African Charter on Democracy Elections and Governance adopted in 2007 guarantees the implementation of constitutional norms related to the changeover of political power through pacific means. The implementation of this commitment constitutes the greatest struggle led, nowadays, by Africans.

We could add into the register of specificities the pressing needs of citizens, material ones as well as for more freedom and the participation to the managing of public affairs. Succeeding in implementing, appropriately, the theoretical norms to the African specificities is another advance. It is simply an application of the right of people to self-determination.

The African constitutional law stated the principle of separation of powers and representativeness, completed by participatory democracy according to types adapted to local realities in order to provide better governance.

Indeed, the burden of history is visible in some choices, notably as regards the type of government, the quality and the degree of representation in legislative institutions and constitutional justice.

Another advance concerns the opening of the political field to opposition through the participation in governments, real participation to the legislative power including the non discrimination of genres and women's access to political responsibilities. Finally, considering that the right to contest is inherent in democratic mode, the parliamentary minority has obtained the possibility to refer to the constitutional justice as an appeal in the case of a disagreement about a text of law.

We emphasize that the scientific studies agree about the greatest advance, the building up of the State of Law and democracy in Africa has come to a point of no return.

Séance d'ouverture: Problématique de la conférence

It is important to point out that the course is long and littered with obstacles, persistent difficulties; they are linked to technical, human and material problems. As an illustration, the implementation of the norm needs organizational means and operational guarantees. In other words, it is necessary to assure auto execution through clear and precise text, equilibrium of constitutional powers and of procedural mechanisms.

The periodic and “observed” election is an advance. It offers the tremendous opportunity to democratic training. However, as the constitutional choice of the institutions, which aims at securing stability and serenity, is badly assimilated by the political staff, the performance will remain mediocre.

The other problem is the satisfaction of popular claims related to social rights which depend highly upon the financial capacities of states and which tend to rarefy more and more. The resulting tension can be halted only with the help of a democratic and participatory governance thorough managing what already exists.

The building up of a democratic state of law is an initiative which needs a long and tedious process. We are convinced that Africa has brought forth women and men capable of fulfilling this work and, has accumulated knowledge and wisdom to accomplish this process.

It is not sufficient that the fundamental law encompasses the democratic principle to qualify a country as a democratic one, but it needs to be equipped with institutions operating according to norms accepted beforehand by opinion.

The amendment of these norms must combine a minimum of mutual agreement.

Séance d'ouverture: Problématique de la conférence

Algeria, conscious of the respect of the constitutional norm by political and social forces depends upon some characteristics, in particular, an amount of mutual agreement. Within this scope, she opened an inclusive and a national debate, open to all political parties and to a great number of personalities and academics for a “consensual” constitutional revision.

Algiers’ conference aims at highlighting the different advances recorded at constitutional level. African specialists would look into the study of the advances and discuss the best ways for additional evolutions as regards both the consolidation of constitutional law and the most appropriate mechanisms for the implementation of the Constitution.

Experiences, which are today in front of us, are as much opportunities for exchange between African countries. As such, the African Conference of Algiers would retain mainly the following axes:

- 1- The resolution of internal conflicts through law, justice and national reconciliation;
- 2- The place of the opposition as a political partner;
- 3- The non-discrimination, the political promotion of women and the constitutional guarantees for her access to political responsibilities;
- 4- The separation of powers and the popular participation;
- 5- The independence of justice.

The African Conference will be held on November 24th and 25th 2014 and will take the form of a scientific meeting in which we hope that many African constitutionalists will participate.

**Professor BOUSOLTANE Mohamed,
DG/CERC**

Les travaux de la conférence africaine d'Alger
sur le Thème

**" Les avancées en matière
de droit constitutionnel en Afrique "**

Première séance

- Le triptyque égalité, liberté d'opinion et multipartisme dans l'évolution constitutionnel en Algérie
- Les enjeux de l'indépendance Judiciaire en Afrique du sud

**Le triptyque égalité, liberté d'opinion et multipartisme dans l'évolution
constitutionnelle en Algérie**

Pr. BOUSOLTANE Mohamed

Au lendemain de l'indépendance, l'Algérie a choisi la construction de l'Etat socialiste comme moyen de développement. Le parti unique devait encadrer un peuple déstructuré sociologiquement et culturellement par une colonisation de plus d'un siècle. Ce choix a été consacré par la Constitution de 1963, puis confirmé et consolidé par la Constitution de 1976. C'est à la suite des évènements d'octobre 1988 qu'une révision constitutionnelle éclair a été adoptée le 3 novembre 1988¹. Cette mini révision constitutionnelle, servait en réalité à briser le cadenas de la Constitution de 1976² et ouvrir ainsi une brèche qui permet aux autorités du pays d'opérer une ouverture démocratique. Afin de réaliser cet objectif, les alinéas «- le Président de la République peut directement recourir à la volonté populaire », «- il s'adresse directement à la Nation » ont été ajoutés successivement aux articles 5 et 104. L'article 111 du nouveau texte permettra également, au Président de la République, de saisir le peuple par voie de référendum, sur « toute question d'importance nationale ».

La première question d'importance nationale soumise au peuple a été le référendum sur la Constitution de 1989. Cette nouvelle Constitution est aux normes de la démocratie libérale basée sur l'égalité, la justice, les droits de l'homme et les libertés publiques, le multipartisme, la séparation des pouvoirs et le contrôle de constitutionnalité.

¹Décret n° 88-223 du 5 novembre 1988, JORA n° 45.

²Selon l'article 195 de la Constitution de 1976, « Aucun projet de révision constitutionnelle ne peut porter atteinte : - à l'option socialiste... ».

**Première séance: le triptyque égalité, liberté d'opinion et multipartisme dans
l'évolution constitutionnelle en Algérie**

La révision constitutionnelle de 1996 avait comme objectif principal d'introduire des aménagements normatifs et institutionnels pour faire face à l'insécurité qui menaçait le pays. En effet, le premier souci des rédacteurs de la Constitution de 1996 se résumait en la garantie de la stabilité et de la continuité de l'Etat algérien. Tout en confirmant expressément le pluralisme politique, cette dernière Constitution a encadré la création des partis politiques en posant d'autres conditions, toujours dans le souci de préserver la stabilité du pays.

Les révisions constitutionnelles de 2002 et 2008 avaient pour objectif le renforcement de la liberté en général et l'égalité, particulièrement celle des genres.

Cette réflexion portera sur le triptyque récurrent : égalité, liberté d'opinion et multipartisme. L'analyse se focalisera sur l'évolution des trois concepts à travers les différentes réformes constitutionnelles et l'évaluation des avancées réalisées.

Mais avant tout et pour mieux apprécier la complexité de l'entreprise de réformer, il serait utile de porter quelques clarifications sur la corrélation transversale des trois notions sur le plan théorique. Tout d'abord, il faut préciser que l'interaction des principes comportant ces notions est essentielle à l'édification d'un Etat de droit fondé sur les normes démocratiques. La démocratie est le moyen de l'Etat moderne pour réaliser le développement durable et procurer la bonne vie « good life » à ses populations.

Pour réaliser un développement efficace, les rapports des organisations internationales, font écho aux travaux des théoriciens, qui insistent sur le fait que la construction de l'Etat doit obéir au modèle d'organisation politique

**Première séance: le triptyque égalité, liberté d'opinion et multipartisme dans
l'évolution constitutionnelle en Algérie**

basé sur la primauté du droit.³ L'idée de la réalisation de l'Etat de droit domine le droit constitutionnel moderne. La règle constitutionnelle se situe au sommet d'un ordre juridique fondé sur la légalité, la hiérarchie des normes et le contrôle juridictionnel indépendant.

D'ailleurs les récents instruments internationaux soulignent le lien intrinsèque existant entre la paix, la démocratie, les droits de l'homme et le développement. Dès lors les institutions internationales ne cessent d'encourager l'évolution conceptuelle en faveur de la démocratisation de l'organisation et de la gouvernance étatique.⁴

La démocratie comme mode de gouvernance repose sur des principes, un ensemble de procédures et de mécanismes pour les mettre en œuvre.

En fait, la démocratie est une voie probante pour le progrès et le développement. Dans sa forme pratiquée par l'Etat moderne, elle garantit le feed-back du peuple par la participation active dans la gestion des affaires de la communauté. La démocratie déploie différents processus pour sa concrétisation, notamment le vote propre et transparent pour le choix des gouvernants et la participation directe ou indirecte des citoyens dans la détermination des politiques publiques.

Dans ce processus de consultation et de concertation, l'égalité et la liberté garantissent le libre choix et la transparence nécessaires à la participation populaire. Le pluralisme politique corollaire de la liberté se concrétise à

³Saïd Hamdouni, « Gouvernance et Etat de droit : liaison dangereuse ? », in La bonne gouvernance : Contrôle et responsabilité, ouvrage collectif sous la direction du Pr. Bousoltane Mohamed, 2013, p. 45.

⁴Véronique HUET, « L'autonomie constitutionnelle de l'Etat : déclin ou renouveau ? », Revue Française de Droit Constitutionnel, N° 73 2008, P. 66.

travers le multipartisme, qui offre le choix concurrentiel dans un espace de compétition et de confrontation des idées et des programmes politiques.⁵

La liberté étant un droit fondamental généralement reconnu, l'égalité constitue son pilier central, car la liberté n'a de sens que si les citoyens peuvent prétendre, dans une situation identique, à un traitement égal.⁶ **Considérées ainsi, la liberté et l'égalité garantissent l'autonomie et l'identité personnelles ce qui donne le plein effet au pluralisme dans son expression générale dans la société.**

La liberté d'opinion, d'expression et de communication comme formes normatives de la liberté, sont essentielles pour le multipartisme dans une communauté politisée et organisée. L'interaction entre la liberté d'opinion et le multipartisme canalise le passage entre la sphère privée (opinion identitaire) et la sphère publique (parti politique, rassemblement d'idées compatibles). L'égalité et la liberté d'opinion sont également des prérequis pour la pratique de délibérations au sein des assemblées. La légitimité de leurs décisions et leur crédibilité en dépendent. On peut déduire alors **que tout système de gouvernement démocratique basé sur la représentativité nécessite trois piliers fondateurs l'égalité, la liberté d'opinion et le pluralisme politique.**

La transcendance et l'interactivité des trois notions étant mises en relief, l'accent sera mis, dans cette communication tout d'abord sur l'égalité

⁵Joan-Philippe Platteau, « Religion, politics, and development: lessons from the lands of Islam », *Journal of Economic Behaviour and Organization*, 2008 n° 68, pp. 329-351, at p.349.

⁶L'article 29 de la Constitution : « les citoyens sont égaux devant la loi, sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour cause de naissance, de race, de sexe, d'opinion ou de toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale ».

comme promesse de la révolution contre le colonialisme, qui a une place prépondérante dans l'attente populaire, d'où son intégration dans la Constitution et dans l'ordre juridique en Algérie (I). La liberté d'opinion étant garantie au citoyen comme norme fondamentale son corollaire la liberté d'expression et de communication est également consacrée par la constitution (II). La transition vers le libéralisme politique commence à partir de la Constitution de 1989 bien que l'apparition du multipartisme est récente il se concrétise progressivement (III).

I – L'égalité entre conception et réalité

En Algérie, le colonialisme ne connaissait pas les limites de ce qui est permis, les inégalités, les différentes formes de discriminations et les abus systématiques instaurés par l'administration coloniale ont été parmi les raisons principales du soulèvement du peuple et la révolution pour la libération nationale.⁷

La liberté et l'égalité font donc partie intégrante des idéaux de la révolution. Les inscrire dans les Constitutions algériennes successives, constitue un acte de fidélité aux promesses de la guerre de libération nationale.

Concernant l'égalité, les êtres humains, dans la réalité sont loin d'être égaux en leur physique, performance ou capacité ; au contraire dans la théorie générale du droit et l'organisation politique, l'égalité juridique est l'expression d'une société organisée sur le modèle démocratique.⁸ L'égalité est donc un principe fondateur qui doit être assuré pour le bon fonctionnement de l'Etat moderne.

⁷Didier GUIGNARD, L'abus de pouvoir dans l'Algérie coloniale, visibilité et singularité, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2010, p. 53.

⁸Dennis LLOYD, The idea of Law, Penguin Books, England 1974, p 142.

**Première séance: le triptyque égalité, liberté d'opinion et multipartisme dans
l'évolution constitutionnelle en Algérie**

Le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans une même situation ou qui sont soumises au même statut légal, mais l'inverse n'est pas pour autant juste, parce qu'il n'y a aucune obligation de traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes. La différence de situation offre seulement la permission à un traitement différencié.

L'équilibre entre l'égalité théorique des personnes devant la loi et les inégalités dans la réalité réside dans un choix politique ayant pour objectif soit la garantie de l'équivalence des chances sur le plan conceptuel, soit la préférence de s'attaquer aux inégalités économiques et sociales pour les réduire voire les éliminer. L'option prioritaire est source perpétuelle de dichotomie sur les plans philosophique et politique.

Le modèle de l'Etat socialiste choisi par l'Algérie au lendemain de l'indépendance avait comme objectif de s'attaquer aux inégalités multiformes créées par le système colonial. Selon l'article 41 de la constitution de 1976 «L'Etat assure l'égalité de tous les citoyens en supprimant les obstacles d'ordre économique, social et culturel qui limitent en fait l'égalité entre les citoyens...».

Ce rappel historique rapide permet de comprendre la genèse de l'enracinement de la forme sociale de l'Etat algérien, et donc aide par la suite à déterminer la connotation de la notion d'égalité qui est compatible avec la réalité algérienne. Cela permet par conséquent d'interpréter les inclinaisons de la notion en tant que norme constitutionnelle et délimiter la place qu'occupe le principe d'égalité dans l'organisation politique algérienne à travers son cheminement spécifique.

**Première séance: le triptyque égalité, liberté d'opinion et multipartisme dans
l'évolution constitutionnelle en Algérie**

L'article 29 de la Constitution, dont le texte est immuable depuis la Constitution de 1989,⁹ consacre le principe d'égalité dans ces termes « les citoyens sont égaux devant la loi, sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour cause de naissance, de race, de sexe, d'opinion ou de toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale ». Le contenu de cet article est semblable à ceux concernant la garantie de l'égalité qu'on trouve dans les instruments internationaux, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, auquel l'Algérie a adhéré à la faveur de l'adoption de la Constitution de 1989.

Cette adhésion montre que l'Algérie a opté pour la démocratie libérale. Dès lors il devient évident donc que l'égalité consacrée par l'article 29 de la Constitution constitue la forme conceptuelle, c'est-à-dire l'égalité juridique, l'égalité « devant la loi ». Mais par ailleurs, il faut souligner que dans la philosophie générale de l'Etat algérien comme expliqué précédemment, cette égalité conceptuelle est agrémentée par d'autres garanties d'égalité dictées par la forme d'« Etat social » choisie, et confirmée par les divers amendements constitutionnels et mise en œuvre à travers de multiples programmes sociaux.

En ce sens, l'article 31 de la Constitution donne un effet opérationnel à l'égalité en fixant comme finalités aux institutions d'assurer l'égalité à travers la suppression des obstacles qui empêchent la participation effective de tous les citoyens et citoyennes, à la vie politique, économique, sociale et culturelle.

La révision constitutionnelle de 2008 a donné un contenu encore plus concret à l'égalité des genres, en ajoutant l'article 31bis afin d'augmenter

⁹ L'actuel article 29 portait le n° 28 dans la Constitution de 1989.

**Première séance: le triptyque égalité, liberté d'opinion et multipartisme dans
l'évolution constitutionnelle en Algérie**

les chances d'accès de la femme à la représentation effective dans les assemblées élues. Cette disposition opérationnelle permet à l'Etat d'accomplir ses devoirs en matière de promotion des droits politiques de la femme.¹⁰ C'est une avancée remarquable en matière de droits politiques de la femme dont les effets sont immédiats sur les autres domaines de la vie, notamment sociale.

La Constitution algérienne va encore plus loin dans la consécration du principe d'égalité, en donnant des garanties constitutionnelles, pour que les institutions assurent une égalité effective, dans les domaines les plus fondamentaux dans la société, à savoir : l'égal accès aux fonctions et aux emplois au sein de l'Etat,¹¹ l'égal accès à l'enseignement et à la formation professionnelle,¹² l'égalité devant l'impôt et¹³ l'égalité devant la justice.¹⁴

Il est clair que la Constitution, elle-même assure la transversalité du principe d'égalité en lui donnant les supports fonctionnels afin que la loi fondamentale soit en adéquation avec la place essentielle qu'occupe ce principe dans le conscient du peuple algérien.

De ce fait, il est tout à fait normal aussi que l'égalité soit prééminente dans la pratique et la jurisprudence constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel a une jurisprudence très affirmée, fondée sur le principe d'égalité. Il a

¹⁰Article 31 bis « L'Etat œuvre à la promotion des droits politiques de la femme en augmentant ses chances d'accès à la représentation dans les assemblées élues ».

¹¹Article 51 « L'égal accès aux fonctions et aux emplois au sein de l'Etat est garanti à tous les citoyens ... ».

¹²Article 53 « ... L'Etat veille à l'égal accès à l'enseignement et à la formation professionnelle ».

¹³Article 64 « Les citoyens sont égaux devant l'impôt... ».

¹⁴Article 140 « La justice est fondée sur les principes de légalité et d'égalité. Elle est égale pour tous... ».

**Première séance: le triptyque égalité, liberté d'opinion et multipartisme dans
l'évolution constitutionnelle en Algérie**

supprimé plusieurs conditions posées dans des textes de loi qu'il a jugées discriminatoires et donc portant atteinte à ce principe.

Dans ce cadre, le Conseil a jugé que les conditions concernant la nationalité d'origine du conjoint du candidat à la magistrature suprême « constituant une rupture au principe d'égalité ».¹⁵ Le Conseil a aussi considéré que les conditions de circonstance personnelle, pour la création de partis politiques contenues dans la loi relative aux partis politiques sont discriminatoires et « contreviennent aux termes de l'article 29 de la Constitution qui consacre l'égalité des citoyens devant la loi ... »¹⁶ et sont par conséquent inconstitutionnelles.

D'autres décisions et avis du Conseil constitutionnel jugeant inconstitutionnel des textes de loi à cause de leur caractère discriminatoire concernent, notamment l'égalité devant les charges publiques, la discrimination entre des catégories se trouvant dans la même situation.¹⁷ Il a jugé aussi que le législateur en « soumettant les listes électorales indépendantes à une condition supplémentaire par rapport à ce qu'il a prévu pour les listes présentées pour les partis politiques *aura méconnu* le principe d'égalité... ».¹⁸

L'égalité est un principe constitutionnel fondamental, il transcende les droits essentiels qui conditionnent la vie dans la société politique moderne ; c'est la charnière pour déterminer les procédures nécessaires à la mise en œuvre des autres droits. L'égalité devant la loi est une forme générique de ce

¹⁵Décision n° 01-D-L-CC 89 du 20 août 1989 relative au code électoral.

¹⁶Avis n° 01 A.O.L.O/ CC du 6 mars 1997 sur la conformité de la loi organique relative aux partis politiques à la Constitution.

¹⁷Avis n° 2 / A.L.O/CC/04 du 22 août 2004 relatif au contrôle de la conformité à la Constitution de la loi organique portant statut de la magistrature.

¹⁸A.CC/07 du 23 juillet 2007.

principe, elle se décline en plusieurs applications qui sont en grande partie constitutionnalisées dans le système algérien ; ces applications ont déjà été mentionnées précédemment. Mais il est utile de soulever que l'application du principe dans le domaine politique constitue une garantie de l'expression politique plurielle. Cette raison fait que le pluralisme politique est encore plus détaillé dans des lois organiques, et notamment le code électoral, l'égalité apparaît alors dans le partage des espaces de publicité électorale ou le temps de prise de parole dans les médias publics.

Toutefois, il faudra noter que le principe qui veille à l'absence de discriminations *injustifiées*, tolère des dérogations qui sont souvent fondées sur l'intérêt général, à condition que toute dérogation autorisant un traitement différencié soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. Les exemples dans ce domaine sont nombreux, on peut citer les avantages donnés aux membres de l'ALN et leurs ayants droit en matière d'accès à la fonction publique et à la gestion de leur carrière, ou à d'autres catégories sociales comme les personnes handicapées.

II- La liberté d'opinion constitue la norme fondamentale, tandis que la liberté d'expression assure son extériorisation

La liberté permet à l'individu de ne pas subir de contraintes. Dans sa dimension collective, la liberté permet aussi à un peuple de se libérer de la soumission à une puissance étrangère. Ce sens général du vocable « liberté » décrit le sentiment collectif du peuple algérien jaloux de son indépendance pour les mêmes motifs déjà évoqués en relation avec l'égalité.

La liberté en tant que norme fondamentale en droit constitutionnel est un concept à la fois riche et complexe. Cette norme couvre des droits connexes qui protègent des libertés fondamentales qui n'ont pas de définitions faisant

l'unanimité, car ces droits couvrent des notions abstraites qui englobent des droits subjectifs mais primordiaux à l'individu et essentiels à la vie en communauté. Dans une démocratie, les libertés fondamentales sont assurées par l'Etat. Les lois du pays déterminent le contenu de chaque notion d'une manière répondant à ses spécificités. Les controverses autour de la définition des expressions liberté de conscience et liberté d'opinion ainsi que la relation entre les deux notions qu'elles portent, font que les constitutions des divers pays leurs donnent une connotation différente. La liberté ne pouvant être absolue, les textes de droit tracent toujours les limites et le cadre légal dans lequel s'exercent les libertés fondamentales.

En principe le concept comprend la liberté d'opinion et son corolaire la liberté de conscience, il comprend aussi les différentes formes d'extériorisation, notamment les libertés d'expression, de création intellectuelle, de communication et d'édition. Ces libertés et droits connexes garantissent le droit de s'associer autour des mêmes idées politiques ou autour d'autres objectifs légaux.

L'évolution du texte constitutionnel concernant les libertés publiques en Algérie montre une avancée considérable dans l'option privilégiée qui est la complémentarité entre la liberté de conscience et la liberté d'opinion jumelées dans l'article 36 de la Constitution.

Cette évolution concerne en fait, une expansion, dans un sens plus libéral de la liberté de conscience et d'opinion, puisque le texte qui affirme l'inviolabilité de ces libertés, est resté pratiquement inchangé depuis la Constitution de 1976. Il faudrait rappeler que l'article 53 de cette dernière était rédigé au singulier « la liberté de conscience et d'opinion *est inviolable* ». Par contre en s'alignant sur la définition qui considère que la

**Première séance: le triptyque égalité, liberté d'opinion et multipartisme dans
l'évolution constitutionnelle en Algérie**

liberté de conscience diffère de la liberté d'opinion, l'article 35 de la constitution de 1989, devenu article 36 dans l'amendement de 1996, a opéré une nuance entre les deux libertés. En effet la rédaction de l'article 36 au pluriel « la liberté de conscience et la liberté d'opinion *sont inviolables* », montre en premier lieu qu'il s'agit désormais de deux libertés différentes et en second lieu que la volonté du Constituent est de donner un essor aux libertés fondamentales à travers des formes externes évolutives permettant de conforter l'expression d'opinions plurielles.

L'agencement des articles relatifs aux libertés de conscience, d'opinion et d'expression dans la Constitution révèle l'évolution progressive, mais s'explique aussi par des éléments de complémentarité théorique entre les trois concepts.

La liberté de conscience concerne les convictions personnelles dans le domaine de la morale ou de l'éthique,¹⁹ tandis que la liberté d'opinion concerne plutôt les idées politiques ou intellectuelles. Les deux libertés sont du domaine privé, raison pour laquelle la liberté de conscience et la liberté d'opinion en tant que telles, ne nécessitent qu'une proclamation d'inviolabilité dans la Constitution. Mais en les couplant dans le même article, le constituant entend soumettre la liberté de conscience et la liberté d'opinion au même régime juridique.

Sachant que ces libertés sont du domaine privé, elles ne valent que par le degré de leur extériorisation. Tandis que la liberté de conscience s'exprime à travers la création, la publication ou d'autres moyens, qui lui assurent son émergence pour devenir du domaine public. La liberté d'opinion

¹⁹Dans les Constitutions de certains pays, la liberté de conscience englobe aussi la liberté de religion qui concerne les croyances religieuses et la foi. Une telle interprétation n'est pas possible dans les pays qui proclament l'Islam comme religion de l'Etat dans leur Constitution.

**Première séance: le triptyque égalité, liberté d'opinion et multipartisme dans
l'évolution constitutionnelle en Algérie**

« exprimée » et devenant du domaine public a besoin donc d'être protégé par la loi ; protection qui est assurée par l'article 38 de la constitution, la liberté d'opinion nécessite les libertés d'expression, d'association et de réunion, libertés qui permettent l'extérioration elles sont garanties par l'article 41.²⁰

Cette orientation de la liberté d'opinion vers le domaine politique est également confirmée par l'article 42 de la Constitution qui poursuit dans le même contexte pour reconnaître et garantir le droit de créer des partis politiques. Ce droit faisant partie du triptyque objet de cette analyse, sera développé ultérieurement. Mais d'ores et déjà il faut mettre en relief que ce qu'il ressort de la formulation de l'article 36 de la constitution est une évolution normative significative. La démocratie pluraliste et l'édification de l'Etat de droit sont les objectifs de cette normativité et que la liberté d'opinion concerne plutôt les domaines politique et scientifique. Cette liberté est devenue la pierre angulaire de la construction démocratique.

La liberté d'opinion ne se limite pas seulement à la liberté de chacun d'exprimer sa pensée et ses idées, mais elle s'étend aussi au droit de communiquer, le droit d'informer, de distribuer de telles pensées sans restriction.²¹

En d'autres termes, pour assurer l'inviolabilité de la liberté d'opinion, la loi fondamentale doit garantir les moyens de sa réalisation qui relèvent du domaine public. La Constitution pose les principes sur lesquels repose le bon équilibre entre le choix et les initiatives qui permettent à la fois la

²⁰ Article 41 « les libertés d'expression, d'association et de réunion sont *garanties* au citoyen ».

²¹ Michel Verpeaux, « la liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles », les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 30,2012, P138.

réalisation personnelle de l'individu et le bien-être de la société.²² Toute incompatibilité dans ce domaine risque de poser un problème d'ordre public, cela justifie les limitations aux libertés publiques imposées par la Constitution.

La place essentielle qu'occupent la liberté d'opinion et son corollaire la liberté d'expression dans le système des droits et libertés fondamentales,²³ lui confère un statut de garant de l'identité et de l'autonomie intellectuelles de l'individu et conditionne par conséquent, ses relations avec les autres individus et avec la société ;²⁴ les garanties du libre choix en politique donnent une vraie dimension au vote, à la candidature et à la citoyenneté en général.

Les libertés fondamentales, individuelles ou collectives, sont dites aussi libertés publiques parce qu'elles sont reconnues et garanties par la constitution ; l'Etat a pour obligation d'assurer leur inviolabilité et de les réguler en même temps. Les limitations sont donc nécessaires pour parer les dépassements des droits des uns au détriment des droits des autres. Tout abus de la part des autorités publiques, de groupes de personnes, d'individus ou autres entités est imputable à l'Etat directement ou indirectement pour négligence et manquement aux devoirs de l'« Etat de droit ». Dans la même

²²Denis Lloyd, *the idea of law*, Penguin Books, London 1974, P. 140.

²³L'importance de la liberté d'expression, orientée vers le droit à l'information, l'édition et la presse en général, est telle qu'un appel a été lancé pour demander que les atteintes à cette liberté soient criminalisées. Appel signé par quatre experts internationaux représentant des organismes de différents continents, à savoir : le Rapporteur spécial des Nations unies sur les promotions et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, la Représentante de l'OSCE, le Rapporteur spécial sur la liberté d'expression de l'OEA et le Rapporteur spécial sur la liberté d'expression et l'accès à l'information de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP).

²⁴Michel Verpaux, *Ibid.* P. 142.

optique, la liberté d'expression est sujette à d'autres limitations comme l'obligation de réserve pour la préservation des intérêts publics ou tout simplement dans le cadre de la loyauté et la non concurrence due à l'employeur.

Il est à noter aussi que, le développement technologique des moyens de communication a permis, d'un côté la mondialisation de l'information et son instrumentalisation sur un plan global, offrant de nouveaux moyens techniques d'expression instantanée et difficilement contrôlable, ce qui donne à la liberté d'opinion et d'expression une autre dimension de plénitude, mais elle peut être parfois dangereuse pour l'ordre public. En permettant d'un côté, des relations virtuelles de façon à créer une sorte de Net-citoyen, avec plus de libertés de communiquer, et de l'autre côté en mettant une giga-masse d'information et de contacts disponibles à travers les nouvelles techniques, le numérique a posé des problèmes relatifs à la mise en œuvre des limitations légales relatives à la liberté d'opinion et d'expression.

III- L'adoption constitutionnelle récente du multipartisme

Le multipartisme est primordial pour la démocratie libérale, il permet la coexistence et procure l'harmonie entre les différentes sensibilités politiques de la société car, il ouvre la voie aux débats politiques contradictoires, aux élections à candidatures multiples, à la pluralité de programmes et à l'alternance. Le multipartisme s'associe aussi à la tolérance et à la possibilité d'être critiqué.

Toutes ces possibilités qu'offre le multipartisme sur le plan théorique, donnent une véritable assise au pluralisme politique, permettant ainsi à l'opposition d'accomplir son rôle dans l'Etat moderne, la liberté d'opinion

et d'expression aidant les citoyens se trouvent en situation de contrôler directement ou indirectement l'action de l'exécutif.

La démocratie est basée sur la concurrence politique à travers la pluralité de partis politiques ; par ailleurs, **l'égalité et la liberté d'opinion et d'expression sont nécessaires pour donner le plein effet à cette concurrence**, le but étant de faire le meilleur choix de programme et appliquer les politiques publiques les plus appropriées.

Contrairement aux principes de l'égalité et de liberté d'opinion, le troisième élément du triptyque, à savoir, le multipartisme est apparu tardivement dans la Constitution algérienne.²⁵ L'introduction du multipartisme dans l'ordre constitutionnel en Algérie a été entourée d'une grande prudence politique au début afin de surpasser les réticences internes au système.

D'ailleurs, la Constitution de 1989 ne mentionnait nulle part l'expression «partis politiques» ou multipartisme. Concrètement l'article 40 de ladite Constitution avait reconnu «le droit de créer des associations à caractère politique...», la loi sur les associations à caractère politique de 1989²⁶ ainsi d'autres lois politiques de la même période ont suivi le même sillage. Il fallait attendre la Constitution de 1996 pour trouver l'expression consacrée «Partis politiques». Effectivement, l'article 42 de cette Constitution,²⁷ reconnaît ce droit en ces termes «le droit de créer les partis politiques est reconnu et garanti».

²⁵Le système du parti unique était immuable et cadencé par l'article 195 de la Constitution de 1976, il fallait attendre 1988 et la mini révision constitutionnelle du 3 novembre 1988, qui a ouvert la voie devant une transition pluraliste consacrée par la Constitution de 1989.

²⁶Loi n°-89-11 du 5 juillet 1989, JORA n°27.

²⁷Cet article est resté inchangé dans les différents amendements constitutionnels depuis 1996.

Toutefois, le droit de créer des partis politiques est assorti de quelques limitations. Le Constituant, prenant en ligne de compte la nouveauté de l'expérience, et dans un souci de sauvegarder l'unité nationale, la stabilité des institutions et l'indépendance du pays, garantir les libertés fondamentales et assurer l'intégrité et la continuité de l'Etat algérien, interdit aussi, le fondement des partis et la propagande partisane portant sur la religion, la langue, la race, le sexe ou d'autres éléments corporatiste ou régional. L'article 42 interdit également aux partis politiques de recourir à la violence et de recevoir des financements de l'étranger.

En réalité, l'analyse des éléments exclus des domaines partisans montre qu'ils sont justifiés, dans leur grande majorité, par la première expérience d'élections législatives pluralistes de 1991, et qui a causé des soucis d'insécurité au pays, par ce qu'elles étaient précipitées et mal préparées.

En plus, ces limitations sont nécessaires pour assurer une transition progressive tout en sauvegardant l'ordre constitutionnel. Il n'est pas aisé d'opérer une transition politique libérale dans une société empreinte d'un fort relationnel familial et de particularisme culturel ; en fait, il s'agit d'introduire un autre modèle d'organisation politique qui nécessite un temps d'adaptation.

Bien que le multipartisme soit déjà ancré dans les mœurs politiques de la classe dirigeante après un quart de siècle de son adoption, les difficultés subsistent quant à son intégration dans le comportement du citoyen électeur. L'explication est dans le fait que celui-ci, au moment d'exercer sa liberté d'opinion se trouve devant des choix difficiles à réconcilier. Pour déterminer son choix politique, le citoyen doit concilier son appartenance socio-culturelle, ses préférences familiales et la fidélité à son attachement

**Première séance: le triptyque égalité, liberté d'opinion et multipartisme dans
l'évolution constitutionnelle en Algérie**

politique. Le lien politique qui constitue la condition *sine qua none* de la démocratie ne prime pas toujours.

Toutes les spécificités et les aspirations communes d'une population font la destinée d'un peuple, chaque peuple est unique par conséquent, la démocratie en tant que mode de gouvernance politique ne peut être un produit « clé en main ».

Forte de cette réalité, l'Algérie a choisi le pluralisme politique et son crédo le multipartisme, conforté par la liberté d'expression, l'élection plurielle et transparente, en consacrant toutes ces notions dans la Constitution. Néanmoins, la réalité a montré que la concrétisation du pluralisme politique doit être progressive, car elle nécessite la mise à niveau des institutions existantes, la création d'autres institutions²⁸ qui auront pour mission, la mise en application des dits principes. Toutes ces données montrent que la tâche n'est guère aisée.

L'autre conséquence de la spécificité sociale, sur le nouveau multipartisme en Algérie est que les partis politiques trouvent souvent des difficultés à s'implanter, à susciter des adhésions et à convaincre le citoyen électeur uniquement sur une base idéologique. Les partis se multiplient sur le plan quantitatif sans pour autant assurer une représentation qualitative au sein des assemblées élues.

Pour pallier la faiblesse de représentabilité, le législateur a prévu d'autres voies²⁹ fondées notamment, sur le principe de participation populaire consacré dans la Constitution.

²⁸Le Conseil constitutionnel, le Senat, le Conseil d'Etat ...etc.

²⁹La loi n° 11-10 du 22 juin 2011 relative à la commune notamment, les articles de 11 à 14, JORA n°37.

Globalement, la démocratie *représentative* issue d'un multipartisme encore jeune, est consolidée par la démocratie *participative* ayant pour objectif une gouvernance basée sur le débat d'idées, le partage de responsabilité et la possibilité de s'interroger sur le contenu des politiques publiques. Un système participatif inclusif, ouvre d'autres possibilités à la participation populaire, notamment à travers les associations de la société civile.

Sur le même registre des difficultés que rencontre le multipartisme, on doit relever aussi que l'instauration d'une démocratie représentative fondée sur la légitimité électorale, suppose l'organisation d'élections libres et transparentes ce qui pose des problèmes aux pays les plus avancés en la matière. Des élections propres constituent une condition mais pas toujours suffisante pour donner une classe dirigeante assez représentative du peuple, une autre raison pour laquelle la Constitution algérienne complète la démocratie représentative par une démocratie participative répondant ainsi aux normes modernes de gouvernance.³⁰

Le dernier point qu'on doit éclairer pour avoir une vue d'ensemble, est que dans une démocratie naissante, les partis politiques d'opposition se préparent pour offrir une alternative au pouvoir en place. Ils ont aussi une mission de veille au sein des institutions constitutionnelles dans lesquelles ils sont représentés. Cette mission est souvent mal comprise et mal assumée par les formations politiques.

³⁰ Article 31 « les institutions ont pour finalité d'assurer l'égalité... en supprimant les obstacles qui entravent l'épanouissement de la personne humaine et empêchent *la participation effective* de tous, à la vie politique, économique, sociale et culturelle ». Article 16 « l'Assemblée élue constitue l'assise de la décentralisation et le lieu de *la participation des citoyens* à la gestion des affaires publiques ».

**Première séance: le triptyque égalité, liberté d'opinion et multipartisme dans
l'évolution constitutionnelle en Algérie**

En d'autres termes, le rôle des partis politiques apparaît essentiellement dans la compétition pour accéder au pouvoir et participer à la gestion des affaires publiques, mais il ne faut pas perdre de vue le fait qu'ils ont des missions fondamentales au sein de la société. Dans une démocratie les formations politiques sont appelés à encadrer la population sur la base des sensibilités politiques et structurer ainsi la relation entre l'Etat et les administrés, elles forment aussi les canaux privilégiés de communication entre le pouvoir et la population.

Le multipartisme ayant acquis sa garantie et sa reconnaissance dans la Constitution depuis plus de deux décennies, la liberté et l'égalité aidant en phase de décantation et de consolidation, mais d'ores et déjà on est en mesure d'affirmer que la tenue des élections périodiques et pluralistes constituent un gage d'adoption définitive du multipartisme.

En conclusion nous pouvons soutenir que, pour réguler le pouvoir par la loi, la règle constitutionnelle doit conserver sa généralité et son objectivité. Le caractère impersonnel de la norme constitutionnelle devrait être garanti par le jeu de l'équilibre des pouvoirs, la démocratie représentative apporte le degré nécessaire d'honnêteté et de raison.

Cette analyse a montré l'évolution normative et pratique du principe d'égalité et de la liberté d'opinion ; sans cette évolution il n'aurait été guère possible d'implanter le concept du pluralisme politique en général et le multipartisme en particulier dans le paysage politique algérien. La concrétisation du multipartisme bien qu'elle eut franchi du chemin, est encore à ses débuts et ne parvient pas à donner le rendement de légitimité nécessaire en termes de représentation populaire pour des raisons tout à fait

**Première séance: le triptyque égalité, liberté d'opinion et multipartisme dans
l'évolution constitutionnelle en Algérie**

objectives. Ces raisons sont à rechercher particulièrement dans le contexte sociopolitique, qui nous commande d'intégrer les valeurs démocratiques universelles tout en respectant les particularités du pays.

Il est important de rappeler que la règle de droit ne peut pas être évaluée hors de l'environnement et les caractéristiques de la société qu'elle entend réguler. Il faut garder en mémoire aussi que la réforme de l'Etat est une entreprise complexe. Cela suppose la préparation de l'arène démocratique en vue d'encadrer la concurrence politique, réformer l'appareil technocratique de l'Etat pour pouvoir à la fois mener la réforme politique, animer les processus électoraux et libéraliser l'économie pour lui donner le tonus compétitif et faciliter son insertion dans l'économie mondiale. Cette complexité justifie la prudence et l'étalement des réformes dans le temps.

Evaluer les avancées en matière de droit constitutionnel en Algérie et d'ailleurs dans une bonne partie des pays africains uniquement sur des critères théoriques est généralement inappropriés.

The triptych equality, freedom of opinion and multiparty system in the constitutional evolution of Algeria

Pr. BOUSOLTANE Mohamed

In the aftermath of independence, Algeria opted for a socialist State as a means of development. The one-party system was to govern a disintegrated people, sociologically and culturally, by cause of the French colonization, for over a century. This choice was enshrined in the Constitution of 1963, then confirmed and consolidated by the 1976 Constitution. Following the events of October 1988, an instant constitutional review was adopted on November 3rd, 1988 ¹. This mini constitutional revision, actually, served to unlock the Constitution of 1976 ² and create a loophole that allows the country's authorities to bring about a democratic opening. In order to achieve this objective, the subsections “the President of the Republic may resort directly to the expression of the People's Will” – “He addresses the Nation directly”, have been added successively to the articles 5 and 104. Article 111 of the new text is meant to enable the President of the Republic to refer to the people by referendum “on any matter of national importance”.

The first matter of national importance submitted to the people was a referendum on the Constitution of 1989. This new Constitution was in straight line with the liberal democracy: based on equality, justice, protection of human rights, multiparty system, separation of powers and control of constitutionality.

¹ Decree n° 88-223 of November 5th, 1988, OJRA n° 45.

² According to article 195 of the Constitution of 1976: “no draft constitutional revision shall affect the socialist option...”

First session: The triptych equality, freedom of opinion and multiparty system in the constitutional evolution of Algeria

The constitutional review of 1996 aimed mainly at introducing normative and institutional adjustments to meet the security issues, which threatened the country. Indeed, the first concern of the drafters of the Constitution of 1996 can be summarized in sustaining the stability and continuity of the Algerian State. By explicitly confirming the political plurality, this Constitution set up the creation of political parties, while putting forward preconditions, for the sake of preserving the country's stability.

Constitutional reviews of 2002 and 2008 aimed, broadly, at reinforcing freedom and equality, especially, gender equality.

This reflection will examine the recurring triptych: equality, freedom of opinion and multiparty system. The analysis will focus on the evolution of the three concepts, throughout the different constitutional reforms and the evaluation of the accomplished progress.

But most of all, in order to better comprehend the complexity of the reforming initiative, it would be worthwhile to set out some clarifications concerning the cross-correlation of the three notions at the theoretical level. First, it should be mentioned that, the interaction of principles that includes these notions is essential to the edification of the State of law that is based on democratic norms. Democracy is a means of the modern State to achieving sustainable development and giving a better life to its people.

To achieve an effective development, the reports of the international organizations echo theorists' works who emphasise that the achievement of the State of law must comply with the model of the political organization, which is based on the supremacy of law³. The idea of the creation of the

³ Saïd Hamdouni, « Gouvernance et Etat de droit : liaison dangereuse ? », in La bonne gouvernance : Contrôle et responsabilité, ouvrage collectif sous la direction du Pr. Bousoltane Mohamed, 2013, p. 45.

First session: The triptych equality, freedom of opinion and multiparty system in the constitutional evolution of Algeria

state of law is dominating the modern constitutional law. The constitutional rule sits at the top of the legislation, which is based upon equality, hierarchy of norms and the independent judicial control.

Effectively, recent international instruments stress the intrinsic link between peace, democracy, human rights and development. Accordingly, the international institutions continue to encourage conceptual development to enhance the democratisation of the organization and state governance⁴.

Democracy, as a form of governance, is based on principles: a set of procedures and mechanisms to be implemented.

In fact, democracy is a probative way for progress and development. In the way it is practiced by the modern State, it guarantees the feedback of people due to the active participation in managing the affairs of the community. Democracy exerts different processes for its accomplishment, including fair and transparent election in choosing governments and the direct or indirect participation of citizens in the policy-making.

In this process of consultation and consensus, equality and freedom guarantee the free choice and the necessary transparency for the popular participation.

Political plurality, corollary to freedom, is materializing through multiparty system, which offers a competitive choice in a competitive space and allows confrontation of ideas and political programs⁵.

As freedom is a generally recognized fundamental right, equality constitutes its central pillar. Thus, freedom is relevant only if citizens could claim, in

⁴ Véronique HUET, « L'autonomie constitutionnelle de l'Etat : déclin ou renouveau ? », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, N° 73 2008, P. 66.

⁵ Joan-Philippe Platteau, « Religion, politics, and development: lessons from the lands of Islam », *Journal of Economic Behaviour and Organization*, 2008 n° 68, pp. 329-351, at p.349.

the same situation, equal treatment⁶. **In these ways, freedom and equality guarantee personal autonomy and identity, which give full effect to a genuine expression of pluralism in society.**

Freedoms of opinion, expression and communication, as normative forms of freedom, are essential for a multiparty system, in a politicized and organized community. The interaction between freedom of opinion and multiparty system is a bridge between the private sphere (identity opinion) and public spheres (political party, gathering of compatible ideas). Equality and freedom of opinion are also prerequisites for the deliberation practice within Assemblies. The legitimacy of their decisions and their credibility depend on them. Thus, we can deduce that any **democratic system of government based on representativeness needs three founding pillars: equality, freedom of opinion and political pluralism.**

The transcendence and the interactivity of the three concepts are highlighted; then, the emphasis will be put, in this communication, firstly, on equality as a promise of the revolution against colonialism, which has a dominant position in people's expectations, which is the origin of its integration in the Constitution and in the legal system of Algeria (I). Freedom of opinion is guaranteed to citizen as a fundamental norm and its corollary, freedom of expression and communication, is also enshrined in the Constitution (II). Transition to political liberalism started from the Constitution of 1989. Despite the recent emergence of multiparty system, it has been materialized progressively (III).

⁶ article 29 of the Constitution: "all citizens are equal before the law. No discrimination shall prevail because of birth, race, sex, opinion or any other personal or social condition or circumstance".

I- Equality between conception and reality

In Algeria, colonialism went beyond allowable limits. Inequalities, the different forms of discriminations, the systematic abuses established by the colonial administration were among the prime reasons of the people uprising and the revolution to regain the national liberation⁷.

Freedom and equality form therefore an integrant component of the ideals of the revolution. Being drafted in the successive Algerian Constitutions constitutes a genuine act to the promises of the National Liberation War.

As regards equality, human beings are, in reality, far from being equal in their physique, performance or capacity; rather, in the general theory of law and political organization, legal equality is the expression of a society organized on the democratic model⁸. Thus, equality is a founding principle that must be insured for the well-functioning of the modern State.

The principle of equality requires the equal treatment of persons who are in the same situation or who are subject to the same legal status. However, the opposite is not, so far, true, because there are no bonds to treat differently persons being in different situations. The difference in situations permits only a differentiated treatment.

The balance between the theoretical equality of persons before the law and the inequality in reality lies in the political choice that aims at insuring conceptually the equal opportunities, i.e. the preference of tackling the economic and social inequities in order to reduce or eliminate them. The

⁷ Didier GUIGNARD, *L'abus de pouvoir dans l'Algérie coloniale, visibilité et singularité*, Presses Universitaires de Paris

Ouest, 2010, p. 53

⁸ Dennis LLOYD, *The idea of Law*, Penguin Books, England 1974, p 142.

First session: The triptych equality, freedom of opinion and multiparty system in the constitutional evolution of Algeria

first option is a perpetual source of dichotomy both on philosophical and political grounds.

The objectives of the socialist State model chosen by Algeria in the immediate post-independence period were to tackle the various inequalities created by the colonial system.

According to article 41 of the Constitution of 1976, “the State ensures equality of all citizens, by removing economic, social and cultural obstacles that impede equality between citizens...”

This brief historical recap, helps better understanding the genesis of the entrenched social form of the Algerian State and, thereafter, to determine the connotation of the concept of equality, which complies with the Algerian reality. This consequently allows interpreting the concept inclination as a constitutional norm and delineates the position of the principle of equality in the Algerian political organization throughout its specific evolution.

Article 29 of the Constitution, which has been immutable since the Constitution of 1989⁹, enshrines the principle of equality by saying, “all citizens are equal before the law. No discrimination shall prevail because of birth, race, sex, opinion or any other personal or social condition or circumstances”.

The content of this article is similar to those dealing with the guarantee of equality that we find in international instruments, particularly, the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 to which Algeria adhered following the adoption of the Constitution of 1989.

⁹The current article 29 carried the number 28 in the Constitution of 1989.

First session: The triptych equality, freedom of opinion and multiparty system in the constitutional evolution of Algeria

This accession shows that Algeria has opted for a liberal democracy. Thus, it becomes obvious that the equality set out in the article 29 of the Constitution is the conceptual form, i.e. the legal equality, “equality before the law”. Even so, it needed to be stressed that, in the general philosophy of the Algerian State, as explained above, this conceptual equality is enhanced by other effective equality guarantees driven by the chosen form of “social State”, and confirmed by the various constitutional amendments and implementations through many social programmes.

In that sense, article 31 of the Constitution gives an operational effect to equality by setting, as a goal for the institutions, the insurance of equality by removing the existing barriers that hamper the effective participation of all citizens in the political, economic, social and cultural life.

The constitutional revision of 2008 gave a more accurate content to gender equality, by adding article 31(a), in order to increase opportunities to women’s access to the effective representation in the elected Assemblies. This operational provision allows the State to fulfil its duties by promoting women’s political rights¹⁰. This has been a noteworthy step towards women’s political rights, which has an immediate effect on the other aspects of life, especially social ones.

The Algerian Constitution goes even further in the consecration of the principle of equality, by providing constitutional guarantees for institutions to assure an effective equality, in the most fundamental areas in society, namely equal access to functions and positions in the State¹¹, the legal

¹⁰Article 31(a) “The State works for the promotion of the political rights of women by increasing their chances of access to representation in elected assemblies”.

¹¹ Article 51 “Equal access to functions and positions in the State is guaranteed to all citizens without any other conditions except those defined by the law”.

First session: The triptych equality, freedom of opinion and multiparty system in the constitutional evolution of Algeria

access to education and professional training¹², equality before taxes¹³ and equality before justice¹⁴.

It is clear that the Constitution ensures the mainstreaming of the principle of equality and supplying it with the functional supports so that the fundamental law would be in line with the core position of this principle in the consciousness of the Algerian people.

Thus, the prominence of equality in practice and in constitutional jurisprudence is quite normal. The Constitutional Council has a very assertive jurisprudence, based on the principle of equality. It abolished many conditions set out in the laws that it considered discriminatory and, thus, affecting this principle.

In this context, the Council considered that conditions concerning the nationality of origin of the candidate to the presidency “being a breach of the principle of equality”¹⁵. The Council has considered also that conditions of personal circumstances, for the creation of political parties, contained in the law of political parties, are discriminatory and violate the article 29 of the Constitution which enshrines equality of citizens before the law...¹⁶, and, consequently, they are unconstitutional.

Other decisions and opinions of the Constitutional Council deemed unconstitutional texts of laws, for they are discriminatory, especially regarding equality before public expenses, discrimination between

¹² Article 53 “... the State ensures the equal access to education and professional training”.

¹³ Article 64 “The citizens are equal before the taxes”

¹⁴ Article 140 “Justice is founded on the principles of lawfulness and equality”

¹⁵ Decision n° 01-D-CC 89 of August 20th, 1989 concerning the electoral code

¹⁶ opinion n° A.O.L.O/ CC of March 6th, 1997 on the conformity of the law to the organic law concerning the political parties to the Constitution.

First session: The triptych equality, freedom of opinion and multiparty system in the constitutional evolution of Algeria

categories in a similar position¹⁷. It considered also that the legislator, by “submitting independent electoral lists to any other condition compared to what it foresaw for lists presented by political parties, *would infringe* the principle of equality...”¹⁸.

Equality is a fundamental constitutional principle. It transcends fundamental rights on which life in modern political societies depends. It is the interface that determines the necessary procedures for the implementation of other rights. Equality before the law is a generic form of this principle. It offers various applications that are deeply constitutionalised in the Algerian system. Those applications have already been mentioned. But, it is always useful to notice that, the application of the principle in the political field is a guarantee of the plural political expression. That is why the political pluralism is more detailed in organic laws, particularly, the electoral code. Equality appears then in the sharing of election advertising spaces or speaking time accorded in public media.

However, it is worth noting that the principle that would ensure the absence of unjustified discriminations, tolerates exemptions, which are usually found on general interest, provided that all exemptions allowing a differentiated treatment, must be directly related to the object of the law which set it out. The examples are numerous. For instance, advantages given to National Liberation Army members and their dependents with regard to access to civil service and their career management, or to other social category such as disabled persons.

¹⁷ opinion n° 2/ A.L.O/ CC/ 04 of August 22nd, 2004 respecting the control of conformity to the Constitution of the organic law on the status of the magistracy.

¹⁸ A.CC/ 07 of July 23rd, 2007.

II – Freedom of opinion is a fundamental norm, whereas freedom of expression ensures its externalization

Freedom makes individual not to be subject to constraints. In its collective dimension, freedom makes people free from submission to a foreign power. This general meaning of the word “freedom” describes the collective feeling of the Algerian people who insist on keeping their freedom and independence for the same reasons linked to equality.

Freedom as a fundamental norm in the constitutional law is a rich and a complex concept. This norm covers inherent rights that protect fundamental freedoms, which have not a generally accepted definition, since those rights cover abstract concepts that embody subjective, but essential rights to individual and paramount for community life. In a democracy, fundamental freedoms are ensured by the State. The country’s laws determine the content of each concept by considering its specificities. The controversies over the definition of the word freedom of conscience and freedom of opinion, as well as the relationship between the two notions make that Constitutions of many countries gave them different connotations. Freedom cannot be absolute. Legal rules draw always limits and determine the legal framework within which the fundamental freedoms are exercised.

In principle, the concept includes freedom of opinion and its corollary freedom of conscience. It comprises also the different forms of externalization, particularly, freedoms of expression, of intellectual creation, of communication and of publication. These inherent freedoms and rights guarantee the right to associate around the same political ideas or other legal objectives.

First session: The triptych equality, freedom of opinion and multiparty system in the constitutional evolution of Algeria

The evolution of the constitutional text, with regard to public freedoms in Algeria, is a considerable advance in complementarity, as a selected option, between freedom of conscience and freedom of opinion, which are twinned in the article 36 of the Constitution.

In fact, this evolution concerns an expansion in the more liberal sense of freedom of conscience and opinion, since the text affirming the inviolability of those freedoms, remained rather unchanged in the Constitution of 1976. It should be emphasized that article 53 of that Constitution was drafted in singular “freedom of conscience and opinion *is inviolable*”. However, by aligning with the definition which considers that freedom of conscience is different from freedom of opinion, article 35 of the Constitution of 1989, became article 36 in the amendment of 1996, distinguished between the two freedoms. The drafting of article 36 in plural “freedom of conscience and freedom of opinion *are inviolable*”, shows first that they are, henceforth, two different freedoms; and second, that the Constituent intent is to boost the fundamental freedoms by introducing external progressive forms to sustain the *expression of a pluralist opinion*.

The rearrangement of articles related to freedoms of conscience, of opinion and of expression in the Constitution reveals this progress, but it is also explained by elements of theoretical complementarity between the three concepts.

Freedom of conscience is linked to personal convictions in the moral or ethical areas¹⁹, whereas freedom of opinion is, rather, linked to political or

¹⁹ In the Constitutions of some countries, the freedom of the conscience includes also the freedom of religion which concerns religious beliefs and faith. Such an interpretation is impossible in the countries proclaiming Islam the religion of the State in their Constitution.

First session: The triptych equality, freedom of opinion and multiparty system in the constitutional evolution of Algeria

intellectual ideas. These two freedoms fall within the private domain. That is why freedom of conscience and freedom of opinion, as such,

require only a proclamation of inviolability in the Constitution. However, by coupling them in the same article, the Constituent intended to submit freedom of conscience and freedom of opinion to the same legal system.

Considering that these freedoms are private, they are limited only to their degree of externalization. Whereas freedom of conscience is expressed through the creation, the publication and the other means that ensure its emergence, in order to reach the public domain. An “expressed” freedom of opinion, which is of the public domain, needs to be protected by the law; a protection that is enshrined in article 38 of the Constitution, freedom of opinion needs freedoms of expression, of association and of meeting. Article 41²⁰ guarantees these freedoms thereby allowing externalization.

This direction of freedom of opinion towards the political field is also corroborated by article 42 of the Constitution, which seeks, in the same context, to acknowledge and guarantee the right to create political parties. This right, a part of the triptych subject of this analysis, will be developed later on. It must already be highlighted that, what is depicted from the wording of article 36 of the Constitution, is a significant normative evolution. The pluralist democracy and the edification of the rule of law are the main objectives of this normativity and that freedom of opinion is rather relevant of the political and the scientific fields. This freedom became the cornerstone of the democratic construction.

²⁰ Article 41 “freedom of expression, association and meeting are *guaranteed* to the citizen”.

First session: The triptych equality, freedom of opinion and multiparty system in the constitutional evolution of Algeria

Freedom of opinion is not restricted only to the freedom of everyone to express their thoughts and ideas. It embraces also the right to communicate, the right to inform, the right to diffuse such thoughts without restriction²¹.

In other words, to ensure the inviolability of freedom of opinion, the fundamental law must guarantee the means of its achievement, which fall within the public domain. The Constitution lays down the principles on which the equilibrium between the choice and the initiatives, which allow both the self-realisation of the individual and the well-being of society, is based²². Any incompatibility in this area could pose a problem of public order; this justifies the restrictions imposed on public freedoms by the Constitution.

The key position occupied by freedom of opinion and its corollary freedom of expression, in the system of fundamental rights and freedoms²³, confers on them the status of guarantor of the intellectual identity and autonomy of the individual and, consequently, governs their relationships with each other and with society²⁴. In politics, free choice guarantees give a real dimension, mostly, to the vote, to the candidacy and to the citizenship.

²¹ Michel Verpeaux, « la liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles », les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 30, 2012, P138.

²² Denis Lloyd, *The idea of law*, Penguin Books, London 1974, P. 140.

²³ The importance of the freedom of expression, directed towards the right to information, publishing and the press, in general, is such as an appeal was made to request that infringements of this freedom be criminalized. An appeal that was signed by four international experts, representing organizations from different continents, namely the UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, the OSCE Representative, the Special Rapporteur on Freedom of Expression of the OAS and the Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information of the African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR).

²⁴ Michel Verpeaux, *Ibid.* P. 142.

First session: The triptych equality, freedom of opinion and multiparty system in the constitutional evolution of Algeria

Fundamental, individual or collective freedoms, also called political freedoms because they are acknowledged and guaranteed by the Constitution. The State has the obligation to ensure their inviolability and to regulate them, simultaneously. Restrictions are, thus, necessary to counter the excessiveness of each other's rights at the detriment of other's rights. Any abuse on the part of the public authorities, groups of persons, individuals or any other entity, is, directly or indirectly, imputable to the State, for negligence or failure in the duties of "the rule of law". In the same spirit, freedom of expression is subject to other restrictions such as the obligation of discretion to preserve the public interests or, simply, in the framework of loyalty and the non-competition due to the employer.

It should also be noted that, the technological development of means of communication allowed the globalization of the information and its instrumentalization, in the larger scheme of things, offering new technical means of instantaneous expression that is hard to control. Such situation gave to the freedom of expression a completely new dimension of fullness. However, it may constitute a threat to the public order. By allowing, on one hand, the online relationships, a kind of Netizen, with much more freedom to communicate, and by putting the giga-mass of information and contacts available through the new techniques, on the other hand, the digital raised problems relating to the implementation of the legal restrictions regarding freedom of opinion and freedom of expression.

III – The recent constitutional adoption of the multiparty system

Multiparty system is essential for a liberal democracy. It permits the coexistence and provides harmony between the different political sensitivities in society. It opens the door for controversial political debates,

First session: The triptych equality, freedom of opinion and multiparty system in the constitutional evolution of Algeria

multi-candidate elections, a multitude of programs and alternation in power. Multiparty system is associated with tolerance and the possibility to be criticized.

On the theoretical level, all these possibilities offered by multiparty system give a genuine base to political multiparty system, which helps the opposition to fulfil its role in the modern State. Freedom of opinion and freedom of expression help citizens who are in a position to, directly or indirectly, control the action of the Executive.

Democracy is based on political competition, through the plurality of political parties; accordingly, **equality and freedom of opinion and freedom of expression are necessary to give full effect to this competition.** The objective is to choose the best program and implement the most appropriate public policies.

Contrary to the principles of equality and freedom of opinion, the third element of the triptych, namely, multiparty system appeared belatedly in the Algerian Constitution²⁵. At the beginning, the introduction of the multiparty system, in the constitutional system of Algeria, was surrounded by an extreme political caution in order to overcome the internal reluctances of the system.

Besides, in the Constitution of 1989, there is no mention of the expression “political parties” or multiparty system. More specifically, article 40 of this Constitution acknowledged “the right to create political associations...” the

²⁵ The one-party system was immutable and padlocked by article 195 of the Constitution of 1976, it had to wait until 1988 and the mini constitutional review of November 3rd, 1988, which paved the way for a pluralistic transition enshrined in the Constitution of 1989.

First session: The triptych equality, freedom of opinion and multiparty system in the constitutional evolution of Algeria

law on political associations of 1989²⁶ as well as other political laws of the same period followed the same trail. It had to wait until the Constitution of 1996, to find the hallowed expression “political parties”. Indeed, article 42 of that Constitution²⁷ acknowledged this right in these terms “the right to create political parties is recognized and guaranteed”.

However, the right to create political parties is subject to many restrictions. Taking the novelty of the experience into account, seeking to safeguard the national unity, the stability of the institutions and the independence of the country, the guaranteeing of fundamental freedoms and ensuring the integrity and the continuity of the Algerian State, the Constituent, prohibited the foundation of the parties or partisan propaganda, on religion, language, race, sex and other corporatist or regional elements. Article 42 prohibits also the political parties to resort to violence and receive foreign funding.

In fact, the analysis of elements, excluded from their favourable areas, shows that they are justified, in their vast majority, by the first experience of pluralist legislative elections of 1991, which caused serious insecurity worries to the country, as they were hasty and ill prepared.

Furthermore, these restrictions are necessary to ensure gradual transition whilst safeguarding the constitutional system. It is not easy to make a liberal political transition in a society embedded in a familial relationship and cultural particularism; in fact, it is a matter of introducing another scheme of political organization. This requires a period of adaptation.

²⁶ Legislation n° 89-11 of 5 July 1989 OJRA n° 27

²⁷ This article remained unchanged in the various constitutional amendments since 1996.

First session: The triptych equality, freedom of opinion and multiparty system in the constitutional evolution of Algeria

Although the multiparty system is already anchored in the political traditions of the ruling class, after a quarter century of its adoption, difficulties remain when it comes to their integration in the behaviour of the elector citizens. The reason is that, these latter, while they are exercising their freedom of opinion, they are before choices hard to reconcile. To determine their political choice, citizens should reconcile their socio-cultural affiliation, their family preferences and loyalty to their political commitment. The political link that constitutes the *sine qua none* condition to democracy does not always prevail.

All the specificities and common aspirations of the population shape the destiny of people. Consequently, each person is unique. Democracy, as a form of political government, cannot be a “turnkey” product.

Being aware of this reality, Algeria has chosen the political plurality and the multiparty system as a credo, reinforced by freedom of expression, plural and fair election, by enshrining all these concepts in the Constitution. Nevertheless, the reality has shown that ensuring political plurality must be gradual, because it depends upon the upgrading of the existing institutions and the creation of other institutions²⁸, whose mission will be the application of these principles.

All these data show how huge is the task. The other consequence of the social specificities of the new multiparty system in Algeria, is that political parties are finding it hard to introduce themselves to the populace, to attract adherences and convince the elector citizen, on ideological basis only.

²⁸ The Constitutional Council, the Senate, the Council of State ...etc

First session: The triptych equality, freedom of opinion and multiparty system in the constitutional evolution of Algeria

Parties are multiplying quantitatively without ensuring a qualitative representation in elected Assemblies.

In order to offset the weak representativeness, the legislator has foreseen other ways²⁹, based, in particular, on the principle of popular participation that is enshrined in the Constitution.

Overall, *representative* democracy drawn of a still young multiparty system is consolidated by the *participative* democracy, whose general objective is to attain a governance based on ideas debating, the sharing of responsibility and the possibility of questioning the content of the public policies. An inclusive participative system paves the way to other possibilities of the popular participation, particularly, through the association of the civil society. In the same vein of problems facing multiparty system. It should also be pointed out that setting up a representative democracy, based on electoral legitimacy, requires the organization of free and transparent elections, which still gives rise to problems to the most advanced countries in this field. Free elections are not always a sufficient condition for shaping a quite representative ruling class of the people. This is a further reason why the Algerian Constitution does complete the representative democracy by a participative democracy that meets modern norms of governance³⁰.

The last point to be highlighted to have an overview is that in a nascent democracy, opposition political parties are preparing to offer an alternative

²⁹ The legislation n° 11-10 of June 22nd, 2011 relating to "Commune", particularly articles from 11 to 14, OJRA n° 37.

³⁰ Article 31 "The aim of the institutions is to ensure equality ... by removing the obstacles which hinder the progress of human beings and impede **the effective participation** of all in the political, economic, social and cultural life".

Article 16 "The elected assembly represents the basis of decentralization and a place of **the citizens' participation** in the management of public affairs".

First session: The triptych equality, freedom of opinion and multiparty system in the constitutional evolution of Algeria

to the ruling power. They have the mission of monitoring inside the constitutional institutions, where they are represented. This mission is often misunderstood and badly assumed by political formations.

In other words, the role of the political parties appears essentially in the competition to attain power and participate in the management of the public affairs. However, it should not be forgotten that they have a fundamental mission in society. In democracy, political formations are called upon to monitor the population on political sensitivities basis and, thus, structuring the relationship between the State and its citizens. They constitute the main channels of communication between government and the population.

Multiparty system has acquired its guarantee and recognition from the Constitution, for more than two decades. Freedom and equality helped in the settling and consolidation phase, but we have already been able to say that holding a periodic and multiparty elections are a token of a final adoption of the multiparty system.

In conclusion, we can argue that, to regulate the power by the law, the constitutional rule must remain general and objective. The impersonal nature of the constitutional norm should be guaranteed through the balancing of powers. The representative democracy brings the necessary amount of honesty and reason.

This analysis has shown the normative and practical evolution of the principle of equality and freedom of opinion; without this evolution, it would scarcely have been possible to introduce the concept of political pluralism, in general, and multiparty system, in particular, in the Algerian

First session: The triptych equality, freedom of opinion and multiparty system in the constitutional evolution of Algeria

political landscape. Although, many milestones had been achieved, the road of the implementation of the multiparty system is still in its early stages and falling far short from providing the necessary performance of legitimacy in terms of popular representation for objective reasons. They are to be looked for, particularly, in a socio-political context that requires the integration of the universal democratic values while respecting the country's specificities.

It is important to note that the rule of law cannot be assessed outside of the environment and the characteristics of the society it intends regulating. It should also be kept in mind that the reform of the State is a complex undertaking. It implies the preparation of the democratic arena to provide a framework for the political competition, the reform of the technocratic apparatus of the State, in order to conduct the political reform, facilitate the electoral processes and liberalize the economy to boost it and make easier its integration in the global economy. This complexity justifies the caution and the staggering of reforms in time.

To evaluate the progress of constitutional law in Algeria as well as in much of African countries solely on theoretical criteria is generally inappropriate.

Challenges to judicial independence in South Africa

Ms Lee Stone

**Department of Public, Constitutional and International Law
University of South Africa**

Abstract

South Africa has a robust and supreme justiciable Constitution. Since 1994 South Africa has made significant progress in terms of how the judiciary dispenses justice and the Constitutional Court in particular has consistently stood firm in promoting and protecting the rule of law and human rights in South Africa. Acknowledging that a constitutional commitment to judicial independence may provide the climate for genuine democracy, political stability and respect for the rule of law, the fundamental question that has arisen in South Africa is whether the independence of the judiciary is being undermined and/or compromised. Current events in South Africa have brought into sharp focus challenges to judicial independence in South Africa. The theoretical framework within which the challenges to the independence of the judiciary will be analysed is under the broad remit of the independence of the judiciary generally, but six specific contentious issues will be investigated with specific focus on the appointment process.

These six contentious issues are the [problematic and overtly political] composition of the Judicial Service Commission (JSC), which is the constitutionally-established body created to uphold the integrity and independence of the judiciary; the President's pronounced role in the appointment of the Chief Justice, the Deputy Chief Justice of the Constitutional Court; the lack of transparency in the appointment of the judiciary; the modus operandi of the JSC; the executive's attacks on the judiciary; and the government's threats not to implement decisions and/or

tardiness even when they do implement. It is these challenges to the independence of the judiciary which will be explored in order to assess whether Constitutional Law in South Africa is making advances or whether the not-so-subtle erosions of the independence of the judiciary are cause for concern.

Les enjeux de l'indépendance judiciaire en Afrique du Sud

Mme Lee Stone

Département de droit international public droit constitutionnel

Université d'Afrique du Sud

Résumé

L'Afrique du Sud a une Constitution justiciable robuste et suprême. Depuis 1994, l'Afrique du Sud a accompli des progrès significatifs en termes de la façon dont le système judiciaire rend la justice. La Cour constitutionnelle, en particulier, a constamment préconisé la promotion et la protection de l'État de droit et des droits de l'homme en Afrique du Sud. Reconnaisant qu'un engagement constitutionnel à l'indépendance judiciaire permet de créer un climat propice à la véritable démocratie, la stabilité politique et le respect de l'État de droit, la question fondamentale qui s'est posée en Afrique du Sud est de savoir si l'indépendance du pouvoir judiciaire est mise à mal et / ou compromise. Les événements actuels en Afrique du Sud ont mis en évidence les défis auxquels est confrontée l'indépendance judiciaire en Afrique du Sud. Le cadre théorique, dans lequel les défis de l'indépendance judiciaire seront analysés, est sous le vaste mandat de l'indépendance de la justice en général. Toutefois, six questions controversées spécifiques seront examinées avec un accent mis sur le processus de nomination.

Première séance: les enjeux de l'indépendance Judiciaire en Afrique du sud

Ces six questions controversées sont : la composition [problématique et ouvertement politique] de la Commission du Service Judiciaire (CSJ), qui est un organe créé en vertu de la Constitution pour préserver l'intégrité et l'indépendance du pouvoir judiciaire ; le rôle prononcé du Président dans la nomination du Président de la Cour constitutionnelle et de son adjoint (Juge en chef et le juge en chef adjoint de la Cour constitutionnelle); le manque de transparence dans la nomination des magistrats; le *modus operandi* de la CSJ; les attaques de l'Exécutif contre le pouvoir judiciaire; et les menaces du gouvernement de ne pas mettre en œuvre les décisions et / ou leur application tardive.

Ce sont ces défis, auxquels se heurte l'indépendance du pouvoir judiciaire, qui seront explorées dans le but de déterminer si la loi constitutionnelle en Afrique du Sud a fait des progrès ou si les érosions pas si subtiles de l'indépendance du judiciaire donnent des raisons de s'inquiéter.

التحديات التي تواجه استقلالية القضاء في جنوب افريقيا
السيدة لي ستون
كلية القانون الدولي العام والقانون الدستوري
جامعة جنوب افريقيا

ملخص

يعد دستور جنوب إفريقيا دستورا قويا وساميا قابل للتقاضي. فمذ سنة 1994، بذلت جنوب إفريقيا جهودا كبيرة في مجال كيفية إقامة القضاء للعدالة، وبوجه خاص، وقفت المحكمة الدستورية بثبات في عملية إرساء وحماية دولة القانون وحقوق الانسان في جنوب افريقيا. ويقينا منها بأن الالتزام الدستوري باستقلالية القضاء هو الكفيل بتوفير مناخ للديمقراطية الحقيقية والاستقرار السياسي واحترام دولة القانون.

كان السؤال الذي طرح في جنوب افريقيا هو ما إذا كان القضاء في تززع و/ أو وصل إلى تشويه. لقد كان للأحداث الراهنة في جنوب افريقيا أن أبرزت بشكل حاد التحديات التي تواجهها استقلالية القضاء في جنوب افريقيا. إن الإطار النظري الذي سيتم من خلاله تحليل التحديات التي تواجه استقلالية القضاء تقع ضمن نطاق الصلاحيات الواسعة لاستقلالية القضاء عموما، غير أنه سيتم سبر ستة (6) مسائل خلافية محددة مع التركيز بشكل خاص على عملية التعيين.

تتمثل هذه المسائل الخلافية الستة في: التشكيكية [الإشكالية والسياسية العلنية] للجنة الخدمات القضائية CSJ، وهي الجهاز الذي أنشئ بناء على الدستور لتعزيز اندماج واستقلالية القضاء؛ الدور البارز للرئيس في تعيين رئيس المحكمة الدستورية ونائب رئيس المحكمة الدستورية؛ الضبابية التي تكتنف تعيين الجهاز القضائي؛ أسلوب عمل لجنة الخدمات الدستورية؛ تهجمات الجهاز التنفيذي على القضاء، وتهديدات الحكومة بعدم تطبيق القرارات و/ أو تأخير تنفيذها. هذه التحديات التي تواجهها استقلالية القضاء هي التي سيتم بحثها من أجل تقييم مدى التطور الذي أحرزه القانون الدستوري في جنوب افريقيا أو ما إذا كانت الانتهاكات الخفية لاستقلالية القضاء مدعاة للقلق.

1. Introduction

While the very definition of judicial independence is elusive and vague, it is beyond dispute that it is a 'distinctive feature of a constitutional democracy',¹ which South Africa proclaims to be.² On the face of it, South Africa is characterized by a strong constitutional democracy, with a supreme constitution that regulates the effective functioning of the judiciary with a view to ensuring its independence and impartiality. The root of South Africa's constitutional democracy is the Freedom Charter adopted by the African National Congress and its allies in 1955. This Charter was a response to the oppression being perpetrated against the majority of the South African population. On the topic of judicial independence, it declared: a key cornerstone of any democracy is an effective, independent, impartial and accessible justice system.³

Judicial independence is widely regarded as a sacrosanct principle in international and constitutional law⁴ yet has a variety of different meanings, depending on the person or institution professing such definition. Even if consensus is arrived at with respect to the definition, Fombad points out that the flaw inherent in the very concept of judicial independence is the human element: given the fact that judges are human and fallible, 'judicial

¹ R De Lange and PAM Mevis, 'Constitutional guarantees for the independence of the judiciary' *Electronic Journal of Comparative Law* 11(1):1-17 at 7, as quoted in P De Vos and W Freedman (eds) *South African Constitutional Law in Context* (2014) 225.

² Section 1(c) of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (the Constitution) declares that the Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on ... supremacy of the constitution and the rule of law.

³ Clause 5 of the Freedom Charter, available at <http://www.anc.org.za/show.php?id=72>.

⁴ See, inter alia, the United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary, adopted by the 7th United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26 August to 6 September 1985 and endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985; and The Bangalore Draft Code of Judicial Conduct 2001 (the Bangalore Principles) adopted by the Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity, as revised at the Round Table Meeting of Chief Justices held at the Peace Palace, The Hague 25-26 November 2002).

independence has never been a condition that is established fully once and for all or is enjoyed without debate, controversy or challenge'.⁵ Appositely, Justice Emeritus Ackermann, formerly of the Constitutional Court states that 'the judiciary is a noble institution, not because its members are noble, but because the Constitution is'.⁶ The Constitutional Court itself has emphasized the significance of judicial independence in a constitutional democracy when it asserted that the independence of the judiciary is 'foundational to and indispensable for the discharge of the judicial function in a constitutional democracy based on the rule of law'.⁷

There are certain clearly established factors that are used to gauge judicial independence.⁸ When viewed cumulatively, they provide insight into the fundamentals of judicial independence and include: financial autonomy; institutional autonomy; security of tenure; adequate remuneration; transparent appointments; and accountability.⁹ Notwithstanding the fact that each of these factors is in place and that the Constitution regulates the effective functioning of the judiciary – in elaborate depth – upon closer inspection it is clear that there remain anomalies in the actual

⁵ PH Russell 'Judicial Independence in Comparative Perspective' in *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from around the world*, as quoted by CM Fombad 'Constitutional Reforms and Constitutionalism in Africa: Reflections on Some Current Challenges and Future Prospects' 59 *Buffalo Law Review* 1007, 1061.

⁶ Justice Emeritus LWH Ackermann 'Opening remarks on the Conference Theme' in *A Delicate Balance: The Place of the Judiciary in a Constitutional Democracy*. Proceedings of the symposium to mark the retirement of Arthur Chaskalson, Former Chief Justice of the Republic of South Africa, (2006) *SiberInk*, 9.

⁷ *Justice Alliance of South Africa v President of the Republic of South Africa* 2011 (5) SA 388 (CC) para 36.

⁸ CM Fombad 'Preliminary assessment of the prospects for judicial independence in post-1990 African constitutions' (2007) 2 *Public Law* 233, 242.

⁹ *Ibid.*

implementation of the relevant constitutional provisions as they relate to judicial independence in South Africa.

The primary thrust of this paper is therefore a consideration of the challenges with respect to ensuring the independence of the judiciary in South Africa through an analysis of the processes and criteria for appointment of the judiciary by the Judicial Service Commission (JSC). Thereafter, the paper will proceed with a brief reflection on the status (and treatment) of the judiciary in South Africa.

2. Contextualisation of the judiciary in South Africa

The South African Constitution contains provisions that can considerably enhance the chances of the judiciary operating relatively independently. In particular, section 165(2) of the Constitution confirms that ‘the courts are independent and subject only to the Constitution and the law, which they must apply impartially and without fear, favour or prejudice’.¹⁰ Section 165(3) and (4) then go further to declare that ‘no person or organ of state may interfere with the functioning of the courts’; and ‘organs of state, through legislative and other measures, must assist and protect the courts to ensure the independence, impartiality, dignity, accessibility and effectiveness of the courts’.

The Constitution has therefore placed the independence and impartiality of the judiciary at the centre of the South African constitutional system.¹¹ This is notwithstanding the age-old counter-majoritarian dilemma, characterized by an unelected judiciary seemingly having powers far in excess of the

¹⁰ Section 2 of the Constitution.

¹¹ Section 2, the supremacy clause, is evidence of this as it declares that all law or conduct inconsistent with the Constitution is invalid [and must be declared invalid by a court of law].

legislature and the executive. Unsurprisingly, this causes tension. The tension is further exacerbated by the fact that South Africa is aptly described as a transformative state¹² transitioning from the oppression of the apartheid era to a democratic and free state. The courts are thus confronted with the unenviable task of imbuing the Constitutional provisions with life, while at the same time being cautious of the consequences of involving themselves in polycentric reasoning that is tied up with policy,¹³ which is effectively the domain of the executive branch, while simultaneously maintaining the supremacy of the Constitution. A well-known non-governmental organization, the Institute for Democracy in South Africa (IDASA) puts it thus:

The judiciary is essentially developing and re-defining South African jurisprudence and therefore playing an important role in the transformation of South Africa into an open and inclusive constitutional democracy that guarantees the progressive realization of social and economic rights. Viewed in this light, the independence of the judiciary must not only be constitutionally protected; it must also capture and maintain the confidence of the public it seeks to protect.”¹⁴

¹² See generally K Klare ‘Legal culture and transformative constitutionalism’ (1998) 14 *South African Journal on Human Rights* 147. By transformative constitutionalism he meant: ‘a long-term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed (not in isolation, of course, but in a historical context of conducive political developments) to transforming a country’s political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction. Transformative constitutionalism connotes an enterprise of inducing large-scale social change through nonviolent political processes grounded in law’.

¹³ See, among others, *Minister of Environmental Affairs & Tourism & others v Bato Star Fishing (Pty) Ltd* 2003 (6) SA 407 (SCA); [2003] 2 All SA 616 para 50.

¹⁴ Institute for Democracy in South Africa (IDASA) *Judicial Accountability Mechanisms: A Resource Document* (2007) 3.

For purposes of an historical perspective, prior to 1994, 'political considerations often played a decisive role in the appointment of judges, thus potentially affecting the impartiality and independence of judges.'¹⁵ Notwithstanding the obvious problems associated with political appointments, especially in the context of the political situation in South Africa during apartheid, the problems associated with political appointments was perpetuated by the fact that even after South Africa became a democracy in 1994,

no judges were relieved of their duties and the courts did not only retain their powers, but were given extended powers far exceeding those they had enjoyed under apartheid. The only change came in the form of the addition of the Constitutional Court to the existing court structure and changes to the manner in which judges are appointed.¹⁶

In 1994, the total number of judges was 166. These judges were appointed by the Minister of Justice (and subsequently merely formalized by the State President). Moreover, the process of identifying potential candidates and their selection was 'shrouded in secrecy' and 'political factors played a role in determining who secured appointment and who was promoted'.¹⁷ Of these 166 judges, 161 of those were white males, 3 were black males, 2 were white females and there were no black females.¹⁸

Presently, the composition of the judiciary in South Africa is as follows: 37% are black African (of these, 29.5% are male; 7.5% are female); 8% are

¹⁵ De Vos and Freedman (note 1 above) 229.

¹⁶ Ibid 224.

¹⁷ M Wesson and M du Plessis 'Fifteen years on: Central issues relating to the transformation of the South African judiciary' (2008) South African Journal on Human Rights 24(2) 187, 190, as quoted in De Vos and Freedman (note 1 above) 206.

¹⁸ De Vos and Freedman (note 1 above) 207.

coloured (5% are male; 3% female); 9% are indian (5.5% male; 4% female) and 46% are white (39% male and 6.5% female).¹⁹ Still having some way to go, the judiciary has embarked on a concerted programme of transformation which will foster confidence of the public and therefore inculcate a culture of respect for the high office of the judiciary.

Despite its excellent reputation both locally and internationally²⁰ as well as the positive gains made, criticism has been raised in some quarters that 'the "mind-set" of those interpreting the law should be changed',²¹ that the judiciary is 'counter-revolutionary',²² and that 'opposition forces are trying to use courts to govern' (and that the judiciary is complicit in this endeavour).²³ Previously, the ANC asserted that the bench should be brought into 'consonance with the vision and aspirations of the millions who engaged in the struggle', and that judges should undergo a shift in their 'collective mindset' so as to be 'accountable' to the electoral 'masses'.²⁴ This brings us to a discussion of the specific challenges to the independence of the judiciary in South Africa, commencing with the institution established

¹⁹ *Ibid* 235.

²⁰ F Chothia 'Oscar Pistorius case: Is South Africa's legal system reliable?' BBC News, 22 February 2013, available at www.bbc.com/news/world-africa-21535387.

²¹ Keynote address by President Jacob Zuma during the 103rd birthday celebrations of the African National Congress, 11 January 2015, referred to in 'Zuma "contemptuous" of judiciary – DA', Legalbrief, Issue No. 3667, available at www.legalbrief.co.za.

²² 'Apartheid returns via the back door' *Times Live*, 11 September 2011, accessible at <http://www.timeslive.co.za/politics/2011/09/15/apartheid-returns-via-the-back-door>. See also 'ANCs Mantashe lambasts judges' Sowetan, 18 August 2011, accessible at <http://www.sowetanlive.co.za/news/2011/08/18/full-interview-ancs-mantashe-lambasts-judges>.

²³ At the 3rd Conference on Access to Justice, President Jacob Zuma argued that opposition parties must not "use" courts in assisting them to co-govern with the ruling ANC. See 'Opposition forces trying to use courts to co-govern – Jacob Zuma' at www.politicsweb.co.za. This was echoed by ANC Secretary-General Gwede Mantashe when he stated that "the judiciary needs to depoliticize itself" ('Judiciary must be depoliticised' at www.sowetanlive.co.za).

²⁴ Statement by the ANC during the ANC's 93rd anniversary celebrations in Umtata on 8 January 2005.

to uphold an independent judiciary in South Africa, the Judicial Service Commission (JSC).

3. The Judicial Service Commission

Due to the issues associated with the counter-majoritarian dilemma, 'it was felt that the appointment of judges could not be entirely insulated from the political process'.²⁵ However, recognition was given to the fact that 'it would be undesirable to leave the appointment of all judges in the hands of the President or other elected politicians'.²⁶ To mitigate any overt politicization of the judiciary, the JSC was established.

The JSC was primarily created to give meaningful effect to section 165 of the Constitution and plays a 'pivotal role in the appointment of and removal of judges'.²⁷ It is mandated to advise the President on all matters relating to the judiciary, and to oversee that the 'important issues such as appointments, promotions, and dismissal of judges are made less vulnerable to partisan manipulation'.²⁸ The composition and *modus operandi* of the JSC as well as the processes and criteria employed when appointing judges is thus crucial to our perception of the integrity and dignity of the JSC and the judiciary itself.

3.1 The composition of the Judicial Service Commission

Fombad argues that ideally, a body such as the JSC should be constituted in such a manner that the chairperson and the majority of members are independent of the government in power.²⁹ Alarming, the composition of

²⁵ De Vos and Freedman (note 1 above) 229.

²⁶ *Ibid* 230.

²⁷ *Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In Re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa* 1996 (4) SA 744 (CC) para 120.

²⁸ Fombad 'Constitutional Reforms and Constitutionalism in Africa' (note 5 above) 1063.

²⁹ *Ibid*.

the JSC is fairly political in nature in that more than 65% of the JSC is either directly or indirectly appointed by the executive, which defeats the very essence of a non-partisan body responsible for ensuring the independence of the judiciary.

When the interim Constitution was drafted in the early 1990s, the African National Congress favoured the establishment of a politically dominated body while, unsurprisingly, the judges and legal profession favoured a body in which the legal community would be in the majority. The JSC in its current guise reflects a compromise between these two positions. The JSC is normally composed of 23 members who are drawn from the judiciary, two branches (attorneys and advocates) of the legal profession, the two Houses of the national legislature, the executive, civil society and academia.³⁰ The chair is taken by the Chief Justice who also heads the Constitutional Court. Significantly, the Chief Justice himself is appointed by the President. Of the 23 members, '15 represent political interests, including the Minister of Justice, the six members of the National Assembly (three members from minority parties), four members of the National Council of Provinces (representing the majority party) and four presidential nominees'.³¹

Hoffman, a lawyer and activist in South Africa criticizes the composition of the JSC

³⁰ The 23 members constituting the JSC include the Chief Justice; the President of the Supreme Court of Appeal; one Judge President designated by the Judges President; the Cabinet member responsible for justice; two practicing advocates; two practicing attorneys; one law teacher at a South African university; six persons designated by the National Assembly; four permanent delegates to the National Council of Provinces; four persons designated by the President after consulting the leaders of all parties in the National Assembly; and when dealing with matters relating to a specific High Court, the Judge President of that Court and the Premier of the Province concerned, or an alternate designated by them. See section 178(1)(a)-(k) of the Constitution.

³¹ De Vos and Freedman (note 1 above) 230. See also, C Powell and J Franco 'The meaning of institutional independence in *Van Rooyen v S*' *South African Law Journal* (2009) 121(3) 562.

There are flaws in the composition of the JSC that lead to the perpetration of errors and injustices. The problem, stated more bluntly than it was possibly implied by O'Regan (a former justice of the Constitutional Court), is that there are too many politicians on the JSC and not enough lawyers. Some of the lawyers on the JSC are also there as politicians – this serves to bedevil the deliberations that are supposed to be aimed at finding appropriately qualified lawyers who are fit and proper to grace the bench and legitimately dispense justice in a manner that inspires the confidence of the public.³²

The sentiment articulated by Hoffman resonates deeply because it represents the antithesis of the separation of powers doctrine which has its underlying purpose to thwart tyranny.³³ While South Africa has its own unique form of separation of powers,³⁴ the fundamental basis and object of the doctrine remains intact: ensuring an efficient government with the three principal organs each having their own powers and functions, but with sufficient checks and balances to give effect to the South Africa's transformative ideals. In this regard, the case of *De Lange v Smuts NO* is the seminal case, where it was held per Ackermann J that:

I have no doubt that over time our courts will develop a distinctively South African model of separation of powers, one that fits the particular system of government provided for in the Constitution and that reflects a delicate balancing, informed both by South Africa's history and its new dispensation, between the need, on the one hand,

³² P Hoffman (Executive Director of the Institute for Accountability in Southern Africa) 'Irrational decisions demand urgent reform of the JSC' *Business Day*, 1 June 2011, accessible at <http://www.businessday.co.za/articles/Content.aspx?id=144416>.

³³ CM Fombad 'The separation of powers and constitutionalism in Africa: The case of Botswana' (2005) 25 *Boston College Third World Law Journal* 301, 309.

³⁴ *S v Dodo* 2001 (3) SA 382 (CC); 2001 (5) BCLR 423 (CC) para 17.

to control government by separating powers and enforcing checks and balances, and, on the other, to avoid diffusing power so completely that the government is unable to take timely measure in the public interest.³⁵

The judiciary's ability to undertake this 'delicate balancing' is compromised when the judiciary is politicized by virtue of an overwhelming number of political appointments; particularly at the highest levels.

3.2 The President's role in the appointment of the Chief Justice and Deputy Chief Justice

The President's prominent and virtually unfettered role in the appointment of the Chief Justice and Deputy Chief Justice is one of the major weaknesses of South Africa's constitutional system and has far-reaching effect.

In both the 1994 and 1996 Constitutions a radical change from the apartheid-era past seemed promising. Unfortunately, though, we now see that all that has actually happened is that the weaknesses evident in other Anglophone countries in the manner in which the Chief Justice and Deputy Chief Justice are appointed, have been reinforced.³⁶ For example, the President is required merely to 'consult' when appointing a Chief Justice or Deputy Chief Justice. The parties required to be consulted are the JSC as well as the leaders of opposition parties in the National Assembly.

³⁵ *De Lange v Smuts NO and Others* 1998 (3) SA 785 (CC) para 60.

³⁶ An example is Zimbabwe, where Mhodi (PT Mhodi 'An analysis of the doctrine of constitutionalism in the Zimbabwean Constitution of 2013' (2013) 28 *Southern African Public Law* 383, 395) laments the fact that the president has very wide discretion to appoint members of the judiciary (including the Chief Justice) and so 'allows the process to be tainted by political considerations'.

However, the final decision remains the President's alone.³⁷ Accordingly, it is submitted that the concept of consult is so vague that it is susceptible to abuse. As a case in point, in the renewal of the term of former Chief Justice Sandile Ngcobo, the President was accused of having made a final decision without the requisite consultation.³⁸ Importantly, when appointing the Chief Justice, consultation has to occur prior to the appointment. *Ex post facto* consultation after the President has made a final decision on an appointment is not acceptable. Such consultation must entail 'at least ... the good faith exchange of views, which must be taken seriously',³⁹ so as to ensure that any perception that the Chief Justice is beholden to the President is eliminated.

3.3 Transparency in the appointment process

A glaring problem in the South African system of appointment of members of the judiciary is that the Constitution is silent on the criteria for appointment of judges. The only guidance is found in section 174 of the Constitution, which is ambiguous and incomplete in that it does not provide sufficient clarity. Section 174(1) of the Constitution states that 'any appropriately qualified woman or man who is a fit and proper person' may be appointed as a judicial officer. Section 174(2) qualifies this further by stating that the need for the judiciary to reflect broadly the racial and gender composition of South Africa must be considered when appointing new judicial officers.

³⁷ De Vos and Freedman (note 1 above) 231.

³⁸ *Centre for Applied Legal Studies, Council for the Advancement of the South African Constitution; Freedom Under Law and Justice Alliance of South Africa v The President of the Republic of South Africa; The Minister of Justice and Constitutional Development; Chief Justice Sandile Ngcobo (National Association of Democratic Lawyers and Black Lawyers Association as Amicus Curiae)* (Case No. CCT 62/11; 54/11; 53/11 (joined)), Minister's Submissions, para 20.1.

³⁹ De Vos and Freedman 231.

The outward appearance of transparency is deceptive, though. Legislation exists guiding the appointment process, but the reality is that this legislation is not utilized as intended (or even used at all). In 2010 the JSC developed its own set of criteria for appointments to the judiciary, as follows:

- (1) Whether the particular applicant is an appropriately qualified person;
- (2) Whether he or she is a fit and proper person; and
- (3) Whether his or her appointment will help to reflect the racial and gender composition of South Africa?

These criteria were then supplemented with the following criteria:

- (1) Is the proposed appointee a person of integrity?
- (2) Is the proposed appointee a person with the necessary energy and motivation?
- (3) Is the proposed appointee a competent person?
 - (a) Technically experienced
 - (b) Capacity to give expression to the values of the Constitution
- (4) Is the proposed appointee an experienced person?
 - (a) Technically experienced
 - (b) Experienced in regard to values and needs of the community
- (5) Does the proposed appointee possess appropriate potential?
- (6) Symbolism. What message is given to the community at large by a particular appointment?⁴⁰

The procedure that is invoked when there are vacancies in a court is that the Chief Justice, as Chairperson of the JSC, calls for nominations after which

⁴⁰ 'Summary of the Criteria used by the Judicial Service Commission when considering candidates for judicial appointments', issued by the JSC, 10 September 2010.

shortlisted candidates are interviewed in a public forum.⁴¹ On the basis of the outcome of these interviews, the JSC makes recommendations to the President on whom to appoint.

While the JSC may conduct its interviews in public there is virtually no transparency in the criteria used for selection and the subsequent deliberations of the JSC are kept confidential”.⁴² Moreover, the general practice is that questions posed to different candidates are not the same, thus allegations of bias arise. More alarming is the fact that the evidence suggests that the appointees do not necessarily fulfill these criteria and candidates who should rightly have been appointed, are not so appointed.⁴³ As the Helen Suzman Foundation puts it ‘there is a growing perception that talented candidates for judicial appointment and advancement are being overlooked for reasons that are not clear, or explicit.’⁴⁴

The case of *Judicial Service Commission and Another v Cape Bar Council and Another*⁴⁵ has provided some clarity on the manner in which the members of the JSC ought to arrive at decisions about the appointment of judges. Apart from the requirement that the JSC can only make a valid

⁴¹ This is in contrast to the secretive interview process that took place in the apartheid era.

⁴² De Vos and Freedman 230. The case of *Helen Suzman Foundation v Judicial Service Commission and Others* (8647/2013) [2014] ZAWCHC 136 (5 September 2014) (also known as the ‘Gauntlett case’) is equally relevant here.

⁴³ See the ‘Gauntlett case’ (*ibid*).

⁴⁴ Press Release: ‘Helen Suzman Foundation takes Judicial Service Commission to Court’ accessible at <http://hsf.org.za/media/press-releases-1/helen-suzman-foundation-takes-judicial-service-commission-to-court>.

⁴⁵ (818/2011) ZASCA 115; 2012 (11) BCLR 1239 (SCA); 2013 (1) SA 170 (SCA); [2013] 1 All SA 40 (SCA) (14 September 2012).

decision if it is properly constituted,⁴⁶ the SCA also found that the JSC was obliged to provide reasons for a decision not to appoint a candidate. As the JSC is an organ of state it is under a constitutional duty to exercise its powers in a way that is not irrational or arbitrary and is bound to the values of transparency and accountability. The court unequivocally held that in the absence of the JSC giving reasons, it would not be possible for it to be held accountable and to act in a transparent manner.⁴⁷ Accordingly, the court held that the JSC is obliged to give reasons for its decision not to recommend a particular candidate if properly called on to do so. Significantly, the court held such reasons may not be restricted to a statement that the unsuccessful candidate failed to secure enough votes as this would amount to no reason at all⁴⁸ and would fall foul of the minimum standards expected of an independent and accountable judiciary.

3.4 The *modus operandi* of the Judicial Service Commission

The JSC has been criticized and condemned for its handling of an extremely controversial case where Judge John Hlophe, the Judge President of the Cape High Court, allegedly improperly tried to influence/persuade⁴⁹ judges of the Constitutional Court (Justice Bess Nkabinde and Acting Justice Chris Jafta of the Constitutional Court) in the case that had been brought against President Jacob Zuma in 2008 (just before he became President). The words alleged uttered were:

⁴⁶ *Cape Bar Council* paras 20-2.

⁴⁷ *Cape Bar Council* paras 43-4.

⁴⁸ *Cape Bar Council* para 45.

⁴⁹ Statement by Chief Justice Pius Langa 'Statement in support of the complaint to the Judicial Service Commission by the Judges of the Constitutional Court made on 30 May 2008', para 9(c), available at <http://www.politicsweb.co.za/politicsweb/view/politicsweb/en/page71656?oid=92275&sn=Detail>.

*I have a mandate. You are our last hope. You must find in favour of our comrade.*⁵⁰

The legitimate expectation is created that this institution, created to uphold an independent judiciary, will not protect any questionable conduct of judges, such as in the *Hlophe* matter; specifically with regard to the fact that the JSC has a constitutional duty to exercise its powers and determine that a case of gross misconduct has been made out or not, pursuant to section 177 of the Constitution.

Notwithstanding the seriousness of the complaint made against Judge Hlophe, the JSC abandoned its inquiry into the complaint and ultimately decided not to follow up with a formal hearing. However, Ms Helen Zille, in her capacity as the Premier of the Western Cape Province, applied to the Western Cape High Court for an order declaring that the JSC should re-open the investigation into the allegations of improper conduct perpetrated by Judge Hlophe. The reason for this application is that section 178(1)(k) of the Constitution states that when considering matters relating to a specific High Court, the Judge President of that Court and the Premier of the Province concerned (or an alternate designated by each of them) should be present during any matter dealt with by the JSC. Ms Zille argued that even though there was a constitutional imperative that she be part of the JSC hearing, she was not invited to participate. Consequently, the High Court declared that the matter should be reconsidered in her presence.

In parallel with the Premier of the Western Cape Province's case, Freedom Under Law (a non-governmental organisation which has declared that its

⁵⁰ S Choudhry "“He had a mandate”": The South African Constitutional Court and the African National Congress in a dominant party democracy' 2009 *Constitutional Court Review* (2) 1, 2.

mandate is to ensure adherence to the rule of law), successfully challenged the JSC's decision "that the evidence in respect of the complaint does not justify a finding that Hlophe JP is guilty of gross misconduct". The effect was that the JSC was ordered to reconsider the complaint against Judge Hlophe by the judges of the Constitutional Court.

Consequently, Judge Hlophe appealed the decision that the JSC should reconsider the matter but the Constitutional Court refused to hear Judge Hlophe's appeal. In reaching its decision, the Constitutional Court in the case of *Hlophe v Premier of the Western Cape Province, Hlophe v Freedom Under Law and Others*⁵¹ pronounced that the law governing how the JSC deals with complaints of misconduct has changed. The result is that "one of the first things [that the JSC] will have to decide is whether the dispute should be resolved under an amendment to the Judicial Service Commission Act, which came into force in 2010, or under its previous rules for dealing with complaints". The Court noted that under the rules, a formal misconduct inquiry is presided over by the JSC (excluding MPs; whereas under the Act, such an inquiry is conducted by a judicial conduct tribunal – consisting of two judges and another person whose name is on a list kept by the Chief Justice's Office). Secondly, under the rules, the default position was one of openness; whereas under the Act, the default position is closed proceedings. However, any inquiry must now allow cross-examination, and the premier of the relevant province and its judge president are entitled to be part of the JSC when it makes its decision – pushing the JSC's members from 13 to 15. Finally, the JSC's final decision must be made by a majority of its members – and not by a majority of those present and voting. Thus, at least eight votes are needed for a particular outcome to make it a decision of the JSC.

⁵¹ 2012 (6) SA 13 (CC).

It must be pointed out that as at the present time, the Hlophe matter has yet to be heard – let alone decided – despite commitments made that the matter would be deliberated upon over two years ago.

4. Politicisation of the judiciary itself

To quote Marshall, ‘the rights of people are best secured by a written guarantee of fundamental freedoms, enforced by a judiciary composed of judges ‘as free, impartial and independent as the lot of humanity will admit’’.⁵² Given what has been said above about the dominance of politics and the role of politicians in judicial processes in South Africa, the true independence and impartiality of the judiciary is questionable.

4.1 Executive attacks on the judiciary

At its essence, an independent judiciary is one which is not subject to executive interference. By extension, it should also entail some measure of respect by each of the three principal organs of state, towards each other. In not so subtle ways, however, in South Africa the government is openly hostile to the judiciary. For example, at the present time, the judiciary is being reviewed by the University of Fort Hare and the Human Sciences Research Council. According to the available literature, ‘the overall aim of the proposed 18 month research project is to assess the impact of the two highest courts, the Constitutional Court and the Supreme Court of Appeal, on the lived experiences of all South Africans’.⁵³ Although there appears to be nothing sinister about this review, one senses that at its heart is a palpable distrust of the judiciary and may even be construed as an attempt to

⁵² MH Marshall, *A Delicate Balance: The Place of the Judiciary in a Constitutional Democracy*. Proceedings of the symposium to mark the retirement of Arthur Chaskalson, Former Chief Justice of the Republic of South Africa (2006) SiberInk, 26.

⁵³ See <http://www.hsrc.ac.za/en/media-briefs/democracy-governance-and-service-delivery/hsrc-fort-hare-assigned-review-of-highest-courts#sthash.xUvZ5Fme.dpuf>.

undermine the work of the judiciary. It is submitted, therefore, that this illustrates extreme bad faith on the part of government.

Moreover, senior ANC politicians argue that the ANC was tricked when the constitution was drafted thus they do not view it as being legitimate. President Zuma himself has been known to attack the judiciary⁵⁴ and question their integrity.⁵⁵ In fact, some utterances by politicians are intended to intimidate judges.⁵⁶

4.2 Government ignoring court orders or being tardy in implementing them

In his judgment concerning the provision of antiretroviral treatment to HIV positive detainees at the Westville Correctional Centre, Judge Chris Nicholson warned that court orders would amount to what the law calls *brutum fulmen* ("useless thunderbolts") if they are not enforced.⁵⁷ He cautioned further that if the Government of the Republic of South Africa had given an instruction to the respondents (the various departments of State) not to comply with the order, then a grave constitutional crisis will inevitably arise, involving a serious threat to the doctrine of the separation

⁵⁴ In March 2012 Mr Zuma stated: 'We are a Government ... and the Judiciary is not a government and it cannot simply review all government policies. They cannot be elevated to do something they are not supposed to do', *The New Age* 27 March 2012.

⁵⁵ See 'Judiciary under attack from the ruling party – but holding firm' by Dr Anthea Jeffery, *Acts Online*, 21 October 2013; 'The Dispensable Judiciary' *Legalbrief Today*, 10 September 2008; 'Pityana criticizes judge-bashing' *Legalbrief Today*, 5 September 2008; 'Langa calls for an end to unjustified attacks' SABC News, 18 August 2008; 'ANC continues attacks on judiciary' *Legalbrief Today*, 5 August 2008; 'Langa calls for defence of judicial independence' *Legalbrief Today*, 4 August 2008;; 'ANC stands by right to criticize judges' *Legalbrief Today*, 15 July 2008.

⁵⁶ President Zuma's Keynote address during the 103rd birthday celebrations of the African National Congress on 11 January 2015 is a case in point when he suggested that the "mind-set" of those interpreting the law should be changed.

⁵⁷ *EN and Others v Government of the Republic of South Africa* 2006 2007 (1) BCLR 84 (D).

of powers. Judge Nicholson's warning highlights the apparent reluctance on the part of the government to enforce decisions which are not in their favour (of which there have been a few).

Even when the government states that it does intend to implement decisions, however, the government is often tardy. The tardiness in implementing comprehensive anti-retroviral treatment programmes in accordance with the ruling by the Constitutional Court in the case of the *Treatment Action Campaign v Minister of Health*⁵⁸ is one such instance. Another example is the Eastern Cape provincial administration's sloth and ineptitude in processing pensions and disability grants to eligible persons, as ordered to do so by the court.⁵⁹ Possibly an even more extreme example of government foot-dragging is evident in the outcome of the *Grootboom* case.⁶⁰ In May 2000, government promised in the Constitutional Court that it would provide a community of squatters led by Irene Grootboom with toilets, a regular water supply and tents while simultaneously building low cost housing for those in need. Irene Grootboom eventually died without ever having received a permanent home.

5. Conclusion

Former Chief Justice Arthur Chaskalson poignantly stated that: Independence is a central tenet of the [judiciary]. It is demanded so that judges can discharge their constitutional duty of deciding cases impartially,

⁵⁸ *Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others* (No 2) 2002 (10) BCLR 1033 (CC).

⁵⁹ See, amongst numerous others, the cases of *Ngxuza and others v Permanent Secretary, Department of Welfare, Eastern Cape* and another 2001 (1) SA 609 (SE) and *Vumazonke v MEC for Social Development, Eastern Cape* 2005 (6) SA 229 (SE).

⁶⁰ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom* 2001 (1) SA 46.

without fear or favour...The public must be assured that judicial officers are not subject to influence from any source, that their decisions will be implemented whether they are perceived to favour or be against government or powerful institutions within society that may be affected by them, and that judicial officers will not suffer any adverse consequences, as a result of decisions given by them.⁶¹

For the fact that judges own personal, political and philosophical views may be implicated in interpreting the Constitution and the law⁶² it is necessary to ensure a bench which is beyond reproach. The JSC is the constitutionally-mandated body that has been established to safeguard the integrity of the judiciary. At a minimum, therefore, we should be able to expect that judges will be immune from improper influence or exhibit blatant bias and prejudice. However, if the appointment of the judiciary is fraught with bias, the pessimistic view is that it is submitted that it does not hold out much hope for a truly independent judiciary. In addition, if the very institution tasked with guaranteeing the integrity, independence and impartiality of the judiciary is doing everything in its power to protect an errant judge then the only conclusion that can properly be drawn is that South Africa has a long way to go in ensuring the independence, integrity and dignity of the judiciary.

It would not be giving justice to the South African judiciary if this paper did not end on a more positive and optimistic note. Overwhelmingly, the judiciary has illustrated its profound understanding and commitment to the

⁶¹ A Chaskalson, 'Address at the Opening of the Judges Symposium, 2003', reproduced in *South African*

Law Journal vol 120, part 4, 2003, 660.

⁶² See, *inter alia*, *Zuma v National Director of Public Prosecutions* (8652/08) [2008] ZAKZHC 71; [2009] 1 All SA 54 (N); 2009 (1) BCLR 62 (N) (12 September 2008) para 17.

Constitution and has not hesitated to engage in progressive interpretation in order to uphold its provisions. For its part, government has initiated and implemented laws to give effect to the judgments of the courts (such as the Civil Unions Act of 2008 which permits same-sex marriage). As such, while challenges certainly exist for the judiciary, it is the judiciary itself which is 'fighting back' and claiming its place as an independent branch of the state, irrespective of any apparent executive interference or overt politicization.

* * * *

Debate (1st session) 24 11 2014

Questions relating to the communication of Ms **Lee STONE**

A member of the Gambian delegation

Congratulation on holding this conference, I pray for a success, and thank the President for organizing it.

Now, coming to second question quickly. Second speaker, I would say she has not provided solution. The question is: what is the position of the bar? Because bar and bench are two parts, two wheels of the same chariot. Now, if bar is strong, then, of course we see that the courts, you know, function strictly under that impact

Intervention from the floor

I would like to comment on the South African case and tell to Ms Stone that nobody is perfect. And indeed, I agree with you. I have been very closed to South Africa for many years, since 1993, and for the post-apartheid period being involved in the Kempton Park process and in the establishment of the Constitutional Court of South Africa. I agree with you, South Africa has got

one of the best constitutions in the world, and one of the best constitutional courts in the world. The Constitutional Court under the presidency of Arthur CHASKALSON and then by Pius LANGA, distinguished itself for many important decisions. Then, I would say that during the presidency of MANDELA and MBEKI, you didn't tell so many cases as such you have referred to. Things started later, I remember, even during Pius LANGA presidency, there were some attacks to the Constitutional Court in the independence, and these attacks grew up later with President ZUMA. But, when you say that the Judicial Service Commission is a political body, etc... I will not agree completely with you. In many countries, the High Judicial Council is the equivalent of your Commission. It is a body which is elected by the Parliament composed, sometimes, of political figures and also composed of judges themselves. Then, this Commission, for instance, it is not a favour of a Council composed exclusively or with a majority of judges, in order to avoid corporatism. So, you need a balanced composition. But all this brings me to the same consideration than you, the laws are good, the implementation does not follow, and this is the problem. This is why the World Conference on Constitutional Justice, has decided to have, always, for each congress, one fixed subject, the independence of the judiciary. You referred also to the fact that constitutional judges are, in your country, appointed by the President, so, by political body, this happens also in other countries. Because we must recognise that the Constitutional Court is a political court, in a way. But, what I would like to say, I will say this again this afternoon, the judges once elected, or appointed, should have the duty of ingratitude. Many judges, once elected by the executive power, behave correctly and independently. Thank you very much.

Chief Justice of Namibia

Thank you. I wish to comment very briefly about the paper presented by the last speaker. I think it was a good presentation, but I think that the paper is rather, may be overly pessimistic really. I think there is a lot that have been achieved in South Africa and it's well documented and being close, I neighbour, I know of developments that have taken place there. I think that would be more useful to give comparative statistics of how many judges have been appointed since the advent of democracy, as opposed to the numbers that we indicated in the paper, and helps also to give certain solutions. Now, I will tell that I disagree with respect to that the appointment of the Chief Justice and the Deputy Chief Justice should not be political. In its nature, these are, whether we like to say it or not, political officers you are absolutely right to say that they were political appointments. Many of the things you have said resonate with me because I chair the Judiciary Service Commission, I represent the Supreme Court of Namibia, I am the Chief Justice of Namibia, but our Court consists of 05 members only, as opposed to yours. Of course, often, we also hear criticisms of it has not been transparent, and so forth. I think every system has its own judge timings, it is not the perfect system, but I think it would have been an ideal to concentrate on much more including positive aspects than on the negative aspects of your system. Which I am very fully aware of them. Thanks Mister Chairman.

Professor Bouzid LEZHARI, Constantine Algeria

For Ms Lee STONE, I thank you for your very important and informative intervention; I just have a brief question about the relation and friction between the Executive and the Judiciary. What about the role of the

Parliament. Parliament is the producer of laws and so on, is it silent in this struggle between the Executive and the Judiciary? Thank you very much.

Professeur BENHAMMED, Université de Tunis, TUNISIE

Une autre question concernant la conférence de notre collègue à propos de l'Afrique du Sud. L'Afrique du Sud a réalisé des avancées considérables en matière de démocratie et en matière des droits de l'homme, on est donc un peu étonné de voir que l'indépendance de la justice est un peu sujette à des interrogations du fait de la politisation de la justice à travers la nomination des magistrats par le pouvoir politique, et surtout la consultation des partis politiques pour la nomination de ces derniers. Comment peut-on expliquer cette situation qui me semble un peu paradoxale ? Merci.

Un intervenant de la salle

Sur l'indépendance et l'impartialité : C'est un problème extrêmement important, l'indépendance doit exister à la fois à l'égard du politique et à l'égard du financier pour éviter la corruption du juge. Il y a les conditions de nomination des juges. Qui a nommé les juges ? Le pouvoir politique ? Il y a déjà un problème politique ! Est-ce qu'il faut élire le juge ? Qui va l'élire ? Il y a l'indépendance de l'institution, l'indépendance des personnes, des hommes qui animent l'institution. C'est un problème délicat ! Nous y réfléchissons sans trouver la moindre solution. Il y a aussi les conditions d'exercice de la fonction. Alors je vois qu'il faut continuer à réfléchir sur le meilleur mode de désignation, les meilleures conditions d'exercice de la fonction. Il faut que l'indépendance soit inscrite dans les textes de la Constitution certes, mais je crois que les juges eux-mêmes doivent vivre leur indépendance. Il faut que l'indépendance s'inscrive dans la personnalité des juges eux-mêmes, parce qu'il n'y a pas de mode de désignation qui soit à l'abri des pressions. Donc, il appartient aux juges en s'appuyant sur leur

statut de vivre effectivement leur rôle de juges indépendants et impartiaux.
Merci.

Monsieur Diop du Conseil constitutionnel du Sénégal

Je remercie les deux conférenciers pour leur brillante contribution. J'ai été particulièrement intéressé par la contribution de l'Afrique du Sud. Après l'avoir entendu, je me suis posé trois questions. La première : Mme STONE a dit qu'après plus de 20 ans, on a constaté qu'en Afrique du Sud il y a plus de juges blancs que de juges noirs et peu de femmes et je me suis demandé pourquoi ? Cette question m'a poussé à me poser une autre question, quel est le cursus pour devenir juge en Afrique du Sud. On ne peut pas parler d'indépendance sans parler de garantie et pour faire du droit comparé, j'aimerais savoir quelles sont les garanties de l'indépendance prévues en Afrique du Sud ?

الأستاذ شيهوب مسعود، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة

بالنسبة للأستاذة من جنوب افريقيا، أريد أن أركز على نقطة واحدة وهي استقلالية القضاء. كذلك هذا المبدأ يعلن عليه في أغلب الدساتير الحديثة لكن الإشكالية هي ضمانات تجسيد المبدأ. ما هي هذه الضمانات؟ الضمانات هي ضرورة إيجاد هيئة محايدة مستقلة عن السلطة التنفيذية تتولى متابعة مسيرة القضاة الوظيفية وترقيتهم وتأديبهم مثل ما هو الحال عندنا " المجلس الأعلى للقضاء"، هيئة مستقلة عن السلطة التنفيذية يرأسها الرئيس الأول للمحكمة العليا لتأديب القضاة، وهناك بعض الفقهاء يطالبون بأن تكون الرئاسة دائماً لرئيس المحكمة العليا ولا يمكن لوزير العدل أن ينوب عن الرئيس في مسائل إدارية غير تأديبية.

متدخل من القاعة (رجل قضاء من قارة ثانية غير افريقيا)

ما يهمني أو ما أحب أن أؤكد عليه أن للمحاكم والمجالس الدستورية دور كبير في تطوير القانون أو الدساتير. ليس هناك إشكال في صياغة الدساتير ووضعها وإيراد جميع المبادئ السامية فيها،

ولكن تطبيق هذه المبادئ على أرض الواقع وحمايتها هي المسؤولية الكبيرة التي تقع على القضاء الدستوري. يجب أن تكون للمحاكم والمجالس الدستورية قدرا من الشجاعة ومن النزاهة والحياد بحيث تصون تلك المبادئ الدستورية، وهذا لا يتأتى إلا بخطوة أساسية وهي أن يكون القضاء الدستوري قضاء ماثلا للقضاء العادي من حيث أشخاصه وكيفية اختيارهم وتهيئة جميع سبل الاستقلال لأعضاء المحاكم والمجالس الدستورية، فقط، أحب أن أؤكد على ضرورة أن يتحلى بالشجاعة من يتبوأ الفصل في الخصومات الدستورية من محاكم أو مجالس دستورية، وأن يكون قويا لا يخاف لومة لائم.

Un membre de la délégation du Centre Afrique

Une remarque en ce qui concerne le deuxième conférencier. Lorsque dans un pays le premier magistrat est le chef de l'Etat, ce n'est pas bon pour l'indépendance judiciaire. Je voudrais partager avec vous l'expérience du Centre Afrique. Avant d'être juge constitutionnel, j'ai été membre du Conseil supérieur de la magistrature. On s'est battu pour que ce Conseil soit présidé par un juge, ce Conseil qui recrute et qui fait l'avancement des magistrats. Malheureusement, le point de vue des universités sur cette question n'a pas été respecté, et les pouvoirs constituants en sont revenus au système traditionnel. Le chef de l'Etat est le premier magistrat. Quand on se réunit lors de la Commission des avancements et recrutements, la Commission est présidée par le Chef de l'Etat et c'est son ministre de la justice qui déroule l'ordre du jour. A ce moment-là, on se rend compte que les langues ont tendance à ne pas se délier et les bouches se ferment. Effectivement pour dire si on veut l'indépendance de la justice, il faut éviter que le politique se mêle des recrutements et des avancements des magistrats. Merci.

Answers of Ms Lee STONE

I am very indebted particularly to the question asking for solutions, I like that! In fact, I will admit, Chief Justice of Namibia, I was biased to be negative and pessimistic. But in fact, in South Africa, the solutions are there because the judiciary itself fights back whenever there are allegations that the JSC has not acted constitutionally, the Courts themselves that will make a decision and say this case is an important case and, therefore, the JSC must reopen the case. So, it is the courts themselves, that is, we are not going to be subject to manipulation, we are going to assert our place on constitutional dispensation. As far as solutions gone, respect of Chief Justice Johan's question.

There is also, I think it is related to many of the questions, South Africa is also in a position right now, where the political body, the executive, is looking carefully at itself, it is engaging a process of introspection. And what has now done is it is appointed a University, in conjunction with Human Sciences Research Council, to undertake what is called a review of the effectiveness of the decisions handed down by our Court. Mostly, according to literature, the objective is to see whether the decisions are actually giving meaning for effect to the Constitution. So, the executive is really committed to it, ensuring that the decisions are implemented and reinforced. So, there is hope. My reservation is that why is the executive going to this level? Are they afraid of something? So, that's why I am a little bit ambivalent about what their true intentions are.

So, the paradox then; why do we have the situation of Executive fighting against Judiciary? And how the two try to work together? Effectively, our Judiciary is giving effect to the Constitution, which the Executive also has as its primary mandate, to make sure that people in South Africa live

dignified meaningful life, but it appears to me a lack of prioritization. Money will be spent on, seemingly, trivial matters and not allocated to the real pressing issues like sufficient water. We have had a case recently in South Africa, with a person who was receiving, in fact a whole community, six (6) litters of water a day. That is below the amount required for survival; the Court says we cannot intervene. We know that is something that is for the government to deal with, because the government is proving that, they are actually committed to ensuring the right for all and they did have a plan and place, just takes a little bit longer because of the history of South Africa. Speaking of the statistics of our judiciary, I did not present them in the paper, because I have to move quickly, but in fact, there have been dramatic advances within our judiciary. We have 46% white in contrast with 37% black judges. So, it is almost equal, it is just that we have on the fact that there are too many white judges. Significant improvements with respect to gender equality. There are now many more women judges, not enough, but we are getting there. So, I think we try to bring this too close by answering the question about how judges are even appointed? They are appointed on a nomination process, which is a little bit politically manipulated as well, because it often relies on your reputation. If your reputation precedes you, the judge president of a particular court, will approach you, if you are an academic, for example. So, there is a little bit of politicization there, but there is nothing necessarily wrong with that. Because, if you approve over time that you are committed to the constitution and the rule of law, there should nothing barring your appointment, and what the Constitution itself specifically says in Section 174 about our Constitution is: “any man or woman who is appropriately qualified and who is fit and proper, shall be appointed as a judge”. That is quite fair, but that is also enough to satisfy our selves that if the person has the relevant experience as well as the

academic qualifications. They are deemed to have moral standing and esteem in society that should be nothing barring their appointment.

And in last, I am just going to end here. There is just one point I want to deal with. I admit that the independence of the Judiciary is relied on the Judiciary itself. The Section 165 of our Constitution, which unambiguously says in the section 1/ 65/2, that “the courts are independent and subject only to the Constitution and the law, which they must apply without fear, favour or prejudice”. So, it is that rule of law which governs the effective functioning of our Constitution and our constitutional system and the judges with in that. I am sure, I haven't answered all your questions, I want just to highlight the fact that it's not only the Executive that is in tension with the Judiciary, Parliament is equally and sometimes more so.

As I have said, I can agree and admit this, we do have an extremely progressive Constitution, with a progressive Judiciary, and our Judiciary has the effort often to make decisions on controversial cases, such as same sex marriages. Parliament didn't like it. If Parliament had wanted to regulate same sex marriage, they would have done so, but, they didn't. And, of course, we have distinction. With the Judiciary said the law must change, Parliament didn't want to change it, and, eventually, Parliament will be forced by the Judiciary to change it. So, the base equal tension with Parliament. There is numerous cases; the Executive will make certain decisions on policy level, for example, on how corruption will be dealt with in South Africa. Parliament will draft a law. The Judiciary will tell Parliament this law is unconstitutional. So, there is a lot of tensions relating to it... all right! I think I have answered everything... Thank you.

Les travaux de la conférence africaine d'Alger

sur le Thème

**" Les avancées en matière
de droit constitutionnel en Afrique "**

Deuxième séance

- Les Avancées en matière de droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne
- La séparation des pouvoirs et la participation populaire
- L'évolution et la consécration des droits de l'homme dans les régimes constitutionnels africains

**LES AVANCÉES DU DROIT CONSTITUTIONNEL À TRAVERS
L'EXPÉRIENCE CONSTITUTIONNELLE TUNISIENNE**

Par

Mohamed Ridha BEN HAMMED

Doyen Honoraire à la Faculté de Droit
et des Sciences Politiques de Tunis

La contribution de la Tunisie au développement du droit constitutionnel remonte à la Constitution de Carthage. Evoquée par Aristote, au IV^{ème} siècle av. J.C. dans le livre II de « la politique », elle est présentée « comme supérieure aux autres constitutions de l'époque sur bien des points »¹. De nombreux auteurs antiques ont relevé l'excellence de cette Constitution dont notamment l'historien grec Polybe qui l'a classée, vers le milieu du II^{ème} siècle parmi les meilleures. « Certaines constitutions, affirme-t-il, ont une réputation d'excellence dont presque tous les historiens se font l'écho : la

¹ Telle que présentée par Aristote et à la lumière de nombreux autres textes, on peut affirmer que les institutions politiques de Carthage se présentent ainsi : Le pouvoir législatif était confié au Sénat composé d'environ 300 membres issus de la classe aristocratique et nommés à vie ou au peuple qui délibérait sur la place publique. L'exécution des décisions arrêtées par le pouvoir législatif, qui concernaient le maintien de l'ordre public, la fixation de l'impôt, la détermination de la politique étrangère, la déclaration de la guerre, la direction des opérations militaires, la conclusion des accords, de paix, relevaient d'un pouvoir exécutif détenu par au moins deux suffètes élus par le peuple pour une période d'une année renouvelable. Ces suffètes dont les pouvoirs étaient réduits (convocation du Sénat et présidence de ses séances) étaient assistés par des comités composés de cinq membres (pentarchies) cooptés parmi les anciens magistrats par le Sénat. Il appartenait à ces comités de choisir les membres de « la magistrature suprême des cent » qui était chargé d'examiner la gestion des magistrats et des généraux à la sortie de leur charge ainsi que la gestion matérielle des affaires du temple, l'entretien, l'équipement, la réfection, la garde, les taxes... Les suffètes ainsi que les chefs militaires étaient élus dans le cadre de réunions publiques auxquelles participaient des citoyens libres de père et de mère carthaginoise (les esclaves, les affranchis et les étrangers étaient exclus de la participation aux affaires de la Cité).

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

Constitution des Lacédémoniens, celle des Mantinéés et celle des carthaginois ». Il considère que « les institutions politiques de Carthage ont été dans leurs caractéristiques essentielles bien conçues »².

Il y a eu dans la Constitution de Carthage une distinction entre plusieurs autorités et l'application du principe de l'élection pour certains gouvernants pour une période précise fixée par la loi.

La Tunisie a aussi contribué, à travers sa riche expérience constitutionnelle au XIX^{ème} siècle, à l'avancée du droit constitutionnel. Les idées de limitation du pouvoir par le droit et principalement par la constitution ont été vigoureusement défendues par de nombreux auteurs tels que Khéréddine et Ibn Dhiaf. Plusieurs textes ont été promulgués, notamment la loi sur l'abolition de l'esclavage du 23 janvier 1846, le Pacte fondamental de 1857, la Déclaration par laquelle le Bey de Tunis reconnaissait solennellement à ses sujets, sans distinction de religion, de condition, un certain nombre de droits, et qui a servi de base à la Constitution de 1861, première constitution dans le monde arabo-musulman³. Les compétences attachées à l'examen des pouvoirs, selon cette constitution, ne relèvent plus exclusivement du Chef de l'Etat (le bey), mais sont désormais réparties entre l'Exécutif, (le Bey et le gouvernement dirigé par un premier ministre), le législatif (le Conseil suprême composé de 60 membres qui sont soit désignés soit cooptés à la suite d'une procédure complexe) et le judiciaire (un certain nombre de tribunaux).

² « Histoires », VI, 43, 51.

³ Le Pacte fondamental du 10 septembre 1857 énonce un certain nombre de principes : la sécurité de la vie et de la propriété de tous les habitants, l'égalité de tous devant la loi et devant l'impôt, la liberté du culte et la liberté du commerce. Il accorde aux étrangers le droit d'accéder à la propriété et d'exercer toutes les professions.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

Fort de cet héritage, le mouvement national s'est servi, depuis le début du XXème siècle de la constitution comme fil conducteur de ses revendications contre le colonialisme. Ainsi en 1921, le parti Destour a demandé à la France le rétablissement de la Constitution de 1861 qui a été suspendue par une circulaire du bey, adressé aux Caïds en avril 1864, suite à l'insurrection de Ali Ben Ghadhehem.

Faisant abstraction de sa non application, deux professeurs de la faculté de droit de Paris, Joseph Barthélémy et André Weiss ont affirmé, dans une consultation en date du 11 juillet 1921, qui leur a été demandée par le parti nationaliste (le Destour), que cette Constitution qui « n'a pas toujours été très fidèlement observée (...) n'est pas abrogée parce qu'elle est violée (et qu') elle conserve, en dépit des outrages, son intégrité juridique ». Ainsi, une constitution tombée, en fait, en désuétude a toujours une existence juridique tant qu'elle n'a pu être abrogée par un texte formel.

Après l'indépendance des avancées en matière de droit constitutionnel ont été observées. Un Code du statut personnel, abolissant la polygamie et rendant le divorce nécessairement judiciaire, a été promulgué le 13 août 1956. Le droit de vote a été étendu pour la première fois aux femmes à l'occasion des premières élections municipales de 1957. La Constitution qui a été adoptée par l'Assemblée nationale constituante le 1^{er} juin 1959 a énoncé plusieurs droits et libertés⁴. Elle a aussi intégré dans son dispositif,

⁴ Ces droits et libertés concernent l'inviolabilité de la personne humaine, la liberté religieuse (article 5), l'égalité en droit et en devoirs devant la loi (article 6), la liberté d'opinion, d'expression, de pensée, de publication, de réunion et d'association (article 8) ainsi que le droit syndical (article 8), l'inviolabilité du domicile et le secret de la correspondance (article 9), la liberté de circuler à l'intérieur du territoire et d'en sortir (article 10), la protection des données à caractère personnel (article 9), le droit de se défendre (article 12) la personnalité de la peine (article 13) le droit de propriété (article 14), le droit au travail, à la santé, à l'instruction et la protection de la famille (préambule).

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

lors de sa révision le 1^{er} juin 2002, l'acceptation globale des droits de l'homme telle qu'elle a été adoptée par la Déclaration de la Conférence mondiale de Vienne sur les droits de l'homme, le 25 juin 1993⁵. Ainsi, l'article 5 de cette Constitution a affirmé que « la République tunisienne garantit les libertés fondamentales et les droits de l'homme dans leurs acceptation universelle, globale, complémentaire et interdépendante »⁶.

La nouvelle Constitution qui a été adoptée le 27 janvier 2014 par l'Assemblée nationale constituante, élue le 23 octobre 2011 suite aux événements de décembre 2010 et janvier 2011 liés à la révolution tunisienne, a incontestablement fait avancer le droit constitutionnel en Tunisie. D'abord, elle a été adoptée selon un processus qui a permis la participation d'une large frange de la société civile et des partis politiques à son élaboration. Cette Constitution a aussi comporté, en vue d'un meilleur encadrement de l'exercice du pouvoir et une meilleure garantie des libertés et des droits, un nombre important de dispositions et des prescriptions

⁵ Le point 5 de la « Déclaration et du programme de Vienne » adoptée le 25 juin 1993 par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme indique dans son point 5 que tous les droits de l'homme sont universels indissociables, interdépendants et intimement liés. La Communauté internationale doit traiter les droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance. S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des Etats, quel qu'en soit le système politique économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales.

⁶ Cette conception des droits de l'homme a permis au Conseil constitutionnel tunisien, au nom de la globalité, d'interpréter le principe d'égalité à la lumière des pratiques relevant de la discrimination positive, notamment au profit de la femme. Ainsi, il a validé le projet de loi approuvant l'article 3 de « la Charte arabe des droits de l'homme » « tendant à assurer l'égalité effective entre l'homme et la femme par une discrimination positive au profit de la femme » (avis n° 13-2005 du 16 mars 2005) Journal officiel.

Cf. sur ce point Roussillon (H.), Cabanis (A.), « Les droits fondamentaux dans les Constitutions française et tunisienne », in « Les droits fondamentaux dans la constitution : Regards croisés », Actes du colloque international des 16 et 17 avril 2009, Publication de la Faculté des sciences juridiques de Jendouba, p. 43.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

détaillées (148 articles). Sa philosophie générale était orientée vers le dépassement des grandes insuffisances ayant affectées l'exercice du pouvoir et la protection des droits et des libertés moyennant le maintien des anciens principes liés au mouvement constitutionnaliste et l'enrichissement de son contenu à la lumière du renouvellement du droit constitutionnel qui est désormais axé essentiellement sur l'idée de constitution et le principe de liberté. Située au sommet de la hiérarchie des normes juridiques, la Constitution tunisienne a, comme les nouvelles constitutions, ayant servi d'instrument pour la transition démocratique notamment dans les pays du Sud et de l'Est de l'Europe⁷, adopté les avancées récentes du droit constitutionnel dans le domaine de la limitation (I) et la modération (II) du pouvoir politique.

I- LES AVANCEES DU DROIT CONSTITUTIONNEL EN MATIERE DE LIMITATION DU POUVOIR :

« Le pouvoir limité par le droit » « الحكم المقيد بقانون » est une idée relativement ancienne en Tunisie. Elle a été vigoureusement défendue par les penseurs appartenant au mouvement réformiste. Ainsi pour Khéreddine « seule les institutions prévues et réglementées par une loi fondamentale et basées sur le contrôle et la justice contiennent les éléments qui peuvent suffire au progrès des peuples et à l'amélioration de leur état matériel »⁸. On doit reconnaître affirme-t-il que « le progrès ne peut se réaliser que grâce à une

⁷ Cf. sur ce point, Ben Hammed (Med Ridha), « Constitutions comparées et transition démocratique en Tunisie et dans les pays de l'Est et Sud de l'Europe », Conférence donnée à l'occasion de l'ouverture de l'Année académique de la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, septembre 2014, (en langue arabe), sous presse.

⁸ Khéreddine, « Essai sur les réformes nécessaires aux Etats musulmans » in Ben Hammed Mohamed Ridha, « Les grands courants de la pensée politique dans le monde arabo-musulman depuis le XIX^{ème} siècle », Presses de l'Université de Toulouse 1, Capitole, 2011, p. 113 et suivantes.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

loi à laquelle on peut se reporter et qui ferme la voie aux caprices et aux passions tant du chef que de ses subordonnés (et qui) accorde en toute sincérité la liberté au peuple »⁹.

Cette idée de limitation du pouvoir par le droit a été consacrée par la Constitution de 1861 qui a soumis le pouvoir absolu du monarque à un ordre constitutionnel. Après l'indépendance, la Tunisie s'est engagée, en se dotant d'une constitution en 1959 qui a déterminé les obligations et les devoirs des gouvernants et des citoyens sur cette voie. Une avancée importante a été réalisée dans ce domaine par la nouvelle constitution adoptée par l'Assemblée nationale constituante le 27 janvier 2014. La limitation du pouvoir apparaît, en effet, à travers, d'une part, le renforcement de la protection des droits et libertés dans la Constitution (A) et d'autre part, par la consolidation des garanties des droits et libertés par la Constitution (B).

A- Le renforcement de la protection des droits et libertés dans la constitution :

Les droits et libertés occupaient déjà une place importante dans la Constitution de 1959. Ils étaient proclamés, à l'instar de la Constitution de 2014 dans un chapitre en tête du texte constitutionnel. La Constitution de 2014 a, toutefois, réalisé dans ce domaine un progrès par rapport à celle de

⁹ Ibid.

Ibn Abi Dhiaf a, dans le même sens affirmé que dans le gouvernement limité par le droit « le prince est l'ombre de Dieu sur terre. Il établit l'équité en faveur de l'opprimé et guérit par sa justice toutes les blessures. En effet, la conduite des affaires dans ce gouvernement est conforme à la loi rationnelle ou à la loi religieuse. Le prince gouverne selon une constitution dont toutes les dispositions sont connues et découlent de principes rationnels. Ils ne la transgressent pas, car il a fait publiquement le serment de la respecter au moment de son investiture ».

Ahmed Ibn Abi Dhiaf, « Ithaf ahl az-zamen bi akhbar muluk tunis wa ahd al amen », in Ben Hammed (M.-R.), "Le pouvoir politique chez Ibn Abi Dhiaf", Revue des sciences politiques, 2ème semestre 1992, n° 28, Institut d'Etudes Politiques de Toulouse, p. 5 et suivantes.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

1959 par son élargissement du domaine des droits et libertés et sa soumission de la nécessaire limitation des droits et libertés aux exigences justifiées par un Etat de droit.

1- L'élargissement du domaine des droits et libertés dans la Constitution :

Cet élargissement est le résultat de l'adoption par la Constitution de 2014 d'une liste plus étoffée des droits et libertés, qui énonce, des droits et de libertés couvrant 27 articles (articles 21 à 48) regroupés sous le chapitre II. La plupart de ces droits sont prévus par les Conventions internationales des droits de l'homme ratifiées par la Tunisie, comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels. C'est le cas pour les droits civils et politiques, des libertés d'opinion, de pensée, d'expression (article 31), la liberté des croyances et du culte (article 5), la liberté de choisir son lieu de résidence, de circuler librement à l'intérieur du pays ainsi que de le quitter (article 24), la liberté de constituer des partis politiques, des syndicats et des associations (article 35) du droit à l'égalité (article 21), du droit à la protection de la vie privée et l'inviolabilité du domicile et le procès équitable (article 27) du droit syndical (article 66).

Plusieurs de ces droits ont déjà été consacrés par la Constitution de 1959. Celle de 2014 a ajouté la liberté de rassemblement et de manifestation pacifique (article 37), le droit d'accéder à l'information et aux réseaux de communication (article 32), les libertés académiques et la liberté de la recherche scientifique (article 33), le droit à la vie considéré comme sacré et dont il ne peut être porté atteinte que dans les cas extrêmes fixés par la loi (article 22), le droit au travail (article 40), le droit à l'enseignement (article

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

39), le droit à la santé (article 38), le droit à la culture (article 42), le droit au sport (article 43), le droit à un environnement sain et équilibré (article 45), le droit à l'eau (article 44) les droits de l'enfant (article 47), le droit des personnes handicapées (article 48) ¹⁰, l'interdiction de la torture et l'imprescriptibilité de ce crime (article 23). Il est à souligner aussi que la Constitution a ajouté dans le chapitre I relatif aux dispositions générales une autre liberté au niveau de son article 6 : la liberté de conscience. Cette liberté a été assortie de l'engagement de l'Etat d'être « le garant de la neutralité des mosquées, des lieux de culte par rapport à toute instrumentalisation partisane et à protéger le sacré et à interdire d'y porter atteinte, ainsi que les campagnes d'apostasie et l'incitation à la haine et à la violence »¹¹.

La Constitution de 2014 a donc élargi le domaine, des droits et libertés et précisé son contenu. Les dispositions les concernant sont souvent plus détaillées que par le passé et offre des garanties plus appropriées pour les faire respecter. Ainsi, l'article 46 affirme l'engagement de l'Etat à protéger les droits acquis de la femme à les soutenir et les améliorer et à œuvrer à réaliser la parité entre la femme et l'homme dans les conseils élus. Les

¹⁰ Il y a là un ajustement à la norme internationale perceptible dans l'ensemble des constitutions de la transition démocratique et plus particulièrement dans leurs chapitres relatifs à leur déclaration des droits. En fait, il est sans doute « plus pertinent de constater les progrès réalisés dans les textes adoptés que d'épiloguer sur le caractère plus programmatique que réaliste de la reconnaissance d'un droit à la santé, à l'enseignement ou à la culture, voire aux activités sportives » (...) « La sincérité des auteurs ne peut guère être soupçonnée, même si certains articles font davantage figure d'objectifs que d'engagements »

-Cabanis (A.), Martin (M.C.), « Droits et libertés en Afrique francophone : Perspectives constitutionnelles contemporaines », in Pouvoirs et libertés, Etudes offertes à Jacques Mourgeon, Bruylant, Bruxelles 1998, p. 341.

¹¹ La liberté de conscience se définit comme la faculté pour un individu d'adhérer à des croyances religieuses et philosophiques ainsi que les opinions de toute nature, d'exprimer publiquement ses convictions, de manifester extérieurement ses opinions.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

constituants mettent, dans ce cadre, à la charge de l'Etat une obligation de moyen pour réaliser cette parité en lui recommandant de faire des discriminations positives favorables aux femmes en matière électorale. De même, l'article 35 subordonne la liberté de constituer des partis politiques à leur engagement dans leurs statuts et leurs activités au respect des dispositions de la Constitution de la loi et de la transparence financière et au rejet de la violence. On peut également signaler l'alinéa 2 de l'article 31 qui précise que la liberté d'opinion d'expression, d'information, ne sauraient être soumise à un contrôle préalable.

Ces différents droits et libertés qui sont énumérés et placés en tête de la Constitution sont considérés comme des acquis en matière des droits de l'homme. Ils sont protégés et garantis constitutionnellement et ne peuvent faire, conformément à l'alinéa 2 de l'article 49 de la Constitution, l'objet d'amendement. D'autres droits, non formellement inscrits dans cette énumération non exhaustive du texte fondamental, pourraient y être ajoutés. Rien n'empêche, la Cour constitutionnelle, à travers notamment le contrôle de constitutionnalité des lois et leurs limitations appropriées, de reconnaître des droits non écrits dans la Constitution qui seraient compatibles avec son esprit et sa philosophie.

2- La soumission de la limitation des droits et libertés aux exigences de l'Etat de droit :

La protection constitutionnelle des droits et libertés est une exigence de l'Etat de droit. Cette exigence ne confère pas, à ces droits et libertés, hormis ceux qui se rattachent à la dignité humaine, considérée comme le noyau dur dans le système constitutionnel, une portée absolue. Il est en effet admis que les droits et libertés puissent, pour assurer aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits, être limités dans certaines modalités de leur

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

exercice. Ainsi la Constitution tunisienne de 1959 a prévu dans son article 7, à l'instar de plusieurs instruments internationaux de protection des droits de l'homme¹², la possibilité de restreindre par « une loi prise pour la protection des droits d'autrui le respect de l'ordre public, la défense nationale, le développement de l'économie et le progrès social », les droits. Cette disposition constitutionnelle reconnaissant la limitation légale des droits constitutionnellement protégés a permis en raison de sa rédaction lapidaire et en l'absence de mécanismes de contrôle de constitutionnalité des lois, au législateur d'enfreindre à certaines libertés. La pratique a montré que certaines exceptions légales ont porté atteinte à l'exercice des libertés elles-mêmes et ont conduit à l'érosion de certains droits¹³.

Un contrôle des limites aux droits et libertés apportées par la loi a commencé à faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité suite à la création du Conseil constitutionnel à la fin des années quatre vingt. Ces limites ne doivent pas, affirme-t-il, porter atteinte à « l'essence des droits eux-mêmes ». Contrôlant la proportionnalité et l'équilibre entre la préoccupation du respect du droit fondamental et du motif justifiant sa limitation, le Conseil constitutionnel a énoncé, à l'occasion de plusieurs de ses avis, que « la loi qui délimite le droit (...) ne doit pas se cantonner à

¹² On peut citer, à cet égard, le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 ainsi que la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens de 1789 dont l'article 4 énonce que : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

¹³ "إن الأحكام والقواعد الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات أتت في صيغة تسمح بعدد التجاوزات خاصة أنه بالإمكان اعتبار المادة السابعة (من دستور سنة 1959) والمتعلقة بموجبات التحديد دعوة صريحة للحد من مجموع الحقوق والحريات وتساعد هاته الدعوة المشرع متى كان جائرا من إصدار قوانين جائرة".
عبد الفتاح عمر، مسألة التوازن بين السلطة والحريّة في الدستور، المجلة القانونية التونسية 1983، ص 22.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

mettre des entraves relatives à l'exercice de ce droit mais doit établir des procédures assurant un équilibre entre les exigences du respect de ce droit et le fondement qui justifie sa limitation, selon l'appréciation du législateur et sous le contrôle du Conseil constitutionnel »¹⁴.

La Constitution de 2014 a renforcé ces exigences qui doivent être observées par le législateur en cas de limitation des droits et libertés. Toute limitation ou restriction apportée à un droit ou à une liberté ne peut, conformément à l'article 49 de la Constitution, être admise juridiquement, si elle a pour effet de porter atteinte à la substance même du droit ou de la liberté concernés. La limitation ne peut être justifiée que par « la nécessité que demande un Etat civil démocratique et pour protéger les droits des tiers ou pour de raisons de sécurité publique, de défense nationale, de santé publique ou de la morale publique. Elle doit aussi être proportionnée par rapport au but poursuivi et adaptée aux circonstances qui la justifient ».

Il s'avère de ce qui précède qu'aucun droit, aucune liberté ou principe ne possède un caractère absolu. Un droit ne peut pas, au risque de rendre les autres droits ineffectifs, prévaloir systématiquement. Un droit peut ainsi être limité dans certaines modalités de son exercice afin d'assurer aux autres membres de la société la jouissance de leurs droits. L'énumération des droits qui figurent en tête de la Constitution de 2014 n'impliquent donc pas de hiérarchie ni de supériorité de certains droits sur d'autres, hormis celui du principe intangible et absolu du respect de la dignité humaine et l'interdiction de la torture (article 23) et la non rétroactivité des lois pénales

¹⁴ Cf. notamment l'avis n° 2-2007 du 27 janvier 2007, Journal officiel du 10 juin 2008, n° 47, p.2008. et l'avis n° 48-2007 du 27 juin 2007 du Conseil constitutionnel, Journal officiel du 11 mars 2008, n° 21, p. 884.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

(article 28). Ces droits sont dotés d'une force absolue et ne peuvent admettre des limites dans les modalités de leur application.

Le progrès du droit constitutionnel dans ce domaine réside dans la soumission de la limitation de l'exercice des droits à des conditions précises et rigoureuses. Le législateur, en organisant l'exercice de la liberté doit impérativement, sous le contrôle des instances judiciaires veiller à ne pas apporter des restrictions que si elles sont nécessaires et raisonnables et répondant effectivement à des objectifs d'intérêt général ou pour la protection des droits d'autrui justifiable dans une société démocratique fondée sur les principes de liberté d'égalité et tels que proclamés par la constitution.

B- La consolidation des garanties des droits et libertés par la constitution :

La Constitution de 2014 a réalisé dans ce domaine une avancée importante par le développement de garanties permettant en particulier de protéger les droits et libertés fondamentaux, à travers une justice indépendante et l'institution d'une Cour constitutionnelle dont la mission essentielle est le contrôle de la constitutionnalité.

1- Les avancées en matière d'indépendance de la magistrature :

Les avancées dans ce domaine remontent en Tunisie au XIX^{ème} siècle. L'article 28 du Pacte fondamental proclamait déjà le principe de l'inamovibilité des juges¹⁵. Le principe de l'indépendance de la magistrature a fait, l'objet après l'indépendance, d'une consécration constitutionnelle explicite « L'autorité judiciaire est, selon l'article 65 de la Constitution de

¹⁵ « Les fonctions des magistrats composant le tribunal civil et criminel et le tribunal de révision sont selon cet article inamovibles. Ceux qui seront nommés à ces fonctions, déclare-t-il, ne seront destitués que pour cause de crime établi devant ce tribunal ».

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

1959, indépendante. Les magistrats ne sont soumis, dans l'exercice de leurs fonctions, qu'à l'autorité de la loi »¹⁶. Toutefois, en dépit de l'affirmation de ce principe, l'inamovibilité des juges, condition fondamentale pour son indépendance n'a pas été retenue par le constituant. Au contraire, l'article 14 de la loi n° 67-29 du 14 juillet 1967 a permis au ministre de la justice « de muter au cours de l'année judiciaire un magistrat pour une raison de nécessité de service ».

La Constitution de 2014 a réalisé dans le domaine de l'indépendance de la magistrature des progrès indéniables. Son article 102 dispose que : « le pouvoir judiciaire est indépendant et garantit l'instauration de la justice, la suprématie de la Constitution, la souveraineté de la loi et la protection des droits et libertés ». Des garanties essentielles relative au Conseil supérieur de la magistrature et au statut des magistrats ont été, sur cette base, insérées dans le dispositif de la constitution.

-Véritable clef de voûte du système judiciaire, le Conseil supérieur de la magistrature a fait l'objet d'une réforme en profondeur par la Constitution de 2014, tant au niveau de sa composition, qu'au niveau de ses attributions.

Ainsi la Constitution a créé au sein du Conseil supérieur de la magistrature quatre organes : le Conseil de la justice judiciaire, le Conseil de la justice administrative, le Conseil de la justice financière et l'Assemblée plénière des trois conseils juridiques¹⁷. L'article 112 fixe la composition de ces

¹⁶ La Tunisie a aussi ratifié le 29 novembre 1968, « le Pacte relatif aux droits civils et politiques » de 1966 dont l'article 14 stipule que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un Tribunal compétent indépendant et impartial ».

Cf. la loi n° 68-30 du 29 novembre 1968 relative à la ratification par la Tunisie du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, J.O.R.T. n°51, p. 126.

¹⁷ Article 112 §1 de la Constitution de 2014.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

organes, chacun d'entre eux se compose « pour deux tiers de magistrats en majorité élus et d'autres nommées es qualité, et pour le tiers restant de non magistrats indépendants parmi les spécialistes, à condition que la majorité des membres de ces organes soient élus pour un seul mandat d'une durée de six années »¹⁸. La composition de ces différents organes est donc diversifiée. Notons que le président de la République n'est plus président du Conseil supérieur de la magistrature. Désormais, cette institution élit son président parmi ses membres ayant la qualité de magistrat du plus haut grade¹⁹.

Les attributions du Conseil supérieur de la magistrature sont également prévues par la constitution qui dispose dans son article 144 que ce Conseil « veille au bon fonctionnement de la justice et au respect de son indépendance, prépare un rapport annuel qu'il transmet au Président de l'Assemblée des Représentants du peuple, au Président de la République et au Chef du gouvernement. Ce rapport annuel est discuté à l'ouverture de l'année judiciaire au cours d'une séance plénière de discussion avec le Conseil supérieur de la magistrature »²⁰. Les trois Conseils (le Conseil de la justice judiciaire, le Conseil de la justice administrative et le Conseil de la justice financière) sont compétents pour statuer sur les questions relatives à la carrière et la discipline des magistrats²¹.

Parallèlement au renforcement de l'indépendance et des attributions du Conseil supérieur de la magistrature, la Constitution de 2014 a conçu le statut du juge dans l'objectif de garantir l'indépendance de la fonction.

¹⁸ Article 112 §2 de la Constitution de 2014.

¹⁹ Article 112 §3 de la Constitution de 2014.

²⁰ Article 114 §3 de la Constitution de 2014.

²¹ Article 114 § 1 de la Constitution de 2014.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

Ainsi le magistrat, dispose l'article 102 de la Constitution, est indépendant. Il n'est soumis dans l'exercice de ses fonctions qu'à l'autorité de la loi. Cela signifie que le magistrat est libre et qu'il est tenu de régler les affaires dont il est saisi en toute impartialité selon son interprétation des faits et des lois, sans être soumis à des restrictions, des influences des incitations des pressions directes ou indirectes, de quelque origine ou pour quelque motif que ce soit.

Ce souci d'indépendance des magistrats s'exprime par leur nomination qui se fait par « un décret présidentiel sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature » et (pour) « les hautes fonctions judiciaires par ordre présidentiel après consultation du Chef du gouvernement et sur la base d'une liste exclusive fournie par le Conseil supérieur de la magistrature »²². Ainsi, la nomination ne se fait pas par une seule autorité politique et particulièrement le pouvoir exécutif. L'indépendance des magistrats est également confortée par la consécration constitutionnelle de l'inamovibilité. Le magistrat ne peut en effet, être conformément à l'article 107 de la Constitution, « muté, sans son accord, et il ne peut être révoqué ni suspendu de ses fonctions et ne peut subir de sanction disciplinaire que dans les cas et selon les garanties formulées par la loi et par décision motivée du Conseil supérieur de la magistrature »²³. En d'autres termes le magistrat non seulement ne peut être révoqué, suspendu ou mis à la retraite d'office, en dehors des garanties prévues par le statut, mais encore ne peut recevoir, sans son consentement une affectation nouvelle même en avancement. Les lois organiques relatives à l'application des statuts des magistrats des trois

²² Article 106 de la Constitution de 2014.

²³ Article 107 de la Constitution de 2014.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

ordres juridictionnels préciseront davantage les règles relatives à leur carrière et leur discipline²⁴. Ainsi, des progrès en matière d'indépendance de la magistrature ont été enregistrés au niveau du texte constitutionnel. Ils ont essentiellement concerné le Conseil supérieur de la magistrature, l'organe spécialisé et compétent en matière de nomination et de gestion des carrières des magistrats ainsi que les garanties statutaires de l'indépendance des magistrats.

A ces progrès compatibles avec les critères internationaux d'indépendance de la magistrature, se sont ajoutés d'autres tels que l'énoncé dans le texte constitutionnel de la neutralité et l'intégrité du juge et sa responsabilité de toute défaillance dans l'accomplissement de ses fonctions²⁵, l'interdiction de toute ingérence dans le fonctionnement de la justice²⁶ et la création des tribunaux d'exception²⁷, l'affirmation du principe de l'indépendance de l'avocat²⁸.

En définitive, la constitution érige la justice en un pouvoir indépendant et séparé des autres pouvoirs. Elle lui confère une place comparable à celle du législatif et de l'exécutif. La reconnaissance de la justice en tant que pouvoir lui permet d'accomplir sa fonction juridictionnelle d'une façon indépendante sans l'intervention de l'exécutif et du législatif. Elle implique que les juges fassent preuve d'intégrité en accomplissant leurs tâches d'une façon impartiale en ne faisant preuve d'aucun préjugé, en abordant les affaires d'une façon objective et en agissant sans crainte et à l'abri

²⁴ Cf. les articles 116 §2 et 117 §2 de la Constitution de 2014.

²⁵ Article 103 de la Constitution de 2014.

²⁶ Article 109 de la Constitution de 2014.

²⁷ Article 110 de la Constitution de 2014.

²⁸ Article 105 de la Constitution de 2014.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

d'influences abusives. Cette indépendance qui est une composante essentielle de l'Etat de droit constitue en définitive une garantie fondamentale contre les abus du pouvoir et en réalise par la même sa limitation.

2- Les avancées en matière de contrôle de constitutionnalité :

Les avancées dans ce domaine remontent aussi au XIX^{ème} siècle. En effet, « la Déclaration des droits du souverain et de ses sujets » du 25 février 1861 « الأمر المتعلق بحقوق الرّاعي والرعية » a déjà proclamé la nécessité du respect de la Constitution qui va être promulguée le 26 avril de la même année.

"وهذا القانون أعظم ما أسّس في مملكتنا لأمرنا الخاص والعام فلا بدّ له من ضامن يحميه وحارس يقيه ويدفع ما ينافيه".

L'article 60 de cette Constitution a confié au « Conseil supérieur, en tant que gardien du Pacte fondamental et des lois et le défenseur, des droits des habitants, la faculté de s'opposer à la promulgation des lois qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte aux principes de la loi, à l'égalité des habitants devant la loi au principe de l'inamovibilité de la magistrature, excepté dans le cas de destitution pour crime et établi devant le tribunal »²⁹.

La Constitution de 1959 n'avait pas prévu dans son texte initial des mécanismes de contrôle de la constitutionnalité des lois. Cette mission a été dévolue au Conseil constitutionnel qui a été créé par le décret du 16 décembre 1987, réorganisé par la loi du 18 avril 1990 et constitutionnalisé le 6 novembre 1995.

²⁹ محمد رضا بن حمّاد، "المبادئ الأساسية للقانون الدستوري والأنظمة السياسية"، مركز النشر الجامعي، الطبعة الثانية، تونس 2010، ص 254.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

La Constitution de 2014, a quant à elle, institué une Cour constitutionnelle. Cette institution est, en effet, « une instance juridictionnelle indépendante composée de douze membres choisis parmi les personnes compétentes, ayant une expérience de vingt années au moins et dont les deux tiers sont spécialisés en droit »³⁰.

L'indépendance des membres de cette Cour est assurée par le mode de leur nomination. Partagé entre le Président de la République, l'Assemblée des représentants du peuple et le Conseil supérieur de la magistrature³¹ (quatre membres pour chaque autorité). La saisine de la Cour se fait soit à l'initiative du Président de la République, du Chef du gouvernement, ainsi qu'un groupe de parlementaire dont le nombre minimum est fixé à trente soit sur renvoi des juridictions ordinaires et à l'initiative des individus. Cette ouverture de la saisine permet, au niveau du Parlement, à l'opposition de faire vérifier que les lois adoptées sont conformes à la Constitution et à l'individu d'accéder d'une façon indirecte, sur renvoi par le juge ordinaire des questions préjudicielles de constitutionnalité, à la Cour constitutionnelle dont la décision a un effet *erga omnes*, c'est-à-dire à l'égard de tous.

Des compétences diversifiées ont été attribuées à la Cour constitutionnelle. Elle lui revient, en plus de son rôle en matière de contrôle de constitutionnalité, d'exercer les attributions suivantes :

- L'examen des conflits des compétences entre le Président de la République et le Chef du gouvernement qui lui sont soumis à la demande de la partie la plus diligente (article 101 de la Constitution).
- Le constat de la vacance provisoire ou définitive de la présidence de la République (article 84 de la Constitution).

³⁰ Article 118 de la Constitution de 2014.

³¹ Article 118 de la Constitution de 2014.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

- L'examen de toute proposition de révision de la Constitution qui lui est soumise par le Président de l'Assemblée des représentants du peuple afin de vérifier qu'elle ne porte pas atteinte aux matières dont la révision est interdite dans la Constitution (art. 144 de la Constitution). Il s'agit des articles 1, 2, 49 et 75 de la Constitution.

- La mise en jeu de la responsabilité du Président de la République en cas de son inculpation de violation manifeste de la Constitution approuvée par les deux tiers des membres de l'Assemblée des représentants du peuple (l'article 88).

Ainsi, des progrès ont été réalisés au niveau de la composition et des attributions de la Cour constitutionnelle. Celle-ci apparaît, en tant qu'instance juridictionnelle indépendante, comme une composante fondamentale dans l'édifice constitutionnel prévu par la Constitution de 2014. Elle est appelée à veiller au respect de la suprématie de la Constitution en assurant par son contrôle de constitutionnalité la cohérence et le bon agencement des différentes règles en vigueur et protège et garantit les droits et liberté contre les atteintes du législateur. Il lui incombe aussi de réguler le bon fonctionnement des rouages de l'Etat en offrant une solution juridique aux conflits éventuels qui peuvent opposer notamment, eu égard à la nature mixte du régime politique, le Président de la République élu au suffrage universel au Chef du gouvernement bénéficiant de la confiance de la majorité au parlement. Dans ces conditions, la Cour constitutionnelle aura la tâche redoutable de transformer selon la formule de Charles Eisenman les

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

luttres politiques suprêmes dans un pays en litige de droit. Elle aura aussi à gérer à travers son interprétation des articles 1 et 2 de la Constitution³² le compromis réalisé au niveau de la rédaction de leur contenu entre les partisans de l'universalité des droits de l'homme et ceux de la spécificité culturelle dans ce domaine.

Au total, la Constitution de 2014 a, dans le but de limiter le pouvoir renforcé, le dispositif de la protection des droits et libertés et consolidé les garanties relatives à l'indépendance de la magistrature et à la justice constitutionnelle. La liberté est donc le but principal de la Constitution, dont l'objet est d'étendre et assurer les droits des citoyens. La réalisation de cette liberté est tributaire de l'instauration d'un pouvoir tempéré par l'existence d'institutions de contrôle du pouvoir.

II- LES AVANCEES DU DROIT CONSTITUTIONNEL EN MATIERE DE MODERATION DU POUVOIR

L'idée de modération du pouvoir a été revendiquée en Tunisie depuis le XIXème siècle par un certain nombre de penseurs politiques dont notamment Khéreddine. Ce dernier a prôné, pour garantir la liberté, l'instauration d'un gouvernement modéré par l'existence d'un certain nombre d'institutions politiques permettant l'exercice d'un contrôle

³² L'article 1 de la Constitution de 2014 a repris la même formule de l'article 1 de la Constitution de 1959 qui dispose que « la Tunisie est un Etat indépendant, souverain, sa religion est l'Islam, sa langue est l'arabe ».

Quant à son article 2, il énonce que : « la Tunisie est un Etat à caractère civil, basé sur la citoyenneté la volonté du peuple et la primauté du droit ». Il est à remarquer qu'il n'est pas permis, comme il a été mentionnée précédemment, d'amender ces deux articles ».

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

réci-proque entre les pouvoirs³³. Ce contrôle est la meilleure garantie contre la concentration de l'autorité au profit d'un seul organe. Il suppose dans le but d'assurer l'équilibre entre les pouvoirs et leur collaboration, la répartition des tâches de l'Etat selon le principe de la séparation des pouvoirs.

Ce principe a d'ailleurs été partiellement consacré par la Constitution de 1861. Certes, cette dernière ne retient pas une organisation totalement conforme à la thèse de Montesquieu. Elle n'adopte que son aspect organique à travers la répartition plus ou moins équilibrée entre trois organes que l'on peut qualifier par référence aux principes de Montesquieu d'exécutif de législatif et de judiciaire.

La Constitution de 1959 a, retenu quant à elle, l'idée de la modération du pouvoir puisque son Préambule proclame la volonté du peuple « d'instaurer une démocratie fondée sur la souveraineté du peuple et caractérisée par un régime politique stable basé sur la séparation des pouvoirs ». Toutefois, on a observé à travers l'analyse de l'évolution institutionnelle et politique, grâce à un certain nombre de mécanismes juridiques et politiques une hiérarchisation de tous les pouvoirs constitués et leur subordination au Président de la République³⁴. La Constitution de 2014 a ouvert la voie à un nouvel équilibre entre les organes de l'Etat et partant à l'établissement d'un

³³ Le fonctionnement de ce type de régime ne peut se concevoir sans « l'existence d'un contrôle pondéré, fondé sur des institutions en rapport avec l'état de la Nation. Ce contrôle est la meilleure et la plus sûre garantie pour l'existence et la durée d'un bon gouvernement. Le concours de la Nation et l'existence d'un contrôle (...) garantirait complètement la nation contre les caprices ou l'incapacité d'un chef ».

Khéreddine, « Essai sur les réformes nécessaires aux Etats musulmans », in Ben Hammed (Mohamed Ridha), « Les grands courants de la pensée politique dans le Monde arabo-musulman depuis le XIX^{ème} siècle », Presses de l'Université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 126 et 127.

³⁴ Cf. sur ce point Ben Hammed (M-Ridha), « Le pouvoir exécutif dans les pays du Maghreb », CERP, Tunis 1995 (Préface du Doyen Sadok Belaïd).

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

régime modéré : Son Préambule énonce d'une façon explicite que « la souveraineté appartient au peuple qui l'exerce sur la base de l'alternance pacifique à travers des élections libres et du principe de la séparation des pouvoirs et de l'équilibre des pouvoirs, dans lequel le droit de s'organiser, fondé sur le principe du pluralisme, la neutralité administrative, la bonne gouvernance et des élections libres constituent l'assise de la concurrence politique ».

Partant de ce Préambule, le dispositif de la Constitution réalise, à travers la nouvelle architecture constitutionnelle qu'il prévoit et qui se caractérise par un équilibre des pouvoirs à tous les niveaux, une avancée dans ce domaine. Ainsi une nouvelle conception de la séparation des pouvoirs a été adoptée.

La Constitution de 2014 ne retient pas seulement la signification initiale de ce principe qui consiste à distribuer les fonctions de l'Etat au niveau central entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire. Elle l'enrichit en incluant en plus, la répartition des compétences entre l'autorité centrale et les collectivités locales. Ainsi, la nouvelle Constitution a prévu l'établissement d'une nouvelle répartition des compétences d'une part entre le Président de la République, le Chef du gouvernement et le Parlement (A) et d'autre part entre le pouvoir central et l'autorité locale (B).

A- L'établissement d'une nouvelle répartition de compétence entre le Président de la République le Chef du gouvernement et le Parlement :

Le choix pour l'instauration de cette nouvelle répartition des compétences a été porté sur un régime mixte, qui réunit les deux éléments suivants : un

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

Président élu au suffrage universel et doté de notables pouvoirs et un Chef de gouvernement responsable devant le Parlement. Ce type de régime répond au souci de rompre avec la répartition déséquilibrée des pouvoirs et leur concentration au profit du Président qui a prévalu dans le passé et d'instaurer un nouvel réaménagement des compétences au sein de l'Exécutif et de nouveaux rapports entre ce dernier et les autres pouvoirs.

S'agissant du réaménagement au sein de l'exécutif, deux objectifs ont été pris en considération. La rupture avec la domination excessive de l'exécutif par le Président et le renforcement de l'autorité et du rôle du chef de gouvernement. Bien que bénéficiant d'une légitimité populaire en raison de son élection au suffrage universel, le Président de la République ne dispose pas comme c'était le cas auparavant de la totalité de la fonction exécutive. Ces pouvoirs, qui ne peuvent être réduits à ceux d'un président dans un régime parlementaire ou assimilé à ceux d'un président d'un régime présidentiel, sont déterminés par la Constitution. Ainsi selon son article 72, le président de la République est le Chef de l'Etat, le symbole de son unité, le garant de son indépendance et de sa continuité et du respect de la Constitution. Il est chargé, conformément à l'article 77 de la Constitution de représenter l'Etat, de définir la politique générale dans le domaine de la défense des relations étrangères et de la sécurité nationale relative à la protection du territoire national des menaces intérieures et extérieures et ce, après consultation du Chef du gouvernement. Il dispose pour assurer ces fonctions des prérogatives suivantes qui lui permettent de jouer le rôle de modérateur :

- Le renvoi d'un projet de loi pour une seconde lecture qui oblige l'Assemblée des représentants du peuple à réexaminer le texte et confirmer

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

son vote, en adoptant après renvoi, le projet de loi ordinaire ou le projet de loi de finances à la majorité absolue de ses membres et à la majorité des trois cinquièmes de ses membres pour le projet de loi de finances³⁵. Ce droit de veto permet au président de disposer d'un réel pouvoir d'empêcher. C'est-à-dire, selon la définition de Montesquieu, du pouvoir de s'opposer à une résolution. Ce droit du veto, sur un acte qui a été approuvé par le Parlement qui jouit d'une indiscutable légitimité démocratique, doit être rare sous peine du blocage du système. Il ne doit être utilisé que pour provoquer un débat sur les observations et suggestions du président surtout lorsqu'il s'agit d'un projet de loi controversé. La soumission au référendum des projets de lois qui portent sur l'approbation des traités internationaux ou sur les droits de l'homme et les libertés ou sur le statut personnel adopté par l'Assemblée des Représentants du peuple³⁶ et de la révision adoptée par le parlement après l'accord des deux tiers de ces membres³⁷. Cette compétence propre du Président de la République lui permet de faire appel au peuple soit pour donner une assise populaire à une décision importante adoptée par l'Assemblée des représentants du peuple soit pour chercher à influencer avec le soutien de l'opinion publique le règlement de telle ou telle question dans un sens non partisan :

- La nomination de quatre membres de la Cour constitutionnelle et sa saisine pour qu'elle exerce son contrôle de constitutionnalité des projets de lois³⁸.
- La faculté d'adresser des messages à l'Assemblée des Représentants du peuple³⁹.

³⁵ Article 81 §5 et article 66 §4 de la Constitution de 2014.

³⁶ Article 82 de la Constitution.

³⁷ Article 144 §3 de la Constitution.

³⁸ Article 120 §2 de la Constitution.

³⁹ Article 79 de la Constitution de 2014.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

- L'initiative des lois⁴⁰.

Le Président exerce aussi en plus de ses compétences propres des attributions en collaboration avec le Chef du gouvernement. Ainsi, il nomme et il révoque dans les hautes fonctions militaires diplomatiques et de la sécurité nationale, après consultation du Chef du gouvernement⁴¹. Il peut aussi prendre les mesures nécessaires en cas de péril imminent menaçant les institutions de la Nation et la sécurité et l'indépendance du pays et entravant le fonctionnement régulier des pouvoirs publics après consultation du Chef du gouvernement et du Président de l'Assemblée des Représentants du peuple⁴².

Il s'avère de ce qui précède que le Président de la République n'a, dans la Constitution actuellement en vigueur, qu'une partie des prérogatives de son homologue dans la Constitution de 1959. L'essentiel du pouvoir gouvernemental revient désormais au Chef du gouvernement. C'est lui qui détermine, la politique générale de l'Etat conformément aux dispositions de l'article 77 de la Constitution qui attribue la définition des politiques générales dans les domaines de la défense, des relations étrangères et de la sécurité nationale au Président de la République »⁴³. Si la conduite de ces affaires relève du Président de la République, rien ne peut se faire sans la consultation du Chef du gouvernement. Autrement dit ces affaires sont un domaine éminent de concertation entre le Président de la République et le Chef du gouvernement et où les relations institutionnelles doivent se dérouler sur le mode de la solidarité de la sagesse et de l'intelligence

⁴⁰ Article 62 de la Constitution de 2014.

⁴¹ Article 78 §4 de la Constitution de 2014.

⁴² Article 80 de la Constitution de 2014.

⁴³ Article 91 de la Constitution de 2014.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

politique. D'ailleurs, le Président de la République préside obligatoirement le Conseil des ministres lorsqu'il examine ces questions relatives à la défense, les relations étrangères et la sécurité nationale⁴⁴.

Le Chef du gouvernement dispose pour l'accomplissement de sa mission de plusieurs prérogatives. Il gère l'administration, veille à l'exécution des lois⁴⁵ exerce le pouvoir réglementaire générale⁴⁶ nomme aux emplois de la haute fonction publique⁴⁷ et préside le Conseil des ministres qui se tient sur sa convocation⁴⁸.

La nouvelle répartition des pouvoirs observée au sein de l'exécutif permet, à travers le partage de la fonction exécutive entre le Président de la République et le gouvernement de le limiter et par la même de modérer son fonctionnement. Ici encore, une fois de plus suivant la formule de Montesquieu : « le pouvoir arrête le pouvoir ».

La recherche de la modération du pouvoir à travers le réaménagement des compétences au sein de l'Exécutif, a aussi concerné ses rapports avec le législatif. C'est dans ce domaine que la Constitution a renforcé la fonction de contrôle du Parlement qu'il peut exercer d'une façon effective et efficace grâce à la reconnaissance constitutionnelle de l'opposition. Des droits politiques sont conférés aux partis politiques de l'opposition représentés au Parlement. Ainsi l'article 60 de la Constitution précise que « l'opposition est une composante essentielle de la Chambre des représentants du peuple. Elle

⁴⁴ Article 93, §2 de la Constitution de 2014.

⁴⁵ Article 92 de la Constitution de 2014.

⁴⁶ Article 94 de la Constitution de 2014.

⁴⁷ Article 94 §4 de la Constitution de 2014.

⁴⁸ Article 93 de la Constitution de 2014.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

a des droits lui permettant d'accomplir ses missions dans le cadre du travail parlementaire et lui garantissant la représentativité adéquate dans la structure et activités de la chambre, sur les plans intérieur et extérieur. Parmi ces droits, il lui est obligatoirement accordé la présidence de la Commission des finances et le poste de rapporteur de la Commission des relations extérieures. Elle dispose également de celui de créer et de présider toutes les années une commission d'enquête. Ce rôle reconnu constitutionnellement à l'opposition parlementaire, qui est le prolongement de la liberté de constituer des partis politiques, des syndicats et des associations prévue par l'article 35 de la Constitution, permet à l'Assemblée des représentants du peuple d'utiliser efficacement les moyens d'information⁴⁹ de mise en jeu de la responsabilité politique du gouvernement⁵⁰ et du retrait de la confiance à l'un des membres du gouvernement⁵¹, dont elle dispose.

Ainsi, le Parlement, dont l'ensemble des députés représente la totalité du peuple, car la minorité y figure aux côtes de la majorité, dispose d'instruments effectifs de contrôler le gouvernement. A ces instruments s'y ajoute le droit pour les députés, de présenter une motion motivée pour mettre fin au mandat du président de la République en raison d'une violation manifeste de la Constitution⁵². Dans le cas de l'approbation de la décision, par la Chambre, «l'affaire est renvoyée devant la Cour constitutionnelle qui statue sur la question à la majorité des deux tiers. En cas de condamnation, la décision de la Cour constitutionnelle se limite à la

⁴⁹ Il s'agit notamment de la technique des questions écrites ou orales que tout membre de l'Assemblée des Représentants du peuple peut adresser au gouvernement (cf. article 96 de la Constitution) ou de la commission d'enquête (cf. article 59 de la constitution).

⁵⁰ Article 97 de la constitution de 2014.

⁵¹ Article 97 de la constitution dernier paragraphe.

⁵² Article 88 de la constitution de 2014.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

révocation, sans exclure d'éventuelles poursuites pénales si nécessaire. La décision de révocation prive le Président de la République de se porter candidat à quelque autre élections ». Il s'agit là d'une disposition qui constitue un progrès dans le domaine de droit constitutionnel en Tunisie dont la mesure où elle permet, en dépit de son élection au suffrage universel, sa mise en accusation par l'Assemblée parlementaire et sa destitution éventuelle par la Cour constitutionnelle.

B- L'établissement d'une nouvelle répartition des compétences entre le pouvoir central et l'autorité locale

L'objectif recherché à travers la nouvelle répartition des compétences entre le pouvoir central et l'autorité locale est l'instauration, grâce au développement de la démocratie et de l'autonomie locale, des rapports plus équilibrés entre l'Etat et les collectivités territoriales. Il s'agit donc de rompre avec la situation antérieure qui a été caractérisée, en dépit d'une extension progressive des prérogatives des collectivités locales, par une faiblesse de la décentralisation⁵³.

⁵³ Le décret du 14 mai 1957 portant, après l'indépendance, loi municipale (qui resta en vigueur jusqu'à 1975) soumettait la commune à une lourde tutelle. La loi organique sur les communes de 1975 n'a changé que peu de chose par rapport au décret de 1957. Les réformes intervenues en 1991 et en 1995 ont certes amélioré le fonctionnement des conseils municipaux. Elles ont comporté une extension des compétences communales sont dignes d'intérêt. Il n'en reste pas moins que la tutelle sur les communes a continué de rester pesante. Quant aux conseils du governorat établi par la loi du 30 décembre 1963, ils n'avaient qu'un rôle consultatif. La loi organique du 4 février 1989 sur les conseils régionaux a assurément amélioré leur fonctionnement en les dotant d'attributions plus substantielles. Mais cette réforme n'a introduit au niveau de ces conseils qu'un régime de semi-décentralisation. « Il n'en reste pas moins, malgré ces évolutions, que la déconcentration, notait le professeur Gérard Marcou, continue de dominer la décentralisation », « Décentralisation et démocratie en Tunisie », Ouvrage collectif, dir. (H.) Ben Salah et (G.) Marcou, L'Harmattan, Tunis 1998, p. 25.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

La Constitution de 2014 a réalisé une avancée substantielle dans ce domaine. Son chapitre VII (articles 131 à 142) a été consacré à l'autorité locale. Elle a, en outre, proclamé au niveau de son article 14 qui figure au chapitre I relatif aux dispositions générales, l'engagement de l'Etat « à soutenir la décentralisation et l'adapter sur tout le territoire national dans le cadre de son unité».

Le contenu de cette décentralisation, qui a désormais une base constitutionnelle, est précisé par l'article 131 de la Constitution. Cette disposition énonce que « le pouvoir local est fondé sur la décentralisation (qui) est concrétisée par des collectivités locales comprenant des municipalités, des régions et des départements dont chaque catégorie couvre l'ensemble du territoire de la République conformément à une division fixée par la loi. D'autres catégories spécifiques peuvent être créées par le législateur ». Cette nouvelle organisation régionale doit se faire évidemment dans le respect du principe de l'indivisibilité du territoire nationale et l'unité de l'Etat.

La nouvelle Constitution précise aussi dans son article 132 que ces collectivités locales jouissent de la personnalité juridique et de l'autonomie financière et administrative conformément au principe de la libre administration⁵⁴. C'est pour la première fois que ce principe est consacré

⁵⁴ Ainsi la Constitution confère une valeur constitutionnelle au principe de libre administration des collectivités territoriales. Celle-ci est d'ailleurs conçue par certains auteurs dont notamment Michel Verpeaux, comme « une forme de séparation verticale des pouvoirs tandis que la forme habituelle de la séparation serait horizontale. L'une comme l'autre ne sont pas que des droits mais des moyens d'asseoir des droits ou des libertés, ils sont des moyens, ils ne constituent pas des buts ».

Cf. M. Verpeaux dans son commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat en France du 18 janvier 2001 « Communes de Venelles / c Morbelli in R.F.D. adm. n° 3, 200, p. 684. D'autres auteurs défendent, en revanche, l'idée selon laquelle la libre administration ne se réduit pas à un simple principe d'organisation mais constitue bien une liberté ».

Cf. notamment C. Bacoyannis dans sa thèse consacrée au « principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales », Economica, PUAM, 1993

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

constitutionnellement en Tunisie. La Constitution de 1959 a certes prévu l'existence des collectivités locales mais n'a pas garanti leur autonomie locale. Elle s'est limitée à énoncer que « les conseils municipaux, les conseils régionaux et les structures auxquelles la loi confère la qualité de collectivité locale gèrent les affaires locales dans les conditions prévues par la loi » (art. 71).

La nouvelle Constitution a, précisé le contenu des garanties institutionnelles de la libre administration et a conféré aux collectivités territoriales les moyens de la mettre en œuvre.

-Les garanties institutionnelles de la libre administration tiennent dans l'élection des conseils des collectivités territoriales ainsi que leur attribution de plusieurs compétences pour gérer les affaires locales. En effet, selon l'article 133 de la Constitution, les conseils municipaux et régionaux sont élus au suffrage universel, libre secret et direct, intègre et transparent. Quant aux conseils départementaux, ils sont élus par les membres des conseils municipaux et régionaux. Cela signifie que toute collectivité locale doit disposer d'un conseil élu et que les électeurs doivent exercer leur droit au suffrage pour la désignation des membres élus des collectivités territoriales d'une façon périodique. La Constitution a aussi prévu dans son article 141 la représentation des conseils des collectivités locales dans le « Conseil supérieur des collectivités locales ». Ce Conseil qui est chargé d'examiner les questions liées au développement et à l'équilibre entre les régions et de donner son avis sur les projets de lois relatifs à la planification, au budget et aux finances locales devrait en raison de son rôle de défenseur de leurs intérêts, être choisis par voie d'élection. Les collectivités locales gèrent les affaires locales avec autonomie. Elles disposent à cet effet, conformément à

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

l'article 134 de la Constitution, des compétences propres, des compétences qu'elles exercent conjointement avec l'autorité centrale et des compétences qui leur sont transférées par elle. Les compétences conjointes et les compétences transférées sont réparties sur la base du principe de la subsidiarité que signifie que les collectivités territoriales ont vocation à prendre l'ensemble des décisions que peuvent le mieux être mises en œuvre à leur niveau. Ces transferts de compétences doivent nécessairement être accompagnés des transferts par l'Etat aux collectivités des moyens nécessaires à l'exercice des compétences transférées : transfert ou mise à la disposition selon les cas et les collectivités en cause des services et des biens utilisés pour l'exercice de ces compétences et transfert des ressources. D'ailleurs, la Constitution prévoit au niveau de son article 135 que « toute création ou transfert de compétence de l'autorité centrale aux collectivités locales doit s'accompagner d'un transfert de ressources correspondantes ».

-La libre administration implique aussi la dotation des collectivités locales de moyens juridiques et financiers pour gérer en toute autonomie leurs affaires locales. Ainsi, elles disposent, conformément au paragraphe 3 de l'article 134 de la Constitution, d'un pouvoir réglementaire dans le domaine de leurs compétences. En mettant à la disposition des collectivités ce pouvoir d'édicter des mesures à portée générale et impersonnelle, le Constituant donne un instrument indispensable à l'exercice de leur libre administration dans le domaine de leurs affaires locales. Toutefois, l'exercice de cette compétence ne doit pas conduire à leur conférer une partie du pouvoir réglementaire que l'article 135 de la Constitution attribue au Chef du gouvernement.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

Le principe de la libre administration implique aussi le respect par l'Etat de l'autonomie financière des collectivités locales. Celle-ci suppose que ces collectivités disposent de ressources suffisantes leur permettant d'exercer pleinement leurs compétences. Les ressources, grâce auxquelles les collectivités locales financent leurs dépenses, se répartissent en trois catégories. Celle d'abord des ressources propres, produit des divers services publics de l'exploitation des biens domaniaux et surtout les produits de l'impôt local. La seconde catégorie de ressources est représentée par des ressources du transfert : c'est-à-dire des subventions et des dotations de l'Etat. La troisième catégorie est celle prévue par l'alinéa trois de l'article 135 de la Constitution et qui provient de « l'exploitation des richesses naturelles (qui) peuvent être conformément à l'article 136 de la Constitution allouées à l'amélioration du développement régional sur le plan national ».

Cette ressource complémentaire peut être utilisée par l'Etat qui a, conformément à l'article 12 de la Constitution comme objectif « l'équilibre entre les régions ... en se basant sur le principe de discrimination positive ». D'ailleurs, l'autorité centrale est chargée de fournir, sur la base de l'article 136 de la Constitution, « des ressources complémentaires pour intervenir au profit des collectivités locales, en application du principe de solidarité et suivant les modalités de la régulation et de l'adéquation ».

Les collectivités territoriales sont soumises « pour ce qui est de la légalité de leurs actes à un contrôle à posteriori »⁵⁵. Ce contrôle de l'Etat sur la collectivité locale qui est venu remplacer l'ancienne tutelle à priori. Celui-ci devrait normalement être confié au représentant de l'Etat qui après que les

⁵⁵ Article 138 de la Constitution de 2014.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

actes les plus importants des collectivités locales lui ont été transmis, peut s'il décèle une irrégularité juridique les déférer à la justice administrative.

Quant au contrôle budgétaire et financier, les collectivités qui gèrent librement leurs ressources, dans le cadre du budget qui leur est alloué, selon les règles de la bonne gouvernance, sont soumises, conformément à l'article 137 de la Constitution, au contrôle de la justice financière. L'étendue et les modalités de ce contrôle administratif et financier seront précisées par le législateur. Les lois qui seraient promulguées, dans ce cadre, ne sauraient bien évidemment, à travers le contrôle à posteriori de l'Etat sur les collectivités territoriales, le priver des garanties nécessaires à l'exercice de leur libre action⁵⁶. Rien ne semble toutefois s'opposer à l'admission d'un pouvoir de substitution de l'Etat à l'égard des collectivités locales dans certaines hypothèses notamment lorsque les autorités décentralisées normalement compétentes sont dans l'incapacité de prendre une décision importante, ce qui risque de compromettre les intérêts de la collectivité et le fonctionnement du service public, voire l'application de la loi⁵⁷.

En définitive, les nouveaux rapports entre le pouvoir central et l'autorité locale devraient normalement permettre le renforcement des compétences des collectivités locales. En effet, la Constitution de 2014 fait, pour la première fois en Tunisie, sortir les collectivités de la simple catégorie d'entité administrative pour la consacrer comme un sujet de droit

⁵⁶ Cf. à titre d'information, la décision du Conseil constitutionnel français, Déc. n° 92-316 du 20 janvier 1993, prévention de la corruption.

⁵⁷ Cf. à titre d'information la décision du Conseil constitutionnel français n° 87-241 du 19 janvier 1988 Statut de la Nouvelle Calédonie, n° 82-149, DC du 28 déc. 1982, Paris-Lyon-Marseille.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

constitutionnel. La décentralisation est désormais ancrée dans la Constitution. Les conseils des collectivités sont élus démocratiquement. Elles sont dotées de l'autonomie nécessaire pour gérer au mieux leurs affaires locales. Elles disposent de moyens administratifs et financiers importants pour exercer les compétences propres, les compétences qu'elles exercent conjointement avec l'autorité centrale et la compétence qui leur sont transférées par elle et qui sont réparties sur la base du principe de subsidiarité. Le contrôle auquel sont soumises les collectivités locales ne peut se faire qu'à posteriori. Il y a là, incontestablement une avancée importante en matière de droit constitutionnel. La réalisation des objectifs recherchés par le Constituant reste bien évidemment tributaire de la dotation des collectivités locales des moyens humains et financiers, condition nécessaire leur permettant de gérer au mieux leurs affaires locales.

La Constitution de 2014 a, dans le but de modérer le pouvoir rationaliser la répartition des compétences de l'Etat sur la base du principe de la séparation des pouvoirs. Ce principe qui repose sur l'équilibre des pouvoirs et implique leur collaboration par le biais des mécanismes de leur contrôle réciproque ne concerne pas seulement les rapports entre l'Exécutif et le législatif mais aussi la répartition des compétences entre l'autorité centrale et les collectivités locales. Ainsi, la Constitution a retenu le principe de la séparation des pouvoirs dans sa dimension contemporaine. Elle a aussi prévu pour renforcer le caractère modéré du pouvoir dans son chapitre VI (articles 125 à 130), l'institution « d'Instances constitutionnelles » qui œuvrent par leur fonction de régulation au renforcement de la démocratie. Ces Instances qui répondent au qualificatif d'autorité administrative

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

indépendante sont au nombre de cinq (l'instance électorale, l'instance de communication, l'instance audio-visuelle, l'instance des droits de l'homme, l'instance du développement durable et l'instance de la bonne gouvernance et de la lutte contre la corruption) sont élues par l'Assemblée des Représentants du peuple. Certaines d'entre-elles peuvent être dotées d'un pouvoir juridictionnel et d'un pouvoir réglementaire dans le domaine de leur compétence. Ces autorités constituent un puissant facteur d'équilibre et de modération, en raison de leurs fonctions de régulation, dans des domaines telles que les élections la protection des droits des citoyens, de la lutte contre la corruption et la dégradation de l'environnement.

Des avancées en matière de limitation et de modération des pouvoirs ont été, réalisées par la Constitution de 2014. Le contenu de cette Constitution avec ses dispositions détaillées reflète, en dépit de quelques insuffisance et parfois certaines ambiguïtés liée aux difficiles négociations et transactions menées au moment de son élaboration⁵⁸, les exigences inhérentes à l'Etat de droit telles que formulées au cours des dernières décennies par le courant du renouvellement du droit constitutionnel qui s'est accompagné par la réhabilitation de la notion de constitution. Considérée en 1956 comme « une survivance du passé » et comme « un temple allégorique habité par les ombres »⁵⁹ en raison souvent de son ineffectivité et l'inadéquation de ses principes, la Constitution va retrouver sa place en tant que fondement du pouvoir politique. La formule utilisée par le professeur Dominique

⁵⁸ Ces négociations et transactions ont été menées dans le cadre de la « Commission du consensus », issue de la Constituante et qui a tranché plusieurs litiges sur des questions importantes.

⁵⁹ Burdeau (G.), « Une survivance : La notion de Constitution », Etudes offertes à Achille Mestre, Sirey Paris, 1956, p. 53.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

Rousseau, à l'occasion d'une conférence donnée à la faculté de droit de Tunis en 1988, de « résurrection de la notion de Constitution » résume bien cette évolution⁶⁰. Le droit constitutionnel, après avoir été rattaché essentiellement, au courant des années cinquante et soixante du dernier siècle, aux phénomènes politiques est désormais fondées sur l'idée de la Constitution. Son contenu a été élargi et de nouvelles dimensions ont été conférées à ses normes. Par delà, son encadrement juridique du pouvoir politique, le droit constitutionnel se rattache, de plus en plus, aux droits de l'homme, car comme l'a affirmé le professeur Favoreu « Le triple objet du droit constitutionnel les institutions, les normes et les libertés sont étroitement liées et ne forment qu'un seul ensemble ». Le juge constitutionnel est considéré comme le garant principal de ces libertés.

Elaborée par une Assemblée constituante avec la participation des représentants de la société civile (Associations, ordres professionnels, corps de métiers, experts, Commission de conciliation issue du Dialogue national)⁶¹, la Constitution de 2014 qui est l'expression d'un compromis entre les membres d'une élite appartenant à des horizons différents a inclus tous les principes du constitutionnalisme moderne. Elle proclame les droits et les libertés, développe les garanties juridictionnelles pour assurer leur protection en cas d'abus et agence l'organisation du pouvoir sur la base du principe de l'équilibre et son exercice d'une façon modérée.

⁶⁰ Rousseau (D.), « Une résurrection : la notion de Constitution », in Journée Tuniso-françaises du droit constitutionnel, Association tunisienne de droit constitutionnel 11-16 mars 1988, CERP, p. 241.

⁶¹ « Le Dialogue National » est une Instance constituée par l'Union Générale des Travailleurs Tunisiens (UGTT), l'Union Tunisienne de l'Industrie et du Commerce (UMCA), de l'Ordre des Avocats et la Ligue tunisienne des droits de l'homme et les représentants des partis politiques.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

Seule la pratique institutionnelle liée aux nouvelles données politiques issues des futurs rapports des forces dans le pays est en mesure de nous apporter des réponses précises sur la façon de mise en œuvre de la Constitution. Ainsi de deux choses, l'une, soit elle sera neutralisée, faute de volonté sincère de réaliser la transition démocratique avec les inévitables conséquences que cela entraînerait en termes de sclérose de la vie politique, comme c'était le cas suite aux échecs de la Constitution de 1861 qui a été suspendue ou de celle de 1959 qui n'a pas réalisé tous ses objectifs. Soit devenir un instrument d'impulsion favorisant la transition démocratique, comme c'était le cas dans les pays du Sud et de l'Est de l'Europe, et la progression vers un régime démocratique. C'est le seul terme de l'alternative qui s'impose à nous si on veut progresser vers un système démocratique, seul capable d'assurer la stabilité du pouvoir et sa légitimité ainsi que le développement politique, économique et culturel de la Tunisie.

Les atouts dont dispose notre pays aujourd'hui et qui trouvent leurs racines dans notre histoire politique et constitutionnelle ancienne et récente ainsi que le dynamisme de sa société civile, peuvent aider à favoriser l'émergence d'un régime modéré fondé sur le respect des libertés et des droits fondamentaux et caractérisé par l'introduction d'un système de freins et de contrepoids entre les pouvoirs et assurant leur équilibre ainsi que le respect de la règle de l'alternance au pouvoir dans un Etat de droit.

Novembre 2014

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

Débats (2ème séance) 24 11 2014

المناقشة (الجلسة الثانية)

Questions relatives à la communication du professeur **BENHAMMED**

Un intervenant de la salle

Une petite question pour notre collègue tunisien, c'est une Constitution tunisienne qui est digne d'un grand intérêt. Cependant, pour ma part, la répartition des pouvoirs entre le Président de la République et le couple Parlement-Gouvernement risque de poser problème c'est pour ça que, je voudrais vous demander des éclaircissements à ce niveau-là. Le Président de la République, ses attributions ont été rétrécies de manière très drastique, cela va à l'encontre peut-être du courant, du rationalisme parlementaire qu'on a connu depuis les années 40 où il y avait une dictature des parlements. Donc, on a essayé de renforcer les attributions du Président de la République pour essayer de faire un équilibre. Alors-là le Président pratiquement n'a plus de pouvoirs très importants mise à part l'empêchement. Mais l'empêchement va essayer d'empêcher l'activité de façon à ce qu'elle se fasse le plus normalement possible, puis les attributions dont il dispose actuellement c'est la sécurité, c'est la politique extérieure, c'est la défense. Mais il ne peut les exercer qu'en concertation. Donc la question que je vous pose, qu'elle est la nature de cette concertation ?

La deuxième question, si un Président de la République n'a pas de politique parce que la politique générale est déterminée par le Chef du gouvernement, un problème va se poser. Quand il y a une élection du Président, sur quelle base il va être élu puisqu'il ne lui appartient pas de faire un programme ?

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

Professeur Robert DOSSOU

J'ai une petite question pour le 1^{er} intervenant concernant l'évolution constitutionnelle en Tunisie. Il a dit que, la Constitution de 1959 où il y a eu séparation des pouvoirs, je me demande quelle a été l'effectivité et l'efficacité de cette Constitution ? Surtout en rapport avec ce qui se passe en Tunisie depuis 2011 jusqu'à ce jour ; donc je voudrais bien qu'il s'étale un peu sur ce point-là parce que ce qui se passe depuis 2011 en Tunisie n'explique pas la mutation de l'effectivité de la Constitution de 1959, cela pour reprendre ma question.

متدخل من القاعة

في البداية نثمن كثيرا مثل هذه الندوات، لأن الكل يحس أننا في مرحلة لا بد من تقييم حقيقي وفعال للقضاء الدستوري. نريد أن نسمع عن تطور القضاء الدستوري في إفريقيا لأنه فعلا الآن أصبح يطور القانون الدستوري، أصبح فعلا هو الذي يوجه ويشخص وينظم مجالات القانون الدستوري. فعندما استمعنا لمداخلة الأستاذ بن حماد من تونس، انطلق من وثيقة قرطاج في حين أن التراث الدستوري لم يبدأ من وثيقة قرطاج، عندنا تراث دستوري إفريقي والدول لم تنطلق من هذه المرحلة. كانت دولا، وهناك قواعد منظمة للسلطة منذ التاريخ القديم، وكانت حتى قبل قرطاج، كانت منطقة و إقليم تابعان للخلافة الإسلامية في مجال العالم الإسلامي و العربي و الأمازيغي و هكذا .. إذن هناك تطور للتراث الدستوري في حين ما حدث، كما قال الأستاذ قايس. بالنسبة للقانون المتطور على الشعب، فالقانون ليس هو الغاية؛ الفرق بين القانون والحقوق والحريات، الحقوق والحريات هي غاية بينما القانون هو وسيلة تتطور باستمرار لخدمة المجتمعات.

ما حدث لمجتمعاتنا في إفريقيا بسبب الاستعمار الذي أشرتم إليه وذكرتموه حقيقة. إذن هناك فراغ في مجال التراث الدستوري. في مجال تطور التراث الدستوري الإفريقي العربي الإسلامي في منطقتنا، إذن هناك مشكل حقيقي، إذا أردنا أن نقيم هذه المسائل والقضاء الدستوري يجب

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

أن نقيمها من حيث تحقيق مبدأ العدالة الدستورية وليس الحديث عن فحص الشرعية الدستورية ومبدأ الفصل بين السلطات كأداة وآليات لخدمة دولة الحق والقانون. نحن الآن لا نبحث عنها للضمانات فقط و إنما نبحث عن الشرعية الدستورية في إطار الحق و العدل الدستوري الذي يضمن أولاً التقييم الموضوعي الحقيقي للقضاء الدستوري كآلية من آليات تحقيق هذه العدالة الدستورية. نحن الآن نتحدث عن الهيئات السياسية، بطبيعة الحال القانون الدستوري له وجهان، الكل متفق أن القانون الدستوري هو قانون سياسة لا يمكن أن يمارس بطريقة فعالة من قبل القضاء ولهذا، من أهم عيوب الرقابة القضائية هو هذا الجانب، و في نفس الوقت الهيئة السياسية يصعب عليها أن تمارس الطعون القضائية، النزاعات القضائية الانتخابية لأنها هيئات سياسية. يصعب عليها أن تمارس القضاء الدستوري كقضاء مستقل. ولهذا، هناك طروحات واقتراحات مهمة لتطوير القضاء الدستوري في إفريقيا حتى نكون موضوعيين في هذه المرحلة. إنها مرحلة حاسمة وتتطلب منا النقاش الموضوعي الفعال لتطوير هذه العملية لأنها فعلا تمس تطور هذه المجتمعات الإفريقية سواء من حيث الاستقلالية أو من حيث القانون نفسه وشكراً.

متدخل من القاعة

السؤال مباشر وموجه إلى الأستاذ بن حماد. أولاً لقد ذكرت بأن الدستور التونسي يتكلم عن الحق في الحياة. نريد أن نعرف هل هي مقدمة لإلغاء عقوبة الإعدام أم أفهم أن هذا الإدخال طبقاً للمادة 6 من العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية بمعنى تركيز المنع، المنع خارج القتل، خارج القانون والمحكمة العادلة؟

ثانياً: لقد ذكرت أن الدستور يتكلم عن مجموعة من الحقوق التي لا يمكن أن تقيّد، ذكرت التعذيب وذكرت رجعية القوانين، لكن كما تعرف وكما نعرف في معاهدات التي انضمت إليها تونس وهي أكثر توسعاً في الحقوق التي لا يجب المس بها وهنا أتكلم عن المادة الرابعة من العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية إذن كيف نقيّد في الدستور ونوسع في المعاهدات؟ أريد أن أفهم هذا؟

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

Intervention from the floor

About the second speaker, I must say that he altogether forgotten that in Africa you have the customary laws and that is direct contact between the people and the person who presides over, with different names, the customary law.

1- Réponses du Professeur Gianni BUQUICCHIO, Président de la Commission de Venise (Président de la séance).

Il s'agissait si, j'ai bien compris du binôme «Pouvoir et juge». J'ai peut-être donné l'impression qu'il y a toujours un conflit entre les deux termes. Ce n'est pas le cas, cela ne devrait pas être le cas ! Le pouvoir est là, le gouvernement et le parlement sont là pour gouverner les différents dans le respect de la Constitution. Le juge constitutionnel est là comme gardien de la Constitution et faire en sorte que toutes les autorités, tous les pouvoirs respectent la Constitution. Malheureusement comme quelqu'un l'a dit très sagement, le pouvoir sans abus n'a pas de charme, donc on a tendance souvent à profiter du pouvoir et c'est là que le juge constitutionnel doit intervenir ; donc, ce n'est pas un conflit endémique, je dirais même, c'est un conflit occasionnel mais qui malheureusement se présente souvent dans toutes nos sociétés.

On m'a dit aussi comment renforcer l'indépendance du pouvoir judiciaire et notamment de la justice constitutionnelle. J'ai dit ce matin que la Conférence Mondiale sur la Justice Constitutionnelle en fait un sujet fixe pour tous les Congrès parce qu'on a remarqué que dans tous les continents, il y a toujours malheureusement des atteintes à l'indépendance du droit judiciaire. Je vois deux cas d'espèce : Le premier, le plus fréquent dans

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

toute nouvelle démocratie issue d'un régime totalitaire, est qu'il y a encore une vieille mentalité d'obéir aux ordres du pouvoir et de plaire au pouvoir ; il n'y a pas d'impartialité et donc il y a manque d'indépendance.

Dans d'autres pays où la démocratie est plus ancienne, c'est le pouvoir qui s'impose au juge constitutionnel avec des menaces, avec la non-exécution des décisions, avec des attaques. Nous avons vu dans plusieurs pays d'anciennes démocraties, il y a le Président Haşim Kılıç, Président de la Cour Constitutionnelle de Turquie ici, et le Président de la Cour constitutionnelle de Hongrie ou de Roumanie, qui ont subi les mêmes attaques qu'en Turquie, par leur propre gouvernement, mais donc cela c'est aussi grave et nous devons tous lutter ; comment on peut lutter pour résoudre les problèmes ? Les deux cas d'espèce, je pense que ce genre de rencontre, les associations régionales ou la Conférence Mondiale sont très importantes parce qu'ils génèrent un esprit d'émulation et donc les juges qui seraient tentés de pêcher dans la 1ère catégorie, c'est-à-dire plaire au pouvoir, se rendent compte que cela c'est important de prouver et de montrer à tout le monde extérieur leur propre indépendance. Cela renforce l'indépendance de la première catégorie. Pour les autres, il y a la deuxième catégorie tout en étant juste, ils sont attaqués indûment par le pouvoir parfois et heureusement pas toujours, c'est la solidarité de nous tous, d'être à leurs côtés, faire des déclarations publiques en prenant la défense de ces cours qui sont mises sous pression par un pouvoir qui malheureusement veut aller au-delà de ses prérogatives constitutionnelles.

2- Réponses du Professeur Ridha BENHAMMED de l'Université de Tunis.

Je crois que, je vais répondre sur trois axes. Le premier est relatif au pouvoir du Président de la République et du Chef du gouvernement en Tunisie. Mais je dois partir d'une question de notre collègue toute à l'heure qui me disait lorsque j'ai affirmé que la Constitution de 1959 a consacré le principe de la séparation des pouvoirs et l'équilibre des pouvoirs et que cela a abouti à la révolution. C'est vrai ! Le fait est là ! Elle a consacré ce principe, mais il y a eu des mécanismes politiques et juridiques qui ont vidé le principe de sa substance et consacré la primauté du Président. C'est ce que j'ai dit rapidement, je n'ai pas eu le temps de développer et, ma thèse de doctorat est axée sur cette idée. Ce n'est pas moi qui vais vous dire que le pouvoir, est un pouvoir équilibré, le pouvoir était déséquilibré et la révolution parmi ces revendications c'est la revendication d'un équilibre du pouvoir. Et là je réponds à la question de la répartition des pouvoirs entre le Président de la République et le Chef du gouvernement. Les Constituants en Tunisie en 2011, lorsqu'il y a eu convocation de l'Assemblée Nationale Constituante devait se prémunir contre deux excès.

D'abord cette concentration du pouvoir au profit du Président et l'excès qui pourrait venir d'un régime de l'instabilité d'un régime parlementaire, et ils ont suivi la démarche qui a été suivie par les pays de l'est et avant les pays de l'est, le Portugal. Le Portugal et un certain nombre de pays de l'est ont adopté ce type de régime mixte qui combine les éléments du régime parlementaire et le régime présidentiel dont le but d'arriver à ce résultat. Or dans ces régimes, l'évolution s'est faite vers la consécration d'un régime parlementaire, peut-être rationalisé comme vous l'avez dit tout à l'heure.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

En Tunisie, lorsqu'il y a eu le débat sur cette question, il y en avait beaucoup qui voulait donner un certain nombre de pouvoirs au Président.

La constitution a finalement, consacré comme l'a dit tout à l'heure le Président de la Commission de Venise, un régime assez original puisque nous avons un Président de la République qui est doté de prérogatives d'un Président comme dans tous les pays à régime semi présidentiel, mais qui a en plus les prérogatives de la défense, de la sécurité et des affaires étrangères, et un premier ministre qui a la politique intérieure. Comment la cohabitation va se faire ? C'est la question qu'on doit se poser et là pour parler d'originalité, je dois évoquer un autre régime original dans les régimes semi présidentiels, c'est le régime de la Finlande avec le Président Kekkonen. Au début et dans le cadre de la guerre froide, il avait des prérogatives importantes en tant que Président. Mais la situation a évolué avec la Constitution de mars 2000.

Le Président a toujours des prérogatives en matière de politique étrangère, mais le dernier mot revient au Conseil des ministres. Lorsqu'il a une position différente du gouvernement, il doit présenter un dossier ; si le gouvernement est convaincu du bienfondé de sa thèse, il peut aller dans le sens du Président de la République et s'il n'est pas d'accord, le dernier mot revient au Président. Il y a dans l'Exécutif l'unité du pouvoir et c'est très important l'unité de l'Exécutif, alors peut être le régime Tunisien pourrait évoluer à l'image de la 5ème République. La cohabitation, qu'est-ce qu'elle peut donner ? Lorsqu'il y a un Président qui a une majorité différente de la majorité du Parlement, il a une situation bien particulière du fonctionnement du régime, il y a l'inverse donc, il pourrait y avoir une évolution comme l'évolution qu'a connue la 5ème République. Laissons la pratique nous dire

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

quel est l'avenir de ce partage des pouvoirs entre le Président et le Chef du gouvernement. Voilà donc pour la première question.

La deuxième question est relative à la séparation des pouvoirs. Notre collègue, tout à l'heure, disait qu'on parle trop de séparation des pouvoirs, et qu'en fait les régimes ne fonctionnent pas réellement sur la base de la séparation des pouvoirs. C'est vrai, il y a plutôt séparation entre majorité et opposition et alternance entre la majorité et l'opposition.

Mais toute la philosophie constitutionnelle, je dirais constitutionnaliste, qu'elle soit relative à la limitation du pouvoir ou avec la nouvelle école constitutionnelle de modération du pouvoir, est axée autour de la séparation des pouvoirs. Séparation des pouvoirs au niveau central, séparation des pouvoirs au niveau central et collectivités locales, séparation des pouvoirs avec les autorités administratives indépendantes qui se sont créées, séparation des pouvoirs dans l'Etat fédéral, entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés, séparation dans le cadre de l'Etat fédéral lui-même entre la première chambre et la deuxième chambre, séparation dans le bicamérisme entre la première chambre et la deuxième chambre, au sein de l'Exécutif. Nous venons de parler de la répartition de la fonction exécutive entre deux organes, n'est-elle pas finalement une sorte de pouvoir qui arrête le pouvoir ?

Donc toute la philosophie constitutionnelle est axée autour de cette idée de séparation, et ce n'est pas un hasard tout à l'heure si j'ai évoqué Aristote. Et je rappelle, si j'ai évoqué la Constitution de Carthage qui a été évoquée par Aristote, la Constitution de Carthage est une Constitution dans une terre africaine, donc j'ai parlé de l'Afrique, d'une avancée du droit constitutionnel en Afrique. La Constitution de Carthage parlait déjà, sans le

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

dire expressément d'une séparation des autorités et d'un contrôle entre les autorités et d'une participation du peuple à l'exercice du pouvoir d'une façon momentanée, et nos amis donc italiens connaissent très bien cette histoire de Carthage. Donc si je continue dans ce sens, cette idée de séparation des pouvoirs est très importante sur le plan du constitutionnalisme, mais elle est surtout importante au niveau de la justice constitutionnelle. Le développement du droit constitutionnel jurisprudentiel a été axé lorsqu'on analyse la jurisprudence constitutionnelle sur la séparation des pouvoirs.

Lorsqu'une autorité administrative exerce une fonction juridictionnelle, le Conseil constitutionnel lui dit non ce n'est pas possible : vous êtes en train de porter atteinte à la séparation des pouvoirs. Lorsque le principe de la légalité des délits et des peines n'est pas respecté, on revient à la séparation des pouvoirs. Lorsque le principe des droits de la défense n'est pas respecté, on revient à la séparation des pouvoirs. L'idée de séparation des pouvoirs est sous-jacente dans la jurisprudence constitutionnelle aujourd'hui qui a beaucoup limité le pouvoir, modéré le pouvoir et garantit les libertés. Et là je saisis cette occasion et la présence de Monsieur le Président de la Commission de Venise pour l'interpeller, en passant par la Conférence de notre collègue du Nigéria, qui a parlé de la séparation des pouvoirs et de la participation du peuple.

Si j'ai bien compris, il y a une séparation entre l'autorité de l'Etat et l'autorité du peuple au niveau de la séparation des pouvoirs. Or l'idée de séparation des pouvoirs implique deux facultés dans la conception de Montesquieu : la faculté de statuer et la faculté d'empêcher. Statuer, c'est-à-dire prendre des décisions, empêcher, arrêter l'autre pouvoir lorsqu'il

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

outrepasse ses prérogatives. Là, le peuple peut intervenir. Donc pour statuer, lorsque le Parlement ne statue pas selon des modalités prévues par la Constitution, et il peut intervenir pour empêcher lorsque le Parlement a statué. Prenons le cas du divorce en Italie par exemple. Or cette faculté de statuer, cette faculté d'empêcher entre le peuple et le pouvoir politique constitutionnel, est-ce que vraiment le peuple lorsqu'il statue est souverain dans ses décisions ? Le référendum n'est-il pas souvent, pour ne pas dire, pour ne pas être excessif, n'est-il pas une forme de légitimation du pouvoir, de l'autorité constitutionnelle ? Et puis pour la faculté d'empêcher, là peut-être, lorsqu'il y a veto populaire, lorsqu'il y a révocation d'un élu, on peut peut-être parler ici d'une faculté d'empêcher. Les Constitutions où il y a cette technique de démocratie semi-directe sont rares. Moi je connais la Constitution suisse, la Constitution italienne. Peut-être il y a d'autres Constitutions. Mais ces techniques de démocratie directe n'existent pas réellement. Voilà donc pour la deuxième question.

Et avant d'oublier, on revient à cette indépendance du pouvoir judiciaire qu'on a évoqué ce matin. On veut que la justice soit indépendante, mais n'y a-t-il pas risque de corporatisme, cela d'une part, et il y a de l'autre côté risque d'ingérence de l'Exécutif, du politique dans la justice. Comment, à la lumière de cette idée centrale de Montesquieu : faculté de statuer, faculté d'empêcher, concevoir une indépendance de la justice avec ces deux éléments qui, dans les normes internationales de l'indépendance de la justice on ne les trouve pas vraiment d'une façon concrète à moins que je ne me trompe ? Donc c'est là la question que je vous pose.

Notre collègue m'a posé une question relative à l'article 22 de la Constitution tunisienne à propos du droit à la vie.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

الحق في الحياة مقدس لا يجوز المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون. بمعنى أن ليس هناك إقرار لحذف عقوبة الإعدام، يعني بطريقة ضمنية. إذن هذا الفصل في هذه النقطة. دائماً زميلنا فيما يخص تعداد الحريات. هو سؤال سألته هذا الصباح لزميلنا محمد بوسلطان فيما يخص تعداد الحريات في الدستور الجزائري، نفس الشيء بالنسبة للدستور التونسي، يعني هناك تعداد للحريات، هناك مصادقة على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان. هل هذا التعداد جاء على سبيل الحصر أو على سبيل الذكر؟ أنا أعتقد أنه جاء على سبيل الذكر، لماذا؟ لأن القاضي الدستوري هو الذي له الكلمة الأخيرة في هذا المجال. فالقاضي الدستوري من خلال تأويله للقانون يستعمل طريقتين: طريقة رقابة المطابقة وطريقة رقابة الملاءمة. ورقابة الملاءمة تمكنه من الاستنباط. لا أقول الاستنباط بمعنى دور المشرع، استنباط في نطاق روح الدستور لقواعد جديدة مطابقة للدستور لا تخالف الدستور وتذهب في نطاق توسيع مجال الحريات، خاصة أن هذا يكون مطابقاً لروح الدستور الذي ينبنى على ضرورة احترام الحقوق والحريات. وأشكركم على اهتمامكم.

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

SEPARATION OF POWERS AND POPULAR PARTICIPATION

By

Ameze Guobadia

ABSTRACT

At the heart of the democratic tripod (government of, by and for the people), is the notion that the populace must determine who governs them and be able to hold such persons accountable. The former is fulfilled by free and fair elections while the latter element is guaranteed by adequate limitations and checks on power by power. Taken together, both features should engender a sense of ownership of the system in the populace. This could lead to stability in the system and ultimately, in the State. Prominent among the known limitations and checks on power are such principles as “the rule of law” and “separation of powers” as well as the wider concept of “popular participation”.

Methods of popular participation include the referendum; the right of recall of elected representatives and the popular initiative. According to C.F. Strong, these “direct democratic checks,” as he characterizes them, “are designed to give to the voting mass of the people a direct control of their political destiny by granting them the power to approve or reject measures for their well-being, to initiate legislation and to remove unsatisfactory representatives”. While this comment may be true in the broad context of democratic governance and representative democracy, its application to separation of powers is debatable.

The traditional division of the functions/powers of governance into three viz: the legislative, executive and judicial, presents challenges to popular

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

participation. How, for example, does popular participation serve to undertake acts peculiar to the three arms of government? Are there inherent contradictions between popular participation and the operation of separation of powers or even representative democracy generally? Is popular participation better under a Parliamentary system than a Presidential system? In the law-making process, what is the utility of the popular initiative in a system anchored on representative democracy where all Bills have to be adopted by a legislator? What methods of popular participation if any, could be feasible?

The budgetary process often demonstrates the different interests that strive for accommodation (constituency projects and allowances, executive proposals, etc). There is usually a need for a delicate balancing of these interests because the demands of the populace invariably need to be extrapolated through the budget. The people need to understand that their representatives in government are constrained by limitations/ rules deriving from separation of powers and the rule of law, among others. Where the people appreciate these constraints, there would be less pressure on elected representatives who also would have to play by the rules. With regard to the judicial function, the jury system is what best approximates to popular participation. It however has its limitations.

There is no doubt that meaningful popular participation, where feasible in Africa, will be limited by: the challenges of mass illiteracy and insufficient awareness by the people of their rights and responsibilities; the absence in some States of accurate Census figures ; voters' registers and other demographic imperatives. In those States that have overcome these challenges and are supposedly more developed, popular participation

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

continues to grapple with other problems, including but not limited to its struggle with representative democracy. In a sense, these challenges underscore the questions as to its relevance and utility while not necessarily rejecting the notion outright. Against a background of the foregoing and given the varying stages of democratisation (sometimes referred to as its “waves”) in Africa, this paper interrogates the concept of popular participation in the context of separation of powers and its challenges and utility for successful democratic governance.

**Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation
populaire**

SEPARATION DES POUVOIRS ET PARTICIPATION POPULAIRE

Par

Ameze Guobadia

RESUME

Le triptyque démocratique (gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple) repose sur la notion selon laquelle les populations doivent avoir la possibilité de choisir ceux qui les gouvernent et demander à ces personnes de rendre compte de leur gestion. La première condition est remplie par la tenue d'élections libres et justes et la seconde par la mise en place de restrictions et de garde-fous pour l'exercice du pouvoir. Pris ensemble, ces deux aspects sont susceptibles de favoriser une appropriation du système par la population, contribuant ainsi à en assurer la stabilité et partant, celle de l'Etat. Parmi les mesures permettant de faire contrepoids au pouvoir, les plus notables sont ceux liés à des principes tels que "l'Etat de droit" et la "séparation des pouvoirs" outre le concept plus large de "participation populaire".

Les méthodes de participation populaire incluent notamment le référendum, le droit de rappel de représentants élus ainsi que l'initiative populaire. Selon C.F. Strong, ces "contre-pouvoirs démocratiques," comme il les appelle, "ont été conçus pour donner à la masse des électeurs un contrôle direct sur leurs destinées politiques en leur accordant le pouvoir d'approuver ou de rejeter des mesures touchant à leur bien-être, de faire élaborer des textes législatifs et de mettre fin au mandat des représentants ne leur donnant pas satisfaction". Si cette observation est acceptable du point de vue général de

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

la gouvernance démocratique et de la démocratie participative, son application à la séparation des pouvoirs reste discutable.

La division traditionnelle des fonctions/pouvoirs entre trois organes, à savoir le législatif, l'exécutif et le judiciaire, pose des problèmes à la participation populaire. Comment, par exemple, la participation populaire permet-elle d'engager des actes relevant spécifiquement des trois organes de l'Etat? Existe-t-il des contradictions essentielles entre la participation populaire et l'exercice de la séparation des pouvoirs, voire de la démocratie représentative de manière plus générale? La participation populaire connaît-elle un meilleur sort sous un système parlementaire qu'un système présidentiel ? Dans le cadre de l'élaboration des lois, à quoi sert l'initiative populaire si le système est fondé sur la démocratie représentative où tous les projets de loi doivent être adoptés par le législateur? Quelles pourraient être les méthodes de participation populaire viables?

Le processus d'établissement du budget offre souvent une bonne illustration de la confrontation de différents intérêts pour une prise en compte (projets dans les circonscriptions d'origine, indemnités, propositions de l'Exécutif, etc.). Il s'avère généralement nécessaire d'établir un équilibre délicat entre ces intérêts car les demandes des populations donnent invariablement lieu à des extrapolations dans le budget. Les populations doivent comprendre que leurs représentants au sein de l'Etat font face à des contraintes/des règles liées notamment à la séparation des pouvoirs et au nécessaire respect de l'Etat de droit. Lorsqu'elles ont conscience de ces contraintes, il y a moins de pression sur les représentants élus qui sont également tenus de respecter les règles établies. Quant à l'organe judiciaire, son système qui s'apparente

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

le plus à la participation populaire est celui des jurés. Toutefois, il a également ses limites.

Il ne fait pas de doute que, la participation populaire réelle, là où elle est possible en Afrique, se heurte à de nombreux obstacles : les défis liés à l'analphabétisme de masse et la mauvaise connaissance par les populations de leurs droits et responsabilités, l'indisponibilité dans certains pays de données de recensement fiables, de registres d'électeurs et autres indicateurs démographiques fiables. Dans les pays qui ont surmonté ces obstacles et qui sont supposés plus développés, nombre de problèmes continuent de se poser pour la participation populaire, notamment ceux liés à la démocratie représentative. Dans un certain sens, ces défis ajoutent du poids aux questions concernant sa pertinence et son utilité, sans nécessairement aller jusqu'au rejet pur et simple de cette notion. A la lumière de ce qui précède et compte tenu des différentes étapes de démocratisation (parfois désignées comme des "vagues") en Afrique, le présent article se propose d'étudier le concept de la participation populaire sous l'angle de la séparation des pouvoirs, d'en identifier les défis et d'évaluer son utilité pour la réussite de la gouvernance démocratique.

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

الفصل بين السلطات و المشاركة الشعبية

الأستاذة أميز غوبادية

ملخص

نجد في قلب الثلاثية الديمقراطية (حكم الشعب، بالشعب، وللشعب) فكرة أن على الجماهير أن تحدد من يحكمها وأن يكون بوسعها مساءلتهم. ولا تتأقن الأولى إلا من خلال انتخابات حرة ونزيهة، في حين أن العنصر التالي تضمنه القيود الملائمة والرقابة المتبادلة بين السلطات. والكل إن جمع معا، يولد لدى الشعب الاحساس بالانتماء إلى النظام، ومنه إلى الدولة. ومن بين أبرز القيود والضوابط على السلطة تتشكل من مجموعة من المبادئ منها "دولة القانون" و "الفصل بين السلطات" وكذا "المشاركة الشعبية" بمفهومها الواسع.

وتشمل أساليب المشاركة الشعبية: الاستفتاء، والحق في عزل الممثلين المنتخبين والمبادرة الشعبية. ويرى ك. ف. سترونغ أن هذه "الرقابة الديمقراطية المباشرة" كما يصفها، صممت لتمنح الأغلبية المنتخبية من الشعب التحكم المباشر في مستقبلهم السياسي من خلال منحهم سلطة قبول أو رفض تدابير من أجل راحتهم، أو المبادرة بالقوانين، أو عزل من لا يرضون عنه من ممثلهم". ففي حين يبدو هذا الطرح صحيحا في المدلول الواسع للحكم الديمقراطي والديمقراطية التمثيلية، غير أن تطبيقه على الفصل بين السلطات يبقى محل نقاش.

إن التقسيم التقليدي لمهام/ سلطات الحكم إلى ثلاثة، وهي التشريعية والتنفيذية والقضائية، يشكل تحديا بالنسبة للمشاركة الشعبية. فمثلا، كيف يمكن للمشاركة الشعبية أن تسهم في الاضطلاع بأعمال هي من اختصاص أجهزة الحكومة الثلاث؟ وهل توجد تناقضات بين المشاركة الشعبية وعملية الفصل بين السلطات أو حتى الديمقراطية التمثيلية على وجه العموم؟ وهل المشاركة الشعبية تحت النظام البرلماني أحسن منها تحت النظام الرئاسي؟ في عملية سنّ القوانين، ما الفائدة من المبادرة الشعبية في ظل نظام قائم على الديمقراطية التمثيلية حيث يمكن للمشرع

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

المصادقة على مشاريع القوانين؟ ما هي أساليب المشاركة الشعبية، إن وجدت، وكيف يمكن تطبيقها؟

غالبا ما تُظهر عملية الموازنة تضارب المصالح ومحاولة التوفيق بينها (المشاريع الانتخابية، اقتراحات الجهاز التنفيذي، العلاوات الانتخابية...). وعلى العموم، لا بد من التقريب بين هذه المصالح لأن مطالب الشعب تستدعي استقراء ثابتا وذلك عن طريق الميزانية. فعلى الجماهير أن تتع بأن ممثليها في الحكومة مقيدون بقواعد مستقاة من مبادئ منها على سبيل الذكر لا الحصر الفصل بين السلطات ودولة القانون. عندما يستوعب الشعب هذه القيود، ستخف وطأة الضغط على الممثلين المُنتخبين، إذ سيمثلون بدورهم لما تمليه القواعد القانونية. وبالنظر للوظيفة القضائية، يبدو أن نظام المحلفين هو النظام الأقرب من المشاركة الشعبية. غير أن لهذا النظام أيضا محدوديته.

ولا شك أن المشاركة الشعبية الهادفة، إن أمكن تجسيدها، ستصطدم بتحديات انتشار الأمية، وقلة وعي الشعب بحقوقه وواجباته، وانعدام الإحصائيات الدقيقة لدى بعض الدول، وغياب سجلات الناخبين، والمستلزمات الأخرى للديموغرافيا. وفي الدول التي تحطت عقبة هذه المشاكل والتي هي من المفروض أكثر تقدما، لا تزال المشاركة الشعبية تصارع التحديات بما في ذلك صراعها مع الديمقراطية التمثيلية. بمعنى أن هذه التحديات تسلط الضوء على هذه المسائل لصلتها الوثيقة بالموضوع وأهميته، دون أن تتنكر للمفهوم بالمطلق. وعلى خلفية ما سبق وبالنظر إلى مختلف المراحل التي مرت بها الديمقراطية (والتي يشار إليها أحيانا بـ "الأمواج") في إفريقيا، يثير مقالنا هذا التساؤل حول مفهوم المشاركة الشعبية في سياق الفصل بين السلطات وتحدياتها وجدواها لنجاح الحكامة الديمقراطية.

**Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation
populaire**

SEPARATION OF POWERS AND POPULAR PARTICIPATION

**BY
AMEZE GUOBADIA¹**

INTRODUCTION

At the heart of the democratic tripod (government of, by and for the people), is the notion that the populace must determine how and by whom they are governed and be able to hold such persons and institutions accountable. A major element of the first of these requirements is fulfilled by free and fair elections² while the latter, accountability, is guaranteed by adequate limitations and checks on power by power. Taken together, both features should engender a sense of ownership of the system in the populace and contribute ultimately to the stability of the State.

Prominent among the better known limitations and checks on power are such principles as ‘the rule of law’ and ‘separation of powers’ as well as the broad concept of ‘popular participation’. The known methods of popular participation include the referendum; recall of elected representatives and the popular initiative. According to C.F. Strong, these ‘direct democratic checks’, as he characterizes them, “are designed to give to the voting mass of the people a direct control of their political destiny by granting the power

¹ Professor Ameze Guobadia, Nigerian Institute of Advanced Legal Studies, Email: amzguobadia@yahoo.com a Paper presented at the 25th Anniversary Conference of Algeria’s Conseil Constitutionnel on Constitutional Law in Africa, Algiers, November, 2014.

² Free and fair elections as conceived here is an all embracing process that commences well before and extends beyond voting on election day. It therefore includes the different stages of preparation such as delineation of constituencies; preparation of the Voters’ Register; provision of Voters Cards and preparation and delivery of Ballot boxes. It also includes the accurate counting of votes; an accurate return on elections; the opportunity to challenge election related grievances in court as well as the transparency of every one of these processes among others.

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

to approve or reject measures for their well-being, to initiate legislation and to remove unsatisfactory representatives”³. While this observation may be valid in the broad context of democratic governance and representative democracy, in relation to separation of powers however, the feasibility, relevance and utility of popular participation is debatable.

The traditional division of the functions /powers of governance into three viz: the legislative, executive and judicial, presents challenges to popular participation. How, for example, does popular participation serve to undertake acts peculiar to the three arms of government? Are there inherent contradictions between popular participation and the operation of separation of powers or even representative democracy generally? Does popular participation work better under a Parliamentary system than a Presidential system? What methods of popular participation are suited to particular systems and needs? In the law-making process, what is the utility of the popular initiative in a system anchored on representative democracy where proposed legislation needs to be adopted by a legislator? The budgetary and appropriations process often demonstrates the different interests that strive for accommodation. There is usually a need for a delicate balancing of these interests because the demands of the populace will have to be streamlined through the appropriations process. The highly emotive character of this process as well as the technical nature of economic policies and issues could justify their specific exclusion from the application of Direct Democracy instruments.

There is no doubt that meaningful popular participation, where feasible in Africa, will be limited by the challenges of insufficient awareness by the

³ C.F. Strong, *Modern Political Constitutions*, Sidgwick & Jackson, Ltd. London, 1939, p 281.

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

populace of their rights and responsibilities and in some States, by mass illiteracy. The absence of accurate Census figures and voters' registers as well as other demographic imperatives pose similar challenges in others. In those States that have overcome these problems and are supposedly more developed, popular participation continues to grapple with challenges including but not limited to its struggle with representative democracy. In a sense, these issues underscore the questions as to its relevance and utility while not necessarily rejecting the notion outright.

Comprehensive empirical global analysis and case studies of Direct Democracy have been undertaken by many scholars⁴. Apart from being outside the remit of this paper, no purpose will be served by attempting to do the same thing here. However, a random sampling of the experiences/activities of a few States does provide a basis for evaluating the impact of Popular Participation on governance. Focusing mainly on three out of its known instruments viz: the referendum; the recall and the popular initiative, this paper briefly interrogates the notion of popular participation, its relevance and compatibility with separation of powers and representative democracy as a basis for further discussion of the subject and its merits if any, for constitutionalism in Africa.

1. SEPARATION OF POWERS: MEANING, ORIGINS AND SCOPE

This principle of governance made famous by the English and French philosophers, John Locke and Baron de Montesquieu respectively, has been discussed extensively in the literature on the subject.⁵ A detailed

⁴ See Direct Democracy, The International IDEA Handbook 2008; also the extensive review of the literature on the subject by Linda Maduz of the University of Zurich in Direct Democracy, <http://www.livingreviews.org/Ird-2001-1> visited 19-11-2014.

⁵ Its earliest origins have been traced to Plato's criticism of the arbitrary and tyrannical power of the monarch and also to Aristotle's classification of governmental functions. For a fuller treatment, see G.H. Sabine, A History of Political Theory, George G. Harrap & Co. Ltd Third Edition, 1963 Chapters IV, V, &VI.

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

consideration is therefore unnecessary here. However, to situate this discussion in the right context, a brief overview of the concept is appropriate.⁶ Separation of powers proceeds on the deliberate division of the powers and functions of governance into three distinct categories. This is a definite effort to avoid dictatorship which the concentration of the powers of governance in the hands of one or the few would lead to. In the strict formalistic approach, these functions are to be undertaken by three separate and distinct organs of government. According to Montesquieu,

“...when the legislative and executive powers are united in the same person or body of persons there can be no liberty, because of the danger that the same monarch or senate should enact tyrannical laws and execute them in a tyrannical manner.”⁷

A fundamental objective of Separation of Powers is therefore the promotion of constitutionalism i.e. limited government. Intrinsic to this is the operation of checks and balances between and among the three arms of government which, among other things, prevents incursions by one branch into the territory of another and ensures that each proceeds within prescribed rules. Cheryl Saunders makes the point that:

⁶ This overview draws from three earlier pieces: Ameze Guobadia, “The Relationship Between the Executive, Legislature and the Judiciary in a Democracy: Nigeria’s aborted Third Republic in view” Vol 1 No. 1 *Lawyers’ Bi-Annual* 27-39; D.A. Guobadia, “The Legislature and Good Governance Under The 1999 Constitution”, I.A. Ayua, D.A. Guobadia & A.O. Adekunle (eds), *Nigeria, Issues in the 1999 Constitution*, Nigerian Institute of Advanced Legal Studies, pp 43-75; Ameze Guobadia, “Judicial /Executive Relations in Nigeria’s Constitutional Development: Clear Patterns or Confusing Signals?” paper presented at the Second Stellenbosch Annual Seminar on Constitutionalism in Africa (SASCA) held in Stellenbosch, September, 2014.

⁷ Quoted in C.F. Strong, *Modern Political Constitutions*, London, Sidgwick & Jackson, Ltd, (1939),p215.

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

‘there is some disagreement about what is separated pursuant to the doctrine. The two principal options are:

-A separation of institutions; which might, for example, preclude overlapping membership;

-A separation of functions, empowering each institution to exercise the function for which it is designed (and perhaps, by extension, no other function).

In reality, however, these are not mutually exclusive options. Any system of separation of powers must involve at least a measure of both.’⁸

The extent to which separation exists in any state is a direct reflection of its system of government. The Parliamentary system under which members of the Cabinet (the Executive) also have seats in Parliament (the Legislature) cannot operate a separation of both the institutions and the personnel that exercise the powers associated with either of these two arms of government. Under that system, it is the separation of the judiciary from the other two arms in both its functions and personnel that gives a semblance of separation of powers.⁹ The Presidential system that operates a strict separation of the personnel and functions of each arm as well as their independence¹⁰, approximates to separation of powers perhaps in its most formal sense.

⁸ C. Saunders, ‘Separation of Powers and the Judicial Branch’ <http://www.adminlaw.org.uk/docs>⁸.

⁹ The independence of the judiciary (in the tenure and remuneration of its members) from the Executive and the Legislature, often guaranteed by appropriately crafted constitutional provisions, arises from this premise.

¹⁰ Independence does not rule out mutual cooperation founded on respect between the branches on which the smooth working of government depends.

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

2. POPULAR PARTICIPATION

The origins of popular participation (also known as Direct Democracy), lie in the perceived inadequacy of the system of representative democracy to cater to the needs of the electorate. This propelled recourse to other methods by which the electorate could participate directly in the process of governance¹¹, particularly its law-making functions thus sharing power with its representatives as it were. The following statement credited to James Madison in *the Federalist 49* elaborates on the logic of this development.

As the people are the only legitimate fountain of power, and it is from them that the constitutional Charter, under which the several branches of government hold their power is derived, it seems strictly consonant to the republican theory to recur to the same original authority...whenever it may be necessary to enlarge, diminish, or new model [sic] the power of government.’’¹²

The ensuing discussion interrogates three of the known instruments of popular participation (the referendum, the popular initiative and recall), their salient features and effects on the system of representative democracy with particular emphasis on the Separation of Powers.

i. The Referendum

The referendum is defined as “ the right reserved to the people to approve or reject an act of the legislature, or the right of the people to approve or

¹¹ See also Linda Maduz, *Direct Democracy*, <http://www.livingreviews.org/Ird-2010-1> visited, 19/11/2014

¹² Source, “A Brief The History of the Initiative and Referendum Process in the United States” in www.landrinstitute.org visited 2014-11-17

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

reject legislation that has been referred to them by the legislature.”¹³ It not only “provides the people with a means of expressing their opinion on proposed legislation before it becomes operative as a law... the people may reinstate an act that the legislature has expressly repealed.”¹⁴ As with the Recall and the Popular Initiative, implicit in the Referendum is the element of ‘direct consultation’ with the people. It is important to note that although these three share this feature with the Plebiscite¹⁵ (another instrument of Direct Democracy), they are markedly different from it. This difference is a defining characteristic of the three instruments discussed in this piece and it serves to appreciate their essence. As C.F. Strong puts it,

“Whereas the Plebiscite is a vote held on one occasion to create a regime which the voters must afterwards endure without redress, the other three contrive to establish, by means of a recurrent vote, a perpetual popular check upon the political machine, since the Referendum allows the electorate to review the acts of the legislature before they actually pass into law, the Popular Initiative gives the voters the right to propose measures to be passed by their representatives, and the Recall grants them the power to remove an unsatisfactory representative before the expiration of his term of office.”¹⁶

¹³ Legal Dictionary/ Thesaurus, Encyclopaedia, Wikipedia

¹⁴ *ibid*

¹⁵ For example, the Plebiscite was used by the Colonial powers to determine the fate of the Trust territory then known as the British Cameroons. The wishes of the people expressed thereby were that Northern Cameroon would become part of Nigeria while the Southern part joined the French Cameroons which at independence became the Federal Republic of Cameroons. For more details, see T.O. Elias, *Nigeria, The Development of its Laws and Constitution*, London, Stevens and Sons (1967), p 8

¹⁶ C.F. Strong *op cit* p286

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

The Referendum is that instrument that enables the populace to ‘vote yes or no on a legislative or constitutional proposition.’¹⁷ It can be Obligatory (mandatory) or Facultative (Optional). This latter category covers the ad hoc Referendum. Under a Parliamentary system, it is the Legislature that would decide to hold a Referendum on a particular matter by means of a law passed for the specific purpose. It is instructive that although the United Kingdom has no written Constitution, under the Political Parties, Elections and Referendum Act of 2000 however, guidelines are provided for national and regional referenda. In addition, a specific law authorising a particular referendum must be passed by Parliament.¹⁸ In September, 2014, the Scottish Independence referendum was held to determine the future relationship of Scotland with the United Kingdom. The Scottish people voted ‘NO’ on independence.

The Referendum is used in systems with written, rigid constitutions for major changes to those constitutions and sparingly too. Although it was not provided for in its extant 1963 Constitution at the time, Kenya used the Referendum in the process leading to the adoption of a new Constitution in August, 2010. By a 68% vote in favour of adoption, the populace showed their uncontroverted support for the new Constitution¹⁹. A direct decision by the electorate in any State, expressed in a referendum in favour of such changes gives the added credibility which, in turn, reinforces the legitimacy of the proposals. Switzerland introduced the mandatory referendum for changes to the constitution in 1848. The optional referendum was

¹⁷ Sundquist James L. Constitutional Reform and Effective Government, The Brookings Institution,(1986) p233

¹⁸ See Direct Democracy, The International IDEA Handbook p 47

¹⁹ See Tim Murithi, ‘‘Kenya’s Constitutional Renewal: A Post-Referendum Analysis’’ <http://currentanalyst.com/...136> visited 20/11/2014

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

introduced there in 1874 while the citizen's initiative was introduced in 1891. The Referendum has since been used even more frequently at all levels of government in the Swiss confederation in respect of legislation on every subject. Switzerland and the United States rank among the highest users of the Referendum in the world. Unlike Switzerland, in the United States, there is no provision for the use of the Referendum at federal level. The Constitutions of some States in the Union however provide for it.

The Constitution of the Federal Republic of Nigeria, 1999, prescribes the use of the Referendum only as part of the process for the creation of new States and local governments.²⁰ It is interesting to note that on the occasions on which this provision has been employed under the Constitution, as Lagos State did in its creation of new Local Government Areas, the exercise has remained inchoate. This is because the National Assembly (i.e. the Legislators at federal level) failed or refused to complete the exercise by passing an Act to make consequential provisions with respect to the names and headquarters of the local government areas as required by section 8(5) of the Constitution. It is striking that in a matter ostensibly thrown directly to the populace for their decision pursuant to the constitutional provisions, in real terms, what has happened is that effectively, the last word is still left to the federal legislators! Although the Supreme Court held in a suit brought by Lagos State that the State had the power under sections 7(1) and 8(3) of the 1999 Constitution to create new Local Government Areas over the existing 20 as it had done, the Court also held that the new local governments so created would not become functional until the National Assembly passed an Act to amend the Constitution to reflect the new Local

²⁰ Section 8

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

Government Areas.²¹ The Supreme Court fell short of making a pronouncement that could have compelled the National Assembly to complete the process.

The use of the term ‘amend’ by the Supreme Court to describe the consequential action expected of the National Assembly i.e. passing an Act to reflect the names and headquarters of the new Local Government Areas created pursuant to a change effected by the State, has been criticized as incorrect as the said provision does not envisage an amendment to the Constitution as such. That is taken care of by section 9. According to Professor Nwabueze, “The power conferred by section 8(5) is limited to changing ‘the names and headquarters...of local government areas’ consequent upon a change (e.g. an increase) in their number brought about by the creation of new local government areas by a law enacted by a State Government.”²² In the context of the Referendum and its effect, this view reinforces the intrinsic purpose of direct democracy for, when the ‘people’ have spoken clearly on a proposal as the people of Lagos State did in their vote in referendum for the creation of additional Local Government Areas, it is a violation of their wishes to fail to take the necessary steps to give effect to that vote.

In terms of utility, within the context of Separation of Powers, the Referendum can be employed to break a deadlock in government between the political branches i.e. the Executive and the Legislature. Direct recourse

²¹ This was in the case of Attorney General of Lagos State v Attorney General of the Federation (2004) 18 NWLR (Part 904) 1 instituted by the Lagos State Government to challenge the withholding by the federal Executive, of funds from the Federation Account, meant for Local Government Councils in Lagos State.

²² See B.O. Nwabueze, How President Obasanjo Subverted Nigeria’s Federal System, Ibadan, Gold Press in association with Givani Books (Export) Inc. (2007) p 40

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

to the populace either by seeking their advice or a determination on an issue as the case may be, by a referendum, would work to break a deadlock. Ironically, a major advantage of making provision for the referendum in such a system and its underlying principle of checks and balances, as Sundquist points out, is:

“the incentive that would be created for presidents and legislators to avoid the risks of the referendum process by working things out themselves. A Democratic House, for instance, might find itself pressed to compromise on a controverted piece of legislation lest a Republican president and Senate take their case to the people; and the pressure would apply to Republicans as well, for the chance would always exist that they might lose. In any case, the purpose of resolving a debilitating stalemate would have been served...”²³

ii The Popular Initiative

“...while the Referendum protects the people against the legislature’s sins of commission, the Initiative offers them a remedy for its sins of omission”²⁴

The Popular Initiative is that scheme of governance that gives the populace the power to propose or initiate legislation. Its basic element is that the Legislature must take on such a proposal. The Popular Initiative is thus a notch higher than the Referendum in that it goes further. The logic for its introduction rests on the fact that unlike the referendum which is undertaken with regard to proposals made by the legislature, the Popular Initiative allows the electorate to propose and bring about required legislation at its own instance. It is thus designed to counter inadequacies in the representation offered by the legislature as a further check on that branch

²³ Sundquist, op cit p 236

²⁴ C.F. Strong op cit p 289

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

beyond what is provided by the separation of powers. In its practical workings, the Popular Initiative works alongside the Referendum. It is not uncommon to find that sometimes, proposals initiated by the former return to the electorate in Referendum, after having gone through the legislative process.

iii. Recall

It has been observed that ‘an irremovable legislature may...be regarded as a negation of democracy.’²⁵ This comment was made in the context of the imperatives of regular elections. Outside the medium of elections at regular intervals however, many States have introduced the right of recall of representatives before the expiration of their terms of office. Elements of Nigeria’s political history provide an insight into the *raison d’être* of this method of Popular Participation. According to Nigeria’s Political Bureau,²⁶ one rationale for its introduction was to establish, in a permanent manner, “a culture of consultation and reciprocal control with regard to law making and the use of power and privileges.”²⁷ The power of recall is no doubt a potent weapon in the hands of the electorate as they can thereby pronounce on the performance of their elected representatives. The Political Bureau recommended that the power should be used “*in cases of misdemeanours considered to have fallen short of the minimum good behaviour required by the electorate of their elected officials.*”

²⁵ B.O. Nwabueze, op cit, Constitutionalism in the Emergent States, p11.

²⁶ The Political Bureau was set up under an erstwhile military government to make proposals for the system of civil governance that would ensue after military rule and organise a nationwide debate for the purpose and collate the views expressed.

²⁷ See the recommendations in the Report of the Political Bureau (1987) Federal Government Printer, Lagos, p 141, para 8.082.

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

A prescribed number of the legislator's constituents (a proportion of the registered voters) would trigger the process of recall by means of a written petition signed by the prescribed number of constituents alleging their loss of confidence in the legislator. Ultimately, a simple majority of the votes of the registered voters in that constituency would remove the legislator.²⁸ The recall process once more underscores the importance of an accurate voters' register by which members of a constituency can be identified. In addition, the process of recall is liable to being bedevilled by fraud, victimisation and undue political influence and financial inducement in the process of setting the machinery in motion in a given constituency. These problems are even more likely where the literacy and awareness levels are limited. The same observations made earlier with regard to the challenges to the Referendum and Popular Initiative are applicable here.

3. A RANDOM SAMPLING OF SOME STATES²⁹ Uganda

Although citizens may propose laws and amendments to laws by the Agenda Initiative, the two main instruments of Popular Participation employed in Uganda are the referendum and recall. The referendum is used for amending the laws and Constitution³⁰ and to bring about changes in the political system. In its actual workings, the legislature has to pass a law to enable and conduct a referendum on a specific issue. Subject to the power of the courts to question the validity of a referendum, its outcome is binding on all authorities and persons in Uganda.

²⁸ Section 69 of the Constitution of the Federal Republic of Nigeria, 1999.

²⁹ This discussion draws heavily on the excellent research reports and case studies detailed in the International IDEA Direct Democracy HandBook already referred to.

³⁰ A mandatory referendum is used for amendments to the Constitution.

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

Certain caveats to these basic principles must be noted however. First, a referendum to change the political system can only be allowed in the fourth year of the term of the legislature (Parliament). This is obviously with a view to protecting the extant term of Parliament by saving it from disruption midway. Between 2000 and 2005, referendums were held to agree on the political system for Uganda. While in 2000, the citizens voted for what was termed the “movement Political System,” in July, 2005, another referendum opted for a change to a multiparty system.³¹

Switzerland

All three levels of government i.e. the federal government; the Cantons (the Constituent States) and the Communes (which might be referred to as local governments), participate in Direct Democracy. The referendum (introduced in the Swiss Constitution of 1874) is the most widely used instrument. The other is the Popular Initiative (introduced in 1891). The referendum is either mandatory or optional depending on the subject matter. As far back as 1874, Switzerland had introduced a system for ensuring that the outcomes of these instruments fully reflected the wishes of the populace. A system of “double majorities” as it were, by which a proposed measure had to be approved both by a majority of the people in a vote as well as the majority of the Cantons was put in place.

The Swiss Constitution sets out those issues that require a mandatory referendum. Among them are the decision to join a supra national community such as the European Union or an international organisation like

³¹ For more details, see Jennifer Angeyo et al in the Case Study, “Direct democracy in the Republic of Uganda”, International IDEA Direct Democracy Handbook op cit, from page 160.

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

the United Nations. It is also to be used to revise the Constitution and for the introduction of urgent legislation at federal level (without recourse to the constitutional requirements), which is intended to be in force for more than a year. Similarly, where there is a citizens' initiative for a total revision of the Swiss Constitution, a mandatory referendum is required. Where such an Initiative is only directed at a partial review of the Constitution, a mandatory referendum is required only where the initiative, duly presented, did not sail through in the national legislature.

At lower levels (i.e. the Cantons and Communes), citizens participate as decided upon by the Cantons. For example, most Cantons have the finance referendum. In some Cantons, the obligatory legislative referendum is employed. At the level of the Communes, the administrative referendum features frequently. The right of recall of the Administration is something utilized in the Communes. These features are discussed by Nadja Braun³² who observes that "...the lower the political level, the more the opportunities citizens have to be directly involved in decision-making."³³

The United States of America

As already noted, Direct Democracy instruments are not used at federal level in the United States. They are however employed by many States in accordance with their Constitutions. As Sunquist notes, most of the States require the referendum to amend their constitutions, state charters and to issue bonds.³⁴ Interestingly, the American system of representative

³²Ibid in "Case Study, Direct Democracy in Switzerland" page 26-33.

³³ At page 28.

³⁴ Sundquist, op cit at page 234.

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

democracy is premised on a firm belief that it is a remedy for the “tyranny of the majority.”³⁵

4. AN OVERVIEW

A good starting point for an evaluation of Direct Democracy is to identify the pitfalls in the system of Representative Democracy, which in many States is anchored on Separation of Powers, for which Popular Participation could be a panacea. A major one lies in the choice of Candidates for the relevant offices who would then be the Representatives of the electorate. Finding the right calibre of persons who qualify in terms of the requisite character and knowledge can be challenging for the electorate.³⁶ The integrity of Candidates and their fidelity or commitment to the interests of the electorate cannot be guaranteed. In such circumstances, leaving open the possibility of direct action by the electorate is a useful option.

It should be noted here however, that the absence of fidelity to the demands of the populace is not necessarily bad in itself. Sometimes, there are varying and oftentimes conflicting interests in the community. How these are to be aligned effectively to take account of the needs of all, poses its own challenges to the elected Representatives. The electorate needs to understand that their representatives are constrained by such challenges and need to balance these competing interests. Some of these issues play out in the Budgeting and Appropriations process because the demands of the public (constituency projects, constituency allowances, Executive proposals

³⁵ A view credited to James Madison in the Federalist Papers no 10. The object being the protection of the individual!

³⁶ These weaknesses of the system of Representative Democracy have been on the front burner of constitutional discourse since the early years of the 20th Century. They are well articulated by C.F.Strong, op cit, 183-185.

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

etc), invariably need to be extrapolated from the budget. The budgeting process thus becomes as already observed, a delicate playing out of this balancing requirement as the electorate tends to be very sensitive about it.

Some of the identified drawbacks to the utility of Direct Democracy in Africa and elsewhere as already noted, include ignorance, insufficient awareness of their rights and attendant responsibilities in that regard on the part of the populace. There are often several issues and factors that must be considered before an individual casts a vote in a referendum for example. How well informed are the potential voters about the subject matter of the exercise? In practice, the proposals put together to be voted on at once are often varied and complicated. They may be couched in a manner that leaves the voter no choice and one single vote one way or the other, may commit voters to more than they bargained for. The problem of insufficient knowledge or understanding of the issues may also lead to the process being hijacked and manipulated by powerful interests. Adequate publicity and voter enlightenment may be a panacea to this. The challenge this presents is determining what level of enlightenment would suffice in a particular circumstance.

It has been observed that the instruments of Popular Participation can bring about serious divisions in politics or “*threaten the civil rights of vulnerable minorities or exacerbate racial or ethnic tensions in some societies. Popular majorities might either deliberately or inadvertently, use the processes of initiative or referendum to deprive unpopular minorities of certain rights.*”³⁷ This view is in accord with the one credited to James Madison.³⁸

³⁷ See Direct Democracy: The International IDEA Handbook, page 23.

³⁸ Note 35 supra.

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

The same source however also suggests that Direct Democracy debunks the idea of majority power. From that perspective, it is an aid to minorities as the “*processes provide alternative ways to raise issues that are not necessarily favoured by the majority, particularly the majority within a legislature or parliament.*” A contradiction in terms perhaps! Some of the literature also suggests that the referendum can slow down the process of law-making.³⁹ This could in turn affect policy development and reform. Many of the following questions as well as those raised earlier in this piece have been raised by the sources reviewed by Linda Maduz. Should popular participation be premised on a quorum? In the matter of voting, does a simple majority suffice or is a special majority more appropriate? Should this also depend on the issue under consideration? In more complex polities such as federations, should the approach to these issues take the levels of government into account? What is the appropriate mix of publicity, enlightenment and level of participation (this last, a quorum, where required), that will ensure the credibility of the whole process? These questions all reinforce the concerns that have been raised about voter apathy and the possibility of the process being hijacked by powerful interests that can also discourage voters from participating.

Do the results of Direct Democracy methods generally meet the expectations of the populace?⁴⁰ Linda Maduz observes that existing literature divides the effects of popular participation into direct effects i.e. ‘the immediate consequences of popular votes’; and indirect effects i.e. “differences in policies that do not depend on the success of a popular vote on a given proposal. They concern the changes in legislative behaviour

³⁹ C.F Strong op cit, page 293.

⁴⁰ A question for empirical research!

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

through the anticipation of the possible use of direct democratic procedures.” This can be linked with the earlier observation that the threat of having the people vote directly on a matter could force legislators and the executive to resolve a deadlock by themselves and move forward on a proposal. Linda Maduz observes further that the direct and indirect effects of popular participation “often interact in complex and subtle ways and sometimes even cancel each other out.”

What would be the effect of a referendum or any other instrument of Direct Democracy for that matter? Should the outcome be merely advisory? Should it be binding on government? The position should be clearly articulated in the Constitution or enabling legislation so as not to give room for political manipulation of the processes and outcomes in any State.⁴¹ Returning to the Nigerian situation, it should be observed that the practical effect of the referendum as demonstrated in the local government creation exercise questions the ultimate utility of Popular Participation. If Direct Democracy is meant to give the populace control over the issues submitted to them, that outcome is totally at variance with this objective.

Where a proposal is defeated in the process of Popular Participation, it stands to reason that it is shorn of the authority that enables it to be considered in the relevant period.⁴² Another perspective may further extend this effect to the future. A note of caution must be sounded in this regard.

⁴¹ The possibility of elected officials e.g. the President under a system of separation of powers, engineering a referendum to show he/she has support for an issue or for his/her government as the case may be should not be ruled out.

⁴² This may explain the limited use to which the Referendum may be applied in some States. Under the Nigerian Constitution for example, it is used only for the creation of States and Local Government Areas.

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

No society is static! Circumstances may indeed change and make today's defeated proposal an imperative for tomorrow.

The direct approval by the electorate as expressed in a referendum for example, would lend credibility and support to a legislative proposal. Where the exercise is merely advisory or consultative, popular participation can be said to merely complement representative democracy, in particular, separation of powers. Where the outcome mandatorily becomes law, the referendum sidelines them as a parallel force as it were. An observation by Professor Nwabueze on the idea of "restraints on government," (admittedly in a different context), sheds some light on the kinds of underlying issues that should both propel elected Representatives and affect the utility of popular participation. It bears repeating in detail. According to him,

“Political responsibility requires that public opinion should be one of the factors informing the actions of government. Indeed an extreme view of political responsibility postulates public opinion as the determinant of policy...On this view, government should do nothing of which public opinion disapproves. This would be carrying the idea of responsibility too far, and it is both unrealistic and misconceived; unrealistic, because it attributes to the electorate a degree of ability, which it does not possess, to rationalise its wants in terms of detailed measures and of their conformity to technical requirements; it is misconceived because it is based on too narrow a conception of governmental responsibility, which is not just to interpret and follow public opinion but to lead it along more rational and desirable lines. It is necessary to take a longer term view of responsibility as being owed not only to the individuals who constitute the electorate at a given time but also to its future members.’ Where the alternative lies between

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

conducting the community along a popular path to disaster and trying to persuade it to adopt another and better one, the statesman has to remember his responsibility to lead as well as to interpret, opinion.’⁴³

If Direct Democracy instruments are designed to promote the full participation of the electorate in the processes of government, the question does arise as to how all-embracing it is. Do all the citizens get to participate? Can they in fact do so? Apart from the constraints of limited knowledge of the issues under consideration, the low level of awareness often evident in the populace as well as the demographic challenges which could impede participation already alluded to, the particular system of government in operation has an influence on how Direct Democracy plays out. The question also arises as to who initiates the process of Direct Democracy. In some States, it is the legislators who have to refer a matter to a referendum under the Constitution. In some other States, where there is no written Constitution, the legislators also take the initiative to pass an enabling law that will allow for a referendum on a specified issue. With regard to the popular initiative, in many States, the only route to law-making is to channel proposals through legislators. Direct access for the populace is thus blocked. Overall, the Popular Initiative, like the Referendum, keeps the lines of communication between the populace and their Representatives open.

5. CONCLUSION: LESSONS FOR AFRICA

Do these facts call for jettisoning Popular Participation altogether or for a reassessment of its value? A call for a reassessment is perhaps a call for an understanding of the limits of Popular Participation; understanding that will

⁴³ B.O. Nwabueze, *Constitutionalism in the Emergent States*, C. Hurst & Company, London,(1973) p 11.

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

enable the populace optimize its potentials as a contrivance for governance. Ultimately, popular participation, like Separation of Powers is about checking and limiting power. It is obvious from the foregoing discussion that it is not every category of political power that lends itself to popular participation. Undoubtedly, popular participation can, in particular circumstances, propel the legislative function. Similarly, initiatives that proceed from Direct Democracy can drive Executive policy-making or concrete action. In neither instance are they antithetical! The same cannot be said of the judicial function in the same context because of its highly specialized nature. Except for the jury system in which ordinary citizens may participate in the trial of an accused person and the specialized judicial or quasi-judicial forum in which the lay man may sit as an assessor, (which does not bear the hallmarks of a political process),⁴⁴ the judicial function is left squarely to judges. Within the purview of Separation of Powers, the fundamental element of judicial independence as well as the largely non-political or non-partisan manner in which the judiciary is expected to operate, would render Popular Participation with all its nuances nugatory with regard to the judicial function.⁴⁵ Both principles, (Separation of Powers and Popular Participation), are complementary however and will find a place in a democracy, the one perhaps more easily than the other.

⁴⁴ Which Direct Democracy is.

⁴⁵ In some jurisdictions in the United States, judges are elected. This does introduce politics into the judiciary and may similarly introduce an element of popular participation to the judiciary and its functions. The case that arose from the presidential electoral contest between George Bush and Al Gore in which by 5 votes to 4, the U.S. Supreme Court disallowed the constitutional recount of the votes cast in the State of Florida questions the ultimate validity of the assertion that the judiciary is non-political. The fact that the Court limited the application of its decision to that particular case is just as telling!

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

Recent years have witnessed an interest in Direct Democracy which seems to be increasing by the day. Certainly, the research activities that have been undertaken into its different themes confirm this.⁴⁶ In addition, more States are including it in their Constitutions.⁴⁷ The approach to Direct Democracy has tended to vary from State to State. Switzerland where the Popular Initiative and the Referendum are the more common instruments, operates a system of Direct Democracy that is somewhat more controlled. As Linda Maduz observes, the processes there are shaped by the Popular Initiative. They “are closely linked to the procedures of representative democracy and parties⁴⁸ have a full role to play.” In addition, Direct Democracy is employed at all levels of government. As already noted, Popular Participation in the United States is only applicable in the States. It is also controlled.

The success of the popular uprisings (also referred to as the Arab Spring) that occurred in some States in North Africa within the last five years in removing sitting governments has provoked some conversation on the possibility of recognising popular uprising as an instrument of Direct Democracy. There are suggestions that perhaps some space or platform be made available in the constitutional framework to accommodate these uprisings accordingly. It should be noted straightaway that the popular uprising is a right that the populace always has. It is premised on such fundamental rights as freedom of expression, association and movement as well as the freedom to hold beliefs. A key feature of the popular uprising is

⁴⁶Sundquist, op cit, lends credence to the obvious appeal of popular participation as a device that is compatible with the functions of the legislature and the executive. In that sense, it can complement separation of powers and make it more efficient.

⁴⁷ For example, the post communist States of Eastern Europe Lithuania, Macedonia, Slovakia and Slovenia.

⁴⁸ i.e. political parties.

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

its spontaneity which develops its own dynamics, taking on a life of its own as it were. Thereafter, someone must take charge so that the process does not get out of hand. Ultimately, a successful popular uprising can in fact beget a regime change. A revolution would then have taken place! Formalising such revolts in constitutions as instruments of popular participation introduces the element of “planning/ deliberation” which strips it of its fundamental character of spontaneity. In addition, “formalisation” will play right into the hands of the military and the many “predators” that are ever so ready to take- over or control the reins of government in Africa. Their excuse will justifiably be that there is an actual or threatened descent into anarchy that threatens the survival of the State. In this scenario, the military either hijacks or crushes a popular uprising and then assumes political power. Other interests install their own puppets in power. Whichever way, a constitutional platform will make their designs easier.

Any consideration of formalising popular uprisings must therefore question the compatibility of such a move with the spirit or letters of the Constitution as expressed in provisions that outlaw the taking –over of government by any means other than democratic elections.⁴⁹ Admittedly, were a constitution to recognise popular uprising as a legitimate method of accession to government, this issue would not arise. However, the need for such a step in the context of democracy and its nuances can be questioned, particularly as the popular uprising is an inherent right that cannot be taken from the people. Rather, it is the failure of the popular uprising that can have severe consequences for its perpetrators and be deemed an offence against the State. In the final analysis, what becomes clear is that it is a very

⁴⁹See for example, section 1(2) Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999.

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

thin line indeed between treason and the fundamental rights that are encapsulated in the popular uprising!

There are lessons to be drawn for Africa where many of the States, still reeling from the failure of their post independence attempts at self rule, are now undergoing a third wave of democracy as it has been termed, the second wave having also been truncated by military rule. The failure of a good number of the States was not unrelated to the “disconnect” of the elected representatives from the electorate. In the bid to get the electorate more involved in the process of governance therefore, African States do need to consider the desirability of Direct Democracy (and greater levels thereof for that matter), in their future designs for governance. In that regard, it is reasonable to expect that they will take a cue from the experience of not only the older democracies but some newer ones as well. The inchoate result of the use of the referendum in Nigeria for example, should influence the subsequent design or refining of the constitutions of African States.

In some of these states, pluralism in different areas has made federalism a viable option. How successfully it has been applied is a different issue however. The adoption by African States of Direct Democracy instruments should similarly take into account the practice in such federal states as Switzerland and the United States and explore the possibility of utilizing aspects of their approaches in both the local and national context. All told, the utility of Popular Participation as a response to the weaknesses of the system of Representative Democracy, where properly managed, is not in doubt. As U.S. President Theodore Roosevelt in his “Charter of Democracy” Speech to the Ohio Constitutional Convention in 1912 said, “I

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

believe in the Initiative and Referendum, which should be used not to destroy representative government, but to correct it wherever it becomes misrepresentative.”⁵⁰ The real challenge lies in maintaining the correct balance between the competing claims of both approaches to governance. Some of the issues to look out for in that regard are what this paper has tried to articulate.

⁵⁰ Source: Wikipedia http://en.wikipedia.org/wiki/Direct_democracy visited 5/1/15

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

Debate (second session) 24 11 2014

المناقشة (الجلسة الثانية)

Questions relating to the communication of professor **Ameze GUOBADIA**

Intervention from the floor

And to the honourable last speaker, on the separation of power, I must say she said what have you checked on the integrity of the lawyers. Let me inform her that the bar association always checks that. And in a country like Pakistan, whole garment has changed by the bar association, the lawyers came on the streets. So, if you have a strong bar, then, they will check. They keep a vigil. That's it. That's because I am a practicing lawyer, I understand that, how the bar can control. And this aspect has been forgotten by the two professors who addressed us this morning and this afternoon. This shows that the aspect of realism and legalism is something, which has to be understood when discussing merely the theories. I thank you for your patience.

The Legal Counsel of the African Union

With respect to presentations, thank you for your presentations, particularly Pr. GUOBADIA. From your presentation, I get the issue of popular participation as currently allowed within the current constitutional dispensation that currently exists in the African continent. Now, how do you consider a constitutional space for the new dimension of popular participation that is referred to as popular uprising? Now, is there a way to constitutionally provide a space for that, I mean we are in North Africa where the situation in Tunisia led to what is referred to as the Arab Spring? Is there a constitutional space for such an uprising as a form of popular participation with regard to the other branches of government? Then,

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

finally, my question with regard to the judiciary. Do you consider the fact that the appointment of judges could be subjected to some participation by the ordinary presence through confirmation processes or nomination processes, to enable the society have a say in the appointment and, possibly, the disciplining of judges? Or situations where petitions may be driven by the people who really do understand and interact with judges who may behave badly? Thank you very much.

The head of the Ugandan Delegation

I have one or two small questions for the speaker from Nigeria. Are we looking at possible solutions, you know, through popular participation as a legal myth? Because at the end of the day where you have people going to referendum, take a decision, the Supreme Court confirms that decision but nobody takes action to implement it, what remedy do we have? Are you going to have this parliamentarians conducted to the court? What do you do at the end of the day? May be the people have to wait for a general election? But the manipulations you talked about are real. In my own country, we have a very powerful clause in the constitution that all power belongs to the people and they exercise it through election and referendum. But, when you look at the possible solutions to disobeying the powers of people, I think you end up with questioning whether it is real enforceable provision or it is a myth! I would be pleased to get a comment on that. Now, on what the Legal Counsel for the African Union talked about the popular participation, the current trends. So, we see exemplified by the Arab Spring here. I am quoting in other dimension. In this globalized world, with so many interests, isn't a real danger of an angry powerful global prayer, trying to hide under popular participation in a certain country in order to justify pole governing sources of that particular weak society.

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

متدخل من القاعة

الدستور أو أحكام الدستور غالبا ما يعبر عنها بأنها خلاصة لتراكمات اجتماعية، وثقافية، وسياسية، واقتصادية لمجتمع عرف تطورات عديدة، فالقضاء الدستوري يلعب دورا هاما في نحت وسن معالم هذه القواعد سواء عند تقنينها أو عند دسترتها، لأن هنالك خلاف لاسيما فيما يتعلق بالحريات الفردية أو الحريات الجماعية. النقطة الثانية التي أريد أن أتوقف عندها قليلا، تكلمت الأستاذة غوبادية كثيرا عن الفصل بين السلطات. اليوم لا نتكلم عن الفصل بين السلطات أكثر مما نتكلم عن التوازن والتعاون بين السلطات من جهة، ومن جهة ثانية هناك دور أهملناه هو دور المجتمع المدني المتنامي في التأثير على مسار اتخاذ القرار ومشاركته القوية في عالمنا المعاصر. النقطة الثالثة هناك الآن في الدساتير الحديثة التركيز على آلية الإخطار، حتى العديد من البلدان، في البرتغال مثلا 2500 أو 3000 مواطن، في بعض البلدان في المغرب، الدستور الأخير تكلم على منح هذه الإمكانية للمواطنين. إذن، دور المواطنة أيضا يجب أن يراعى كي نتفادى ما يسمى بالمقاومة، مقاومة التغيير أو غير ذلك. طبعاً فيه عدة ملاحظات حول هيمنة السلطة التنفيذية عن باقي السلطات، لأنها تتمتع بسلطات لا تتمتع بها السلطات الأخرى، كالتقنية وأيضاً بنك المعلومات والوسائل التكنولوجية المتطورة والتي لا تتمتع بها السلطات الأخرى. وشكراً.

متدخل من القاعة

أحدد ملاحظاتي في محاضرة الأستاذة من نيجيريا حول المشاركة الشعبية الحقيقية، السؤال الذي يتبادر للذهن: ماهي طريقة هذه المشاركة؟ كيف تشارك الشعوب في تسيير أمورها؟ قديماً في مجتمع روما، كانت الديمقراطية مباشرة. الآن لم تعد ممكنة مع تضخم عدد السكان وضخامة الدول، الديمقراطية النيابية أو التمثيلية الحقيقية والتي ركزت عليها عن طريق الانتخاب. الانتخاب أثبت أيضاً أنه مليء بالعيوب في كثير من الدول النامية وحتى المتطورة. نحن لا ننتخب الأكثر كفاءة والأكثر نزاهة، ولكن ننتخب إما على أساس عروشي أو قبلي أو

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

على أساس الصحبة أو على أساس من يقدم لنا الخدمات أكثر. ومن هنا بدأت أزمة الديمقراطية النيابية حتى في أوروبا، و بدأت الإصلاحات و بدأ الناس، تحت ضغط الشارع وضغط الرأي العام، لأن البرلمان لم تعد تمثل ناخبها و إنما انفصلت عن ناخبها و أن أعضاءها أصبخوا ضعفاء في مواجهة السلطة التنفيذية التي تهيمن على أغلب البرلمانات بسبب ضعف تشكيلة البرلمان نتيجة العوامل المتحكمة في الانتخابات، العوامل كما قلت عوامل الصحبة و القرابة و العشيرة. ما هو الحل؟ إلى من نلجأ؟ هل نتخلى عن الديمقراطية النيابية؟ هذا مبدأ ديمقراطي؟ هذا الانتخاب في لوائح الأمم المتحدة وغيرها يصعب أن يتخلى عنه. كيف نعالج المسألة باللجوء إلى الديمقراطية التشاركية؟ وقد بدأت إصلاحات في أوروبا من هذا القبيل تبحث عن طرق، وقانون البلدية الجزائري أيضا الجديد، أقول أنه تبنى بعض الصيغ الجديدة للديمقراطية التشاركية. نفسح المجال لتدخل الناخبين بين ورقة وضع التصويت وبين الانتخابات المقبلة فنسمح لهم بالمشاركة في الجلسات البرلمانية، وفي جلسات المجالس المحلية بطرح الأسئلة، بتوجيه الأسئلة إلى النواب المحليين، المجتمع المدني أيضا يقنن ويسمح له أن يكون حاضرا في المجالس المنتخبة، ولما لا في المجالس التشريعية عن طريق دعوتهم كخبراء للاستماع إليهم إلى آخر ما هنالك من الصيغ. شكرا.

Answers of Professor Ameze Guobadia

A strong bar is a check to the judiciary. But I don't think that the scenario that you painted, the fact that you give, is exactly the same thing as I envisage direct democracy. The bar has its pressure group like others can as a prelude to revolution acting as a decisive manner as to the aforementioned, but the processes of direct democracy, that I discussed, do not envisage that. Direct democracy, as discussed in the paper, envisages the system continuing. The government will continue the same if we will put your views, they will cross. This is what we want you to do. Secondly, I think that it leads to the question where is there a myth for popular uprising as a

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

form of popular participation. I agree, there is a statement that I will dictate to Lord Bryce, that every creation of a new scheme of governance, it is an oppression additional to resources of mankind. Perhaps somebody saying somewhere different time. I, frankly, I do not know that popular uprising is the same thing as popular participation. Popular uprising is an extreme form of something that leads to a revolution and a change in an existing state. And that, I think, is stretching the concept of popular participation, or stretching it beyond limits really as I envisaged. I agree that the law is constantly changing and evolving, but these are principles of governance, they will continue to evolve. But really, I cannot envisage that a popular uprising as a system of popular participation that leads to the continuation of the government system.

Now, there is something that was said about confirmation or nomination processes of judges. That will be something that accommodates or is accommodated in popular participation. Some of them were footnotes I did make the point relative to Americans. In some states, judges are elected. But the question really is: what we seem to be gaining with one hand, the power will be losing by the other. I think because the push and go lead quite there, some of the risks you may be running in a system that allows for that kind of manipulations in the appointment of judges. That is not to say, that what we have in books is nice, perfect, but somehow, somewhere, a balance has to be struck. You may do something like publishing potential names of judges who have been considered in a new way, you get those comments about what individuals are like. That could be a form of what a popular participation. But, I don't think it can go much than that.

Now, there was a question about whether I see popular participation as a myth, in the sense that what you do when the result of a referendum, for instance, is not followed? The leader of the Ugandan delegation asked that

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

question. I don't think it is a myth. I've made the point in the course of my presentation, that there are all kinds of things that are the way of having popular participation achieves the ultimate objectives. I mean, it could be even the quotas or percentages that you require to carry a decision. It could also be, in some cases, a question of implementation because sometimes it says the results of a referendum are mainly advisory, they are not mandatory. So, you get back to square word. I mean, I haven't said so. But, you see, in the context of awareness of the populists, when a position has been rejected in the vote by the populists, I think it's a signal, a letter to representatives that people do not want them. In the same manner, when we have sent a message that this is what we want and they felt to carry it out. In the unfolding drama that may ensue because democracy is a steady thing, it is not a sudden step, you take incremental steps. We did this yesterday, we said what is today, and by the next how long you feel to do it. Now, what happens to you next? As it was said about the National Assembly or something... you do not know. It may lead you to another process of recall; it may lead you to so many other things. If they continue in a state of affairs like that, it may lead to a revolution that changes everything like together. I do not see democracy as one plus one equals two; I think it is about compromises, about studied things, about steady things, about this state of affairs that we have to work towards. Yes, in this globalized world, I think you also give an answer to some of the fears. That's in a globalized world, in which democracy of interest's around. It isn't only locally or internally in the country that the hijack in the process of popular participation, or powerful politicians or blocks might influence things and manipulate them to ensure themselves. There are also powerful interests that hide on their so-called popular uprising to tap on governments that are not favourable because somebody has an interest in the economy. So, we must consider

Deuxième séance: La séparation des pouvoirs et la participation populaire

that, at some point, you may take there would be some points at which, you know, if you push them against the wall, they do not have nowhere else to go, but to come back to you. This what has happened in all the states that have had the Arab Spring, and all kinds of diseases. Very clearly, it seems to the rest of the world that people are for a time and not forever.

The point I have made about the levels of awareness and knowledge, you know, things in these African states, incrementally, those things will change. People are getting more and more enlightened, problems are beating hard. When people begin to see this, and say this is my bearer wear out, I think, the main fact I said it, we could not read everything. But, I made the point that, the main fact that there is a threat of something being taken to the populist for a vote and popular vote a referendum, sometimes serves to break a deadlock between the executive and the legislature, because they do not want people to pronounce on something that you have failed to do, even if it is a plus for the government. By the same token, the fact that something now goes to the populists. I think, it is captured in the point I made at the end, that separation of powers and popular participation are none of that. I think that popular participation is in a continuing struggle with representative democracy. I think that for as long as that struggle lasts, the more effective popular participation would be. You don't want a system, a situation in which there is no struggle between popular participation and representative democracy. It means that somewhere, somebody is taking the other one for granted, and you don't really need that. I hope I have everybody's question.

**Evolution et consécration des droits de l'homme
dans les systèmes constitutionnels africains**

Pr. KAIS Cherif

Professeur de droit public

Faculté de droit et des Sciences Politiques

Université Mouloud MAMMERI, TIZI-OUZOU, ALGERIE

Avant propos :

La présente version de cette communication est une traduction de la version initiale rédigée en langue Arabe.

Introduction :

Dans le cadre de la tenue de la conférence internationale sur les avancées en matière constitutionnelle en Afrique, organisée par le Conseil Constitutionnel algérien, il m'a été demandé de faire une communication sur l'évolution de ce mouvement par rapport aux droits de l'homme. La thématique sera abordée par l'étude de quelques modèles constitutionnels africains et leurs impacts sur les droits de l'homme, les contraintes de leur consécration opérationnelle et exécutive, non pas du point de vue du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire, la présente communication mettra l'accent sur les éléments essentiels de la thématique.

Le débat sur les droits de l'homme ne date pas d'aujourd'hui, il a été souvent soulevé dans le contexte des droits et des libertés et leur lien avec le pouvoir politique, et la société étant le cadre dans lequel ces droits sont mis en œuvre et concrétisés. De ce fait, les droits et les libertés fondamentales

Deuxième séance: évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains

ont évolué suivant l'évolution des systèmes politiques et sociaux dans plusieurs pays au centre des conflits existants entre différents pôles⁽¹⁾.

Les droits et les libertés ont dépassé le cadre restreint en relation avec la personnalité de l'individu, pour atteindre un cadre élargi dont le défi est de réaliser un équilibre entre la limite de la liberté et l'indépendance accordées à l'individu et le caractère prioritaire attribué au groupe afin de conserver la paix, la sécurité, et la stabilité au sein de la société.

Les droits et libertés, dans les civilisations, grecque et romaine, étaient décidés soit par l'autorité religieuse, soit par l'autorité gouvernante ; qui punissaient tout acte désobéissant à leurs doctrines. Aussi, les femmes et les esclaves ne jouissaient d'aucun droit civique, et n'avaient aucun droit politique leur octroyant la qualité de la citoyenneté, de même les étrangers étaient mis à l'écart de la vie politique et sociale⁽²⁾.

Le continent africain a connu une évolution significative en matière des systèmes sociaux et juridiques, tel que les droits de l'homme, compte tenu de son patrimoine et des changements structureaux et radicaux générés par les mouvements colonialistes, ce qui a engendré le renouvellement des systèmes sociaux, éthiques, juridiques au sein de ces sociétés devenues lieux de fusionnement du traditionnel, religieux et personnel avec l'ordre colonial nouveau imposé⁽³⁾.

Dans ce contexte, on distingue deux parties essentielles, l'Afrique du nord qui s'étend du Maroc et la Mauritanie à l'ouest jusqu'à l'Égypte à l'est, une partie ayant subi les invasions grecque, romaine, byzantine puis islamique et dont les patrimoines en sont influencés. L'Afrique du sud, connue communément par l'Afrique noire, est la seconde partie caractérisée par la

Deuxième séance: évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains

propagation des cultures locales anciennes influencées par les diverses doctrines religieuses ⁽⁴⁾.

De ce fait, le continent africain représente une terre riche en matière de cohabitation entre les pôles traditionnel local et autochtone et celui colonial envahisseur.

Les Etats africains sont les derniers qui accédèrent à l'indépendance aux années soixante, suite aux mouvements de libération déclenchés après la deuxième la guerre mondiale. A l'aube de leurs indépendances, ces Etats étaient contraints d'adopter ces mêmes lois européennes occidentales héritées, bien qu'elles ne concordaient pas avec leurs réalités sociales et culturelles. Cependant, la nécessité de construire un Etat de droit et de jeter les jalons des institutions constitutionnelles durables, justifient le choix de calquer les systèmes des pays coloniaux ⁽⁵⁾. Les droits de l'homme deviennent alors au centre d'intérêt des citoyens qui étaient victimes de privation et de dénie de leurs droit durant la période coloniale. C'est pour cela que les Etats africains nouveaux ont tenté de consacrer les mêmes idéaux, valeurs et règles dans leurs différentes Constitutions, pour mettre en place un Etat de droit.

Les systèmes constitutionnels dans les pays africains se caractérisent par le volontarisme juridique et politique, et consacrent constitutionnellement et théoriquement les droits et les libertés en question, sans qu'il ait une concrétisation réelle et pratique sur le terrain, vu les difficultés complexes qui freinent leur mise en œuvre.

I/ La construction de l'Etat de droit pour la concrétisation des droits et des libertés :

Les pays africains ont hérité d'un patrimoine juridique traditionnel et des systèmes coloniaux imposés, qui forment ensemble les bases du nouveau système juridique mis en place à l'aube de l'indépendance.

1- Le patrimoine juridique traditionnel et colonial :

Les systèmes juridiques dans les pays africains se caractérisent par un aspect traditionnel sous forme de mœurs, traditions et coutumes, imprégné par l'aspect religieux tel que les pays de l'Afrique de nord, ou ceux inspirés des mythes anciens et des traditions tribales tel que les pays de l'Afrique centrale. Par conséquent, les populations n'ont pas connu la loi telle qu'elle est définie par l'occident contemporain jusqu'à ce que leurs pays respectifs deviennent des colonies européennes⁽⁶⁾.

Les règles de droit naturel, associées aux traditions sociales étaient le cadre juridique des droits et libertés, leur champ était limité dans le cadre des systèmes monarchiques traditionnels répandues dans plusieurs tribus. Même dans les sociétés musulmanes, ces droits n'ont pas connu d'évolution en la matière étant donné que leurs systèmes étaient fondés sur la tyrannie, déniaient ainsi tout concept qui renforce et consacre les droits et les libertés individuels et collectifs. Ces systèmes n'ont pas reconnu le principe d'égalité entre l'homme et la femme, et ont violé les droits des femmes, bien qu'ils leurs sont conférées par la religion, tel que le droit à l'héritage, le droit au travail et le droit de choix du conjoint...⁽⁷⁾.

Le droit colonial imposé dans ces colonies a joué un rôle important dans le bouleversement des règles traditionnelles répandues auparavant, vu les

Deuxième séance: évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains

contradictions existantes entre les deux ordres juridiques. De ce fait, la mise en œuvre des règles nouvelles durant la période coloniale, a abouti à la conception d'une nouvelle régulation sociale en général, et des droits et libertés en particulier.

2- la consécration du modèle européen :

Les Etats africains indépendants ont opté pour la continuité de l'application des lois héritées des puissances coloniales à l'exception de celles contraires à la souveraineté nationale, et ce en attendant la mise en place des institutions constitutionnelles nouvelles de l'Etat, et la confection d'un ordre juridique national. Et à titre d'exemple nous citons la loi promulguée en Algérie le 31/12/1962 portant sur la continuité de l'application des lois françaises à l'exception de celles contraires à la souveraineté nationale appliquée jusqu'au 05/07/1975⁽⁸⁾, de même le Sénégal en date du 21/02/1961 et le Congo Brazzaville le 05/08/1961.

Dès l'indépendance, les Etats africains ont œuvré à la mise en place d'un Etat de droit suivant les normes européennes ; pour cela, ils ont adopté un ensemble de principes tels que la suprématie de la Constitution, la souveraineté du droit, la constitutionnalisation des droits et libertés, la séparation des pouvoirs et l'indépendance de la justice ; afin de garantir à leurs populations respectives des conditions d'épanouissement et d'atteindre un niveau de progrès économique et de prospérité sociale, notamment en matière des droits et libertés⁽⁹⁾.

Etant donné que l'Organisation des Nations Unies a soutenu les mouvements de libérations dans le monde et a consacré le droit des peuples à l'autodétermination ; la majorité des pays africains ont procédé à la

Deuxième séance: évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains

ratification des conventions internationales portant sur les droits de l'homme, auxquelles ils se sont référés dans leurs lois fondamentales, tel est le cas de la Mauritanie qui dans sa Constitution de 1991, modifiée en 2006 a inséré la déclaration universelle des droits de l'homme du 10/12/1948, ainsi que le pacte africain des droits de l'homme et des populations promulgué le 28/06/1981⁽¹⁰⁾, et celui de la Côte d'Ivoire dans sa Constitution de l'an 2000⁽¹¹⁾. De même pour le Sénégal dans la Constitution de 2001, modifiée et complétée, s'est inspirée de plusieurs textes de références tels que la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la convention internationale de l'éradication du racisme contre les femmes de 1979, la convention internationale portant sur les droits de l'enfant de 1989⁽¹²⁾.

De ce fait, les Constitutions de ces Etats n'ont pas manqué de citer, d'énumérer et de détailler les droits et les libertés fondamentales, à l'instar de la Constitution de l'Etat de l'Afrique du sud qui a réussi la transition du régime d'apartheid vers la construction d'un régime démocratique. Malgré les contradictions sociales qui traversent la société sud-africaine, la Constitution de 1996 a mis fin au racisme et à l'exploitation en intégrant en son sein un grand chapitre dénommé document des droits et des libertés. Ce document est le texte le plus détaillé en Afrique, il contient tous les mécanismes de définition, de mise en œuvre des droits et des libertés, notamment durant les circonstances exceptionnelles (12bis).

Le constitutionalisme africain a connu trois étapes essentielles depuis l'accès des pays africains à l'indépendance à ce jour. Toutefois, certains auteurs estiment que ces trois périodes peuvent être réduites à deux.

- La première étape : Elle débute de l'année 1960, date d'accès à l'indépendance de la majorité des pays africains, elle s'étend jusqu'à

Deuxième séance: évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains

l'année 1965. Cette étape est caractérisée par la reconduction des modèles juridiques et institutionnels coloniaux, occidentaux afin d'édifier l'Etat de droit et la garantie des droits et les libertés. Pour cela, le droit a été mobilisé pour développer la société caractérisée par son aspect traditionnel et tribal⁽¹³⁾.

- La deuxième étape : Elle s'étend de 1965 à 1990, durant laquelle plusieurs conflits internes ont déchiré les Etats africains nouvellement indépendants. Cette étape est caractérisée par la prolifération de plusieurs coups d'Etat militaires qui ont instauré des régimes de dictatures militaires, ou les droits et les libertés ont disparus. Durant cette période l'Afrique est devenue un grand cimetière de droits et de libertés⁽¹⁴⁾.
- La troisième étape : Elle s'étend de la fin de 1990 à ce jour durant laquelle plusieurs Etats africains ont engagé des réformes économiques et constitutionnelles profondes pour rétablir les droits et les libertés et construire de véritables Etats de droit.

Le processus des réformes engagées par les pays africains met en avant les grands principes classiques répondus dans les systèmes politiques occidentaux, tel que la séparation des pouvoirs, le contrôle politique des institutions de l'Etat, l'indépendance de la magistrature, et l'alternance démocratique au pouvoir⁽¹⁵⁾.

II -les limites de la consécration des droits et libertés :

En dépit de l'évolution qu'ont enregistrées les Constitutions des Etats africains en matière de constitutionnalisation théorique des droits de l'homme et des libertés, soit par leur recensement ou par la ratification des pactes internationaux y afférent, les mécanismes juridiques leur mise en

Deuxième séance: évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains

œuvre pratique et réelle ont toujours fait défaut. Les limites contraignantes à l'effectivité de ces droits et libertés sont liées à trois éléments fondamentaux.

1- Le phénomène de l'ineffectivité des règles juridiques :

Les constitutions et les documents politiques mettent en place un cadre général des droits et libertés par leur consécration, garantie et protection, tandis qu'ils ne détaillent pas les modalités de leur application et les mécanismes de leur mise en œuvre, d'où la nécessité de promulguer les textes législatifs et réglementaires pour déterminer ces détails et préciser les conditions de leur application⁽¹⁶⁾.

La norme juridique est complexe et multiple, pour cela, nous devons l'analyser sous divers aspects, soit de par son contenu matériel, soit de par la nature de la partie qui l'a élaboré (aspect organique) ou de par ses finalités. De ce fait, il ressort que l'aspect lié à la fonction qui est lui est attribuée, est l'angle le plus important permettant son analyse objective et réelle. La loi, contrairement à ce qui est répondu, ne reflète pas souvent la réalité sociale dans ses aspects multiples, mais opère une restructuration des comportements sociaux en fonction des intérêts et des priorités majoritairement établis. A cet égard, la loi doit élaborer des conceptions nouvelles des comportements devant être ancrés en société, et œuvrer à la répression et à l'interdiction des agissements auxquels les individus se sont déjà habitués. De ce fait, elle ne reflète plus les réalités sociales, mais elle en crée d'autres⁽¹⁷⁾.

Le droit contemporain revêt un caractère Etatique étant donné qu'il est élaboré par l'Etat. L'évolution de la société dans plusieurs domaines, a

Deuxième séance: évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains

requis l'exclusion des modèles anciens de production de loi qui sont les mœurs et traditions et leur substitution par le droit positif produit par l'Etat. Le caractère complexe et compliqué de la fonction gouvernementale, a abouti à l'adaptation de la norme juridique de part son contenu, sa forme, et son rôle afin de permettre la mise en œuvre des divers programmes élaborés et la concrétisation des objectifs qui lui sont assignés ⁽¹⁸⁾. Ainsi, la norme juridique est donc un outil de gouvernance, pour l'accomplissement de la fonction gouvernementale ⁽¹⁹⁾.

L'élaboration des textes tant législatifs qu'exécutifs est monopolisée par le gouvernement, et l'administration qui se sont appropriées la fonction législative et l'élaboration des règles juridiques. L'administration propose les lois dans la majorité des cas, et veille à leur élaboration, en assure le suivi comme elle prend en charge leur mise en œuvre et exécution sur le terrain.

L'organe exécutif (sous l'autorité du Président de la République) joue un rôle efficace et primordial dans le processus de production du droit, étant donné qu'aucune loi n'est promulguée sans son aval, comme il programme ces textes conformément aux priorités du programme gouvernemental présidentiel dans toutes ces dimensions, idéologiques, économiques, sociales, etc.... Aussi, Il procède à la modification de l'arsenal juridique existant suivant les nouvelles orientations⁽²⁰⁾.

Nous avons souligné auparavant le conflit existant entre le droit traditionnel et /ou religieux appliqué dans les sociétés africaines et le droit colonial qui a été imposé par le colonisateur.⁽²¹⁾ Suite à la continuité du droit colonial dans la majorité des pays africains post-indépendants, les contradictions et conflits ci-dessus cités ont imprégné le nouveau droit national qui n'est

Deuxième séance: évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains

qu'une copie plus ou moins conforme au droit européen. De ce fait, une résistance aux changements ⁽²²⁾ s'est installée dans les sociétés africaines, notamment en matière des droits des femmes et des enfants. A titre d'exemple, plusieurs pays africains permettent l'exploitation des enfants et des mineurs dans les domaines du travail et le port des armes dans les conflits internes, en dépit de leur interdiction dans les divers pactes internationaux ratifiés par ces pays. C'est le cas, aussi, de la violence contre les femmes et leur privation de leurs droits et libertés, en dépit de l'existence d'un système juridique qui les protègent contre cette injustice. Parallèlement au droit formel, il ya une réalité sociale qui impose un cadre limité pour les droits des femmes suivant la volonté de leurs maris et- ou tuteurs.

Nous avons souligné le rôle actif joué par l'administration dans l'élaboration des lois ⁽²³⁾. Compte tenu du statut juridique dont jouit cette dernière, parmi d'autres institutions étant l'organe exécutif de l'Etat, elle veille au respect de la loi, à sa mise en œuvre ainsi qu'à son application. Toutefois, l'Administration, , a souvent exploité cette position de suprématie pour violer la loi, notamment quand il s'agit d'interpréter ses clauses en sa faveur en raison de son caractère général et flexible, citons l'exemple de l'interdiction des manifestations publiques sous prétexte de maintenir l'ordre public ⁽²⁴⁾, le refus du droit à la grève aux syndicats revendiquant les droits des travailleurs, par l'instrumentalisation de la justice afin de se prononcer en sa faveur et de déclarer l'illégalité de la grève ... etc.

Les diverses lois fondamentales insistent sur le rôle que doit jouer l'administration pour assurer l'application et la mise en œuvre de la loi. Etant l'organe exécutif de l'Etat, l'administration se charge de prendre toutes les dispositions et les mesures nécessaires pour mettre la loi en vigueur et lui

Deuxième séance: évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains

assurer une application optimale ⁽²⁵⁾. Dans ce contexte, le domaine d'intervention de l'administration a évolué en passant de la restriction à l'extension en fonction de l'évolution des domaines de la loi et du règlement. Le domaine du règlement est devenu après la promulgation de la Constitution française de 1958 étendu et ce après avoir été restreint dans le cadre de l'application de la loi dans les constitutions précédentes. A cet égard, le domaine de la loi est devenu restreint dans les matières énumérées par la loi fondamentale et celui du règlement devenu étendu à toutes celles ne relevant pas du domaine de la loi.

La Loi se limite à l'élaboration des règles générales et les principes généraux dans les domaines qui lui sont consacrés, tandis que le règlement encadre et précise les détails et comble ses lacunes lors de sa mise en œuvre et de sa concrétisation sur le terrain ⁽²⁶⁾. En principe, l'administration est responsable de veiller au respect de la loi et de son application. Mais cette dernière disposant du privilège de la puissance publique lui attribuant une position supérieure aux individus, peut se situer au dessus de la loi. De ce fait, seul le pouvoir judiciaire, peut intervenir pour annuler toute action par laquelle l'administration dépasse ses pouvoirs et viole la loi ⁽²⁷⁾.

Dans le domaine de l'exécution et de l'application de la loi, l'administration s'engage à prendre toutes les dispositions et procédures nécessaires, dans un délai raisonnable et dans les limites du respect du texte et l'esprit de la loi objet d'application. Etant donné que la loi se limite aux principes règles généraux, sans aller aux détails d'application, la réglementation se charge de préciser les modalités de son application même si la loi ne fait pas référence expresse à la nécessité de promulguer un texte réglementaire. Ce principe a été consacré par le Conseil d'Etat algérien dans son arrêt daté du

Deuxième séance: évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains

20/05/2003, concernant une action portant sur les droits matériels des juges exerçant à la cour des comptes, qui n'ont pas perçus leurs indemnités en raison du retard fait par le Gouvernement quand à l'élaboration des textes d'application de la loi relative au statut des juges de la cour des comptes, qui leur a attribué des droits considérables ⁽²⁸⁾.

Lors de l'application et de la mise en œuvre de la loi, l'administration s'engage à respecter ses dispositions et s'abstient toute dérogation conformément au principe de la légalité. Néanmoins, l'administration transgresse souvent la loi intentionnellement, soit dans des circonstances normales ou dans des circonstances exceptionnelles ⁽²⁹⁾.

Conformément au principe de la légalité, l'administration s'engage à respecter la loi et à ne pas transgresser ses dispositions, soit de point de vue de la hiérarchie juridique ou dans le fond, en particulier en ce qui concerne les droits et les libertés des personnes. En cas de violation de ce principe, les décisions administratives font objet de contrôle juridictionnel devant le juge administratif qui assure la soumission de l'administration à la loi.

Cependant l'administration a souvent violé la loi lors de sa publication et mise en application, profitant de sa position privilégiée étant donné que c'est elle qui confectionne le premier noyau de la loi et c'est elle qui la met en œuvre. Dans d'autres cas, l'administration transgresse la loi délibérément, sans justification valable, sauf le fait que la loi ne sert pas ses intérêts, et procède à la création d'une légalité parallèle à la légalité initiale ⁽³⁰⁾.

2- L'inefficacité du contrôle de constitutionnalité des lois :

Le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les Etats africains souffre du phénomène de son inefficacité. En effet, certains Etats africains l'ont

Deuxième séance: évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains

attribué au Conseil constitutionnel, comme l'Algérie, le Cameroun, la Mauritanie, la Côte d'Ivoire, le Sénégal, tandis que d'autres l'ont confié à la Cour constitutionnelle, comme le Maroc, la Tunisie et la République d'Afrique du Sud ⁽³¹⁾.

Plusieurs facteurs déterminent l'inefficacité du contrôle de la constitutionnalité des lois dans les systèmes constitutionnels africains. Certains sont liés à l'organisme chargé d'exercer ce contrôle où la majorité de ses membres sont nommés par le chef de l'exécutif. A ce titre, le Conseil constitutionnel mauritanien est composé de six membres, trois membres nommés par le Président de la République, y compris le président, qui a le privilège de la prépondérance de sa voix en cas d'égalité des votes, deux sont nommés par le Président du Conseil national, et un membre est nommé par le Président du Sénat.

Le Conseil constitutionnel algérien, est composé de neuf membres dont trois sont nommés par le Président de la République, y compris le Président, qui a le privilège de la prépondérance de sa voix en cas d'égalité des votes, deux sont élus par l'Assemblée Populaire Nationale, deux autres élus par le Conseil de la Nation et un par le Conseil d'Etat, et l'autre par la Cour Suprême.

La Cour constitutionnelle marocaine, est composée de 12 membres, dont six sont nommés par le Roi, trois élus par la Chambre des Représentants, et trois élus par la Chambre des conseillers, et c'est le Roi qui choisit le Président parmi ces 12 membres. Le Conseil Constitutionnel Camerounais est composé de 11 membres, trois d'entre eux sont nommés par le Président de la République, y compris le Président, qui a le privilège de la

Deuxième séance: évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains

prépondérance de sa voix en cas d'égalité des votes, trois sont nommés par le Président de l'Assemblée Nationale, après consultation avec le Bureau de l'Assemblée, trois sont nommés par le Président du Sénat après consultation de son bureau, deux sont nommés par le Conseil supérieur de la magistrature. Comme ils sont considérés membres à vie, les anciens Présidents de la République.

A travers ces exemples, nous déduisons que le chef de l'Exécutif exerce son influence sur ces instances par le biais de la dépendance organique de la majorité des membres qui les constituent, ce qui affecte négativement la rentabilité de leurs activités et de leur travail ⁽³²⁾.

Par ailleurs, nous relevons l'aspect positif de cette composition ayant un caractère politique dans la plupart des régimes africains, qui assure la représentation des trois pouvoirs au sein de l'organe en charge du contrôle constitutionnel par la nomination ou l'élection de leurs représentants. Ainsi, le problème ne se pose pas dans la composition de ces organes, mais dans l'inégalité du nombre de représentants des trois pouvoirs, d'une part, et dans la nécessité d'élire le Président de cet organe par ses membres, d'autre part. Comme il est utile de souligner la nécessité et l'exigence de la spécialisation dans le domaine des sciences juridiques et sciences politiques des membres de ces organes de contrôle de constitutionnalité afin d'assurer leur efficacité optimale.

En outre, cette inefficacité peut être liée au mécanisme de saisine de l'organe chargé du contrôle constitutionnel, où la majorité des systèmes constitutionnels africains limitent les autorités compétentes pour saisir ces organismes, au chef de l'Etat, aux Présidents des chambres parlementaires et à un pourcentage élevé de parlementaires et sénateurs. La Constitution

Deuxième séance: évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains

Mauritanienne et la Constitution camerounaise stipulent qu'un tiers des membres de l'Assemblée Nationale ou un tiers des sénateurs peuvent saisir cet organe de contrôle, tandis que la Constitution camerounaise cite aussi les gouverneurs des provinces quand le texte objet de contrôle concerne l'intérêt de cette région.

La Constitution marocaine exige 1/5 des membres de la Chambre des Représentants ou 40 membres de la Chambre des Conseillers pour saisir la Cour constitutionnelle. Quant à l'expérience algérienne dans le domaine de saisine du Conseil constitutionnel, c'est le Président de la République et les Présidents de l'APN et du Conseil de la Nation qui détiennent le pouvoir de saisine. A cet effet, à l'exception des cas de contrôle obligatoire relatifs aux lois organiques et aux règlements des deux assemblées parlementaires, l'activité du Conseil constitutionnel algérien est presque insignifiante. La structure du système politique algérien a démontré que depuis la consécration de ce contrôle, il est un système fondé sur l'unicité de la majorité parlementaire et l'institution présidentielle, de ce fait, le Président de l'Assemblée Populaire Nationale et le Président du Sénat ne se sont jamais opposés aux textes juridiques approuvés par le Parlement pour les présenter au Conseil constitutionnel pour examen de l'éventualité de transgression de la Constitution ⁽³³⁾.

Le Président de la République a exprimé sa volonté d'accorder aux membres des deux chambres parlementaires la prérogative de saisir le Conseil constitutionnel à l'occasion des consultations sur la modification de la Constitution organisées au mois de Juin 2014. Si cet amendement réduit le nombre de membres devant signer la lettre de saisine du Conseil constitutionnel, l'activité de contrôle de ce dernier sera redynamisée ⁽³⁴⁾.

Deuxième séance: évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains

Par ailleurs, l'expérience des pays africains en matière de contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois par la technique de la question prioritaire de constitutionnalité, n'est pas pertinente en raison de l'immaturation de la culture juridique et politique des populations africaines n'ayant pas atteint le niveau d'intéressement nécessaire aux questions constitutionnelles, en particulier en ce qui concerne les droits et les libertés. Mais malgré cela, le texte de la nouvelle Constitution tunisienne de 2014, autorise les tribunaux de soulever les questions prioritaires de constitutionnalité devant la Cour constitutionnelle avant de statuer dans le fond. De même, la Constitution marocaine de 2011 a consacré ce principe, à condition que son objet se rapporte aux droits et libertés. Nous citons également les pays africains, qui ont consacré après leurs indépendances le modèle anglo-saxon pour le contrôle de constitutionnalité des lois, qui permet à tout citoyen de soulever la question de la constitutionnalité de toute disposition législative devant les tribunaux⁽³⁵⁾.

Cependant, et en dépit du progrès enregistré par certains pays africains, la consécration de ce modèle de façon efficace et effective demeure très difficile, du fait que les questions relatives à la constitutionnalité des lois ne sont pas au centre d'intérêt des citoyens africains noyés dans les problèmes sociaux et économiques, en plus de la mauvaise performance de l'appareil judiciaire dans les expériences africaines.

3 - La mauvaise performance de l'appareil judiciaire:

Le pouvoir judiciaire est dans les systèmes comparés le garant principal et fondamental des droits et libertés, eu égard à l'indépendance dont il jouit vis-à-vis des autres pouvoirs organiquement et fonctionnellement. Dans les pays africains, au nord comme au sud, le pouvoir judiciaire n'a pas atteint le rang de pouvoir indépendant par rapport aux pouvoirs exécutif et législatif.

Deuxième séance: évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains

Examiner les raisons et considérations du déclin de cet appareil, nous renvoie à souligner le manque de moyens humains nécessaires à l'accomplissement de son rôle de garant de l'Etat de droit. En effet, le manque de disponibilité de compétences nécessaires pour encadrer la fonction judiciaire, qui est de plus en plus complexe en raison de la complexité croissante du droit, qui devient de plus en plus technique «phénomène de la technicité du droit» suite à l'évolution de la vie humaine dans tous les domaines, constitue un handicap majeur à la performance de cet appareil.

Aussi, de nombreux régimes africains souffrent également du phénomène de la dépendance de l'institution judiciaire vis-à-vis du pouvoir exécutif, organiquement et fonctionnellement. Cette dépendance apparaît, du point de vue organique, dans la dépendance de la carrière professionnelle des juges, des Conseils Supérieurs de la magistrature, qui sont à leur tour dépendants du pouvoir exécutif. En effet, c'est le pouvoir exécutif qui détermine les salaires des juges, affectant ainsi leur indépendance et liberté⁽³⁶⁾.

Devant cet état de fait, plusieurs régimes africains ont développé de nouvelles stratégies pour la réforme du système judiciaire et pour améliorer ses performances ; soit par l'adoption de garanties constitutionnelles pour affirmer son indépendance vis-à-vis de toute sorte de pouvoirs ; soit par la programmation de cycles de formations spécialisées en direction des juges pour maîtriser les nouvelles disciplines ayant intégré l'arsenal juridique national ; notamment en matière de développement technologique et la propagation de crimes liés à l'informatique et la criminalité organisée.

A titre d'exemple, l'Algérie, a mis en place une commission de réforme de la justice depuis l'année 2000 dont certaines de ses recommandations sont

Deuxième séance: évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains

en phase de mise œuvre. Nous citons aussi la Tunisie dans sa nouvelle Constitution, notamment l'article 106, où il est indiqué que les juges sont nommés par décret présidentiel sur «avis conforme» du Conseil supérieur de la magistrature, ainsi que les juges suprêmes qui sont nommés par décret présidentiel sur proposition exclusive du même conseil. En outre l'article 107 de la même Constitution stipule que les juges ne peuvent être mutés sans leur consentement, et que toute sanction à l'égard des juges doit être justifiée et argumentée par le Conseil supérieur de la magistrature.

La Constitution marocaine de 2011, a noté dans l'article 109 que nul ne peut exercer une pression et influence sur le juge, et au cas où ce dernier en est victime, il est tenu d'aviser le Conseil supérieur de la magistrature. A cet égard, un atelier chargé de la réforme de la justice au Maroc a été mis en place afin de proposer les voies et moyens d'atteindre l'indépendance du pouvoir judiciaire.

En somme, toutes ces réformes dont fait l'objet l'appareil judiciaire dans plusieurs Etats africains, constituent une reconnaissance explicite de ces systèmes de la faiblesse du système judiciaire et du manque de sa performance ⁽³⁷⁾.

Conclusion:

Après plus d'un demi-siècle d'indépendance, les Etats africains sont encore au stade de la construction de l'Etat. En effet, la majorité des régimes constitutionnels africains sont à la recherche du projet de société convenant à chaque Etat d'une part, et se confinent dans le calcul du dosage équilibré de libertés et de droits pouvant assurer une régulation politique et sociale qui peut garantir la paix et la stabilité durables, d'autre part. Le droit africain a toujours été en déphasage par rapport à la réalité sociale, en avance par

Deuxième séance: évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains

rapport à la société⁽³⁸⁾, il doit accomplir une fonction décorative⁽³⁹⁾ faute de réaliser la fonction éducative de la société. La majorité des régimes politiques africains excellent dans l'art du mimétisme juridique sélectif des systèmes juridiques occidentaux, en dosant les Constitutions par les principes universels relatifs aux droits de l'homme et aux libertés, d'un côté, et en vidant ces derniers de tout sens dans le corpus juridique législatif et réglementaire d'un autre.

Le processus de réforme de l'Etat en Afrique est encore long, il doit traverser toutes les phases nécessaires à son accomplissement pour édifier une société de justice, de droits et de libertés.

Les références bibliographiques :

1. Henri OBERDOFF : Droits de l'homme et libertés fondamentales, 2^{ème} ed Paris 2009 p. 4 et ss.
2. Idem p 21 et ss.
3. Jean BRUYAS : Les institutions de l'Afrique noire moderne, l'Harmattan Paris 2008 p. 39 et ss.
4. Jean BRUYAS : Op cit p. 40 et ss.
5. Adama KPODAR : Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone p. 15 et ss.
6. Jean BRUYAS : op cit p 41 et ss.
7. خاصة في المناطق الريفية في البلدان المغاربية، حيث تحرم النساء من حقهن في الميراث في مجال العقارات، حيث يخصص لمن نصيب على الشيوع، مهما كان عددهن، للانتفاع به في حالة طلاق أحدهن من زوجها....
8. Ahmed MAHIOU : Rupture et continuité du droit en Algérie, RASJEP N° spécial 20^{ème} anniversaire de l'indépendance 1982 p. 107 et ss.

Deuxième séance: évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains

9. Adama KPODAR: op cit p. 2 ET ss.
10. أنظر ديباجة الدستور الموريتاني الصادر في 1991 والمعدل والمتمم في 2006.
11. أنظر ديباجة الدستور الإفواري لسنة 2000 المعدل والمتمم.
12. أنظر ديباجة الدستور السنغالي لسنة 2001 المعدل والمتمم عدة مرات خاصة في 2008.
- 12 مكرر- للمزيد من التفصيل حول وثيقة الحقوق والحريات، راجع المواد من 7 إلى 39 دستور دولة جنوب إفريقيا المؤرخ في 1996/12/10، الذي دخل حيز التطبيق في 1997/02/04.
- 1- Adama KPODAR : op cit p. 5 et ss.
- 2- Idem p. 6.
- 3- Idem P. 7.
13. راجع في هذا الصدد، كايس شريف: ظاهرة عدم فعالية القواعد القانونية في الجزائر، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2006 ص 11 وما بعدها.
14. CHALABI Elhadi et MEKARBECH Charef : Les fonctions de la loi. RASJEP N° 3/1985, pp. 712 et ss.
15. ZOUAIMIA Rachid : Le droit économique dans la régulation en Algérie. RADIC V2 Pt1 T2 N°01 1990, pp. 103 et ss.
16. أنظر، لونا سي بجميقة : السلطة التشريعية في الدستور الجزائري لسنة 1996 رسالة دكتوراه دولة في القانون جامعة مولود معمري تيزي وزو 2007، ص 27 وما بعدها.
17. المرجع السابق، ص 120 وما بعدها.
18. Jean BRUYAS : op. cit. p. 39 et ss.
19. BENZAZZI Lakhdar : Les résistances aux changements. Revue IDARA N° 23/2003, pp. 129 et ss.
20. أنظر، كايس شريف: المرجع السابق ص 81 وما بعدها.
21. يجب أن يتوفر في القاعدة القانونية عنصر الدقة والوضوح حتى يضمن تنفيذها بشكل سليم. فإذا كانت عباراتها غامضة أو مطاطة، سيصعب تطبيقها وتنفيذها بذلك تساهم في عدم فعاليتها، فالقاعدة القانونية، يجب أن تحقق التطبيق والتنفيذ الذاتي (self executing)
- Cf : Jean BRUYAS :op cit p. 55 et ss.

Deuxième séance: évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains

25- تنص على ذلك معظم الدساتير الإفريقية كالدستور الجزائري، والدستور الكاميروني، والدستور الموريتاني...الخ.

26- أنظر في موضوع مجال القانون و مجال اللائحة،

DE SOTO J : La loi et le règlement dans la constitution du 04/10/1958. RDP N° 02 1959, p. 240 et ss .

27- أنظر، كايس شريف: المرجع السابق، ص 174 و ما بعدها.

Cf : - VEDEL Georges : La soumission de l'administration à la loi.

القانون والاقتصاد عدد 1952/02، صفحة 1 وما بعدها.

28- قرار مجلس الدولة رقم 013948 مؤرخ في 2003/5/20 سعدي رايح ضد رئيس حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية. قرار غير منشور.

29- أنظر، كايس شريف: المرجع السابق، ص 222 و ما بعدها.

30- ZOUAIMIA Rachid : Op cit p. 110 et ss.

31- راجع في هذا الصدد:

المادة 165 من دستور الجزائر لسنة 1996 المعدل والمتمم،

المادة 81 من الدستور الموريتاني لسنة 1991 المعدل والمتمم.

المادة 51 من الدستور الكاميروني لسنة 1972 المعدل في 1996/1/18.

المادة 89 من دستور كوت ديفوار لسنة 2000.

المادة 89 من دستور السنغال لسنة 2001 المعدل والمتمم.

أما المحاكم الدستورية، راجع:

المادة 131 من دستور المغرب لسنة 2011.

المادة 118 من دستور تونس لسنة 2014.

المادة 167 من دستور دولة جنوب إفريقيا لسنة 1996.

32- راجع الدساتير المشار إليها أعلاه في الهامش رقم 31 .

33- للمزيد من التفصيل، راجع:

Cf : YELLES CHAOUCH Bachir : Le conseil constitutionnel en Algérie : du contrôle de constitutionnalité à la créativité normative. OPU Alger 1999 p. 11 et ss.

Deuxième séance: évolution et consécration des droits de l'homme dans les systèmes constitutionnels africains

- نبالي فطة: دور المجلس الدستوري الجزائري في حماية الحقوق والحريات - مجال ممدود وحول محدود- رسالة دكتوراه في القانون، جامعة تيزي وزو 2010 ص 12 وما بعدها.
- 34- راجع المادة 166 من دستور الجزائر سنة 1996 المعدل والمتمم، وكذا مذكرة رئاسة الجمهورية حول تعديل الدستور التي تقترح تعديل هذه المادة بمنح كل من الوزير الأول و70 نائبا في المجلس الشعبي الوطني أو 40 عضوا في مجلس الأمة، إخطار المجلس الدستوري. وأرى في هذا المجال ضرورة تخفيض هذا العدد إلى العدد المشترك لاقتراح القانون في البرلمان، أي 20 نائبا في المجلس الشعبي الوطني أو 20 عضوا في مجلس الأمة، وذلك حتى يتسنى للمعارضة في البرلمان من ممارسة هذا الاختصاص.
- 35- راجع المادة 120 من دستور تونس لسنة 2014، و المادة 133 من دستور المغرب لسنة 2011.
- 36- Ahmed MAHIOU : A propos de l'indépendance de la justice en Algérie ; in mélanges en l'honneur du Professeur Mohand ISSAD, AJED Alger 2011 p. 392 et ss.
- 37- راجع مقررات الندوة الدولية حول إشكالية القضاء في البلدان المغاربية، المنظمة في جامعة محمد الأول بوجدة بالمغرب يومي 9 و 10 ماي 2014 .
- 38- نقلت هذه العبارة من مقال للأستاذ رشيد زوايمية بعنوان: من أجل نظام داخلي جديد: ملاحظات حول توحيد القانون من خلال أحكام القانون الأساسي للعامل , مجلة العلوم القانونية و الإدارية عدد 2 1988 ص 36.
- 38- حول فكرة القانون الزخرفي (Le droit décoratif) راجع:
- Rachid ZOUAIMIA : Le droit économique.... Op cit p. 115.

Les travaux de la conférence africaine d'Alger

sur le Thème

**" Les avancées en matière
de droit constitutionnel en Afrique "**

Troisième séance

- Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains
- Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique
- Flux et reflux dans le nouveau constitutionalisme africain
- Réflexions sur les tendances (positive) du néo-constitutionnalisme africain

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

Ismaila Madior Fall

Professeur de droit public et de science politique

Ministre auprès du Président de la République

Conseiller juridique

La caractérisation la plus courante des régimes politiques africains est celle de présidentialisme¹, c'est-à-dire un régime dans lequel le jeu des institutions s'articule autour de la figure du Président de la République². Régime dans lequel « *le Président de la république représente le pouvoir tout court* »³. Le propos de Gérard CONAC est illustratif de cette réalité abondamment étudiée : « *Le Chef de l'État était la clef de voûte des institutions politiques. Il est au centre de tout. C'est lui qui bâtit la nation, dirige l'État et le personnalise à l'extérieur comme à l'intérieur* »⁴. Avec, il est vrai, des manifestations différentes, cette réalité n'est pas vraiment une spécificité africaine comme la littérature dominante a voulu le faire croire. Elle est universellement observable dans les systèmes politiques dirigés par

¹ J. BUCHMANN, *L'Afrique noire indépendante*, Paris, LGDJ, 1962. B. ASSO, *Le Chef de l'Etat africain : l'expérience des États de succession française*, Paris, Albatros, 1976. G. CONAC, « Le présidentialisme en Afrique : unité et diversité. Essai de typologie » (Communication à la Table-ronde de Bordeaux des 4 et 5 février 1977, Association française de Science politique, IEP de Bordeaux. Pour une étude du présidentialisme au regard de la classification des régimes politiques, V. R. MOULIN, *Le présidentialisme et la classification des régimes politiques*, Paris, LGDJ, 1978.

² Cf. « Le renouveau du droit constitutionnel et la question des classifications en Afrique : quel sort pour le régime présidentiel ? » *RFDC*, N° 93, 2013, p. 1.

³ J. OWONA, « Le pouvoir exécutif », in *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, T. I, « L'Etat et le droit », Dakar, Lomé, Abidjan, NEA, 1982, p. 97.

⁴ G. CONAC, « Portrait du Chef de l'Etat africain » in *Pouvoirs* n° 25, 1983, p. 121.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

un Président entouré de prestige comme celui de la France⁵ ou des pays d'Amérique latine⁶.

Au demeurant, ce sont déjà les juristes d'une époque qui n'était pas vraiment celle de la magnificence de la fonction présidentielle qui le décrivent bien. « *L'expression chef de l'Etat -avertit le Doyen Duguit- implique l'idée d'un individu qui est investi, en vertu de sa situation sociale d'un pouvoir propre, d'une puissance de fait. Ce n'est pas la Constitution positive qui crée cette force et ce pouvoir ; ils sont le produit de l'état social ; elle se borne à les organiser* »⁷. BARTHELEMY et DUEZ affirment dans le même sens : « *Pour que le Président fût fort, les constituants l'ont entouré de prestige, l'ont déclaré irresponsable et l'ont surchargé d'attributions* »⁸. A leur suite, Marcel PRELOT fait remarquer que « *Le Président est le premier personnage de l'Etat. Il a le pas sur tous les autres titulaires d'une fonction politique* »⁹.

Le primat présidentiel est bien, sous réserve des contingences socio-politiques de chaque pays, une réalité universelle dans les républiques présidentielles. Le jeu des institutions si sophistiqué soit-il, si attaché soit-il à la séparation des pouvoirs et à l'aménagement de contre pouvoirs, le Président, élu au suffrage universel, demeure toujours l'épicentre des

⁵ Jean GICQUEL a pu écrire à ce propos : « *décideur, bâtisseur, pierre de fondation des institutions, en un mot, le Président mérite plus que quiconque, au sein des démocraties pluralistes, le titre enviable de monarque républicain* ». J. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 2007, p. 653

⁶Le phénomène a des échos en Amérique latine où Simon BOLIVAR surnommé le Libertador concevait le Président comme « *le soleil qui ferme en son centre, donne vie à l'univers* ». Cité par Boubacar Ba, *L'institution présidentielle dans le nouveau constitutionnalisme des Etats d'Afrique et d'Amérique latine (Afrique du Sud, Bénin, Ghana, Sénégal, Brésil, Chili, Colombie)*, thèse de doctorat en droit, Université Cheikh Anta Diop, 2013, p. 18.

⁷ *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Paris, Dalloz, , 1^{ère} édit, 1903, réédit. 2005, p. 316.

⁸ J. BARTHELEMY et P. DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, Ed. Panthéon-Assas, Coll. « Les introuvables », 2004, p. 616.

⁹*Institutions politiques et Droit constitutionnel*, Paris, 4^{ème} édition, 1969, p. 655.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

institutions auquel tout se réduit par moments ou en permanence. Il demeure le meneur de jeu qui initie les réformes et imprime sa marque au fonctionnement général des institutions¹⁰. Dans la plupart des systèmes politiques africains y compris ceux qui avaient voulu mettre fin aux systèmes présidentielles, le chef de l'Etat est encore dans une large mesure « au centre de tout (...) il se confond avec le système lui-même. Il n'en est pas seulement le symbole. Il le modèle et le contrôle. L'on attend de lui qu'il guide, qu'il indique, qu'il protège »¹¹.

C'est une évidence qu'on ne peut pas nier. Mais l'évidence change et évolue : il faut rendre compte de ce changement.

Depuis le déclenchement des transitions démocratiques du début des années quatre vingt dix marquées par les conférences nationales¹², la « grande saison constitutionnelle »¹³ de l'époque et les prolongements récents à travers le printemps arabe et les révoltes populaires africaines en cours pour défendre les Constitutions, les régimes politiques africains affichent une tendance lourde : l'encadrement du pouvoir présidentiel à un double niveau. Cet encadrement se remarque dans l'accès à la fonction présidentielle que la sortie de celle-ci qui se démocratisent et se pacifient comme le montre l'analyse des processus électoraux.

¹⁰J. du Bois de GAUDUSSON, « Quel statut constitutionnel pour le Chef d'Etat en Afrique ? », Mélanges Gérard Conac, Le nouveau constitutionnalisme, Paris, Economica, 2001, p. 333.

¹¹ G. CONAC, « Portrait d'un chef d'Etat », in *Pouvoirs* n° 25, *Les Pouvoirs africains*, 1983, p. 121.

¹² R. BUIJTENHUIJS et E. RIJNIESE, *Démocratisation en Afrique au Sud du Sahara (1989-1992) : un aperçu de la littérature*, Leiden Africa, Studie Centrum, Research Report, 52, 1993. R. BUIJTENHUIJS et C. THIRIOT, *Démocratisation en Afrique au Sud du Sahara (1992-1995) : un bilan de la littérature*, CEAN, IEP de Bordeaux - Leiden, Pays-Bas, 1995. F.E. BOULAGA, *Les conférences nationales en Afrique noire*, Paris, Karthala, 1993

¹³D. KOKOROKO, « L'idée de Constitution en Afrique », *Afrique contemporaine*, n° 242, 2012, p. 117.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

Si encadrer la dévolution du pouvoir est une première étape de la construction d'un système démocratique, la seconde étape, qui est peut être la plus difficile, est celle de l'encadrement de l'exercice de celui-ci. Sur ce point, l'analyse de la mise en œuvre des textes constitutionnels révèle des progrès importants.

Au total, les régimes politiques africains, tirant les enseignements de l'importation des modèles de référence, se sont approprié les recettes de l'un et de l'autre en les adaptant à leur environnement¹⁴. Il s'agit de régimes démocratiques ou en démocratisation continue qui ont opté pour un mode de gouvernement s'articulant autour de la figure du Président de la République. Et la nouveauté par rapport au passé peut, notamment, être illustrée au niveau de l'encadrement juridique de la dévolution (I) et de l'exercice du pouvoir présidentiel (II).

L'encadrement de la dévolution du pouvoir présidentiel

L'apologie du constitutionnalisme reste largement tributaire de l'organisation de la dévolution du pouvoir. A l'évidence, les indicateurs du succès démocratique d'un État se cristallisent essentiellement sur l'encadrement du pouvoir politique, si bien que l'encadrement temporel de son exercice, à savoir l'accès (A) et la sortie (B) du pouvoir, mérite quelques appréciations.

A. L'accès au pouvoir

La problématique de la succession de Chefs d'État¹⁵ accompagne l'histoire politique des peuples africains. L'accession régulière au pouvoir draine

¹⁴ A-B. FALL, « Echec du constitutionnalisme français en Afrique et autonomie du droit constitutionnel africain », in *La Constitution française de 1958 un modèle pour l'Afrique*, in *La Costituzione francese, Atti del convegno biennale dell'Associazione di Diritto pubblico comparato eu europeo*, Bari, Università degli Studi, 22-23 maggio 2008, pp. 406-436.

¹⁵ E-H. MBODJ, *La succession du Chef d'Etat en droit constitutionnel africain*, Thèse de Doctorat d'Etat en droit public, Université de Dakar, 1991.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

toujours un concert de satisfaction et d'encouragement, mais surtout du sacro-saint sceau « démocratique ». Avec la troisième vague de démocratisation, les États africains ont manifesté leur attachement à l'observation des règles qui promeuvent la bonne « *circulation des élites* »¹⁶ au sommet de l'État. Il semble en effet que la clef de réussite en matière d'accession au pouvoir soit justificative de la démocratisation de l'accès, de la confiance investie à l'administration électorale et enfin d'une justice électorale qui s'affirme.

Le pouvoir fait rêver. Sa conquête au plan africain aiguise des appétits, suscite des ambitions plurielles que la législation électorale se doit de contenir¹⁷. L'importance de l'accès au pouvoir justifie l'élévation à la dignité constitutionnelle du « profil » du candidat à la présidence. En la matière, les constituants, et les législations électorales ont procédé suivant une tactique qui « ouvre » la magistrature suprême à tout citoyen d'un État. Ce principe découlant du droit constitutionnel international a été consacré par la première décision de fond rendue par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, sur la liberté de candidature aux élections¹⁸. A cet égard, la Cour constitutionnelle du Mali a admis dans son arrêt CC 96-003 du 25 oct. 1996, que « dans un système de démocratie pluraliste, les candidatures [...] sont libres [...] ; l'adhésion d'un citoyen à un parti est libre [...] ; par conséquent, la mise en œuvre des droits politiques d'un citoyen [...] ne saurait être fonction de son adhésion à un parti ; [...] les partis concourent c'est-à-dire participent à l'expression du suffrage, donc *ne*

¹⁶ A. LOADA, « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *Afrilex*, N° 3, 2003, p. 145.

¹⁷ O. KHOUMA, « L'enjeu de l'élection présidentielle en Afrique », in *Droit sénégalais*, n° 10, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2011-2012, p. 251-263.

¹⁸ Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples, arrêt du 14 juin 2013.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

peuvent être les seuls à concourir à l'expression du suffrage »¹⁹. Cette position de principe n'absout pas l'obligation pour les candidats à remplir des pré-requis qui garantissent a priori, l'aptitude à la fonction. Alors que « la fixation des règles électorales doit donc être mue par la nécessité d'éviter l'exclusion de certains acteurs politiques »²⁰, la "liberté de candidature" qui en résulte, implique la *maitrise du flux* des candidats.

D'abord, la nationalité qui suggère l'existence d'un lien juridique de rattachement à l'État par le lien du sang (*jus sanguinis*) du sol (*jus soli*) ou par acquisition (*la naturalisation*)²¹. Ce critère de nationalité a une portée bien connue : il vise un total dévouement aux intérêts du pays qu'on ambitionne de diriger au nom de l'intérêt supérieur de la nation. Le défaut de nationalité, ou son *existence douteuse* peut être source d'instabilité, comme l'a montré la trajectoire politique ivoirienne dans la séquence 1999-2011. Si à la lumière de ce critère de nationalité les prétentions présidentielles peuvent être plurielles, ce qui semble limiter le commun des citoyens tient aux autres conditionnalités adjointes à la nationalité. Il en est ainsi des exigences qui tiennent à jouir de ses droits et libertés, de résidence, et surtout de cautionnement. Ce dernier élément, reposant sur une prédisposition financière relativement conséquente, annihile bien des prétentions présidentielles, certes, mais encourage tout de même les présidents à engranger des « scores honorables », afin de se voir restituer le montant initialement déposé.

¹⁹ S. BOLLE, « Vices et vertus du contentieux des élections en Afrique », *Démocratie et élections dans l'espace francophone*, sous la direction de J-P. VETTOVAGLIA et al., Bruylant, 2010, p. 537.

²⁰ D. KOKOROKO, « Les élections disputées : réussites et échecs », *Pouvoirs* N° 129, 2009, p. 121.

²¹ B. MAMBY, *La nationalité en Afrique*, Paris, Karthala, 2011.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

Fondamentalement, l'idée de démocratiser l'accès au pouvoir est tiraillée entre deux objectifs en apparence, *contradictaires*, mais foncièrement *complémentaires* pour maintenir le gouvernail démocratique : d'abord *la liberté de candidature* et ensuite *la maîtrise du flux des candidats*. En fait, si tout citoyen peut aisément exprimer sa volonté de prendre part à une compétition démocratique, les exigences tenant au versement d'un cautionnement assez consistant, à la régularité vis-à-vis du fisc, entres autres, dissuadent les ambitions présidentielles qui hantent les pensées de nombre de citoyens. De telles règles, loin de ruiner les piliers de la démocratie, en constituent plutôt les véritables gages d'une compétition régulière et maîtrisée par l'administration électorale.

En outre, la démocratisation de l'accès à la présidence poursuit un insigne objectif pour les gouvernants, soucieux qu'ils sont d'imbiber leur action d'une couche de *légitimité* véritable, et même au détriment de la légalité parfois²². La légitimité, souligne Jean RIVERO, est « *la pierre philosophale qui transforme en or pur le plomb vil du pouvoir de fait* »²³. En d'autres termes, elle fait du Chef d'État un homme puissant et entoure d'une *soupe de sécurité* les actes et actions du Président durant le mandat.

La normalisation de l'accès au pouvoir dans le contexte africain est visiblement liée à la professionnalisation de l'appareil électoral. La mécanique routinière de l'organisation d'élections créditées libres et transparentes installe en même temps un capital de confiance énorme entre le citoyen et l'Administration. L'ambition de conjurer l'entreprise de la

²² Comme on a pu le voir dans le cas ivoirien avec le Président du Conseil constitutionnel, Paul YAO N'DRE, qui une fois déclaré vainqueur le Président sortant Laurent GBAGBO, est revenu pour annoncer la victoire de l'autre candidat au second tour, M. OUATTARA.

²³ J. RIVERO, « Consensus et légitimité », *Pouvoirs* N° 5, 1978, p.58.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

« fraude électorale »²⁴ a justifié la création généralisée d'organes indépendants de gestion des élections²⁵, s'occupant de tout ou partie du processus électoral²⁶. Il est question en même temps d'*étouffer* ou d'*évacuer* les suspicions du « *parti pris* » auquel l'Administration centrale tente souvent de succomber. De l'Afrique du Sud²⁷ au Cap-Vert²⁸ en passant par le Ghana²⁹ ou le Bénin³⁰, l'on a vu progressivement se généraliser dans le continent la création de nouvelles « *Autorités Administratives Indépendantes* » soumises à quelque autre pouvoir, et investies de missions essentielles dans certaines étapes du processus électoral. D'ailleurs, l'une des meilleures systématisations de la mission de ces organes a été faite par la Cour Constitutionnelle du Bénin, dans sa décision DCC 34-94 du 23 décembre 1994. Elle a considéré la Commission Electorale Nationale Autonome (CENA) « *comme une autorité administrative, autonome et indépendante du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif ; que la création de la Commission Electorale Nationale Autonome (CENA), en tant qu'autorité administrative et indépendante, est liée à la recherche d'une formule permettant d'isoler, dans l'Administration de l'Etat, un organe disposant d'une réelle autonomie par rapport au gouvernement, aux départements ministériels et au parlement, pour l'exercice d'attributions concernant le domaine sensible des libertés publiques en particulier des*

²⁴ B. OWEN, « Les fraudes électorales », *Pouvoirs* N° 120, 2006, pp. 133-147.

²⁵ E-H. MBODJ, « Faut-il avoir peur de l'indépendance des institutions électorales en Afrique ? », *Afrilex*, disponible in www.afrilex.u-bordeaux4.fr, mars 2009.

²⁶ I.M. FALL, M. HOUNKPE, A. L. JINADU, P. KAMBALE, *Organes de gestion des élections en Afrique de l'Ouest*, une étude comparative de la contribution des commissions électorales au renforcement de la démocratie, AfriMAP, OSIWA, 2011.

²⁷ *Electoral Commission Act* (Act 73, 1998).

²⁸ I. NIANG, *Les mécanismes de résolution du contentieux électoral. Etude-pays (Cap-Vert, Côte d'Ivoire, Guinée Bissau, République de Guinée, Sénégal)*, août 2012, Rapport, disponible sur www.africa-union.org, consulté le 1^{er} août 2013.

²⁹ *The Electoral Commission Act*, (Act 451), 1993.

³⁰ I. TRAORÉ, *Etude sur le règlement des différends électoraux au Bénin, au Burkina Faso, au Mali, au Niger et au Togo*, 11 octobre 2011/12 février 2012, Rapport disponible sur www.africa-union.org, consulté le 3 août 2013.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

élections honnêtes, régulières, libres et transparentes». Cette « *pédagogie* » à laquelle s'est livré le juge constitutionnel béninois, traduit la *caution* d'autonomie et donc d'équilibre recherchée par les candidats à l'élection présidentielle, et partant les acteurs de la scène politique. En cela, la représentativité multi-partisane de cet organe indépendant intéresse au plus haut niveau le juge constitutionnel, qui veille au « *respect du principe à valeur constitutionnelle de la transparence dans la gestion des élections commande que le bureau de la CENA comprenne impérativement les représentants des différentes institutions et organisations* »³¹. Dans cette perspective, les jalons d'un climat de confiance ainsi posés, emportent alors l'adhésion massive si bien que les fulminations et contestations se soldent nulles, voire marginales. Toutefois, si la composition de cet organe autonome est présumée viciée, les acteurs ne se privent pas d'intenter des actions auprès des instances compétentes. A cet égard, l'initiative, quoiqu'infructueuse, d'une quinzaine de partis politiques de l'opposition sénégalaise, tendant à remettre en cause un décret de nomination du Président et du Vice-président de la CENA dont ils doutaient de la neutralité, entre dans ce cas de figure. Le Conseil constitutionnel, par décision du 11 juillet 2005, indique à juste titre, qu'il « *n'a pas compétence pour statuer sur la demande en récusation des membres de la CENA nommés par décret* »³². Autant concevoir que l'éradication des suspicions de l'administration électorale s'incorpore dans la problématique de la sincérité³³ des élections que le juge électoral contribue à polir et à garantir, au grand bénéfice des acteurs politiques.

³¹ DCC 05-124 du 07 octobre 2005. Décision disponible sur www.cour-constitutionnelle-benin.org, consulté le 05 août 2013.

³² I-M. FALL (dir.), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, Dakar, CREDILA, 2008, p. 504.

³³ O. KHOUMA, « La sincérité du scrutin présidentiel devant les juridictions constitutionnelles africaines. (Les exemples du Bénin, de la Côte d'Ivoire, du Mali et du Sénégal) », disponible in www.afrilex.u-bordeaux4.fr, mai 2013.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

La conduite responsable des juges électoraux est au nombre des facteurs de stabilisation de la dévolution du pouvoir politique en Afrique³⁴. L'image d'une démocratie de référence s'accommode d'un repositionnement du juge électoral en particulier, pour couper court aux germes de déstabilisation³⁵. S'il est admis aujourd'hui l'idée d'une émergence d'un droit électoral en Afrique³⁶, c'est parce que l'organe juridictionnel a progressivement développé un contentieux électoral³⁷ qui non seulement est soucieux de l'édification d'un État de droit, mais également contraint les acteurs politiques à se soumettre à l'autorité de la chose jugée. A cet égard, l'affirmation de la réputation du juge a été graduelle. Elle est inversement déductible de l'office dominant du juge, qui met le présidentiable dans une posture de « *résignation* » et donc, à l'« *acceptation* » progressive de sa compétence. En effet, dans la plupart des cas, les candidats sont passés du stade de *contestation* de sa compétence vers sa *soumission* en passant par une *acceptation*.

Pour la phase de *contestation* de la compétence du juge, elle connaît de moins en moins de cas d'expérimentation. En 2011-2012, l'histoire controversée de la troisième candidature du Président WADE à la présidence de la République sénégalaise, dans un contexte où des juges supérieurs (y compris du Conseil constitutionnel) venaient d'être

³⁴ E-H. MBODJ, « *Le juge : un déterminant du processus électoral en Afrique ?* », *Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson, Espaces du service public*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, p. 276.

³⁵ A. B. FALL, « *Le juge constitutionnel, artisan de la démocratie en Afrique ?* », « *Le juge constitutionnel, artisan de la démocratie en Afrique ?* », *The African Union after Decade : Putting African Unity First Means Putting Humanity First*, Colloque international, Pretoria (Afrique du Sud), les 13 et 17 mai 2012.

³⁶ M. DIAKHATÉ, *L'émergence du droit électoral dans les États de l'Afrique subsaharienne francophone. Les cas du Bénin, du Mali et du Sénégal*, Thèse de Doctorat de Droit Public, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2012.

³⁷ F. MÉLEDJE DJEDJRO, « *Le contentieux électoral en Afrique* », *Pouvoirs*, N° 129, 2009/2, pp. 139-155.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

destinataires de nouveaux privilèges *matériels* (notamment des voitures de fonction) et *financiers* (augmentation de salaire), à quelques semaines du scrutin présidentiel, a exposé les juges constitutionnels à la « vindicte populaire ». Quelques années auparavant, une objection similaire de connivence avec les juges supérieurs a été soulevée par les adversaires du Président malien Amadou Toumani TOURE, à l'orée de l'élection présidentielle de 2007. Au moyen selon lequel « *des indemnités et primes ont été accordés à des [administrateurs chargés de l'organisation des élections], chose ayant préparé le bourrage des urnes [...]* », le juge constitutionnel a opposé un rejet³⁸.

Pour la phase d'*acceptation*, il faut juste souligner qu'en l'absence de moyens juridiques avérés pour « *récuser* » les juges électoraux dans l'arbitrage de la compétition électorale, les présidentiables ont été contraints d'accepter cet état de fait. Les protestations initiales laissent place à une résignation voire une acceptation comme instance de dépôt et éventuellement de validation des actes de candidatures, conformément à certaines législations³⁹. L'ampleur des manifestations pré-électorales dans le contexte sénégalais en 2011/2012, n'aura pas découragé les candidats à recourir à l'arbitrage du juge et à se plier au respect de sa décision de validation de candidatures et d'invalidation d'autres⁴⁰.

Enfin, la phase de *soumission* des candidats au juge électoral est la traduction la plus éloquente de l'affirmation du juge et de l'encadrement

³⁸ Arrêt N° 07-175/CC-E.P du 12 mai 2007 portant proclamation des résultats définitifs de l'élection du Président de la République (scrutin du 29 avril 2007).

³⁹ Ainsi que l'indique l'art.29, al.1^{er} de la Constitution sénégalaise de 2001 : « *Les candidatures sont déposées au greffe du Conseil constitutionnel, trente jours francs au moins et soixante jours francs au plus avant le premier tour du scrutin* ».

⁴⁰ DCC N° 1/E 2012 du 27 janvier 2012 portant publication de la liste des candidats à l'élection présidentielle du 26 février 2012.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

régulier de l'accès au pouvoir. A partir du moment où les candidats à l'élection présidentielle consentent à observer l'autorité de la décision du juge, il s'instaure progressivement un réflexe d'adhésion et de soumission des acteurs au droit « *dit* » par le juge. En effet, l'on semble de plus en plus s'acheminer, quelles qu'aient pu être les réticences initiales, vers l'observation des décisions du juge électoral, que la décision soit favorable ou défavorable au candidat. En la matière, le juge électoral déploie toute son autonomie d'appréciation des irrégularités électorales selon qu'elles aient ou non une « *influence déterminante* »⁴¹ sur le scrutin, et sans considération des acteurs en compétition⁴².

En définitive, le contentieux électoral en Afrique mérite selon ceux qui l'ont bien étudié une « *mention positive* ». Ainsi Francisco MELEDJE DJEDJRO écrit de façon significative : « *le contentieux électoral ne bénéficie pas de la même considération ; dans certains Etats comme le Bénin, la République sud-africaine et le Ghana, les règles de la compétition électorale s'enracinent progressivement ; les contestations se résolvent devant le juge des élections et dans une atmosphère qui est, tout compte fait, celle d'élections démocratiques* »⁴³. La liste de pays établie aurait pu être allongée et contenir d'autres où le contentieux se dénoue à la satisfaction

⁴¹ Au Togo, la Cour constitutionnelle estime dans sa décision N° E-007/03 du 12 juin 2003 portant proclamation de l'élection présidentielle du 1^{er} juin 2003 que « *Les incidents et irrégularités qui ont été relevés dans les différentes préfectures ne sont pas de nature à entacher la sincérité et à affecter la validité du résultat d'ensemble du scrutin* ». Voir F. TANO, « Le juge constitutionnel et la sincérité du scrutin présidentiel », *Nouvelles Annales africaines* 2012, p. 95 et s.

⁴² D. EMMANUEL, "Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique", *Revue française de droit constitutionnel*, 2013/3 - n° 95, p. 611 à 638.

⁴³ F. MELEDJE DJEDJRO, « Le contentieux électoral en Afrique », *Pouvoirs* n°129, 2009, p. 143.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

des protagonistes devant le juge⁴⁴. Les doutes de la doctrine sur la qualité des systèmes électoraux⁴⁵ peuvent maintenant être dissipés. En Afrique aussi, la politique est tendanciellement saisie par le droit⁴⁶. L'observation du déroulement global des élections et le rapport statistique succès/crises⁴⁷ montre nettement le triomphe de la tendance de l'affermissement de démocraties apaisées sur celle des chaos électoraux⁴⁸. Par delà l'accès au pouvoir, la sortie du pouvoir est de plus en plus au nombre des pratiques qui valident le succès prêté au constitutionnalisme en Afrique.

La sortie du pouvoir

La dévolution du pouvoir a toujours été un tournant crucial et une dure épreuve pour les États africains. Charles CADOUX constatait il y a quelques années que « *le problème de la terminaison régulière du mandat reste posé en droit constitutionnel africain* »⁴⁹. Il est vrai que les pratiques successorales ont connu diverses méthodes plus ou moins problématiques. Certaines ont paru sanglantes (coup d'État, parricides...etc), d'autres, moins tragiques,

⁴⁴ On peut citer pour des cas récents : le Sénégal, le Mali, le Kenya, etc.

⁴⁵ J. du BOIS de GAUDUSSON, « Les élections entre démocratie et crises : l'enjeu stratégique des opérations électorales », in *Prévention des crises et promotion de la paix. Vol. II. Démocratie et élections dans l'espace francophone*, édité par J.-J. VETTOVAGLIA, J. du BOIS de GAUDUSSON, A. BOURGI, C. DESSOUCHES, J. MAILA, H. SADA et A. SALIFOU, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 189. E.H.O. DIOP, « La crise des commissions électorales africaines », *Mélanges en l'honneur de Jean du BOIS de GAUDUSSON, Espaces du service public*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 2013, pp. 171-206.

⁴⁶ L. FAVOREU, *La Politique saisie par le droit*, Paris, Economica, 1986.

⁴⁷ B. GUEYE, « La démocratie en Afrique: succès et résistances », *Pouvoirs* n° 129, 2009/2, pp. p5-26.

⁴⁸ Illustrative est à cet égard l'issue heureuse de la dernière présidentielle malgache (de 2013-2014) tenue dans un contexte de crise.

⁴⁹ Ch. CADOUX, « Le statut et le pouvoir des Chefs d'Etat et de gouvernement », in *Les Institutions constitutionnelles des Etats d'Afrique noire francophone et de la République Malgache*, op. cit., p. 74.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

n'en sont pas pour autant démocratiques (succession dynastique, la formule du dauphinat,...). Sans totalement ignorer ces poches de résistances para-démocratique en matière successorale dans certains États, il faut indiquer que le nouveau constitutionnalisme a cherché bien évidemment à briser le réflexe d'obsession à perpétuité du pouvoir, afin d'entraîner les Présidents en fin de mandat à « passer le flambeau ». Comme a pu l'écrire CICERON : «...celui qui commande devrait se dire que dans un délai court, il aura à obéir »⁵⁰. De ce fait, la sortie du pouvoir reste fortement marquée par deux finalités : le respect du calendrier électoral et la conjuration de l'hérédité politique, mais également l'avantage personnel lié au statut d'ancien Président.

D'une part, l'exigence d'observer le calendrier républicain est pour le Chef d'État un moyen d'honorer le serment qu'il avait déclamé aux premiers jours de son magistère. C'est parce que « *La périodicité régulière des consultations électorales est un des éléments nécessaires à la vie démocratique* »⁵¹, qu'il pèse sur lui la responsabilité de bien « superviser » le renouvellement des postes électifs. En la matière, la tendance observable dans bien des États africains démontre un réel souci pour les Présidents de s'ajuster à la prescription juridique. Maître du « *jeu politique* », le Chef de l'État incarne à bien des égards le Maître du « *jeu électoral* », en ce qu'il endosse la lourde responsabilité, le temps échu, de déclencher le processus électoral. En fait, l'adoption fréquente de mesures politiques à laquelle s'est prêté le Chef de l'État durant la période du mandat, traduit un réel attachement au juridisme et donc au respect attendu du calendrier électoral. A cet égard, lorsqu'à la décharge du Président, le calendrier électoral encourt une remise en question, le Chef de l'Exécutif ne s'empêche pas d'en

⁵⁰ Cité par Augustin LOADA, « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *Afrilex*, N° 3, 2003, p. 152.

⁵¹ L. TOUVET et Y-M. DOUBLET, *Droit des élections*, Paris, Economica, 2007, p. 164.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

recourir à l'arbitrage du juge pour statuer sur la conduite à tenir. C'est en tout cas, ce qui s'est passé au Bénin, à la veille de l'élection présidentielle de mars 2011. En effet, devant les difficultés matérielles (liées aux observations de la CENA sur l'impression de la liste électorale) pour l'organisation du premier tour de l'élection présidentielle à date échue et de la probabilité de transgresser les délais constitutionnels qui encadrent l'exercice des fonctions électives, le juge constitutionnel a pris la responsabilité de faire reculer d'une semaine la date de tenue du scrutin. Les acteurs politiques avaient convenu de s'en remettre à la Cour constitutionnelle pour « *gérer* » les prescriptions respectives de l'article 47 (Le premier tour du scrutin de l'élection du Président de la République a lieu trente jours au moins et quarante jours au plus avant la date d'expiration des pouvoirs du Président en exercice ...), celles des articles 114 et 117 qui habilite la Cour Constitutionnelle à, d'une part, réguler le fonctionnement des institutions et l'activité des pouvoirs publics, d'autre part, veiller à la régularité de l'élection du président de la République. En faisant « *tordre* » une règle constitutionnelle en faveur d'une autre, le juge commence par préciser qu'il s'agit de « *deux normes constitutionnelles à valeur égale* », que « *bien qu'il n'existe pas de hiérarchie entre ces normes, la Cour est en droit, en sa qualité d'organe régulateur du fonctionnement des institutions, de privilégier dans le cas d'espèce les articles 114 et 117* »⁵² de la Constitution pour garantir la régularité et l'organisation harmonieuse de l'élection présidentielle par la Commission Electorale Nationale Autonome⁵³.

A l'analyse, sans vouloir se donner l'impression d'exercer une prérogative qui dépend de son libre-arbitre, le Chef d'État béninois était mû par le souci

⁵² Décision EL 11-024 du 4 mars 2011.

⁵³ G. BADET, *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Cotonou, Ed. FES Bénin, avec l'appui de Friedrich-Ebert-Stiftung, 2013, p. 270.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

de respecter « l'horloge électorale », ce qui est un véritable pilier des jeunes démocraties africaines. La démarche s'est voulue proactive, car dans un contexte pareil, l'idéal commande que des mesures idoines soient arrêtées afin de se prémunir des protestations populaires qui annihilent la légitimité des gouvernants au-delà de l'expiration du mandat.

En outre, le respect du calendrier républicain garantit une rotation des élites gouvernantes et en conséquence, des alternances démocratiques, qui sont vecteurs d'importantes « dividendes » en terme de crédibilité démocratique. L'élégance républicaine qui entoure la passation de pouvoirs et la courtoisie qui rythme les échanges entre Présidents (sortant et élu ou simplement gagnant et perdant), impriment un cachet particulier à l'ossature démocratique du pays. Le Mali vient à cet égard d'offrir une leçon d'élégance républicaine significative, lorsqu'au second tour de l'élection présidentielle de 2013, le candidat Soumaïla CISSÉ, reconnu hâtivement sa défaite devant son challenger M. Ibrahim Boubacar KEÏTA, bien avant la proclamation officielle des résultats. De fait, non seulement le peuple en tire une *motion* de « modèle exemplaire démocratique », mais les acteurs (les Présidents qui se succèdent) également, gagneront leur « ticket » au concert des hautes instances de représentativité et de respectabilité. Les cas du Cap-Vert, du Ghana, et tout récemment du Sénégal et du Kenya sont édifiants.

D'autre part, la conjuration de « l'hérédité politique » atteste du deuxième défi qui garantit la sortie démocratique du pouvoir. L'« hérédité politique » est perçue ici comme un système successoral au bénéfice de la descendance du Chef d'État en passe de quitter le pouvoir. Ce qui amène fort justement Jean NJOYA à constater que « *Le constitutionalisme moderne par principe ramène l'hérédité au stade de pratiques surannées propres aux monarchies décadentes. Elle est ainsi considérée comme un fait social en obsolescence lié à un retard de développement ; elle serait la marque exclusive des*

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

sociétés primitives appelées à s'en débarrasser à l'épreuve de la modernité, une entrave archaïque à l'émergence de la République »⁵⁴. Dans la mesure où les systèmes politiques actuels ont largement fait allégeance à un système démocratique de souveraineté (populaire, nationale ou les deux à la fois), la dévolution du pouvoir en conséquence, se voit astreinte à une compétition dénuée de vice qui viserait à « pistonner » un « dauphin »⁵⁵ surtout héréditaire⁵⁶. La « parenté » en général et la « consanguinité » en particulier étant peu compatibles avec le rite successoral en « République », la leçon de sagesse attendue du Chef d'État qui arrive en fin de mandat, dicterait une équidistance « axiologique » vis-à-vis de tous les concurrents en lice. A défaut, l'entêtement à vouloir « faire passer la pilule » du « dauphin » à la majorité électorale encourt la compromettante conséquence de subir une éclatante défaite et de voir sa notoriété totalement s'éroder sous l'effet combiné de ce double rejet. En perspective de l'élection présidentielle de 2012, le Président WADE a été, en partie, perdu par l'intention qui lui était prêtée (à tort ou à raison) de vouloir se faire remplacer par son fils. L'idée d'une « dynastie » à la tête de la République n'enchantait nullement les populations, soucieuses qu'elles sont de se choisir librement leurs propres dirigeants.

Au demeurant, la prise de conscience des acteurs ne cristallise pas seulement des implications directes, elle associe également des conséquences liées au statut d'ancien Chef d'État⁵⁷.

⁵⁴ Cf. « Parenté et politique en imbrication : la construction politico-juridique de la succession héréditaire », *Polis/R.C.S.P./C.P.S.R.* Vol. 16, Numéros 1 & 2, 2009, p. 41.

⁵⁵ E. H. MBODJ, *La succession du Chef d'État en droit constitutionnel africain*, Thèse de doctorat d'Etat en droit, Université Cheikh Anta Diop, 1991, p. 63.

⁵⁶ On a pu en relever quelques cas, ces dernières années avec l'accession au pouvoir de Joseph KABILA (République Démocratique du Congo), FAURE GNASSIMBE (Togo) et d'ALI BONNGO ODIMBA (Gabon).

⁵⁷ S. PERROT, *Y a-t-il une vie après le pouvoir ?* CEAN, Travaux et Documents, 1996.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

Si les successions de Chefs d'État connaissent tendanciellement un succès franc dans le milieu africain, c'est en partie parce que les législations internes ont aménagé à destination des anciens Présidents un ensemble de privilèges aptes à leur assurer une « retraite » méritée⁵⁸. La nostalgie du « Pouvoir »⁵⁹, avec tout ce qu'elle renferme, suggère qu'une « porte de sortie » honorable soit aménagée au bénéfice du futur ex-Chef d'État. De ce fait, s'il est vrai qu'au Sénégal par exemple, la loi n° 81-01 du 29 janvier 1981 fixe la dotation des anciens Présidents de la République, le dispositif mis en place par la Constitution ghanéenne de 1992, semble particulièrement intéressant. En effet, l'art.68 (4) indique clairement : « *en quittant sa fonction, le Président devra recevoir une prime en plus de sa pension, équivalent à son salaire ainsi que d'autres indemnités et équipements, avalisées par le Parlement, conformément à la clause (3) de cet article* ». Mieux, de tels avantages financiers non seulement ne sont soumis à aucune taxation⁶⁰ mais aussi resteront au bénéfice de l'ex-Président durant toute sa vie⁶¹.

Fondamentalement, la spécification constitutionnelle de telles prérogatives reste appréciable sous deux angles au moins. D'une part, ces règles gagnent l'irréfutable avantage de garantir *a priori* une « sortie honorable » aux anciens Présidents, surtout dans la sphère africaine où le Président cherche

⁵⁸ G. MOYEN, « L'ancien Président de la République ».

⁵⁹ J.F WANDJIK, « Les zones d'ombre du constitutionnalisme en Afrique », *Revue Juridique et Politique*, N° 3, 2007, p. 291.

⁶⁰ Art. 68 (5): « *Le salaire, les indemnités, équipements, les pensions et prime mentionnés aux clauses (3) et (4), devront être exemptés de taxe* », (“ The salary, allowances, facilities, pensions and gratuity referred to in clauses (3) and (4) shall be exempt from tax”).

⁶¹ Art. 68 (9) « *La pension accordée au Président ainsi que les équipements dont il dispose ne peuvent pas varier en son désavantage durant toute sa vie* ». Cet article 68 indique en outre le chapitre budgétaire d'où sont prélevés les avantages financiers ainsi que la procédure qui aboutit à son attribution.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

souvent à s'accrocher au pouvoir. C'est, comme qui dirait, une sorte d' "appât" qui pousse les dirigeants à « lâcher » le Pouvoir à l'échéance, moyennant en retour un ensemble d'avantages dignes d'un ex-Président. D'autre part, la spécification de ces privilèges peut atténuer les velléités de détournements, de prévarications ou d'enrichissements peu conformes aux rudiments de l'orthodoxie juridique et des "conventions" sociales admises⁶².

En outre, au-delà des avantages matériels internes, il faut dire qu'en quittant démocratiquement le pouvoir, le Chef de l'État se construit un capital de notoriété qui le propulse vers de nouvelles responsabilités transnationales voire internationales. La sphère internationale se dresse comme une « vitrine » qui prolonge l'accomplissement d'activités d'intérêt général que le nouvel ex-Chef d'État n'aura pas totalement pu assouvir au niveau national, frappé qu'il était par l'épuisement du mandat. Les cas du sénégalais Abdou DIOUF à la tête de l'Organisation Internationale Francophonie depuis plus d'une décennie, ou du malien Alpha Oumar KONARE promu président de la Commission de l'Union africaine et d'autres anciens Chefs d'Etat impliqués dans des entreprises de médiation ou de missions d'observation d'élections en fournissent d'éloquentes illustrations.

I. L'encadrement de l'exercice du pouvoir présidentiel

L'un des mérites à mettre à l'actif des nouveaux constituants africains aura été de manifester un réel désir d'encadrer et de rationaliser le pouvoir présidentiel. Cet objectif global est à adjoindre avec certaines données

⁶² B. BA, *L'institution présidentielle dans le nouveau constitutionnalisme des États d'Afrique et d'Amérique latine*, Thèse de Droit Public, Université Cheikh Anta Diop, Dakar, 2013, p. 142.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

politiques qui limitent de fait la marge de manœuvre du Président sous diverses formes. Ces indices reflètent une idée précise : celle de reconsidérer, voire de remettre en cause la théorie du présidentielisme africain. De ce point de vue, dans l'utilisation de l'outil du « droit » (A) comme dans la « pratique » (B), l'on voit s'ériger de véritables bornes contre le « gigantisme » présidentiel.

A. Un encadrement énoncé par le droit

Le point de repère constitutionnel principal des régimes politiques africains doit être clairement fixé : le Président, désormais bien élu et respecté⁶³, demeure, comme le veulent les systèmes constitutionnels mais aussi les sociétés qui l'ont entouré de prestige et surchargé d'attributions, le personnage central de l'Etat « *en charge de l'avenir de la nation au nom du pouvoir d'Etat* »⁶⁴. La séparation des pouvoirs est partout consacrée, les Parlements accèdent à la dignité institutionnelle, les pouvoirs judiciaires s'affirment mais le Président reste l'institution centrale. La centralité est à la fois juridique, politique et sociale. Jean du Bois de GAUDUSSON faisait remarquer que « *dans le cadre du constitutionnalisme libéral désormais établi, l'institution présidentielle n'en reste pas moins prépondérante dans l'ensemble des régimes africains* »⁶⁵. Il est donc avéré que la fonction présidentielle déploie ses tentacules dans tous les secteurs de la vie politique, institutionnelle, économique et sociale. En réalité, le rayonnement social de l'institution présidentielle surpasse le rayon constitutionnel de ses

⁶³A-S.MESHERIAKOF, Le multipartisme en Afrique francophone : illusion ou solution », in *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Paris, Economica, 1993, p. 72.

⁶⁴M-C. PONTTHOREAU, « Le Président de la République. Une fonction à la croisée des chemins », *Pouvoirs* n°99, 2001, p. 34.

⁶⁵J. du BOIS de GAUDUSSON, « Quel statut constitutionnel pour le Chef d'Etat en Afrique ? », *Mélanges Gérard CONAC, Le nouveau constitutionnalisme*, Paris, Economica, 2001, p. 333.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

attributions. Mais, la grande nouveauté, c'est que la puissance présidentielle se déploie désormais dans le cadre de régimes démocratiques, à tout le moins en démocratisation certaine obligée de compter avec des contrepouvoirs⁶⁶.

Mobiliser le matériau du « droit » pour endiguer les débordements réels ou potentiels du Chef d'État africain aura été l'élément, en partie, déclencheur du « nouveau constitutionnalisme ». Entendu sur le continent au sens « *d'un encadrement juridique et de limitation de l'exercice du pouvoir politique* », écrit Babacar KANTÉ⁶⁷, le constitutionnalisme n'aurait pu manquer d'entraîner dans cet élan de redimensionnement les attributions présidentielles et conséquemment le présidentielisme auquel s'identifient nombre de régimes politiques africains. Ici l'apport du « droit » mériterait d'être disséqué sous l'aspect *normatif* et sous celui *jurisprudentiel*, c'est-à-dire autour du « droit écrit » et du « droit prononcé », respectivement.

Concernant d'abord le « *droit écrit* » ou l'aspect *normatif*, il renvoie ici aux opportunes dispositions qui encordent la toute puissance présidentielle. Les recettes de l'ingénierie constitutionnelle sont mises au service des constituants africains pour conjurer l'ultra-domination du Président. Cette démarche suppose bien évidemment une lecture comparée de deux textes constitutionnels, ou à tout le moins, de deux dispositions normatives qui se succèdent, avec comme nouveauté, une limitation voulue de quelque attribution du Chef d'État. En la matière, les illustrations abondent. En effet,

⁶⁶ F. HOURQUEBIE, « La Constitution du Bénin et la théorie des contrepouvoirs », *Mélanges GLELE*, op.cit., p. 367.

⁶⁷ « La production d'un nouveau constitutionnalisme en Afrique : internationalisation et régionalisation du Droit constitutionnel », *Land, law and politics in Africa. Mediator conflict and reshaping the state, in memory of Gerti HESSELING*, edited by J. ABBINK, M. de BRUIJN, 2011, p. 241.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

l'un des artifices juridiques intégrés par les Constitutions africaines contre le phénomène de l' « usure du pouvoir » a été l'encadrement du nombre de mandats présidentiels⁶⁸. En déterminant une échéance temporelle à la fonction présidentielle, le titulaire s'en trouve conscient à l'idée de voir un jour toutes ses prérogatives transiter vers une autre personnalité censée incarner la nouvelle légitimité. Au Ghana par exemple, l'article 66 (1) de la Constitution de 1992 indique en substance que : « *Toute personne élue comme Président du Ghana ne peut accomplir plus de deux mandats* »⁶⁹. Cette disposition allait contraindre tout Président, y compris celui qui assurait encore la présidence depuis 1981, Jerry RAWLINGS, à renoncer au pouvoir. C'est l'effectivité de la clause limitative des mandats qui sera par la suite à l'origine du départ de KUFFUOR et en dehors du Ghana de OBASANJO au Nigéria, de KEREKOU au Bénin, de KONARE au Mali.

Dans ce contexte, il s'impose une relativisation de la rhétorique de la crise de la normativité⁷⁰ et de la remise en cause du principe de la limitation des mandats présidentiels. Avec des systèmes électoraux « routinisés », il y a lieu de nuancer la portée de la suppression du principe de la limitation à deux des mandats présidentiels. L'expérience montre que même lorsque les Présidents sortants parviennent à supprimer la clause limitative des mandats, ils peuvent, lorsque c'est nettement la volonté du corps électoral, perdre l'élection. Comme quoi la barrière du peuple s'avère souvent plus efficace que celle des Constitution. Il y a aussi lieu de procéder à une dédramatisation de la problématique de l'alternance par les élections dans

⁶⁸ A. LOADA, « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *Afrilex*, N° 3, 2003, pp. 139-174.

⁶⁹ « *A person shall not be elected to hold office as President of Ghana for more than two terms* ».

⁷⁰ F-J. AIVO, « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *RDP* n° 1, 2012, p. 141.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

les pays africains⁷¹ ; l'on peut de même souscrire à une négation des thèses de la persistance du culte du Chef⁷² et de la présidence à vie⁷³.

En outre, la démarche proactive des « textes » a consisté par moment à « délester » tout simplement le Président de certaines de ses attributions. A Madagascar, rappelons-le, la Constitution du 18 septembre 1992 (partiellement ressuscitée en 2010) avait méticuleusement fait le choix de fragiliser l'institution présidentielle en la privant de certaines de ses attributions courantes au profit du Parlement et du Premier ministre ; fragilisation ayant, du reste, conduit à sa destitution⁷⁴.

Dans le même sillage, la production d'un document spécifique pour sortir de la crise, a eu pour entre autres conséquences, de « dégraisser » les prérogatives du Président, au profit d'un Premier ministre consensuel. C'est le cas dans la récente crise ivoirienne où l'élan de réconciliation nationale a conduit la classe politique à l'adoption de l'Accord de Linas-Marcoussis en France du 24 janvier 2005. Les termes de l'Accord préconisaient l'effacement du Président de la République et le renforcement d'un Premier ministre dont le statut et les prérogatives envisagées ne cadraient pas tout à fait avec le droit constitutionnel ivoirien⁷⁵.

⁷¹ Y.A. KPEDU, « La problématique de l'alternance au pouvoir dans le débat constitutionnel africain », *RTSJ*, n° 00, janvier/juin 2011, p. 66. K. AFO SABI, *La transparence des élections en droit public africain à partir des cas béninois, sénégalais et togolais*, Thèse en droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV et Université de Lomé, 2013.

⁷² A. de RAULIN, « Le culte des chefs et la démocratie en Afrique », *RJPIC*, n° 1, janvier 2002, p. 84.

⁷³ A. CABANIS et M. MARTIN, « La pérennisation du Chef de l'Etat : l'enjeu actuel pour les constitutions d'Afrique francophone », in *Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation, Mélanges en l'honneur de Slobodan MILACIC*, précité, p. 349.

⁷⁴ Sur la question, Cf. supra I. B. 2

⁷⁵ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « L'accord de Marcoussis, entre droit et politique », *Afrique contemporaine*, n° 206, été 2003, p. 41. A. KPODAR, « Politique et ordre juridique : les problèmes constitutionnels posés par l'accord de Linas-Marcoussis du 23 janvier 2003 », *RRJ*, n° 4, vol. 2, 2005, p. 2503.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

Concernant ensuite le « *droit prononcé* », les velléités de limitation de la toute puissance présidentielle paraissent encore ici plus éloquentes. L'office du juge (constitutionnel en particulier), mis au service de la sanction des transgressions reprochées au Chef de l'État est un pilier du constitutionnalisme africain. En d'autres termes, le juge a fini de conquérir une place de censeur attiré des dérives présidentielles, grâce à l'autorité qui s'attache à ses décisions⁷⁶. De ce fait, les décisions de quelque objet (arbitrage, interprétation, sanction) qui ont dû « recadrer » le Chef d'État africain foisonnent. Déjà en 1996, la Cour constitutionnelle béninoise dans la décision DCC 96-017 du 5 Avril, a contraint le Chef d'État nouvellement élu, à « re-prêter » serment, après que ce dernier eut délibérément omis une partie de la formule sacramentelle contenue dans l'art. 53 de la Constitution⁷⁷. Auparavant, elle avait actionné dès les débuts un contrôle serré de l'exercice des pouvoirs présidentiels, même les pouvoirs exceptionnels de crise prévus à l'article 68 de la Constitution béninoise qu'on peut comparer à l'article 16 de la Constitution française de 1958. Ainsi, saisie par requête du Président de l'Assemblée nationale, la Cour constitutionnelle précise dans sa décision DCC 27-94 du 24 août 1994 que « *l'article 68 attribue au président de la République le pouvoir de prendre des mesures exceptionnelles ; que cette compétence implique nécessairement une décision initiale qui serve de fondement à ces mesures ; (...) cette décision initiale de mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels est un pouvoir discrétionnaire du président de la République. (...) le recours à l'application de l'article 68, dès lors qu'il a été exercé dans les conditions prescrites par la Constitution, est un acte de gouvernement qui n'est pas*

⁷⁶ Jean du BOIS de GAUDUSSON écrit à cet égard : « *Ils rendent des arbitrages parfois audacieux et leurs décisions sont respectées par les autorités politiques* ». V. « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pouvoir », *Mélanges Louis FAVOREU*, p. 613.

⁷⁷ G. BADET, *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Cotonou, Ed. FES Bénin, avec l'appui de Friedrich-Ebert-Stiftung, 2013, pp. 272 et s.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

susceptible de recours devant la Cour constitutionnelle ; (...) en revanche (...) quel que soit leur objet ou le domaine dans lequel elles interviennent, ces mesures exceptionnelles ont pour limites la sauvegarde des droits des citoyens garantis par la Constitution ainsi que la volonté d'assurer aux pouvoirs publics et constitutionnels dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission ; qu'en conséquence, l'exercice des [dits] pouvoirs (...) ne peut échapper de manière absolue au contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle ». Usant de ce pouvoir de contrôle en l'espèce, la haute juridiction conclut que les ordonnances n° 94-001 et 94-002 sont contraires à la Constitution au motif que « *les ordonnances en cause ne contiennent aucun visa de la consultation préalable de la Cour constitutionnelle ; que le président de la République a pris les ordonnances sans aviser la Cour constitutionnelle ; qu'il s'ensuit qu'il y a vice de procédure* »⁷⁸.

En Afrique du Sud, dans l'affaire *President of the Republic of South Africa v/ Hugo* (1997), la Cour constitutionnelle a admis la justiciabilité des actes du Président. Plus exactement, cette décision était rendue dans le cadre de l'exercice du droit de grâce par le Chef d'État. La Cour fait valoir que si ce droit était bien consacré par l'art. 84 (2) (j) dans la Constitution de 1996, les fondements de son exercice devraient être corrigés, car estime en substance la Cour : « *le droit de faire grâce pour le Président n'était plus comme par le passé une prérogative, mais un acte susceptible d'être contrôlé par la Cour* »⁷⁹. Cette dynamique de redimensionnement des prérogatives présidentielles sera par la suite affinée par l'arrêt du 10 septembre 1999 *President of the Republic of South Africa and Others v/. South African*

⁷⁸ N. MEDE, *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Editions universitaires européennes, 2012, p. 216.

⁷⁹ X. PHILIPPE, « Afrique du Sud », Table ronde sur les *Immunités constitutionnelles et privilèges de juridiction*, AIJC, XVII, 2001, p. 117.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

Rugby and Football Union and Others plus connue sous le nom de *SARFU III*⁸⁰. Au Sénégal, face à la volonté du Chef de l'État, Abdoulaye WADE de participer avec son effigie aux élections législatives de 2001, le Conseil constitutionnel a répondu par une fin de non-recevoir proverbiale. En effet, le juge a estimé dans sa décision du 26 mars 2001 que « *le principe d'égalité entre les partis ou coalitions de partis commande qu'ils connaissent le même traitement ; qu'ainsi, aucun d'eux ne peut, au cours d'une compétition électorale à laquelle le Président de la République n'est pas candidat, utiliser l'image et les attributions constitutionnelles de celui-ci* ». En conséquence, « *le nom "WADE" et la photographie du Président de la République ne doivent pas figurer sur le bulletin de vote de la "Coalition WADE"...* »⁸¹. Cette décision a été confirmée par la Cour d'Appel lors des législatives de 2012⁸².

L'illustration du phénomène du juge, digue de protection contre l'autoritarisme présidentiel, ne peut passer sous silence l'attitude de la Cour constitutionnelle du Niger face à l'entreprise de révision engagée par le Président TANJA pour modifier la Constitution et s'octroyer un troisième mandat⁸³.

⁸⁰ Décision, 2000 (2) SA 674 (CC). Dans cette décision *SARFU III* le juge constitutionnel fit œuvre interprétative en admettant « *une convention de la Constitution* » pour distinguer les actes du Chef de l'État qui relèvent de sa compétence propre et ceux relevant de son statut de Chef de gouvernement, en vue de pouvoir éventuellement comparaître devant les juridictions, comme le souhaitaient les requérants qui contestaient l'acte de nomination d'une Commission d'enquête.

⁸¹ F. MBODJ, « Les compétences du Conseil constitutionnel à l'épreuve des saisines. Quelques remarques sur les pouvoirs du juge constitutionnel au Sénégal », *EDJA* n°78, juillet-août-septembre 2008, p. 7.

⁸² Cour d'Appel de Dakar, arrêt no 9 du 22/06/2012 interdisant l'usage du logo du président Macky SALL par la liste qu'il soutenait aux législatives.

⁸³ La Cour constitutionnelle nigérienne annule à travers son arrêt n°04/CC/ME du 12 juin 2009, le décret n°2009-178/PRN/MI/SP/D du 5 juin 2009 portant convocation du corps électoral pour le référendum sur la constitution de la VIème République.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

Il ressort donc de ce bref panorama que le « droit prononcé » contribue décisivement à freiner les penchants autoritaires dans le présidentielisme africain. Ce dévouement à la censure des dérives présidentielles n'est pas l'effet d'un mode, car les décisions sus-évoquées s'inscrivent dans la séquence des transitions démocratiques (années 1990-2000).

On le voit ainsi, la mobilisation de l'instrument juridique dans le cantonnement du présidentielisme est autant décelable dans les textes (« droit écrit »), que dans la jurisprudence (« droit prononcé »)⁸⁴. Toutefois, en marge de cet angle d'appréciation, le pouvoir présidentiel se confronte à de nombreux écueils issus du jeu politique.

B. Un encadrement dicté par la pratique

Le terrain du « *jeu politique* » dans lequel s'exprime le Chef d'État est foncièrement périlleux. La détention de prérogatives, si importantes soient-elles par le Président, n'implique guère leur commode mise en œuvre en tout temps et en tout lieu. Il faut en effet toujours « composer » avec la configuration politique en présence, quitte à « suspendre », voire « chloroformer » certaines prérogatives qui relèvent pourtant de sa compétence discrétionnaire. Il s'agit plus exactement d'un ensemble de données politiques, ou factuelles qui placent le Chef d'État dans une position de « renoncement tacite » à une partie de ses attributions, moyennant des concessions consenties à d'autres acteurs. Sous ce rapport, la puissance présidentielle subit une modération tant *au sein* même du système dirigeant qu'*en dehors* de celui-ci.

⁸⁴ J. du BOIS de GAUDUSSON, « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir », *Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Paris, Dalloz, 2007, p. 123.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

Au sein du *système dirigeant* les facteurs bridant la pulsion présidentialiste africaine épousent plusieurs cas de figure. Deux idées peuvent être isolées.

La première idée concerne *la structuration de l'Exécutif*. Ici, la décompression constitutionnellement admise à la tête de l'Exécutif a été accueillie comme un tempérament au présidentialisme. Elle s'est, entre autres, exprimée par la constitutionnalisation du poste du Premier ministre, chef du gouvernement qui vise à rééquilibrer, voire limiter les pouvoirs du Président de la République. Cette dynamique d'encadrement du pouvoir présidentiel peut s'apprécier dans le contexte sénégalais. En effet, avec les vagues de démocratisation au début des années 1990, la structure de l'Exécutif sénégalais jusqu'alors incarnée par le Président, réadapta à nouveau la formule du bicéphalisme⁸⁵, avec un Chef du gouvernement à côté du Chef de l'État. Ce bicéphalisme, annonciateur d'un « décongestionnement » des pouvoirs traditionnels du Chef de l'Exécutif impliquait fatalement une réorganisation interne des compétences matérielles propres à ces deux Chefs. Depuis lors, la question de la répartition des compétences entre le Président et son Premier ministre est au nombre des indicateurs de l'encadrement ou du redimensionnement des compétences présidentielles.

La seconde idée concerne le *pouvoir présidentiel de nomination*, notamment la désignation des membres du Gouvernement. A ce titre, les recherches en Sciences politiques renseignent que le « profilage » de son Gouvernement peut révéler un resserrement de sa marge d'action dans deux cas au moins. D'abord si l'accession du Président à la magistrature suprême a été portée par une alliance. Dans ce cas, l'équilibre visé dans la configuration finale de

⁸⁵ S. DIOP, *Le Premier Ministre africain : la renaissance du bicéphalisme exécutif en Afrique à partir de 1969*, Thèse de Doctorat d'Etat en droit, Université de Dakar, 1985.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

l'équipe gouvernementale s'évalue comme une véritable opération de redistribution de « dividendes » au prorata de l'apport supposé ou réel de chaque parti à la coalition. Cette règle de la *realpolitik* réduit considérablement l'éventail de choix du Président, porté qu'il est à prendre en compte les diverses aspirations des partis de la coalition, sous peine de scission. Ensuite, dans les systèmes politiques à structuration bicéphale de l'Exécutif et bi-représentatifs (c'est à dire élisant Chef de l'Etat et députés au suffrage universel), la cohabitation⁸⁶ est identifiée comme tempérant le présidentielisme. En amont de cette coexistence institutionnelle, la mise en minorité du Président au Parlement le contraint à « *cohabiter* » avec généralement le leader de l'opposition, promu dans la foulée Premier ministre. En fait, dans le contexte français, le jeu des moyens d'actions réciproques obligeant le Chef de l'État à passer « *par le canal* » de ce Premier ministre pour, assurément faire passer ses projets politiques à l'Assemblée parlementaire. Il s'agit d'une hypothèse qui traduit quelque part, une certaine subordination du Chef de l'Etat au Chef du gouvernement. Seulement, cette cohabitation « *à la française* » basée sur un compromis avec « *le cycle des amours contrariées [et] des coups de canif dans le contrat de mariage* »⁸⁷, s'est avérée périlleuse dans le contexte africain puisqu'au Niger par exemple, les difficultés d'une cohabitation résultant de deux élections aux résultats contradictoires ont conduit en 1996 à un coup d'État militaire. Tirant les enseignements de sa propre histoire, le Niger a par la suite procédé à la constitutionnalisation de la cohabitation et de régir de façon parcimonieuse cette situation⁸⁸.

⁸⁶ A-M. COHENDET, *L'épreuve de la cohabitation*, Thèse de Doctorat en droit Public, Lyon, 1991.

⁸⁷ Ch. DEBBASCH, « Président de la République et premier ministre dans le système politique de la V^{ème} République. Duel ou duo ? », *RDP* N° 5, 1982, p. 1175.

⁸⁸ Section 3 du Titre III de la Constitution est intitulée : « De la cohabitation ».

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

A l'évidence, le présidentielisme africain subit de nombreuses limitations extérieures à la sphère du système dirigeant. Elles se situent pour l'essentiel en marge des « canons » du droit, mais brillent par une efficacité remarquable. A cet égard, par delà le rôle traditionnel de contre-pouvoir que l'opposition⁸⁹ incarne dans tout système politique, il faut relever que le présidentielisme africain s'effrite sous l'effet d'une pression populaire particulièrement exigeante. En la matière, la pondération du présidentielisme du fait des combats populaires emprunte des tournures variables. Certaines interviennent de manière ponctuelle, ciblée, alors que d'autres visent l'éviction pure et simple du système politique en place.

D'une part, certains récents combats populaires sous le ciel africain, mettent en avant des considérations ciblées contre l'absolutisme présidentiel. Ces actions populaires obéissent de plus en plus à des idéaux de démocratie et de l'État de droit. A cet égard, du fait des pressions populaires soutenues, les revers subis par le système présidentieliste portant sur des tentatives de modifications constitutionnelles sont notoires. Au Sénégal comme au Bénin, les mobilisations massives contre des tentatives de modifications de la Constitution ont conduit les Présidents Mathieu KÉRÉKOU et Abdoulaye WADE à renoncer à leur projet. En effet, scandant le slogan « *Touche pas à ma Constitution !* », la *vox populi* a eu droit sur de telles manifestations autoritaires des dérives présidentielles. Dans le cas béninois, le projet de M. KÉRÉKOU consistait à faire sauter les verrous de l'âge maximal fixé à 70 ans par l'article 42 de la Constitution pour participer à l'élection présidentielle et la limitation du nombre de mandats à deux. La croisade populaire et de la Société civile contre l'ambition opportuniste du Chef d'État est restée permanente et pressante de juillet 2003 jusqu'à la

⁸⁹ D. EMMANUEL, « L'institutionnalisation de l'opposition dans les États d'Afrique francophone », *Nouvelles Annales Africaines*, 2012, pp. 47.

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

renonciation du Chef d'État à son projet, à la veille de l'élection présidentielle de 2006. Au Sénégal, c'est le projet de A. WADE sur le « *ticket présidentiel* » (l'élection du Président et du Vice-président en même temps, avec l'exigence de cumuler 25% des suffrages exprimés pour se faire élire, au détriment du mécanisme de la majorité absolue, ou du second tour le cas échéant), qui a mobilisé des protestations massives, notamment devant l'Assemblée nationale. Cette réforme, qui devrait avoir lieu le 23 juin 2011, finira par obliger le pouvoir à retirer le projet le même jour.

Dans le cas béninois comme sénégalais, la « *souveraineté [ainsi] reconquise* »⁹⁰ traduit la manifestation du « *patriotisme constitutionnel* »⁹¹, car loin de mettre sur la table des revendications d'ordre social, économique, les populations exigeaient du Président, de laisser intacte la Constitution. C'est un signe des temps.

D'autre part, le présidentielisme africain chancelle sous l'effet d'actions populaires dirigées contre des systèmes politiques identifiés à une famille, ou à un homme. En Afrique noire comme au Maghreb, les systèmes présidentielistes cristallisent ces dernières années une pression populaire constante. L'*omerta* traditionnellement adoptée dans ces régimes a laissé place à un concert de protestations qui ne laisse pas intacte la stabilité du régime.

Cependant, c'est au Maghreb que les remises en question des systèmes dirigeants ont été plus marquées. Les soulèvements généralisés, connus sous le nom de « *Printemps arabe* »⁹², ont fini par défaire tout un système

⁹⁰ A. SOMA, « Le peuple comme contre-pouvoir en Afrique », *RDP*, n°4, 2014, p. 1019.

⁹¹ J. HABERMAS, « Citoyenneté et identité nationale. Réflexions sur l'avenir de l'Europe », in *L'Europe au soir du siècle. Identité et démocratie*, Paris, Éd. Esprit, 1992, p. 29.

⁹² M. TOUZEIL-DIVINA, « Printemps et révolutions arabes : un renouveau pour la séparation des pouvoirs ? », *Pouvoirs* N° 143, 2012/4, pp. 29-45. A-S. OULD BOUBOUTT, « *Le printemps des constitutions arabes* », *Mélanges Jean du BOIS de GAUDUSSON*, op. cit., p. 479

Troisième séance: Le renforcement de l'encadrement du Président de la République dans les régimes politiques africains

politique avec en prime l'éviction pure et simple du Président. Parti d'un fait anodin (immolation d'un jeune diplômé chômeur), la « soif » de la liberté et de la démocratie ne tarda pas à envahir l'esprit des contestataires tour à tour en Tunisie, en Egypte et en Libye. Pour s'en tenir à l'exemple tunisien, le caractère présidentieliste du régime ne fait l'objet d'aucun doute. En effet, il ressort de la Constitution du 1^{er} juin 1959 plusieurs fois modifiée que « *la nature du régime [était restée] foncièrement d'inspiration présidentielle* »⁹³. Après avoir participé, sur le fondement de l'art. 57 de la Constitution de 1959, à la destitution de son prédécesseur H. BOURGUIBA le 7 novembre 1987, M. Zine El Abidine BEN ALI verra l'histoire prendre sa revanche après 23 ans de règne. La vive pression populaire le contraindra à abandonner le pouvoir le 14 janvier 2011. Le présidentielisme égyptien incarné par Hosni MOUBARAK a croulé sous le poids des mobilisations populaires similaires qui l'ont contraint à renoncer au pouvoir en 2011. Les manifestations ont été souvent violentes, voire meurtrières. Malgré tout, elles n'ont pas faibli pour arriver à l'éjection du Chef d'État. Un paradoxe remarquable : les Présidents censés tirer leur légitimité de la volonté populaire sont déboulonnés alors que les monarques jamais élus tiennent debout.

Au regard de ces exemples, il semble que la réappropriation du pouvoir par le peuple est une réalité de plus en plus visible dans des sociétés qui aspirent à plus de liberté et de démocratie. Toutes choses qui confortent le constat vieux de trois décennies de Gérard CONAC : « *La puissance apparente des chefs d'Etats africains peut dissimuler une réelle faiblesse. Leur influence est parfois très limitée et leur marge de manœuvre des plus étroites* »⁹⁴.

⁹³ N. BACCOUCHE, « La révision constitutionnelle en Tunisie : une réforme nécessaire et timide », in H. ROUSSILLON, *Les nouvelles transitions africaines : la transition démocratique*, op.cit., p. 183.

⁹⁴ « Portrait du chef d'État », *Pouvoirs*, n° 25, 1983, p. 126.

**Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre
constitutionnel en Afrique**

LES TENDANCES EMERGENTES DU NOUVEL ORDRE
CONSTITUTIONNEL EN AFRIQUE

Par Frédéric Joël AÏVO

*Agrégé des facultés de Droit
Professeur de droit public à l'Université d'Abomey-Calavi (Bénin)
Président de l'Association Béninoise de Droit Constitutionnel*

RESUME

Cette réflexion est un regard croisé sur les pratiques constitutionnelles des Etats africains. Elle reprend principalement les caractéristiques de l'Etat du droit constitutionnel en Afrique. L'analyse que propose cette réflexion s'appuie sur la situation des Etats africains à partir des voyants constitutionnels et législatifs mais aussi de leur pratique de la démocratie.

Cette présentation est en quelque sorte à la fois une photo de situation de l'ordre constitutionnel imprimé en Afrique par les processus de démocratisation des années 1990. Elle sera perçue et analysée au moyen de plusieurs entrées croisées mais complémentaires. *Premièrement*, la suprématie de la constitution ; *deuxièmement*, le système partisan ; *troisièmement*, le droit des élections, *quatrièmement*, l'autorité de la loi, *cinquièmement*, les droits de la personne humaine, *sixièmement*, l'encadrement de la fonction présidentielle, *septièmement*, la séparation des pouvoirs, et enfin *huitièmement*, le contrôle de constitutionnalité.

Cependant, l'examen du nouvel ordre constitutionnel appelle des observations de fond qu'il est possible de structurer autour de deux pôles : le premier est celui des *lignes de fond structurelles* (I) et le second, celui des *lignes variables mouvantes* (II).

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

Abstract

This reflection is a fresh perspective on constitutional practices in African states. It brings together mainly the features of the rule of constitutional law in Africa. The analysis offered by this reflection relies on the situation of African states, starting from constitutional and legislative lights, as well as their practice of democracy.

This presentation is, in a way, and at the same time, a picture of the status of the constitutional order printed in an Africa backdrop by the democratization process of the 90ies. It will be perceived and analyzed by means of several crisscrossing, though complementary. *First*, constitution supremacy; *Second*, the party system ; *third*, law of elections, *fourth*, the rule of law , *fifth*, the rights of the human person , *sixth* , supervision of the presidential office , *seventh*, separation of powers , and finally *eight*, the control of constitutionality.

However, the consideration of the new constitutional order gives rise to substantive comments that can be structured around two pivots: the first is that **structural base lines** (I) and the second is the **variable shifting lines** (II).

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

التوجهات الجديدة للنظام الدستوري في إفريقيا

الأستاذ فريدريك جويل أيفو

استاذ القانون العام ، جامعة أبومي كلافي البييين

ملخص:

إن هذا التفكير هو رؤية جديدة للممارسات الدستورية في الدول الإفريقية، فهو يجمع في الأساس مميزات دولة القانون في إفريقيا. إن التحليل الذي تقترحه هذه الرؤية يقوم على الوضع السائد في الدول الإفريقية، انطلاقاً من مؤشرات دستورية وتشريعية ومن ممارستها الديمقراطية.

إن هذا العرض هو عبارة عن انعكاس لواقع النظام الدستوري منطبق على خلفية إفريقية من خلال مسار الديمقراطية الذي شهدته سنوات التسعينات. وسيتم تناوله بالنظر والتحليل من خلال عدة تداخلات متشابكة، غير أنها تصب في قالب واحد وتكمل بعضها البعض. ففي المقام الأول، سمو الدستور. ثانياً، نظام الحزب. ثالثاً، قانون الانتخابات. رابعاً، سلطة القانون. خامساً، حقوق الإنسان. سادساً، تأطير الوظيفة الرئاسية. سابعاً، الفصل بين السلطات. وثامناً وأخيراً، الرقابة الدستورية.

غير أن دراسة النظام الدستوري الجديد تسترعي ملاحظات في الصميم يمكن هيكلتها في قطبين: يتعلق الأول بالخطوط الأساسية البنوية، والثاني بالخطوط المتغيرة المتحركة.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

INTRODUCTION

Le passage de l'autoritarisme au pluralisme politique vers la fin des années 1980 en Afrique, fut déterminé par une conjonction de faits et d'évènements politiques majeurs qui ont marqué le XX^e siècle alors finissant. Ceux-ci résultent essentiellement du croisement des dynamiques de libération politique interne aux Etats africains eux-mêmes, et du rapport de forces favorables aux démocraties libérales. L'Afrique n'est donc pas restée en marge des bouleversements imposés par l'effondrement des démocraties populaires, car la principale conséquence de la fin de la bipolarisation du monde fut pour les Etats africains, notamment ceux d'expression française, la réorganisation de leurs systèmes politiques.

La fin des années 1980 et l'amorce de 1990 virent l'Afrique basculer dans le cycle des mutations constitutionnelles qui reconfiguraient alors un monde de moins en moins bipolaire. Au plan international, les années 1980 finissant montrent les premières fissures du bloc de l'Est. Celles-ci sont exacerbées par les options libérales de M. Gorbatchev, nouveau locataire du Kremlin. Le « *gorbatchévisme* » a scellé le sort du communisme et laisse l'initiative à l'Occident. Ces mutations sont la conséquence de la politique de désoviétisation de l'URSS. Elles s'amorcent un peu partout dans le monde et transcendent les clivages idéologiques et les réalités géopolitiques de la guerre froide qui semblaient alors jusque-là, intangibles. Elles emportent les régimes mono partisans africains.

L'Afrique où pullulent nombre de régimes monolithiques, résistait aux principes classiques de la démocratie libérale. Nombre de pays africains avaient alors clairement renoncé à asseoir leur système politique sur la séparation des pouvoirs, la dévolution concurrentielle du pouvoir, la

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

garantie de la suprématie de la loi fondamentale, etc. Mais le paradoxe politique est qu'à cette époque, même les Etats africains qualifiés de « *systèmes politiques à tendance réformiste* », par opposition à ceux « *à tendance révolutionnaire* » fonctionnent en réalité sur les principes de la monopolisation du pouvoir d'Etat. C'est donc dire qu'en vérité, en dehors de l'organisation économique qui peut paraître libéralisée dans les « *systèmes politiques à tendance réformiste* », la très grande majorité des Etats africains obéissent tous, dans leur pratique du pouvoir, à la logique de l'autoritarisme.

C'est dans ces conditions qu'a éclaté la crise des systèmes politiques et que s'est enclenché sur l'ensemble du continent l'ouverture au pluralisme politique. Les procédés d'ouverture ne furent guère les mêmes. Ils varient, certes d'un Etat à un autre mais ont la même finalité : assurer la sortie du monopartisme et arrimer les Etats en cause à la marche de la démocratie.

Ainsi, au plan politique, au cours des deux dernières décennies, les Etats ont dans la grande majorité, connu des mutations sans précédent. Celles-ci affectent principalement l'Etat, son organisation et son fonctionnement. Mais c'est surtout les modalités d'organisation de l'Etat qu'il convient de mettre en évidence. Ce sont d'une part, les valeurs et principes et d'autre part, les outils juridiques qui ont subi des changements de fond et qui permettent d'attester du passage d'un ordre constitutionnel à un autre. Ainsi, dans la littérature savante du droit constitutionnel, il est convenu de parler du nouveau constitutionnalisme qui s'est substitué à un autre, l'ancien. En d'autres termes, le début des années 1990 a consacré une nouvelle ère politique imprimée par un ordre constitutionnel libéral. L'évaluation à mi-parcours de ce processus de libéralisme politique permet aujourd'hui de mesurer la profondeur des mutations constitutionnelles, de bien observer les

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

tendances lourdes de ce nouvel constitutionnel et d'envisager les accélérations qu'il a subi dans la pratique.

Dans cet ordre d'idées, il sera nécessaire d'ordonner l'étude autour d'une démarche à plusieurs temps. Ils reprendront les *lignes de fond structurelles* (I) de cette accélération et celles qui peu stabilisées, peuvent être considérées comme des *lignes de fond mouvantes* (II).

LES LIGNES DE FOND STRUCTURELLES

Sur cette question essentielle, plusieurs éléments peuvent être retenus. Ce sont successivement la suprématie de la constitution, le contrôle de constitutionnalité de la loi et la garantie de l'alternance.

1. La suprématie normative de la Constitution

L'histoire politique du continent est riche et mouvementée. Elle a été marquée par une instabilité politique chronique et une succession de cycles constitutionnels. L'instabilité politique qui n'a épargné que très peu d'Etats en Afrique est le fait de ruptures de légalité constitutionnelle. Cette instabilité a été provoquée, prolongée et installée par une série de coups d'Etat militaires, de crises politiques aiguës et de conflits armés violents. Les coups d'Etat, principal facteur d'instabilité en Afrique, sont de plusieurs ordres. On en dénombre plusieurs dizaines.

Cependant, malgré cette instabilité et les infortunes ou aventures politiques qui s'en suivent, les Etats africains ont toujours fondé l'organisation de l'Etat et ses activités sur une loi fondamentale. Ainsi quel que soit l'Etat considéré, et en dépit des principes politiques qui sous-tendent l'organisation des Etats, la Constitution y a toujours été déterminée comme le socle de l'ordre juridique et donc comme la loi suprême. Il en a été ainsi

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

depuis 1957, date de l'accession du Ghana à la souveraineté internationale. Depuis lors, tous les Etats qui, en 1958 pour la Guinée, et 1960 pour le reste, accédèrent à l'indépendance se sont dotés d'une constitution écrite et pour la plupart rigide.

Le constituant en a fait non seulement la loi suprême de l'Etat mais aussi et surtout celle qui organise matériellement les institutions politiques, fixe leurs compétences, organise leurs rapports entre elles et avec les citoyens. Cette tendance traditionnelle de la constitution correspond aux lois fondamentales de l'ancien constitutionnalisme qui a eu cours jusqu'à la fin des années 1980. Mais cette conception de la constitution a considérablement évolué. Les constitutions adoptées dès l'ouverture des systèmes africains au pluralisme politique ont désormais une triple vocation : celle *premièrement* d'organiser l'Etat et ses institutions, *deuxièmement* de protéger les libertés fondamentales et enfin *troisièmement* d'enraciner l'ensemble de l'ordre juridique dans le marbre de la constitution.

Quoi qu'il en soit, et quel que soit l'Etat, l'on observe que les Etats accordent à la constitution une place prépondérante dans l'ordre juridique. Elle est placée au sommet de la hiérarchie des normes et son application prévaut sur tous les instruments juridiques d'origine interne. Certains cas particuliers illustrent désormais cette tendance dominante qui consacre la primauté du fait juridique sur le fait politique, du droit sur la politique.

Au *Nigeria*, L'article 1 de la Constitution de 1999 prévoit la suprématie de la Constitution sur tout autre texte. Elle se traduit par l'autorité accordée aux dispositions constitutionnelles. Dans l'ordre fédéral, elles sont contraignantes pour toutes les autorités et les personnes ; Par exemple, on en déduit que les institutions fédérales et toutes les parties de la population ne

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

peuvent être régies, prises ou contrôlées par une personne ou un groupe de personnes, sauf en conformité avec les dispositions de la constitution ; et que, dans le cas de toute autre loi est incompatible avec les dispositions de la constitution, toute autre loi est nulle dans la mesure de son incohérence.

Il est presque de même en droit *Burkinabè*, au *Ghana*, en *Guinée* et en *Sierra léonaise*.

Au *Burkina Faso*, la suprématie de la Constitution et sa primauté dans l'ordre juridique interne sont traduites d'une part, par le caractère obligatoire de son application et surtout par l'instauration du contrôle de constitutionnalité de la loi.

Au *Ghana*, la Constitution de 1992 est sans équivoque sur sa propre suprématie normative et la primauté de ses dispositions. La suprématie de la constitution est prévue par les articles 1, 2, 3, 35, 37 (1) et 41 (b) de la Constitution. La principale clause de suprématie est l'article 1. Elle est péremptoire : « *la Constitution est la loi suprême du Ghana et de toute autre loi jugée incompatible avec une disposition quelconque de la présente Constitution doit, dans la mesure de l'incompatibilité, être annulée* ». L'implication immédiate de ce principe est d'une part, le contrôle de conformité de toute norme inférieure et d'autre part, le pouvoir de contrôle de la constitutionnalité de toute loi. L'article 2 de la Constitution ghanéenne confie ce pouvoir de contrôle exclusivement à la Cour suprême du Ghana. Comme inhérents à la lettre de l'article 2 (1), il implique également que les pouvoirs législatifs du Parlement du Ghana sont limités et que la Cour suprême peut censurer les lois du Parlement et ceux des précédentes législatures, comme toutes les lois applicables au Ghana sont assujetties à la suprématie de la Constitution.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

En *Guinée*, la constitution de 2010 affirme dans son préambule la volonté du peuple à tirer « les leçons de son passé et des changements politiques intervenus depuis lors ». En conséquence, sans ambiguïté elle dispose en son article 2 que « la souveraineté s'exerce conformément à la constitution qui est la Loi suprême de l'État. Toute loi, tout texte réglementaire et acte administratif contraires à ses dispositions sont nuls et de nul effet ». Elle charge le Président de la République de veiller au respect de la constitution (art. 45) et une juridiction constitutionnelle d'en sanctionner les violations mais aussi de faire barrage à l'entrée en vigueur de tout texte qui lui est contraire.

En *Sierra Leone*, la section 171 (15) de la Constitution pose le principe de la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne de l'Etat. Elle dispose ainsi que tout texte de loi incompatible avec les dispositions constitutionnelles est nul et de nul effet dans la mesure de son incohérence. En outre, dans la suite logique de cette primauté accordée au texte de la constitution, le constituant sierra léonais a prévu les mécanismes de sa garantie. L'article 127 institue un contrôle de conformité de la loi à la constitution et habilite tout citoyen à déférer devant le juge de la Cour suprême, pour contrôle de constitutionnalité une loi incohérente.

On le voit, la suprématie de la constitution dans l'ordre interne des Etats et sa primauté sur les autres actes normatifs est une constante. Elle est aujourd'hui une tendance lourde du nouveau constitutionnalisme africain et peut, au regard du passé politique de l'Afrique être qualifiée de tendance émergente.

Mais à cette lecture formaliste qui prend acte de l'affirmation du principe dans la plupart des textes constitutionnels, il convient d'opposer la pratique

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

constitutionnelle des Etats. Certes, l'analyse des textes constitutionnels en vigueur autorise à soutenir que l'Afrique est une terre d'accueil du constitutionnalisme libéral. Elle promet désormais non seulement la Constitution, comme un moyen de limitation du pouvoir des gouvernants, de garantie des droits humains, mais elle rend aussi son respect et son application obligatoires. Néanmoins, il s'impose de nuancer cette vue théorique tirée des textes par une autre plus pragmatique tirée de l'expérience et de la pratique dans ces Etats.

En tout état de cause, et quelle que soit la conclusion que l'on dégage de l'autorité progressivement acquise par la Constitution en Afrique, il semble tout de même opportun de soutenir que l'instauration de régimes pluralistes a considérablement contribué à faire reculer l'arbitraire, l'impérialisme du politique qui pouvait décider d'outrepasser ou de contourner telle ou telle autre disposition constitutionnelle contraire à l'intérêt du parti au pouvoir. L'un des exemples les plus illustratifs de ce propos est celui en Guinée sous le Président Sekou Touré. La constitution y avait qu'une valeur formelle car il est arrivé que le Parti unique au pouvoir s'arroge le droit que la constitution ne lui conférait pas. Ainsi, en a-t-il été de la révision de la constitution par le parti unique en 1974 en lieu et place du parlement auquel revient ce droit aux termes de l'article 49 de la Constitution. Cette révision visait à permettre au Président de se présenter pour un troisième mandat et de doubler les effectifs du parlement qui à l'époque étaient de 75 députés

De ce fait, la suprématie de la constitution sur toute norme désormais consacrée dans le droit positif des Etats en Afrique doit être considérée comme une ligne de fond stabilisée. Elle ouvre quelques avantages : le *premier* est qu'elle offre aux citoyens quelques garanties de sécurité

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

juridique. Le *second* est que la suprématie normative de la constitution limite juridiquement la marge de manœuvre du politique et le *troisième* est qu'elle met le citoyen à l'abri de tout risque d'arbitraire.

2. *La garantie juridictionnelle de la constitution*

A la suprématie normative de la constitution, fait désormais écho sa garantie juridictionnelle. Les deux sont inséparables, car l'une induit l'autre. La nécessité de garantir le respect de la constitution pousse irrémédiablement à la mise en œuvre d'un mécanisme de contrôle et de subordination de l'œuvre législative à l'autorité de la Constitution. Elle voit émerger sur l'ensemble du continent, un nouveau juge. Il est habilité par le constituant à faire respecter la loi fondamentale. Et dans certains, ce qui interpelle, c'est, malgré les résistances et les obstacles, la détermination de nombre d'entre ces juridictions à soumettre la loi à la constitution et au-delà, à cantonner le pouvoir politique dans les limites des marges que lui reconnaît la constitution.

Le contrôle de constitutionnalité est la technique par laquelle un juge confronte les lois à la constitution afin d'en vérifier la constitutionnalité et d'autoriser son application. Ce contrôle est considéré comme une fonction de la justice constitutionnelle qui est conçue différemment en fonction des traditions juridiques des Etats. La doctrine oppose généralement le *modèle américain* à celui *européen*. Ce contrôle est exercé soit par un juge ordinaire, celui de la Cour suprême pour les Etats africains de tradition anglo-saxonne soit par un juge constitutionnel spécialisé dans ce type de contrôle, c'est le cas des Etats africains francophones.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

La fonction principale de ce contrôle est d'assurer l'unification de l'ordre juridique par le contrôle de conformité à la constitution des normes juridiques subordonnées. Ce contrôle est généralement considéré comme la fonction majeure des juridictions constitutionnelles et une fonction vitale de la démocratie. Lorsque Hans Kelsen systématise sa conception de la hiérarchie des normes, permettant ainsi à la norme supérieure de fonder la validité de la norme inférieure, on comprend vite que la constitution pose les conditions d'édiction et de validité des normes subordonnées. C'est ce qui fonde le contrôle de constitutionnalité de la loi qui a ainsi pour but de purger l'ordre juridique de tout acte contraire à la loi fondamentale.

Une autre fonction tout aussi importante du contrôle est *la protection des droits fondamentaux*. Il s'agit d'une fonction déduite de l'évolution récente de la justice constitutionnelle. Elle consiste à vérifier l'application du droit substantiel, c'est l'ensemble des droits et libertés individuels et collectifs garantis par la constitution. Parmi les fonctions du juge de la constitutionnalité, la protection des droits fondamentaux est aujourd'hui mise en avant comme la forme la plus achevée de l'Etat de droit.

L'institution du contrôle de constitutionnalité est pour ainsi dire une autre ligne de fond du nouveau constitutionnalisme africain. Il est généralisé en droit constitutionnel africain comparé comme le montre l'activité des Cours constitutionnelles du Bénin, du Mali, du Niger, du Togo ou des Conseils Constitutionnels d'Algérie, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, du Sénégal etc. Quelques Etats comme le Nigeria, le Ghana, la Sierra Leone connaissent aussi ce type de contrôle mais avec des modalités différentes. Mais à l'opposé des Etats francophones, la fonction est exercée par une juridiction ordinaire compétente aussi pour trancher les litiges civils.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

I- LES LIGNES DE FOND MOUVANTES

Sont en cause ici quelques-unes de ces avancées notées dans les droits constitutionnels africains. Mais contrairement aux précédentes, jugées structurelles, celles-ci restent mouvantes, car peu stabilisées, précaires et conditionnées à bien des égards. Ce sont notamment la séparation des pouvoirs, le droit des élections et enfin la garantie de l'alternance au pouvoir.

1. La séparation des pouvoirs

La séparation des pouvoirs est un principe d'ordre général et indissociable de la conception libérale de la démocratie. Elle est intimement liée à l'organisation des pouvoirs. Elle est déduite de l'idée autrefois défendue par Montesquieu que « *tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux exerçait les trois pouvoirs* ». D'où la nécessité de distinguer dans le pouvoir de l'Etat, trois fonctions essentielles : celle d'édicter par l'expression de la volonté générale, les normes, celle d'exécuter et d'appliquer les normes et enfin de juger ou plus précisément de sanctionner l'application desdites normes.

Aujourd'hui l'on a déduit de ce principe cardinal pour tous les régimes politiques, une règle simple : elle consiste pour toute constitution d'articuler le pouvoir politique autour d'abord, de la distinction des trois pouvoirs classiques, ensuite de leur indépendance organique et enfin de leur spécialisation fonctionnelle.

C'est en ces termes que les Constitutions des Etats africains ont disposé les institutions. L'on distingue formellement et presque uniformément les trois pouvoirs classiques : l'Exécutif, souvent incarnée par un Président de la République dont les pouvoirs varient en fonction de la nature du régime

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

politique ; Le Parlement à chambre unique dans certains Etats comme le Bénin, le Burkina Faso, le Niger, le Sénégal ou le Togo, ou à deux chambres comme, en Algérie, au Cameroun, au Nigéria etc. et enfin le Pouvoir judiciaire fait des cours et tribunaux à la tête duquel trône dans bien de cas une Cour suprême.

Au-delà de cette classification ordinaire, les constitutions africaines intègrent aussi dans l'organisation du pouvoir politique certains organes que l'on peut qualifier d'institutions d'équilibre ou de contre-pouvoirs. Ce sont notamment les Cours et Conseils constitutionnels qui ne sont pas toujours intégrés au pouvoir judiciaire, les Organes de régulation des Médias, les Conseils Economiques et Sociaux, les Médiateurs de la République et bien d'autres encore. Si ces organes n'ont pas, toutes, vocation à jouer intrinsèquement un rôle de contrepoids, leurs activités participent de l'équilibre général des pouvoirs et de la modération de la prééminence des pouvoirs exécutif et législatif.

Cependant, cette lecture mérite d'être nuancée, car formaliste et biaisée par la structuration froide des textes. Dans la pratique institutionnelle de la plupart des Etats, la séparation des pouvoirs est devenue une « pétition de principe » et l'action attendue des institutions de contrepoids presque un mythe. Au lieu de la séparation des pouvoirs, l'observation des systèmes politiques africains laisse apparaître un alignement des pouvoirs. A l'exception de quelques rares Etats, cet alignement, se traduit par l'abaissement volontaire ou conditionné du Parlement, la mise au pas de la justice au service du pouvoir Exécutif, l'impuissance du juge constitutionnel face à la majorité politique et l'effacement des autres organes.

Ainsi le phénomène partisan et plus spécifiquement la concordance des majorités présidentielle et parlementaire met en échec la fonction de la

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

séparation des pouvoirs. Par le jeu de la majorité écrasante des partis au pouvoir, devenus dominants et presque uniques, le « *pouvoir n'arrête plus le pouvoir* ».

C'est pour cette raison que cette conclusion peut être esquissée. D'ailleurs, elle s'impose à quiconque se penche sur la mise en œuvre de la séparation des pouvoirs dans le constitutionnalisme en Afrique. **D'abord**, il faut bien noter que le principe est une réalité dans le nouveau constitutionnalisme africain. **Ensuite**, la séparation des pouvoirs est une tendance lourde qui traverse la structure de tous les régimes politiques en Afrique. **Enfin**, la pratique du pouvoir et le fonctionnement des institutions inclinent davantage à parler d'intelligence des pouvoirs que de séparation des pouvoirs.

2. *La consolidation du droit des élections*

Depuis l'ouverture des systèmes politiques africains au pluralisme politique, les élections sont indubitablement devenues l'un des instruments de mesure de l'approfondissement des processus démocratiques. Un Etat est ainsi naturellement apprécié en fonction de la qualité de ses élections. Dans cette quête, on cherche à évaluer les élections au moyen de plusieurs critères : il s'agit en **premier lieu**, d'auditer le cadre juridique des élections, c'est-à-dire spécifiquement les dispositions constitutionnelles et législatives qui encadrent les scrutins. En **second lieu**, une élection est jugée démocratique, lorsqu'elle est considérée comme libre, transparente et sincère. C'est à l'aune de ces différents critères que les élections ont été appréciées dans les différents Etats. Il ressort de l'analyse des processus électoraux un constat et plusieurs considérations.

Le constat est celui de la très grande sensibilité des élections dans presque tous les Etats africains. En témoignent les nombreux troubles

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

sociopolitiques, des crises et parfois des conflits armés violents et meurtriers qui ont sanctionnés nombre de processus électoraux mal engagés, conduits sans consensus ou dont les résultats ont été contestés. Les cas du Nigéria en 2007 après l'élection du Président Yar'Adua, de la Côte d'Ivoire suite à la victoire du Président Ouattara en décembre 2010 et de la Guinée illustrent parfaitement cette réalité.

Comme il s'impose de le constater en Afrique, depuis les transitions démocratiques des années 1990, le principe des élections pluralistes, concurrentielles, libres et transparentes a été clairement acté dans les constitutions africaines. Il apparaît même aujourd'hui, autant que les droits de l'homme, comme un baromètre de la crédibilité des systèmes constitutionnels.

Cependant, si le principe est consacré dans les droits constitutionnels africains, l'élection est le véritable talon d'Achille des Etats en Afrique.

L'élection est à la fois l'indicateur d'une bonne pratique démocratique, mais aussi et surtout un facteur clé de stabilité et de pacification des Etats. C'est pour cette raison, que les efforts déjà engagés en Afrique pour améliorer le cadre juridique des élections et perfectionner les outils d'organisation et de gestion des élections doivent être accrus.

En plus de plus de deux décennies d'expérience démocratique, les élections sont toujours autant des périodes de tensions internes, sources d'inquiétudes pour les citoyens et de préoccupations pour la communauté internationale. Et pourtant, l'Afrique a amélioré sur plusieurs plans ses élections, notamment les mécanismes. Ce sont :

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

L'enrichissement des textes régissant les élections. Cet enrichissement est dû à l'adoption d'accords régionaux et sous régionaux qui exercent une influence positive sur les autorités et structures de l'Etat en charge des élections. On citera précisément au *plan continental*, la Charte Africaine de la Démocratie, des Elections et de la Gouvernance adoptée le 30 janvier 2007 et au *plan sous régional* le Protocole Additionnel de la CEDEAO de 2001 sur la Démocratie et la Bonne Gouvernance. Ce mouvement de renforcement des instruments électoraux et de crédibilisation des élections en Afrique s'est davantage adossé à une volonté des acteurs politiques internes de niveler le régime électoral, la préparation et la gestion du scrutin sur les standards dégagés par l'international.

La création au fil des années des *Commissions Electorales Nationales Indépendantes*. Ces organes (Commission ou Observatoire) varient d'un Etat à un autre, mais l'esprit est le même, la vocation aussi. La finalité de ces commissions est d'abord, de « désétatiser » la gestion des élections, ensuite d'éviter que le parti majoritaire au pouvoir soit à la fois juge et parti et enfin d'assurer que tous les partis engagés dans le processus électoral s'accordent sur un minimum de règles et participent à la préparation, à l'organisation de l'élection afin d'en accepter les résultats. C'est une condition de la paix et de la stabilité que plusieurs Etats essaient de satisfaire à des degrés variables et avec des résultats différents.

La consolidation des codes électoraux ou des lois électorales des Etats. Ils sont progressivement dépouillés de leurs dispositions injustes, inéquitables, taillées sur mesures pour conditionner la victoire des uns et la défaite quasi systématique des autres.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

La routinisation des élections par la tenue à échéances régulières des scrutins présidentiel et législatif dans la plupart des Etats.

La réalisation des alternances, sans doute douloureuses, mais finalement consommées dans de plus en plus d'Etats.

L'engouement des électeurs pour les urnes. Malgré les infortunes des processus électoraux, malgré que l'élection, notamment présidentielle, reste en dépit des efforts, un vecteur de trouble et de violence, la participation des électeurs aux scrutins dans les Etats étudiés indique toujours leur foi en la démocratie et en les vertus du procédé.

3. La garantie de l'alternance

Cette question est objet de toutes les controverses. Mais avant tout débat, il faut faire remarquer que la limitation du nombre de mandats présidentiels repose, elle-même, sur ces techniques de limitations du pouvoir présidentiel. C'est en vérité, un des mécanismes phares du nouveau constitutionnalisme africain. Elle est symptomatique du resserrement de l'étau constitutionnel autour du Président de la République et une des manifestations des avancées du droit constitutionnel en Afrique. Elle divise aussi bien les universitaires, les acteurs politiques que les citoyens. Sur cette question, il faut distinguer deux éléments.

Le *premier* consiste à enfermer le mandat du Président de la République dans un délai fixe et rigoureusement déterminé. Il est tantôt de 4 ans, tantôt de cinq (5) ans, tantôt de sept (7) ans. Les pratiques ne sont pas les mêmes d'un Etat à un autre en Afrique. Et au sein d'un même Etat, par exemple le Sénégal ou le Burkina Faso, la durée du mandat présidentiel a pu varier d'un quinquennat au septennat ou vis-versa.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

Le *second* élément porte, non pas, sur la durée du mandat mais plutôt sur la durée d'exercice de la fonction présidentielle par un citoyen. C'est l'épineuse question du nombre de mandats que peut exercer un chef d'Etat. *Certains* sont pour un renouvellement à l'infini du mandat tant qu'il est soutenu par la volonté du peuple et légitimé par l'onction des électeurs. *D'autres* par contre s'y opposent fermement en raison de ce que le renouvellement *ad vitam aeternam* d'un Chef d'Etat, quel que soit son assise populaire compromet l'alternance, la rotation des élites, la circulation du pouvoir et tendrait, en raison de ce qu'elle maintiendrait un homme en fonction jusqu'à sa mort, à instaurer une monarchie constitutionnelle.

Plusieurs Etats ont limité à deux (2), le nombre de mandats que peut exercer un Chef d'Etat, d'autres n'y adhèrent guère ou y ont renoncé après l'avoir adopté.

Quelques observations conclusives

Au regard des grandes tendances ainsi observées plusieurs défis semblent nécessaires à relever. Ils ne signifient pas que la démocratie doit être réinventée en Afrique ou que le continent n'est pas une zone d'autoritarisme, donc pas démocratique. La mise en exergue de ces défis indique simplement les quelques chantiers dont l'ouverture et l'exploration pourraient contribuer à enrichir les processus en cours, et assurer par le même moyen, aux Etats et à la sous-région, la paix et la stabilité qui font défaut, manquent à leur efforts de développement.

De ce point de vue, l'on peut pointer quelques préoccupations relayées par les études consacrées aux spécificités démocratiques de chaque Etat. Ces études ont relevé des atouts de ces systèmes et brossé à grands traits les avancées enregistrées. Mais d'autres travaux renseignent déjà suffisamment

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

sur le retard sur l'agenda de la démocratie, les facteurs de blocage de la consolidation de l'Etat de droit en Afrique, les obstacles structurels des systèmes constitutionnels étudiés et les entraves qui relèvent de la pratique des hommes.

Ces dysfonctionnements affectent tous les aspects de la démocratie et plusieurs domaines de la vie politique. L'on enregistre ainsi, l'autorité relative de la constitution, la mise en œuvre peu satisfaisante de certaines libertés fondamentales, la restriction du pluralisme politique, l'affaiblissement des partis politiques.

D'autres points méritent ici d'être soulignés. Ils tiennent principalement, à l'ineffectivité de l'Etat de droit, à la mise en œuvre problématique de la démocratie, au déficit non pas de matériaux ou d'instruments de la démocratie, mais bien de culture démocratique, au système électoral dont les dysfonctionnements sont dus tant aux mécanismes qu'aux acteurs politiques.

Les processus de démocratisation en cours sur le continent ont, malgré les insuffisances déjà relevées, donné quelques résultats. Dans certains Etats, les progrès significatifs sont portés par la promotion et la garantie des droits de l'homme, l'approfondissement du pluralisme politique, l'éclosion d'une presse libre, la tenue à bonne date des élections et l'organisation de scrutins plus ou moins libres et sincères et dont les résultats sont acceptés par les partis. Enfin, l'un des critères qui ont crédibilisé sur le continent est la banalisation de l'alternance aussi bien à la tête de l'Etat que des principales institutions de la République. C'est dire qu'il est possible d'engager l'avenir du droit constitutionnel et le pari de la stabilité des Etats sur quelques avancées à approfondir.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

Principalement, elle concernera la Constitution et consistera à ne point mettre en péril ses points d'équilibre, ses mécanismes et dispositions les plus sensibles. A titre d'exemple, l'autorité de la constitution pourrait ainsi être préservée à deux conditions.

La *première condition* est négative ou passive. Elle sera réalisée si les Etats, particulièrement les acteurs politiques au pouvoir s'abstiennent de démanteler ce qui peut être considéré dans la Constitution de chaque Etat et au regard de son histoire politique propre, comme un des acquis fondamentaux de son peuple.

La *deuxième condition est positive ou active*. Elle sera réalisée si les Etats identifient dans le système constitutionnel, les points qu'une révision constitutionnelle pourrait d'avantage renforcer. Sur cette question, plusieurs peuvent être identifiés. Par exemple le renforcement de la garantie des droits fondamentaux, le renforcement du statut de l'opposition, l'indépendance de la magistrature ou encore la rénovation par voie constitutionnelle du système électoral.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

Débats (3ème séance) 25 11 2014

المناقشة (الجلسة الثالثة)

Questions relatives à la communication du Professeur Joël AÏVO

Un intervenant de la salle

Je commence par une question à Monsieur le Professeur Joël AÏVO. Vous avez parlé de l'originalité africaine, des mécanismes atypiques de rupture concernant les Constitutions africaines. Ma question est, où réside justement cette originalité surtout que nous avons constaté que les Constitutions africaines à la lumière des nouvelles Constitutions dans les pays de l'Est, la Constitution portugaise également, adoptent les standards internationaux en matière de droit constitutionnel que vous avez d'ailleurs évoqué, tels que l'énumération des libertés, la protection constitutionnelle etc... Donc où réside la spécificité africaine ?

Chief justice of Gambia

I must congratulate the speakers of today who have visited the different areas of constitutionalism. Well, I must bring to your notice that article 122 of the Gambian Constitution speaks of a continual education of the populace with respect to their rights embodied in the constitution, and that is obligatory on the state. It makes the point here that the education of the people. Then, the people have been given the right to protect the constitution if anybody wants to abrogate it or abridged it, or so on. This, I am happy to tell you, is contained in the Gambian Constitution. Now, the first speaker spoke about the new predia taking place in the old morals, but is it for betterment? Or is it not for betterment? The best comparison would be that compare the African constitutions with the other developed nations constitutions. The French Revolution has been taken place, the American

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

Revolution has taken place, in Britain, we have seen the processes, those have they to consult there is no need for a new cataclysm to establish that this was rejected and this is accepted. So, all those examples are before us. It is not to be seen whether the advances in constitutional law in Africa compared to the rest, is something, which is satisfactory. This has not been addressed.

May I also submit, most humbly, that when the first speaker speaks of judicial judges reducing the powers of the executive, I must say that he must finally see article 169 of the Constitution of this great country, Algeria. The Constitutional Council has a right to overwhelm what may have been declared or accepted in case of treaties, the law, whether it is constitutional or not. Now, this Constitutional Council is created by the President, who has three works and the rest of nominees ... (interruption/ coffee break).

Membre de la délégation du Conseil constitutionnel du Sénégal

Je voudrais poser une question et partager une interrogation en profitant de la présence d'éminents juristes et de juges constitutionnels de notre cher continent. Nous avons l'habitude de voir dans nos républiques souvent une poignée d'hommes qui prend la Radio et qui dit la Constitution est suspendue, des putschistes qui prennent la Radio pour dire la Constitution est suspendue. Alors ma grande interrogation est de savoir est ce qu'il suffit de cette déclaration pour suspendre la Constitution ? Cette Constitution est-elle si fragile pour que même une autorité illégale et non légitime fasse une simple déclaration pour suspendre la Constitution ?

Mr. DJEBBAR Abdelmajid, Conseil constitutionnel, Algérie

Je voudrais intervenir sur deux points qui sont revenus dans la discussion depuis hier et dans toute l'Afrique actuellement. Il s'agit d'abord :

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

premièrement du thème du consensus et secundo sur ce qu'on appelle actuellement le respect des droits et des libertés du citoyen. S'agissant du consensus, je dois dire d'abord que le terme est noble et qu'aucun ne peut rejeter ce principe ou cette idée-là. Ici en Algérie, il y a ce qu'on appelle un accord sur les constances nationales et je dis bien un accord de valeur, ce qui dépasse dans le fond le consensus. C'est pour dire en quelque sorte que le consensus, on l'emploie pour cacher des différences. Donc ce qui veut dire également autre chose, que le consensus est employé dans un sens beaucoup plus politique qu'autre chose. D'ailleurs on a parlé beaucoup de la société civile, c'est une sorte d'allégorie politique qu'on emploie pour permettre ou bien pour arriver à ce consensus. M. ONDO en a parlé, M. AÏVO en a parlé. Alors je m'interroge toujours et c'est pour l'Afrique toujours, la perfectibilité et l'effectivité de ce consensus bien qu'on est en train de parler de la société civile alors que la société civile, qu'on le veuille ou pas, le thème est importé. C'est pour faire un crochet à Monsieur AÏVO qui a dit que le procès du mimétisme est terminé alors qu'il est encore là. Il faut relativiser les choses!

Intervention from the floor

I take the floor to also point out what I consider to be an omission in the presentation of the chronology of the emergence of modern and democratic constitutions in Africa. It is correct that a trend began in Algeria and it continued in Benin, as we head. But, I wish to point out that, on the 21st of March 1990, the Namibian Constitution was adopted, it was equally democratic and modern. In fact, it introduced an element that was previously missing in other constitutions, and that is the recognition of International Law as part of a domestic law, without a need to legislate, and this is what is called the monist approach. I thought I should point this out.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

M. Martin, Professeur de droit et Directeur du cabinet du Président du Conseil constitutionnel de Côte d'Ivoire.

Je prends la parole pour réagir relativement au contrôle de constitutionnalité et singulièrement par rapport à deux types de lois : la loi de révision de la Constitution et la loi référendaire. Relativement aux lois de révision de la Constitution, l'un des communicants a salué le progrès réalisé en la matière en notant le contrôle de la constitutionnalité de la loi de révision de certains Etats. Je voudrais dire que cela est vrai dans certains Etats, pas nombreux, de sorte qu'il y a lieu d'élargir, d'ouvrir les horizons. Et d'abord de s'interroger sur les raisons ou les motifs qui fondent la résistance ailleurs. En faisant des recherches, j'en suis arrivé à constater que les lois de révision de la Constitution sont soustraites à toute justiciabilité, bien entendu parce que ces lois-là sont considérées comme marquées du sceau de la souveraineté. A la réflexion, on se rend compte que ce sont des lois qui, en règle générale, procèdent bien entendu du Parlement. Or, les lois ordinaires et les lois organiques issues du Parlement sont soumises au contrôle de constitutionnalité. Comment se fait-il alors que la loi de la révision émanant du Parlement ne puisse connaître pareil sort ? Je crois qu'il faut ouvrir les choses et en arriver à contrôler partout les lois de révision de la Constitution pour restituer à la Constitution sa valeur, sa nature, son statut de norme fondamentale. J'en arrive à un point essentiel à propos du cas où il n'y a pas de solution encore. Il s'agit de la loi de la révision de la Constitution émanant du peuple et des lois bien entendu référendaires.

D'une manière générale, partout bien entendu en Afrique et ailleurs, j'ai pu noter que ces lois sont soustraites au contrôle du juge et spécialement du juge constitutionnel même lorsque ces lois interviennent en matière constitutionnelle. La raison majeure n'est pas bien sûr parce que ce contrôle

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

n'est pas prévu par la Constitution. La question est surtout et fondamentalement parce que ces lois sont considérées comme émanant du peuple souverain. Or le propre de la souveraineté dit-on c'est d'échapper à tout contrôle. Ainsi les lois référendaires ordinaires ou bien entendu constitutionnelles échappent à toute contestation devant le juge. Or le peuple s'est doté d'une Constitution posée reconnue comme bénéficiant du statut de loi fondamentale, de loi bien entendu établissant la règle des règles. Et c'est le même peuple qui, appliquant la Constitution en arrive à la réviser ou à prendre des lois ordinaires. La question que je me pose et que je voudrais bien entendu vous adresser est de savoir si la volonté du peuple intervenant en second soit pour réviser la Constitution, soit pour adopter une loi ordinaire peut être considérée comme égale à sa volonté initiale, primaire, originelle, première par quoi le même peuple fonde l'Etat à travers une Constitution. Est-ce que les deux volontés sont d'égale valeur ? Est-ce que les deux volontés doivent être placées au même étage ? Je n'ai pas de réponse définitive. Mais il me semble que non et que la volonté première par laquelle l'Etat est fondé est supérieure à toute autre volonté qui intervient nécessairement à l'intérieur de la Constitution ou dedans de la Constitution. Comme telle, elle est nécessairement seconde et secondaire et on doit en arriver à tirer naturellement des conséquences juridiques. Voilà ma première réflexion.

Deuxième niveau, pareille rencontre de cette nature ne devrait pas, je le crois, se satisfaire de la constatation de l'existant. Je pense qu'il y a lieu d'aller au-delà en envisageant, en examinant les obstacles, les résistances, les difficultés que connaît le droit constitutionnel africain ou en Afrique. Et c'est la raison pour laquelle je pense que dans le prolongement de cette rencontre, il serait envisagé d'organiser une conférence internationale

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

devant porter sur la résistance ou la faiblesse du droit constitutionnel en Afrique. Cela permettrait, constatant la difficulté de proposer les solutions pour contribuer encore à faire progresser davantage le droit constitutionnel africain. Voilà ce que j'ai pu indiquer dans le bref temps qui m'a été imparti.

Un intervenant de la salle

Je voudrais aborder deux points. Premièrement pour préciser une idée que j'ai exprimée hier à l'intention de M. KAÏS. C'est moi qui ai parlé de la Constitution gabonaise, mais c'était pour corriger une erreur, j'ai dit qu'il y a beaucoup de décrets, d'études qu'on trouve chez nos amis les auteurs africains et même occidentaux qui signalent que la deuxième période de l'évolution constitutionnelle en Afrique a été à partir de la révision de la Constitution gabonaise. J'ai dit que ce n'est pas la vérité. On a parlé aussi de la Constitution béninoise de 1990. J'ai dit qu'en vérité, c'est la Constitution algérienne dont nous fêtons le 25^{ème} anniversaire, qui a été le point de départ pour la deuxième phase de développement du droit constitutionnel en Afrique. C'est cette Constitution qui a mis fin au système constitutionnel construit sur le parti unique d'un côté, et la création d'organes de contrôle constitutionnel indépendants des cours suprêmes. Donc moi je signale cette erreur et c'est important de la corriger.

Je pose la deuxième question aux trois intervenants. Comment concilier entre deux grandes tendances : la tendance d'avoir un droit constitutionnel africain d'un côté ou la tendance qui est lourde et dont certains collègues ont parlé : la mondialisation du droit constitutionnel ou l'universalisme du droit constitutionnel. Parce qu'à vrai dire, ce qui se passe maintenant il y a une orientation vers l'universalité. D'autres parlent d'une Constitution mondiale ; ils présentent un même type de Constitution qu'on peut tirer de

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

toutes les conventions internationales concernant les régimes politiques, les élections, les droits et libertés. Tout cela on arrive à une sorte de Constitution internationale. Il y a des auteurs africains, je cite le Professeur Benachour de Tunis qui a présenté une idée sur la Constitution mondiale qui regroupe pratiquement tous les Etats.

Donc comment concilier entre ces deux tendances ? M. Joël parle du nouveau droit constitutionnel africain, il présente beaucoup d'arguments, il parle de libertés publiques, de laïcité, d'égalité. Mais quelle nouveauté peut-on trouver dans ces éléments ? Parler de mimétisme, mon collègue vient de dire qu'il faut relativiser cette affirmation. M. Robert parle d'avancées, d'avancées politiques, il parle des libertés. Il dit qu'il y a quatre ou cinq avancées de droit constitutionnel. Il y a les libertés publiques, l'Etat de droit, l'organisation des pouvoirs, et l'alternance. En quoi cela constitue des avancées pour les pays africains ? Moi je pense que c'est plutôt des rattrapages qu'on essaye de rattraper par rapport au constitutionnalisme universel. Il y a une chose que je vous concède tous les deux dans vos deux premières interventions. Vous avez dit que la politique prime le droit pratiquement, il reste une caractéristique essentielle de l'avancée constitutionnelle en Afrique. C'est possible, mais moi je pense que le droit constitutionnel africain peut avancer et évoluer en faisant la conciliation entre sa mondialisation et sa spécificité africaine. Je dis que la spécificité africaine ne concerne pas l'Afrique seulement, tous les continents ont des spécificités constitutionnelles. Il y a la spécificité constitutionnelle en Amérique latine qui a été relevée à partir de 1830. Il y a la spécificité européenne, il y a donc une spécificité continentale qui constitue un droit constitutionnel à part. C'est cela ma question.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

Le Président de la Cour constitutionnelle portugaise

Je voudrais parler d'un point qui a été très débattu : les pouvoirs de contrôle de la loi de révision par des cours constitutionnelles. Permettez-moi de vous présenter le modèle de notre Constitution sans aucun désir de promouvoir le mimétisme. Mais peut-être c'est un point de référence qui peut être contre le processus de révision consacré par la Constitution elle-même. Alors il y a un délai de seulement cinq années on peut faire la révision ordinaire. Quant à la révision extraordinaire, seulement 4/5 des députés peuvent la saisir. Je pense que cette problématique d'attribuer aux cours constitutionnelles un pouvoir illimité pour contrôler les lois de révision parce que les cours constitutionnelles n'ont pas un pouvoir constituant, elles ont un pouvoir constitué, alors certes la vie change, les constitutions doivent être stables mais pas statiques, elles doivent accompagner le changement de la société et de la vie.

Certes le juge constitutionnel peut faire cela usant d'une interprétation dynamique, mais sans rencontrer des limites dans les propres textes constitutionnels ; et le juge constitutionnel doit selon notre modèle, respecter cette limite. Donc en dehors des normes constitutionnelles, qui chez nous ne peuvent pas être modifiées et cela est un point pour les diverses Constitutions. Notre Constitution est très rigide sur ce sujet. Ce sont des normes par exemple en matière de droits fondamentaux. Ce sont des normes qui ont une normativité accrue, à ne pas confondre avec d'autres normes constitutionnelles. Mais la Cour constitutionnelle peut certes contrôler le respect de cette règle constitutionnelle sur le processus de révision, mais en dehors de cela c'est le pouvoir Constituant qui appartient aux représentants du peuple. Alors je pense que ce modèle est un modèle très répandu en Europe et au Brésil. Aussi, je pense que c'est à peu près la

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

même chose. Je pense qu'il fait un équilibre entre le besoin d'accompagner les changements sociaux et en même temps de garantir aux textes constitutionnels une stabilité, une permanence que je pense lui est propre.

Un juge de la Cour constitutionnelle du Centre Afrique

Etant donné que la communauté internationale a beaucoup aidé mon pays dans le cadre des efforts qui sont faits pour un retour à l'ordre démocratique normal, j'espère bien que quelques-uns des intervenants, des brillants intervenants ici, seraient appelés pour être à notre chevet au cas où les débats sur la nouvelle Constitution seraient ouverts. Mon intervention est une question que je voudrais poser sur ce qui a été développé ce matin par le Dr. ONDO. Mais je voudrais également avoir les éclairages si cela est possible du Professeur DOSSOU et du Professeur AÏVO. Le Docteur ONDO ce matin nous a parlé de quelque chose qui s'est passé en Afrique du Sud et qui intéresserait particulièrement notre pays. Entre 1993 et 1996, l'Afrique du Sud est passée d'une Constitution intérimaire à une Constitution définitive, et là en ce moment, notre pays est en phase de transition. Cette phase de transition est en train de se terminer et donc nous allons passer de la Charte constitutionnelle de transition qui a géré la transition à une Constitution normale, qui est en pleine élaboration en ce moment. Or le problème qui se pose dans notre pays est que cette Charte constitutionnelle de transition a prévu des garanties pour la tenue des prochaines échéances électorales, et parmi ces garanties qui ont été prévues par la Charte il y a l'interdiction pour certaines autorités de se présenter aux prochaines élections. Certaines autorités qui ont géré la transition, il leur est interdit de se présenter aux prochaines élections. Or il est prévu que la nouvelle Constitution devrait être élaborée et adoptée par référendum avant les prochaines échéances. Ce qui fait que si la nouvelle Constitution est

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

élaborée et adoptée par référendum, nécessairement il faudrait la promulguer, et la promulgation va entraîner la caducité de la Charte constitutionnelle de transition, et il y a une petite lutte en ce moment pour que cette promulgation se fasse à temps et que les élections au lieu de se dérouler en respectant les garde-fous qui ont été inscrits dans la Charte. Eh bien, les espoirs est que cette garantie-là tombe avec la nouvelle Constitution qui sera promulguée et qui prendra la relève de la Charte. Et donc bien éventuellement il y a un problème qui est soulevé par rapport à cet état de fait. Et je me réjouis de ce que le Docteur ONDO a dit ce matin puisque lorsque le projet de Constitution a été envoyé sur la table de la Cour constitutionnelle, cette dernière l'a examiné au regard des garanties fondamentales qui se trouvaient dans la Constitution intérimaire. Et je pense que c'est une expérience qui peut être mise à profit dans notre pays. Et je voudrais que par rapport à cette question, le Professeur ONDO nous en dise un peu plus sur cet examen du projet de Constitution qui a abouti en 1996 en Afrique du Sud au regard de la Constitution intérimaire de 1993. Et je voudrais également comme je l'ai dit, un éclairage si possible du Professeur DOSSOU et du Professeur AÏVO sur cette question pour nous aider à régler ce problème.

Réponses du Professeur Joël AÏVO

D'abord sur l'originalité des Constitutions, je suis un peu surpris par la question. Cela voudrait supposer que les Constitutions africaines n'auraient pas d'originalité. Or, c'est ce que j'ai tenté d'expliquer que s'il existe effectivement des standards internationaux, s'il existe des modèles qui circulent, qui comme je l'avais expliqué, n'appartiennent au fond qu'au patrimoine constitutionnel mondial, s'il existe un marché international des matériaux constitutionnels où chacun se sert sans être poursuivi de

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

mimétisme, sans être inculqué de greffe de transport, de transfert de technologie. Si ce marché existe, mais évidemment beaucoup de pays en Afrique depuis la fin des années 80 ont fait transparaître dans leurs Constitutions des mécanismes qui sont originaux et que d'ailleurs l'on ne retrouve dans aucun des pays en Occident où on pense qu'on les a puisés.

Je vais donner quelques exemples puisque c'est ce que vous m'avez demandé, des exemples qui ne sont probablement pas partagés par l'ensemble des pays, mais que l'on retrouve dans certaines Constitutions. Je prends la structuration des institutions, l'organisation des régimes politiques. Alors de façon classique, la typologie des régimes politiques que l'on sait, que l'on voit dans les manuels distinguent entre le régime présidentiel que l'on voit aux Etats-Unis, le régime semi-présidentiel qui est celui de la France, parlementaire en Angleterre, et les régimes qu'on a qualifié autrefois de négro-africains, régime présidentieliste négro-africain avec un excès de pouvoirs présidentiels où que l'on retrouve en Amérique latine. Vous avez depuis un moment une forme de rectification d'ailleurs de cette typologie dans la plupart des pays des types de régimes qui n'obéissent à aucune classification que les manuels reprennent. Je veux reprendre quelques exemples. A quel schéma de régime politique obéit une articulation qui voit un Président de la République élu au suffrage universel, un premier ministre désigné par lui, chef du gouvernement n'est pas responsable devant le Parlement ? Aucun ! Des types classiques consacrés.

Les pays africains ont progressivement glissé vers cette articulation originale des institutions politiques, notamment au niveau du pouvoir exécutif en raison de spécificités propres en raison je dirai parfois de commandes historiques.

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

Au Bénin par exemple, j'explique dans le cas du Bénin, qui a un régime présidentiel, mais le régime présidentiel béninois n'est pas un régime présidentiel de type américain. Je parle sous le contrôle du Président Robert DOSSOU, si on devait parler comme lui, on dirait que le régime béninois est une forme de « béninoiserie », que c'est un régime typiquement béninois, et je passe sous contrôle, parce qu'il fait partie des constituants, qui est commandé par l'histoire du Bénin, qui refuse la distribution conflictuelle du pouvoir au niveau exécutif. Donc il y a notamment sous les régimes politiques cette spécificité que vous retrouvez dans un certain nombre de pays. Je prends le cas de la Côte d'Ivoire aussi. Au niveau de l'exécutif que l'on ne retrouve nulle part me semble-t-il fait partie de cette spécificité. Deuxième point toujours sur les originalités, est quand même on n'en parle pas souvent, on en parle assez peu. Ce sont ces allocations de ressources qui sont faites à nos juridictions constitutionnelles. Alors Nicolas Sarkozy, Président français en 2008, quand il fait adopter la QPC dans son discours officiel de présentation des faits de sa révision, il dit qu'il a fait entrer la France dans l'histoire. Il dit qu'il fait entrer la France dans l'ère de la démocratie, simplement pour une chose parce que désormais le citoyen aurait la possibilité de saisir le juge constitutionnel et la saisine n'est même pas encore directe. C'est une saisine par la fenêtre ! Le citoyen entre au prétoire du juge par la fenêtre et non pas par la porte. Mais regardez dans combien de Constitutions en Afrique dès 1990, les citoyens ont un accès direct au juge. Et pourtant, pour le collègue qui a parlé de mimétisme, on n'a pas cessé de faire le procès du mimétisme en Afrique.

Procès de mimétisme vis-à-vis de la France en disant que les Africains, en tout cas, les pays francophones ne font que s'inspirer, copier des mécanismes du modèle français. Mais je dis ou c'est dans la Constitution de

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

la France, cette distribution originale du pouvoir qui déroge à l'ensemble des typologies consacrées en droit constitutionnel ? Ou est dans le modèle français la saisine directe du citoyen et l'entrée du citoyen au prétoire du juge constitutionnel.

Et dernier point sur cette originalité, j'essaye de vous convaincre, chers collègues, c'est la régulation. Jamais vous n'avez vu ce rapport aussi charnel, aussi tendu, ce face à face, ce vis-à-vis entre juges et le pouvoir politique en Europe. Jamais ! Que depuis 1990 dans les pays africains pour une raison simple, parce que la vie politique en Afrique est essentiellement musclée, que les acteurs politiques dans nos pays, excusez le terme, quand le juge constitutionnel malien rend sa décision, il ne rend pas sa décision pour l'UMP, il ne rend pas sa décision pour le PS, il ne rend pas sa décision pour les démocrates ou les républicains. Il rend sa décision pour les hommes politiques africains qui ont la particularité de la confrontation, excusez-moi le terme, jusqu'au sang et donc par conséquent l'histoire a obligé le Constituant africain dans la plupart de nos Constitutions à doter le juge constitutionnel de pouvoirs de régulation très forts. Ce que l'on appelle le gouvernement des juges en disant que le juge ne doit pas aller aussi loin qu'il ne doit, que le juge ne peut pas. Mais au fond, c'est en tenant compte de la vie politique de nos pays, en tenant compte de la spécificité, excusez le terme, de la race d'hommes politiques que nous avons sur le continent que le juge a été amené à avoir autant de pouvoirs et même à s'investir autant dans la régulation des conflits et à faire en sorte que la paix, malheureusement ou heureusement, ne dépend essentiellement que de son office dans un certain nombre de pays. Voilà sur cette question.

Sur la deuxième question, sur le mimétisme, je suis d'accord avec ce que vous avez dit qu'il faut nuancer, mais la nuance de mon point de vue ne

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

concerne pas l'objet du procès, c'est sous les portes du procès. Vous ne pouvez pas empêcher vos interlocuteurs de continuer à nourrir, à reprendre, à perpétuer, à prolonger le procès du procès, vous ne pouvez pas ! Mais on ne peut pas ne pas constater qu'au fond, depuis quelques années, l'objet du procès se rétrécit, ce qui permet d'alimenter le procès du procès. Avant, évidemment, on ne pouvait pas aller assez facilement et importer la conviction des gens sur le procès parce qu'en huit jours on pouvait offrir une Constitution à un pays, on pouvait reprendre les mêmes mécanismes. D'ailleurs, les pays africains avaient probablement les mêmes Constitutions à l'époque.

Maintenant, ce n'est pas la même chose. Il y a des spécificités et les mécanismes ne sont plus les mêmes, donc on n'est plus fondé à parler de procès. L'objet se rétrécit, il n'a pas disparu totalement. Ce qui reste et je pense qu'il faut que même au niveau de la doctrine, on le martèle assez fort, c'est que, ce qui reste, ce n'est plus du mimétisme ce dont j'ai parlé, c'est ce patrimoine mondial. Ce qu'il reste, ce sont les matériaux constitutionnels que tout le monde va chercher sur le marché, ce n'est plus du mimétisme. Vous ne pouvez pas empêcher les gens de continuer. Le procès pour moi est vidé. En tout cas, en ce qui concerne son fondement, il est vidé.

Je suis totalement d'accord avec le Professeur Martin BLEOU non pas parce qu'il m'a agrégé, mais sur la question de contrôle de constitutionnalité. M. le Président BLEOU, je suis totalement d'accord avec vous en ce qui concerne d'abord les lois de révision constitutionnelle et ensuite sur les lois référendaires. Je pense qu'on devrait également modérer la distance ou du moins l'on devrait revoir la distance que l'on veut imposer au juge constitutionnel par rapport aux lois référendaires de révision constitutionnelle. Je veux parler du contrôle des Centre- africains. Il me

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

semble que le Constituant Centre-africain en 2004 avait intégré dans la constitution la possibilité de pré-contrôle avant que le peuple ne tranche, avant que le peuple ne s'exprime. Que la loi de révision constitutionnelle, loi référendaire, qui doit être soumise à référendum, que cette loi soit contrôlée d'abord, un contrôle préventif avant que le peuple ne s'exprime.

Mais sur le contrôle de constitutionnalité de la loi de révision par le Parlement, je pense qu'aujourd'hui les risques du terrain obligent le juge constitutionnel à s'en occuper et j'avais dit quelque part que la question des compétences du juge constitutionnel me semble sincèrement être un faux débat. La question de la compétence du juge lorsque le juge, il me semble qu'il y a de façon ontologique dans l'existence même du juge, dans son positionnement dans la plupart de nos systèmes, il existe une compétence implicite à l'égard de la Constitution.

Il y a des compétences qui sont matériellement, manifestement déclinées par le Constituant, contrôle de constitutionnalité de la loi. Le juge est parfaitement capable dans une interprétation comme l'a dit M. le Président de la Cour du Portugal, parfaitement capable d'entendre par loi une loi organique, une loi constitutionnelle naturellement pas une loi ordinaire. Mais dans sa compétence, lorsque le juge est institué comme étant le garant du respect de la Constitution, lorsque le juge est le seul capable de purger l'ordre juridique des actes inconstitutionnels, il me semble que le juge doit être parfaitement capable à l'égard d'une loi dont l'inconstitutionnalité est manifeste, doit être capable d'en contrôler la constitutionnalité.

Je poserais juste une question : voici une révision constitutionnelle qui a été opérée par le Parlement, révision constitutionnelle qui revient sur la liberté d'expression, sur l'égalité, une révision constitutionnelle qui restreint la

Troisième séance: Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique

liberté d'expression, liberté de réunion, de manifester. Or dans la plupart de nos Constitutions, à l'exception de quelques rares, je n'en trouve même pas, les libertés ne sont pas intégrées dans les normes intangibles, elles ne font pas matériellement partie des normes de la Constitution qui sont insusceptibles de révision. Que doit faire le juge ? Se déclarer incompétent et laisser la Constitution se vider d'une partie de ce qui fait la démocratie. De mon point de vue non ! Il y a donc une attitude à avoir à l'égard des normes intangibles, c'est-à-dire les dispositions que le Constituant a lui-même décidé de verrouiller et susceptibles de révision. Evidemment l'on comprend que le juge puisse les protéger, mais des normes qui ne sont pas intangibles mais qui font partie des normes pivots qui constituent l'équilibre de la Constitution, l'expression même de la démocratie. Que doit faire le juge ? Peut-être qu'il n'y a pas d'allocation expresse. Mais si nous célébrons l'arrêt Marbury contre Madison comme étant le fondateur du contrôle de constitutionnalité, c'est justement que cet arrêt n'a été rendu possible que grâce à la créativité du juge, grâce à l'audace du juge.

Donc je pense que le pragmatisme dont j'ai parlé est un pragmatisme qui s'impose au constituant, mais c'est un pragmatisme qui s'impose également au juge constitutionnel. Cela ne veut pas dire que je n'ai pas conscience de la résistance du pouvoir politique, des obstacles que le juge peut rencontrer dans ce genre de décisions. Ce qui appelle également une autre mission du juge qui est une mission de pédagogie, peut être d'explication, du dialogue avec le pouvoir politique. Je pense que j'ai épuisé les questions qui m'ont été adressées.

Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme Africain

Pr. Robert DOSSOU

Université d'Abomey-calavi, Bénin
Université Paris 1, France

Résumé:

Il s'agira en un premier temps de souligner les avancées du constitutionalisme Africain, exposer les points et les raisons de ces avancées et en deuxième temps monter les pesanteurs qui surgissent poussant certains Etats sinon la plupart à revenir ou tenter de revenir au « Constitutionalisme de Papa » mais dégager l'irréversibilité globale du mouvement nouveau et des avancées en cours de consolidation.

Abstract:

In the initial phase, light would be shed on progress of African constitutionalism; reasons of this progress would be pointed out. The second phase will be devoted to alleviate the raising burdens that push some states, if not the most of them, to return to or attempt to return to « dad constitutionalism » and free the global irreversibility of the new movement and progress that is under consolidation.

ملخص:

يتعلق الأمر في المقام الأول بتسليط الضوء على التقدم الدستوري الافريقي، وعرض أسباب ودوافع هذا التطور. وسنخصص المرحلة الثانية للتخفيف من وطأة العقبات التي تنشأ وتدفع ببعض الدول، إن لم تكن معظمها، للعودة أو محاولة العودة إلى "دستورية الأب" وتأكيد مرحلة اللارجوع التي بلغتتها الحركة الجديدة والتطورات التي هي قيد التعزيز.

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

Je voudrais d'abord remercier Monsieur le Président Mourad MEDELICI de m'avoir invité à la présente manifestation. Je remercie les membres du conseil constitutionnel d'Algérie. Mes remerciements vont également au Professeur Mohamed BOUSOLTANE qui m'a très tôt permis de bloquer les dates des 24 et 25 Novembre à fin de pouvoir être là aujourd'hui en terre Algérienne. Car chaque fois que je viens en Algérie, c'est un bain que je prends au cœur de l'histoire parce que j'ai beaucoup de souvenirs attachés à l'Algérie, cette terre balayée par le vent de l'histoire, le vent de l'histoire qui a poussé ses effets sur tout le continent Africain.

Je dois parler aujourd'hui de flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain. Oui, j'ai parlé de vent de l'histoire. En fait, il s'agit maintenant de parler des vagues de l'histoire qui sont pareilles aux vagues de la mer, lesquelles parfois montent hautes, fortes, puissantes, même dévastatrices, puis s'arrêtent, reculent et viennent en deçà de la ligne de départ pour instaurer le calme plat et c'est le reflux. C'est ainsi que va l'histoire ; tantôt cette histoire s'inscrit dans la constitution, tantôt c'est la constitution qui canalise l'histoire. En tout état de cause, l'histoire se reflète dans la constitution. C'est le vent qui fait bouger les vagues de la mer et les vagues de l'histoire sont mues par les droits de l'homme. Tout se résume aux droits de l'homme. Selon le traitement fait aux droits de l'homme dans une société donnée, il y a accalmie, il y a bon fonctionnement des institutions, il y a bonne gouvernance. Et lorsque les droits de l'homme sont malmenés, les vagues se lèvent, puissantes. C'est de cela que je vais parler.

Pour moi, tout repose sur les droits de l'homme. Si nous examinons les remous de l'histoire, les droits de l'homme sous une forme ou une autre, économique, sociale, culturelle politique etc. en constituent la trame. Et j'en

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

viens à donner de la constitution une définition qui m'est propre. J'adhère à toutes les définitions classiques que l'on trouve dans les manuels et traités de droit constitutionnel et que l'on trouve également dans mes cours de Droit Constitutionnel (que je ne donne plus étant retraité depuis). J'en viens à conclure que la constitution est en réalité le **réceptacle de l'histoire d'une nation** et qu'elle est en même temps le **socle porteur des espérances d'un peuple**. Nation, Peuple ! La Nation est cette ligne continue et diachronique organisée ou aspirant à s'organiser en Etat. Le peuple c'est un moment donné de saisissement d'une population sur cette ligne diachronique et sur un territoire déterminé. C'est le peuple qui crée la constitution en s'appuyant sur son histoire et en y intégrant ses espérances, toutes ses espérances du moment mais parfois dans un compromis.

Constitutionnalisme et constitution peuvent être envisagés sous les deux angles dégagés par la science politique et le droit constitutionnel lui-même : le régime politique et le système politique ; le régime politique est l'ensemble des normes telles que libellées dans la constitution. Le système est la manière dont les femmes et les hommes qui se succèdent au pouvoir mettent en œuvre et font respecter les normes contenues dans la constitution. Le système varie d'une équipe gouvernementale (au sens large) à une autre. S'il est important d'appréhender le régime, il est encore plus important de s'intéresser au système.

Nous avons connu à partir des années 1989-1990 un flux très puissant d'un nouveau constitutionnalisme qui nous a été bien décrit depuis hier. Ce flux a été très puissant. Mais depuis quelques temps, il me semble qu'il y a reflux. Voilà pourquoi je parlerai d'abord du flux et ensuite du reflux.

I. LE FLUX

Nous sommes obligés de parler de la période précédente. On invitait nos maîtres de l'Université française qui descendaient dans nos pays, rédigeaient une constitution et reprenaient leur avion. Mais comme dit la publicité de je ne sais quelle marque de lunettes : « ça, c'était avant ! ».

Maintenant, un nouveau vent a soufflé. J'ai parlé de la terre d'Algérie balayée par le vent de l'histoire, expression inspirée par un film sur la guerre d'Algérie « Le vent des Aures » (Mohammed LAKHTAR – HAMINA – 1966. Prix Festival de Cannes en 1967).

C'est un aspect de ce vent de l'histoire. Le 05 Octobre 1988 ici même à Alger, la jeunesse s'était soulevée pour rejeter le parti unique et donc la constitution du parti unique.

Début Décembre 1988, se tenait à Dakar, l'assemblée générale du CODESRIA (Conseil pour le Développement de la Recherche en Sciences Sociales en Afrique). Cette assemblée où je représentais, avec mon regretté frère François Comlan DOSSOU (alors doyen de la Faculté des Lettres), l'université nationale du Bénin (aujourd'hui Université d'Abomey Calavi) a adopté, sur ma proposition, une résolution sur les événements d'Alger. Cette résolution attirait l'attention de toute la communauté scientifique sur ce qui venait de se produire à Alger et appelait les hommes de sciences à la vigilance et à entreprendre les hommes politiques à savoir que ce qui venait de se produire à Alger allait bientôt déferler sur le territoire des autres Etats Africains. Et c'est ainsi que la toute première constitution de ce nouveau mouvement de constitutionalisme venait d'Algérie en 1989. Les autres constitutions de ce nouveau mouvement vont suivre dont l'une des toutes premières est la constitution du Bénin du 11 décembre 1990 appuyée sur les travaux de la conférence Nationale de février 1990.

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

Alors comment en est – on arrivé à ce flux ? Nous verrons les causes puis les avancées.

A) LES CAUSES:

Je relève plusieurs causes mais j'en retiens seulement trois : les droits de l'homme, la conscience citoyenne et l'endettement.

1- Les droits de l'homme: Comme vous le savez l'Afrique a été malmenée et colonisée. En 1945, une personnalité du Nigéria, Docteur Namdi AZIKIWE avait lancé l'idée qu'après la guerre, il fallait une charte des droits de l'homme pour l'Afrique. Malgré une grande conférence à Lagos en 1961, organisée par la commission internationale de juristes et les pressions de Jimmy CARTER et de la commission des droits de l'homme des Nations –unies, l'Afrique n'a pas bougé en faveur des droits de l'homme. Il a fallu entreprendre le Président Sénégalais Léopold Sedar SENGHOR à partir de 1978 pour que la charte Africaine des Droits de l'homme et des peuples vît le jour à Nairobi en 1981.

Cette Charte a été très utile. Des ONG se sont constituées sur la base de cette Charte et ont remué la conscience des citoyens au regard des droits de l'homme. Et les droits de l'homme ont été aidés par le prodigieux développement des moyens de communication. Plus aucun gouvernement ne peut martyriser ses citoyens à l'intérieur de ses frontières sans protestations à travers le monde. Tout se sait aujourd'hui en temps réel.

Voilà la toute première raison des mutations intervenues à partir de 1989-1990. Mais j'entends souvent dire et je lis sous certaines plumes même sous celles de certains africains que ces mutations ont été provoquées par la chute du mur de BERLIN et le discours de LA BAULE.

Je considère cette assertion comme une injure aux combattants africains de la liberté dont certains ont perdu la vie. La liberté est innée en l'homme et la

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

chute du mur de Berlin et le discours de la Baule sont les conséquences de la même cause : le progrès de l'humanité vers plus de droits humains et la démocratie. La chute du mur de Berlin et le discours de la Baule ont cependant eu pour effet de priver de référence et de soutien ceux qui s'attardaient dans le parti unique et la dictature au prétexte que le parti unique devait permettre la réalisation de l'unité nationale et le développement économique. Ils ont donné un coup de pouce au processus démocratique mais ne l'ont nullement provoqué.

2- la conscience citoyenne : nous étions des sujets sous la colonisation. L'organisation coloniale était assez centralisée et autoritaire. C'est ce qu'ont vu et vécu les premiers dirigeants de nos indépendances. Le dirigeant et surtout le « *père de la Nation* » donnait le ton et aucun citoyen n'avait le droit de s'en écarter. La pensée devait être pratiquement unique. Tous ceux qui s'en écartaient se retrouvaient en prison, sous la torture ou devaient prendre le chemin de l'exil. Il me plaît de donner l'exemple de l'un de ces exilés de la pensée qui participe à la présente conférence avec nous : l'ancien Doyen de la Faculté de Droit d'Abidjan, ancien député, ancien ministre et actuellement Président du Conseil Constitutionnel de Côte d'Ivoire, le Professeur Francis WODIE. Dans son cours de relations internationales à la Faculté de droit d'Abidjan, il aborda la question de la Palestine. Son orientation déplaisant au pouvoir attira sur lui l'ire du Président Houphouët Boigny ; il dut prendre le chemin de l'exil qui l'amena à Alger où il enseigna à la Faculté de droit de 1971 à 1973 et y passa avec succès son premier concours d'agrégation qui ne fut pas reconnu par son pays. Il dut le passer une seconde fois en France et les autorités ivoiriennes ne pouvaient plus rejeter sa réussite.

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

Ma tête est remplie de moult situations auxquelles la dictature nous avait réduits. Le Bénin a accédé à l'indépendance le 1^{er} Août 1960 dans le multipartisme dominé par trois partis politiques. Moins d'un an après l'indépendance, tous les partis politiques ont été dissous au profit d'un parti unique à partir d'Avril 1961. Après, toute notre vie politique fut rythmée à partir d'Octobre 1963 par les bruits de botte de l'armée jusqu'à la conférence Nationale de Février 1990.

La dialectique oppression – résistance a consolidé la conscience du citoyen qui désormais s'affirme comme devant déterminer l'orientation politique de sa cité.

Cette prise de conscience citoyenne exprimée par diverses manifestations a joué un rôle déterminant dans le nouveau constitutionnalisme africain sur une toile de fond de crise économique.

3- La crise économique, marquée entre autres par un endettement extrême des pays africains, a affaibli considérablement les régimes de parti unique. La trésorerie de bon nombre d'Etats africains étaient au plus mal. Les banques primaires manquaient considérablement de liquidité et comme au Bénin, toutes les Banques qui étaient devenues des banques d'Etat par l'effet de la révolution se sont trouvées en liquidation entraînant une disparition totale de l'intermédiation bancaire.

L'Etat ne pouvait plus payer ni salaires des fonctionnaires, ni pension des retraités ni les bourses des étudiants.

La dette intérieure et la dette extérieure étaient à son maximum et les Etats ne pouvaient plus payer.

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

Les Etats qui comme le Bénin étaient empêchés par l'idéologie choisie d'aller vers les programmes d'ajustement structurel durent « aller à canossa » et souscrire auxdits accords.

Il faut dire que les Etats occidentaux qui soutenaient à bout de bras et d'argent des Etats de dictature n'en pouvaient plus mais surtout avec la chute du mur de Berlin ils n'étaient plus motivés : la compétition Est-Ouest disparaissait, il n'y avait plus aucune raison de protéger des Etats Africains contre la contagion communiste.

Je n'ai pas hésité à l'époque à dire à certaines autorités Européennes alors que j'étais, en ma qualité de membre du gouvernement béninois, à la recherche d'argent pour payer les salaires avant la Conférence Nationale : *« vous avez soutenu et dans le meilleur des cas toléré les régimes de dictature ; c'est le moment d'aider à l'instauration de la Démocratie. »*

Les accords portant programme d'ajustement structurel véhiculaient le libéralisme économique et appelaient en conséquence le libéralisme politique. Les conditionnalités étaient ainsi nées et se retrouveront dans le discours de LA BAULE et les accords que les ACP signent avec l'Union Européenne. Plus aucune puissance ne soutiendra ouvertement aucun Etat de dictature.

Les Etats africains s'engagent ainsi, chacun selon sa voie propre, dans la démocratie libérale et donc dans le nouveau constitutionnalisme africain dont il faut souligner maintenant les avancées.

B) LES AVANCEES

La toute première des avancées se trouve dans l'importance conférée à la constitution elle-même. Les autres avancées sont contenues dans la constitution : l'Etat de Droit, l'alternance politique et les contre-pouvoirs.

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

1- La place désormais conférée à la constitution :Le nouveau constitutionnalisme africain a restitué à la constitution sa véritable place dans l'ordonnancement juridique : le fondement de tout le système normatif de l'Etat. Je m'appuie sur l'expérience béninoise.

D'abord au niveau de la rédaction de la constitution, la commission constitutionnelle chargée de rédiger l'avant-projet de la constitution a été élu par la conférence nationale tenue du 19 au 28 Février 1990. Elle était composée exclusivement de cadres béninois. Président de la commission préparatoire de la conférence nationale et membre de la commission constitutionnelle, j'avais reçu des offres d'envoi d'experts de la part de certaines organisations et de certains pays. J'ai décliné d'une part parce que l'ambiance ne s'y prêtait pas et d'autre part surtout parce qu'il y avait déjà trois constitutionnalistes béninois dans la commission.

Ensuite la conférence nationale a arrêté un certain nombre de principes que la commission devait prendre en charge. L'avant-projet élaboré par la commission a été examiné par le parlement de la Transition (le Haut Conseil de la République) puis soumis à une popularisation à travers tout le pays et dans tous les secteurs. Chaque citoyen a eu l'occasion de dire son mot sur le projet de constitution. Les propositions recueillies ont été remises à la commission constitutionnelle qui en a intégré certaines au projet.

Il est intéressant de donner l'exemple des articles 64 et 81 de la constitution béninoise qui ont été pratiquement dictés, lors de la popularisation, par les casernes ; l'article 64 est ainsi libellé en son alinéa 1^{er} : « *Tout membre des Forces Armées ou de Sécurité Publique qui désire être candidat aux fonctions de Président de la République doit au préalable donner sa*

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

démission des Forces Armées ou de Sécurité Publique » ; La même formule est utilisée pour les députés à l'article 81 alinéa 3.

La commission constitutionnelle et le Haut Conseil de la République avaient proposé que la démission n'intervienne qu'une fois le militaire candidat élu ; les militaires ont estimé qu'un officier candidat ayant échoué à une élection pourrait être tenté de venir lever la troupe pour un putsch.

Ainsi, cette constitution béninoise du 11 Décembre 1990 est considérée par chaque Béninois comme « sa chose » et cela, grâce à la Conférence Nationale et la popularisation. Dans l'histoire du Bénin, cette constitution à ce jour est celle qui connaît la plus longue durée et elle n'a jamais connu le moindre amendement.

La popularisation, complétant les travaux de la Conférence Nationale, a été très importante dans l'élaboration de la constitution béninoise du 11 décembre 1990. Il faut rappeler que la période révolutionnaire nous avait habitué au Bénin à cette popularisation. La constitution révolutionnaire du 26 Août 1977 établissant la suprématie du parti unique sur toute la vie politique et sociale a fait l'objet de la même popularisation ; mais ce n'était pas la même chose.

2- L'Etat de Droit : la soumission de l'Etat, des gouvernants et des gouvernés au droit a été dans toutes les préoccupations ayant conduit aux nouvelles constitutions africaines. Le comité préparatoire de la conférence nationale du Bénin avait sollicité de tous, des projets de société. Presque tous les documents produits comportaient la nécessité de créer un Etat de Droit. Cette insistance provient de ce que nous avons tous vécu dans la période précédente : la volonté du leader national, Chef de l'Etat et Chef du parti unique l'emportait sur les prescriptions de la loi.

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

Depuis lors on retrouve dans toutes les nouvelles constitutions l'affirmation de la détermination de « créer un Etat de Droit » (Bénin, Algérie, Gabon, Guinée, Afrique du Sud, Niger .. etc)

Non seulement cette affirmation revient constamment dans les discours officiels et dans la bouche de simples citoyens « nous sommes dans un Etat de droit » pour indiquer le rejet de tout arbitraire et invoquer par là même la nécessité de respecter les droits de l'homme. Le citoyen, en parlant de l'Etat de droit, vise également les droits de l'homme. Dans l'Etat de droit le comportement des gouvernants et des gouvernés se conforme à la loi et la loi elle-même est moulée dans les préceptes fondamentaux des droits de l'homme. La légalité et le degré de juridicité seuls ne suffisent pas pour établir l'Etat de droit. Les lois ayant établi ségrégation et apartheid étaient appliquées de gré ou de force mais ne pouvaient établir un Etat de droit n'étant pas conformes à la dignité de l'homme.

Il ne s'agit pas aujourd'hui dans ce nouveau constitutionnalisme africain de simples affirmations de l'Etat de Droit et des droits de l'homme. Des mécanismes plus ou moins puissants ont été institués par ces nouvelles constitutions.

3- L'alternance politique est perçue dans le nouveau constitutionnalisme africain comme une garantie contre l'arbitraire et comme une voie d'éducation à la démocratie et à l'esprit républicain. C'est l'un des remèdes les plus puissants contre la personnalisation du pouvoir politique et contre toute tendance patrimoniale du pouvoir. Dans certaines couches du pays profond, l'opinion dominante assimilait le Chef de l'Etat à un monarque qu'on ne pouvait remplacer tant qu'il n'était pas décédé ou n'avait pas démissionné. Au Bénin en 1991, nous avons connu une très violente crise

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

régionaliste. La rumeur ayant été répandue dans la partie septentrionale du pays que les gens du Sud n'aimaient pas les gens du Nord et que c'était pour cela qu'ils voulaient enlever le Président Mathieu Kérékou du Pouvoir. Une vague de violences a alors déferlé sur tous les ressortissants du Sud nés ou vivant dans le Nord. Nous avons ainsi connu des « réfugiés dans leur propre pays » selon le mot sanglotant de la Ministre des affaires sociales de l'époque, la regrettée Madame Véronique AHOYO accueillant ces « réfugiés » à Cotonou.

La commission constitutionnelle du Bénin avait tenu compte de cette sociologie et avait estimé nécessaire de limiter le nombre des mandats du Président de la République de manière à provoquer inévitablement une alternance au pouvoir.

Cette alternance contribue fortement à consolider chez le citoyen la conscience que c'est lui qui désigne son dirigeant.

Pour que fonctionne bien cette alternance et les mécanismes créés par la nouvelle constitution, un système de contre – pouvoir a été organisé par la constitution

4- Les organes de contre – pouvoir et la régulation du fonctionnement des Institutions : le nouveau constitutionnalisme a donné naissance un peu partout en Afrique à différents organes qualifiés souvent de contre-pouvoir. Cette expression ne me paraît pas très heureuse car ces organes qui sont des Institutions publiques font partie du pouvoir d'Etat dans le cadre de la séparation des pouvoirs. J'utilise cependant cette expression comprenant que ces organes sont surtout destinés à contrer les abus du pouvoir exécutif. L'accent doit être mis particulièrement sur deux organes : la juridiction constitutionnelle (Cour, Conseil ou Tribunal) et l'institution chargée de

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

protéger la liberté de la presse (Haute Autorité de l'audio-visuelle et de la communication, conseil supérieur (ou national) de la communication...etc).

L'importance donnée à la constitution et la situation qui lui avait été faite antérieurement appelaient la création d'une juridiction constitutionnelle pour assurer le respect de la constitution par tous et particulièrement par les pouvoirs publics. Le contrôle de constitutionnalité renforce l'importance de la constitution, contribue au renforcement de la mentalité institutionnelle et la culture démocratique, surtout lorsque comme au Bénin le citoyen a le droit de saisir la cour constitutionnelle par la voie d'action ou par la voie d'exception.

La participation du citoyen au contentieux constitutionnel augmente sa connaissance de la constitution. En examinant les premiers recours reçus par la Cour Constitutionnelle du Bénin et en les comparant aux recours de ces dernières années, on constate ce qui suit : au début, 1991-1993, les recours individuels étaient espacés et souvent mal rédigés ; aujourd'hui, ils sont les plus nombreux et mieux rédigés tant dans la forme que dans le fond, visant souvent de manière pertinente des dispositions de la constitution.

La mémoire collective retient que c'est souvent le pouvoir exécutif qui viole la constitution.

Dans les systèmes passés l'Assemblée Nationale n'était pas tenue par l'exécutif dans la position qu'elle méritait.

Ainsi la nouvelle constitution béninoise en ses articles 72 et 76 a prévu l'incrimination de tout acte de négligence de l'Assemblée par le Président de la République, Chef du Gouvernement et a prévu l'infraction d'outrage à l'Assemblée Nationale : « il y a outrage à l'Assemblée Nationale lorsque,

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

sur des questions posées par l'Assemblée Nationale sur l'activité gouvernementale, le Président de la République ne fournit aucune réponse dans un délai de trente jours. »

Les constituants de 1990 n'avaient pas pensé que le Parlement Béninois pouvait tenter d'imposer un régime d'Assemblée. Le Parlement a opéré cette tentative particulièrement la quatrième législature ayant siégé de 2007 à 2011. La cour a usé parfois de son pouvoir de régulation du fonctionnement des pouvoirs publics pour ramener l'Assemblée Nationale à l'ordre : Décisions DCC 06-074 du 08 Juillet 2006 relative à la prorogation de leur mandat par les députés ; DCC – 08 – 072 du 25 juillet 2008 sur le report sine die des discussions et du vote de trois projets de la loi portant ratification de trois accords de prêt ; EP 11 006 du 14 Février 2011 relative au blocage par l'Assemblée Nationale de la désignation des membres de la Commission Electorale Nationale Autonome ; DCC 13 171 du 30 Décembre 2013 relatif à l'adoption du Budget de l'Etat exercice 2014 etc.

Le pouvoir de régulation de la Cour Constitutionnelle s'est appliqué à tous les organes politiques et administratifs de l'Etat.

La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle joue un rôle pédagogique important dans l'établissement de l'Etat de Droit.

Le second organe à mettre en exergue dans le nouveau constitutionnalisme africain est l'instance de régulation des mass média. Au Bénin la Haute Autorité de l'audio-visuel et de la communication est chargée d'une part de protéger la liberté de la presse et d'assurer l'accès équitable de tous aux moyens officiels de communication et d'autre part de veiller au respect par la presse de la déontologie professionnelle.

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

Dans le cadre de la garantie constitutionnelle des droits de l'homme, la Cour Constitutionnelle qui a pouvoir de s'auto-saisir en cette matière et la Haute Autorité de l'Audio-visuel et de la communication jouent un rôle déterminant. Elles constituent des indicateurs précieux et importants mais non suffisants de l'Etat de Droit et du respect des droits de l'homme.

Certaines Constitutions ont créé en outre d'autres organes pour compléter l'action de la juridiction constitutionnelle et de l'instance de régulation de la presse : le médiateur de la République (Art 127 et ss de la Const. Guinée) ou protecteur public (Art 182 Afrique du Sud) et une commission des droits de l'homme (Niger art 44 de la Const, Afrique du Sud Art 184 de la Const et Kenya, art 248).

Dans certains pays comme le Bénin, ces institutions ont été créées par une loi ordinaire.

Le fonctionnement de ces institutions et les effets de leurs décisions et actions contribuent à mesurer le flux et le reflux du nouveau constitutionnalisme.

II – LE REFLUX

Il est constant qu'à la période 1989-1990 la poussée démocratique était si forte que même ceux qui ne voulaient rien entendre à la démocratie ont fini par prendre cette direction. Cette situation favorise des retours ou tentatives de retour à l'ancien système. De toutes façons, tout nouveau système le dispute toujours à l'ancien. Nombreux parmi ceux appelés à gouverner sous le nouveau constitutionnalisme n'ont connu que des régimes de parti unique qui laissent subsister des stigmates du passé poussant ainsi vers un reflux. C'est-à-dire un retour en arrière.

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

Alors se posent deux questions : quels sont les éléments de ce reflux ? Ce reflux constaté depuis ces dernières années constitue-t-il un obstacle à l'irréversibilité de la marche démocratique ?

A) Les éléments du reflux :

Les éléments du reflux peuvent être relevés au niveau des droits de l'homme, de la révision constitutionnelle et des ruptures de constitutionnalité.

1- Les droits de l'homme : les droits de l'homme ont connu un progrès énorme aujourd'hui en Afrique. Cela est indéniable. Il y a cependant un seuil minimal que doit atteindre partout le respect des droits de l'homme. Ce seuil n'est réellement atteint nulle part. Des procédés insidieux ramènent en arrière et au niveau de l'Administration publique et des forces de sécurité publique les pratiques anciennes perdurent.

Il y a pour moi un critère essentiel : chaque citoyen ayant un droit légitime à faire valoir doit être rempli de son droit, soit normalement soit le cas échéant en recourant aux procédures administratives ou judiciaires appropriées. Un malade est évacué en urgence par un centre hospitalier secondaire vers le centre national de référence. Il arrive au service des urgences pour s'entendre dire "*attendez on va s'occuper de vous*" Et cela dure quinze, vingt, trente minutes ou plus et le malade meurt avant même qu'on l'ait examiné à moins que par personne bien placée interposée il ait réussi à joindre un responsable de service. Un citoyen a un droit légitime à faire valoir. Il fournit le dossier ; un mois, trois mois après, rien ne sort, puis on lui dit que son dossier est perdu, il lui faut recommencer.

Un autre citoyen a une dette civile envers un autre. Le créancier a un parent ou un ami policier. Ce dernier sollicite, arrête le débiteur et le contraint à

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

signer un engagement. Une chaîne de télévision publique n'offre ses écrans qu'aux membres du gouvernement, même tous les députés n'y ont pas accès. Les exemples vécus peuvent être multipliés à l'infini.

L'ensemble de ces pratiques sont des pratiques anciennes condamnées par le nouveau constitutionnalisme africain. Le remède réside dans l'observance constante de la loi. Apparemment on ne recourt à la loi que pour nuire non pour remplir le citoyen de ses droits. Un citoyen pour obtenir ce qui lui est dû au nom de la loi doit recourir à des démarches sur démarches.

Cette situation est générale dans la plupart de nos pays en raison de la faiblesse de l'Etat de droit et du degré de juridicité. Cependant, les organes chargés de la protection des droits de l'homme fournissent quotidiennement des efforts énormes dans lesquels ils doivent persévérer.

La cour constitutionnelle du Bénin par exemple en 2012 a rendu en matière des droits de l'homme 135 décisions sur un total de 186 soit 72.58 % et en 2013 116 décisions sur un total de 171 soit 67.83 % en matière des droits de l'homme ; Et 2014 semble maintenir le même pourcentage.

De son côté, le médiateur de la république traite par an environ 200 plaintes dont la majorité relève des droits de l'homme.

2- La révision constitutionnelle: Toute constitution peut faire l'objet d'une révision selon les conditions et la procédure y prévues. Car au moment de son adoption, certains points peuvent avoir fait l'objet d'un compromis et appeler par la suite une clarification. Ce fut le cas de la constitution américaine de 1787, adoptée sur le «compromis du Connecticut». L'amendement de certains autres points peut être appelé par la pratique, l'évolution des faits et surtout des mentalités. Ainsi, quatre ans après le

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

Congrès de Philadelphie, intervint dans la constitution américaine le 1^o amendement de 1791 sur les libertés, puis, en 1865, le 13^{ième} amendement sur l'abolition de l'esclavage et, en 1920, le 19^{ième} amendement accordant le droit de vote aux femmes. Certaines questions peuvent avoir été omises parce que non présentes dans les préoccupations des constituants du moment.

La plupart de ceux qui ont rédigé la constitution béninoise de 1990, ont été invités à une relecture de cette constitution en 2008. Nous nous sommes rendu compte à ce moment que, fortement préoccupés par les solutions devant garantir la démocratie, l'Etat de droit et les droits de l'Homme et contenir tous les abus de pouvoir et tout coup d'Etat, nous avons oublié les principes économiques. Nous en avons alors proposé le renforcement et l'élargissement, de même que les crimes économiques qui devront être imprescriptibles.

En conséquence, ceux qui justifient la nécessité des révisions constitutionnelles, en évoquant la constitution française de 1791, ont raison: «la Nation a le droit imprescriptible de changer de constitution».

Il y a cependant révision constitutionnelle et révision constitutionnelle. Je distingue deux catégories de révisions: les réunions opportunistes et les révisions structurelles, en suivant le critère téléologique qui fait partie de l'essence de la loi.

Les révisions opportunistes sont celles qui sont faites dans le but de satisfaire une personne ou un groupe de personnes, et les révisions structurelles, celles faites dans le sens d'améliorer au regard de la pratique ou de l'évolution des faits et des idées, les organes et mécanismes constitutionnels.

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

Les révisions qui fâchent aujourd'hui en Afrique, appartiennent à la catégorie des révisions opportunistes. Et ceux qui se réclament de la constitution française du 3 Septembre 1791, oublient les autres dispositions du titre VII de cette constitution et ne citent jamais l'intégralité de l'article 1° de ce chapitre. En effet, l'affirmation du droit imprescriptible de la Nation à changer la constitution, se poursuit par ce qui suit: « *néanmoins.., il est plus conforme à l'intérêt général d'user seulement, par les moyens pris dans la constitution elle-même, le droit d'en réformer les articles dont l'expérience aurait fait sentir les inconvénients*».

Les constituants français de 1791 ont donc fortement rejeté toute révision opportuniste au profit de la révision structurelle. Ils ont d'ailleurs enfermé la procédure de révision dans des formalités très strictes, notamment celle selon laquelle le texte modifiant doit être voté dans un « *vœu uniforme* » par trois législatures consécutives. Certaines constitutions aujourd'hui s'en sont inspirées comme la constitution du Ghana ou celle du Vénézuéla.

La révision constitutionnelle qui crée le plus de problèmes aujourd'hui en Afrique est celle relative à la limitation du nombre des mandats du Président de la République. Cette limitation a été instituée dans le but d'asseoir l'alternance politique et faire disparaître la personnalisation et la patrimonialisation du pouvoir.

La détermination de certains à faire sauter dans les constitutions ce verrou et donc à pervertir les objectifs attachés à ladite limitation, crée des situations, comme au Niger en 2009, et la situation récente au Burkina Faso, le 31 Octobre dernier, conduisant à une rupture de constitutionnalité.

3- La rupture de constitutionnalité : Le néo constitutionnalisme africain est marqué dans certaines constitutions par des dispositions contre toute rupture

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

de constitution. Le Bénin qui, depuis son indépendance a connu une multitude de putsch et une attaque de mercenaires a poussé très loin cette disposition : ainsi l'article 65 de la Constitution considère tout putsch ou tout coup d'Etat comme « *une forfaiture et un crime contre la Nation et l'Etat* » ; et l'article 66 précise : « *tout membre d'un organe constitutionnel a le droit et le devoir de faire appel à tous les moyens pour rétablir la légitimité constitutionnelle, y compris le recours aux accords de coopération militaire ou de défense existants* » et « *pour tout béninois, désobéir et s'organiser pour faire échec à l'autorité illégitime constituent le plus sacré des droits et le plus impératif des devoirs* ».

Des dispositions de ce genre se retrouvent sous diverses formes dans quelques constitutions. Certes la plupart des constitutions affirment comme celle de la 7^{ème} République du Niger que « *tout citoyen civil ou militaire, a l'obligation absolue de respecter, en toutes circonstances, la constitution et l'ordre juridique de la République, sous peine de sanctions prévues par la loi* ». Il est intéressant de donner le cas de la République Centrafricaine : la constitution de 2004, en vigueur au moment du coup de force de Mars 2013 affirme dans son préambule que « *le suffrage universel est la seule source de légitimité du pouvoir politique...* » et que le peuple s'oppose « *fermement à la conquête du pouvoir par la force* ». L'article 19 de la même constitution est impératif : « *l'usurpation de la souveraineté par coup d'Etat ou par tout autre moyen constitue un crime imprescriptible contre le Peuple Centrafricain. Toute personne ou Etat tiers qui accomplit de tels actes aura déclaré la guerre au Peuple Centrafricain* » et l'article 20, 3^{ème} alinéa d'interdire aux partis et groupement politique de « *s'identifier à une race, à une ethnie, à un sexe, à une religion, à une secte, à une langue, à une région ou à un groupe armé*».

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

Les dispositions préventives de la constitution béninoise n'ont pas encore été soumises à l'épreuve des faits et nous souhaitons tous que n'advienne plus jamais une telle épreuve. Quant aux interdits de la Constitution centrafricaine, le coup de force de Mars 2013 les a fait voler en éclat : la constitution de 2004 a été suspendue et un nouvel acte constitutionnel reprenant les mêmes affirmations et interdits a été institué pour une période de transition. La question alors se pose de savoir pourquoi en cas de coup de force, il est institué un régime de transition à l'instar de ce qui s'est fait après l'abolition des régimes de parti unique au lieu de recourir immédiatement et directement aux prescriptions de la constitution en vigueur ? Car toutes les constitutions prévoient qu'en cas d'empêchement définitif du Chef de l'Etat, l'intérim est assuré par le Président de l'Assemblée Nationale ou le cas échéant par le Président du Sénat qui a un délai déterminé pour organiser les élections.

La réponse est claire : la force du politique l'emporte sur la force du droit. Dans le cas du Mali où est survenu le coup de force du Capitaine SANOGO en 2012, il a fallu de laborieux efforts et de fortes pressions de la communauté internationale notamment la CEDEAO pour que l'accord cadre du 6 Avril 2012 revienne à la « *mise en œuvre des dispositions de l'article 36 de la constitution du 25 Février 1992* » mais après une période exceptionnelle de transition en raison de la rébellion au Nord. En fin de compte le Président de l'Assemblée Nationale a été installé pour l'intérim et les élections organisées.

L'espèce du Burkina Faso est encore plus patente. Après la démission et le départ du Président Blaise Compaoré la légalité eût orienté vers un intérim à assurer par le Président de l'Assemblée Nationale.

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

Mais, voilà, le Président de ladite Assemblée était trop lié au Président Compaoré et ne pouvait inspirer confiance à ceux qui avaient dominé la rue. Le politique l'emportant sur le droit. Et cela contribue au reflux.

Il est à constater donc que malgré les dispositions et préventions des constitutions de la nouvelle ère africaine, les putschs, coups d'Etat et coups de force en tous genres n'ont pas disparu en Afrique.

Ces coups de force entachent-ils l'irréversibilité du mouvement constitutionnel démocratique ?

B) L'irréversibilité des constitutions démocratiques :

La route de l'histoire n'est pas rectiligne ; elle comporte des sinuosités et retours en arrière car le nouveau le dispute toujours à l'ancien avant de s'imposer de manière définitive. L'histoire des vieilles nations démocratiques le prouve. Quelque soit la question que l'on considère dans l'évolution politique et constitutionnelle des Etats Unis d'Amérique, on constate que les clarifications succèdent aux compromis : par exemple au niveau de l'esclavage, malgré le 13^{ème} amendement supprimant l'esclavage en 1865, en 1896 la Cour Suprême a jugé la ségrégation raciale constitutionnelle dans l'affaire Plessy v. Ferguson puis à partir de 1954 la même Cour entame un changement complet de jurisprudence avec l'arrêt Brown v. Board of Education of Topeka.

La France, elle, a parcouru tous les régimes politiques possibles de 1789 à 1875 pour établir une fois pour toutes la République, encore que cette République ne fût consolidée qu'avec la seconde guerre mondiale.

Nous pouvons poursuivre les exemples avec la Grande Bretagne. Ce qu'il suffit de retenir est que le néo-constitutionnalisme africain a prévu certaines institutions comme la juridiction constitutionnelle, l'institution de régulation

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

des organes de presse et parfois des commissions des droits de l'homme. Chacune de ces Institutions doit correctement et pleinement jouer son rôle particulièrement la juridiction constitutionnelle à l'instar de la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique dont le Président John MARSHAL à une certaine époque (1801-1835) a montré la voie (Arrêt Marbury v. Madison du 24 Février 1803)

En outre, si l'on analyse la situation actuelle en Afrique, on constate que chaque Etat est parvenu à la Démocratie par une voie qui lui est propre même s'il y a des similitudes (Voir R. DOSSOU. En Afrique : voies diverses de la mutation démocratique in Démocratie et Elections dans l'espace francophone. Ouvrage collectif sous la direction de Jean Pierre VETTOVAGLIA Edit. Bruylant – 2010 page 140).

Cependant, par-dessus toute diversité, il y a deux paramètres qui sont communs à tous les Etats et qui garantissent l'irréversibilité du nouveau constitutionnalisme et de la Démocratie : la conscience citoyenne et le droit international.

1 – La conscience citoyenne : En un quart de siècle l'Afrique a fait un bond qualitatif important au plan de la prise de conscience du citoyen. La résignation disparaît, la peur s'estompe et progressivement le citoyen s'installe au centre de la cité.

A l'intérieur des Etats et dans les relations internationales une nouvelle force apparaît en dehors des partis politiques et de la classe politique : la société civile.

Il s'agit là de la formation d'une opinion publique nationale tantôt spontanée, tantôt structurée. La presse, les déclarations et communiqués, et surtout la rue ou la place publique constituent leurs formes d'expression :

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

Algérie en 1988 et récemment la Tunisie et l’Egypte. Il faut signaler que dans les mutations des années 1990, ici et là, la rue a joué également son rôle : Bénin, Gabon, Togo etc.

L’action de la société civile s’étend au plan international. Véritables groupes de pression les ONG (Organisations non Gouvernementales) peuvent exercer leur pression depuis l’étranger à fin d’obtenir gain de cause sur une question nationale. Le procès fait à Hissene Habré et ses complices dont une partie se déroule en ce moment à Dakar et une autre partie à Ndjamena est le résultat de la pression des associations des victimes de Hissene Habré.

Ainsi à côté de l’opinion publique nationale s’est développée une opinion publique internationale et bien souvent structurée et imbriquée à l’opinion nationale ayant souvent droit de cité auprès des organisations Internationales (voir M. Bettati et P.M. Dupuy : Les ONG et le droit International. Economica 1980 ; Jean SALMON – Quelle place pour les Etats dans le droit International ? RCADI – Vol 347 (2010) p. 9-78; James N. ROSENAU : Turbulence in World politics. A theory of change and continuity – Princeton University Press, Princeton, New – Jersey 1990)

Il est donc constant que la conscience citoyenne constitue une garantie du développement démocratique de l’Afrique. Ce développement est favorisé également par le droit international.

2– Le Droit International: Lorsqu’on considère le droit international aujourd’hui on est obligé de reconnaître que par le biais des droits de l’homme, d’une part les doctrines qui naguère contenaient le droit international aux limites des frontières d’un Etat ont été définitivement et

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

en tout cas largement balayées (doctrines TOBAR, WILSON et ESTRADA) et d'autre part que le droit international a absorbé les fondamentaux du droit constitutionnel.

Depuis la Magna Carta de 1215 en Angleterre à la Déclaration Française des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 en passant par les diverses déclarations américaines notamment celle de Philadelphie les proclamations des droits de l'homme étaient nationales mais d'inspiration universelle. La déclaration Universelle de 1948 et les pactes de 1966 sont les premiers instruments internationaux des Droits de l'Homme.

Ces divers instruments des droits de l'homme seront visés par les constitutions africaines de même que la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples. La constitution béninoise quant à elle, a directement intégré la charte Africaine dans la constitution.

Cependant le flux démocratique africain a été accompagné, je dirai même canalisé par un ensemble d'instruments internationaux contraignants pour les Etats : déclarations et résolutions des Nations-unies et de l'OUA de même que celles des organisations régionales africaines et surtout les chartes et protocoles et actes constitutifs. Ces instruments ont pris directement en charge des fondamentaux du droit constitutionnels : déclaration de Harare adopté par le Commonwealth en 1991, déclaration de Bamako adoptée en 2000 par la Francophonie, Décision d'Alger prise par l'OUA en 1999 sur les changements anticonstitutionnels de gouvernement ; la Déclaration de l'OUA prise à Lomé en 2000 sur la réaction face aux changements anticonstitutionnels de gouvernement, déclaration de l'U.A sur les principes régissant les élections démocratiques en Afrique (2002) ; Acte constitutif de l' U A (2000) ; protocole de la CEDEAO relatif au mécanisme de prévention de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

la sécurité (1991) et protocole additionnel de 2001 sur la démocratie et la bonne gouvernance ; déclaration du millénaire des Nations Unies (2000), document final du sommet mondial de 2005, la charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance (2007).

Ces instruments d'une part proscrivent et d'autre part prescrivent.

Par exemple, l'article 23 de la Charte Africaine de la Démocratie, des élections et de la Gouvernance considère un certain nombre de moyens pour accéder ou se maintenir au pouvoir comme « *un changement anticonstitutionnel de gouvernement et est passible de sanctions appropriées de la part de l'Union* » : putsch ou coup d'Etat, intervention de mercenaires ou de groupes armés, refus d'un gouvernement de céder le pouvoir au parti ou candidat vainqueur des élections libres, justes et régulières ; et le paragraphe 5 de cet article 223 complète : « *tout amendement ou toute révision des constitutions ou des instruments juridiques qui porte atteinte aux principes de l'alternance démocratique.* »

Les sanctions prévues peuvent s'appliquer aussi bien à l'Etat qu'à des entités sub – étatiques y compris les individus auteur de coups de force.

Tous les instruments précités prennent en charge directement des éléments fondamentaux du droit constitutionnel sous forme de prescription aux Etats : adhésion aux valeurs et principes universels de la Démocratie, séparation des pouvoirs, indépendance de la justice, élection et alternance démocratique, contentieux électoral, respect de la suprématie de la constitution et respect de l'ordre constitutionnel, participation des citoyens et suffrage universel, contrôle du pouvoir civil sur les forces armées, institutions publiques assurant la Démocratie et l'ordre constitutionnel.

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

Les sanctions prévues par ces instruments ont été appliquées à plusieurs Etats à l'issue de coup de force. Cela a grandement contribué au retour à une vie constitutionnelle normale.

En conclusions : il y a des reflux et il y en aura encore mais ces reflux reculeront pour disparaître. D'autres crises peuvent surgir et pourront alors être contenues à l'intérieur de la constitution. Car la démocratie africaine et la mise en œuvre des nouvelles constitutions traversent une transition informelle marquée par l'apprentissage de la démocratie et la formation progressive de la mentalité institutionnelle et de la culture démocratique. Tout reflux ne peut donc qu'être temporaire et ne saurait bloquer le processus démocratique.

Robert S. M. DOSSOU

Debats (3ème séance) 25 11 2014

المنافشة (الجلسة الثالثة)

Questions relatives à la communication du Professeur **Robert DOSSOU**

Un intervenant de la salle

Concernant l'intervention de Monsieur Robert DOSSOU, je suis d'accord avec vous sur les raisons qui expliquent l'avancée du droit constitutionnel, mais ne peut-on pas chercher la raison essentielle dans le rapprochement de la signification aujourd'hui de la Constitution et du droit constitutionnel. La Constitution est un dénominateur commun pour tous les régimes politiques et un moyen d'organisation du pouvoir. Mais sa signification initiale était au départ une technique de limitation du pouvoir dans le mouvement constitutionnaliste depuis le 18^{ème} siècle. Et puis des nouvelles significations ont vu le jour, notamment la signification qui fait de la Constitution un instrument pour la construction du socialisme avec la Révolution de 1917, qui fait de la Constitution un instrument de la construction de la nation, la conception fasciste, et qui fait de la constitution un instrument de la construction nationale dans nos Etats nouvellement indépendants au début des années 60.

Alors qu'aujourd'hui, nous assistons à un rapprochement au niveau de la signification pour différentes raisons que vous avez évoqué certaines d'entre elles. Il y a donc ce rapprochement au niveau de la signification. Et ce rapprochement s'explique à mon sens par un certain nombre de raisons dont notamment le rapprochement qui s'était fait entre les droits politiques et les droits économiques à travers les deux Pactes : le Pacte des droits politiques et le Pacte des droits économiques. A travers également le refus du parti unique, à travers l'avènement d'un certain nombre de conquêtes au niveau

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

des droits de l'homme surtout au niveau de ce débat entre l'universalisme des droits et la relativité, le particularisme de ces droits. Tout cela a favorisé donc cette standardisation des normes du droit constitutionnel. Donc il y a je crois à l'échelle internationale un mouvement vers la standardisation.

Un intervenant de la salle

Le 2^{ème} thème sur lequel je voudrais intervenir est celui du respect des droits et des libertés. En Afrique on le sait, ce thème-là a été employé de tout temps comme un alibi et comme un moyen de pression sur les Etats africains et j'ouvre une parenthèse, on ne parle pas du facteur économique qui est très important en la matière. Et pour terminer sur le thème, je m'interroge toujours : est-ce-que ce thème-là, le thème du respect des droits et des libertés a constitué durant l'histoire du constitutionnalisme africain un frein ou un obstacle pour que l'Afrique avance en la matière ?

Un intervenant de la salle

Je félicite les intervenants pour cet état des lieux très sincère qui a été fait de la situation du constitutionnalisme en Afrique. Un point particulier m'a beaucoup intéressé c'est le reflux. Cette question de reflux pose problème notamment quand elle se fonde sur la Constitution elle-même, elle va se fonder sur la Constitution pour faire une réforme, pour apporter des aménagements etc... Surtout quand elle se fait de manière opportuniste comme vous avez utilisé le terme entre guillemets.

Est-ce qu'on ne peut pas trouver une solution au niveau des conseils constitutionnels ou des cours constitutionnelles en elles-mêmes, en se référant à un principe qui a été, je crois, établi par une jurisprudence allemande ou italienne, quand elles ont intégré une norme supra-constitutionnelle qui considère comme étant supra-constitutionnelle ? Et à

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

ce moment-là même, si elle se fait des normes supra constitutionnelles, même si une modification a été faite qui est contraire à des principes qu'on pourrait appeler des constances, qu'on pourrait appeler des principes universels, et à ce moment-là sur lesquels on ne peut pas retourner même si cela a été fait par voie référendaire. Pour répondre partiellement à une interrogation, est-ce que ce n'est pas une solution et un instrument qu'un Conseil constitutionnel, qu'une Cour constitutionnelle, si le projet lui est présenté, de dire que ce principe est supra constitutionnel, donc on ne peut pas le modifier ? C'est une interrogation que je pose. Bien sûr la réponse n'est pas très simple, elle a des incidences politiques etc... Mais c'est un principe qui est retenu par les Cours constitutionnelles aussi bien allemandes qu'italiennes.

Intervention from the floor

I am very grateful Excellency, for bestowing me this opportunity, and once more thanks to the Excellency President of the Constitutional Council, to the Government of Algeria for organizing this wonderful junction that we have such a high level of intellectual discourse. Of course, what it has been said is in good faith, and academic and just without any prejudice. I already made a statement with respect to the first speaker. The second speaker, very well, explained to us the genesis of the flow of the constitutionalism here in Africa. That was wonderful. However, some sort of comparative study would have been of great value to us, here.

Réponses du Professeur Robert DOSSOU

Je remercie tous ceux qui sont intervenus, je les remercie de nous donner l'occasion de faire un exposé complémentaire pour compenser les lacunes que l'exigence du temps nous a amené à commettre. Je vais d'abord aborder la question de la compétence du juge constitutionnel. Non, avant la

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

compétence du juge constitutionnel, il y a une donnée fondamentale. Quand on a demandé à « SOLON » de rédiger une Constitution, il a posé la question pour quel peuple ? Et à quel moment ? C'est la question qu'on s'est posée au moment où on devait faire la Constitution Béninoise. Et malgré cela, nous avons oublié des aspects qu'on ne connaissait pas. Nous avons répertorié tout ce que nous connaissions comme étant les principales turpitudes de la classe politique du Dahomey qui s'appelle aujourd'hui « Benin », de 1946 à ce jour. Parce que la plupart d'entre nous qui étions dans ces conditions étaient d'au moins deux ou trois qui avaient déjà, ouvert les yeux et avaient les oreilles ouvertes au moment où avait commencé en 1946 et le reste. On a pris le train en marche, on a même été acteur dans le cheminement politique, député, ministre, avant de venir réviser une Constitution. Donc, les leçons théoriques à la faculté ont été épaulées par une pratique réelle du terrain et de campagne électorale et de fonctions législatives et fonctions exécutives.

Alors, voici la question principale qui se pose à nous tous : on fait la Constitution à un moment donné pour des hommes déterminés quand on est concret, ce que j'appelle le réel concret, je dis bien le réel concret. Si vous, vous amusez en dehors du réel concret, vous ne serez pas efficace, vous ne serez pas utile, vous serez doctrinaire ! Tout ce que vous voulez ! Mais si votre science ne peut pas aider votre peuple, ce n'est pas la peine. C'est cela qu'il faut avoir à l'esprit pour la Constitution. Mais, même quand on a eu cela à l'esprit, l'expérience prouve que le génie humain étant illimité, les turpitudes qu'on a recensées au moment où on rédige la Constitution soient incomplètes, la peur d'un autre cas. L'expérience nous a instruit de la dictature de l'Exécutif, de la subordination du Parlement, mais jamais des turpitudes du Parlement puisque nous n'avons pas eu l'expérience concrète du Parlement souverain, vraiment indépendant. Nous avons toujours eu des

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

Parlements soumis au régime des partis uniques, soumis au leader charismatique. L'illustration la plus frappante et la plus forte que j'aime donner, c'est en février, et je l'ai souvent donné, (en février 1979). Je me trouvais à Kinshasa en mission pour les Nations unies, puis un soir, j'allume la télé et je vois le leader national Mobutu Sese Seko Kuku Ngbendu wa Za Banga, faire un discours. Et il dit, j'ai décidé que l'article tant de la Constitution est supprimé, j'ai décidé que tel autre article est supprimé. En conséquence tel organe, il faut compter de ce jour n'existe plus. Ce que le Professeur Joseph OWONA du Cameroun appelait le discours constituant, est ce qu'on peut avoir cela aujourd'hui ? Non ! En temps normal, un chef a décidé et c'est ce que nous voulons éviter, et c'est un mois après que l'Assemblée s'est réunie pour avaliser le discours constituant du chef. Voilà des anomalies qu'on ne trouve qu'en Afrique. Si en rédigeant aujourd'hui et qu'on en tienne pas compte, nous ne rendrons pas service à nos nations. En conséquence, lorsqu'au moment de la rédaction de la Constitution, on oublie ou on n'avait pas l'expérience d'une certaine forme de turpitude de la classe politique, la Cour, la juridiction constitutionnelle doit y suppléer. Et il ne faut plus dissenter hors du réel concret. En ce qui me concerne, je suis à la fin de ma carrière, de ma vie, mais j'ai terminé avec l'idéal en l'air. Mais je parle du réel concret, je vis du réel concret. Nous ne connaissons pas les turpitudes du PALL MALL, mais nous l'avons connu au Benin de 2008 à 2011 ; nous n'avons jamais vu cela. Le Parlement s'est déchainé hors de toutes normes et surtout tout le monde y compris ma personne. J'étais Président de la Cour constitutionnelle à l'époque, puis tous les jours, que faut-il faire ? On ne peut pas nous engager dans des débats avec eux. La Cour constitutionnelle du Benin fait quoi ? On a relevé l'heure, le compte rendu des autres audiences et on les a nommé un à un, tel député a dit cela et

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

tel a... Dans des décisions, c'est la panique à bord. Et depuis ils n'ont plus jamais recommencé.

Cela est le réel concret. Ce qu'ils ont dit : le chef de l'Etat, celui qui est le Président est encore là, est sorti de rien parce qu'il était homme politique, et il n'a pas de parti politique, il est arrivé là ! Donc, il faut qu'on découvre avec lui toutes les conventions, tous les accords. Finalement rejet, le budget tous les ans rejet ! Tout est rejet. Alors, Qu'est-ce que la Cour constitutionnelle va faire ?

Ils ont rejeté la direction. Que cela n'aura pas lieu. Et quand le mandat du chef de l'Etat va finir, il faudra qu'il foute le camp et mettre un régime de transition en place etc... Et bien, nous nous appuyons sur le réel concret, nous les avons canalisé jusqu'au bout et toutes les sessions ont eu lieu, et si j'en suis convaincu, je le dis haut, je le dis fort, si la Cour constitutionnelle n'avait pas existé en 2011, le Benin serait encore en train de flotter dans une condition quelconque. C'est cela le réel concret. La juridiction constitutionnelle a eu une responsabilité, elle part de ce que la Constitution lui donne, elle a créé cela du réel concret ; elle fixe la téléologie de la règle normative qu'il y a dans la Constitution. Et par rapport à cette téléologie, elle crée les principes à valeur constitutionnelle. La Cour constitutionnelle a tiré des principes à valeur constitutionnelle de la Conférence nationale.

Ici en Algérie vous pouvez tirer cela d'avril 1962 ou de la Déclaration de 1954. Pourquoi pas ? Et c'est régit par la juridiction constitutionnelle, en principes à valeur constitutionnelle, on applique, et cela régle.

Professeur AÏVO a cité tout à l'heure, le cas du juge Marshal, qui a été nommé in extremis, au dernier moment, qu'il a été nommé dans la précipitation parce que c'est un fédéraliste ; un confédéraliste plutôt venait

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

d'être élu pour remplacer à la tête de l'Union un fédéraliste qui s'en allait. Parce qu'un juge constitutionnel est toujours porteur de valeurs. Pour que les hommes nomment, ils tiennent compte des valeurs dont ils sont porteurs. Et Marshal est arrivé en pleine crise de nomination des autres juges. Puisque dans la précipitation, on a nommé les juges constitutionnels, les moyens de communication et de déplacement n'étant pas aussi rapides qu'aujourd'hui, il y a eu un des juges nommés qui n'a pas prêté serment. Il pense prendre service avant l'arrivée du nouveau Président. Alors, le garde des sceaux, le ministre de la justice, avant de partir a demandé à Marshal nouvellement nommé d'approuver la nomination de ce juge qui n'a pas encore pris service de le déclarer pleinement dans sa fonction. Mais le juge Marshal a fait le raisonnement suivant : si moi je l'approuve, si la Cour suprême approuve sa nomination, on va nous critiquer demain et attaquer le nouveau gouvernement qui arrive, n'exécute pas, je perds la face comme institution, comme Cour suprême. On perd la face, mais si je ne le nomme pas non plus, je ne satisfais pas le gouvernement qui est en train de partir alors, que faire ? C'est ainsi que Marshal a trouvé l'astuce ; pour déclarer le texte sur lequel on se fondait pour lui demander d'avaliser contraire à la Constitution.

C'est comme cela que le contrôle de constitutionnalité est né aux Etats Unis. Vous ne trouverez cela nulle part dans la Constitution américaine. Si on quitte l'exemple américain pour l'exemple français, la doctrine française s'est à l'origine fondamentalement opposée à toute intrusion du juge dans l'activité législative. La preuve : la loi du 24 août de 1790 a interdit au juge d'interpréter en cas de doute des dispositions législatives. Le juge devait retourner au Parlement pour demander dans quel sens telle loi a été prise ? Voilà la doctrine qui a été ficelée traduite en France jusqu'à 1958 et on a créé un Conseil, le Conseil constitutionnel. Pour une raison simple, la

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

doctrine française était contre. Le poids du Général DE GAULLE a joué et avec Michel DEBRE un autre texte de ce qu'il y a eu répartition des matières entre l'Exécutif et le législatif. Il fallait un organe pour arbitrer et on a créé le Conseil constitutionnel. Mais Jean Noël qui a été un ami du Général DE GAULLE et a été le Premier Président nommé à la tête de ce Conseil, était convaincu jusqu'à la fin de son mandat qu'il n'était pas à la tête d'une juridiction.

Il a fallu une bonne dizaine d'années pour que les juges eux-mêmes construisent la jurisprudence pour affirmer qu'ils sont une juridiction. Le principe est la compétence, compétence qui a vu la doctrine allemande, le juge constitutionnel est compétent de cela. Voilà ce que je peux répondre à cela. En conséquence, chaque cas est un cas d'espèce.

Pour les lois, les lois d'amendements constitutionnelles et les lois référendaires, la question ne se pose même pas au Benin. La Cour constitutionnelle tranche sur cette question depuis longtemps et cela se traduit aussi bien sur les lois d'amendements constitutionnels que sur les lois référendaires.

Pour ce qui est de la science du droit constitutionnel. Au départ, limitation des pouvoirs, c'est vrai, au départ le droit constitutionnel était un droit pour limiter le pouvoir du roi. Le premier à décrire était la Magna Carta qu'on a imposé à Jean. C'est la première pièce écrite de la Constitution de Grande Bretagne en vigueur jusqu'à ce jour. Moi, je me plais souvent à dire et je l'ai dit dans mon introduction que les éléments du droit constitutionnel, ce sont des éléments constitutifs des droits de l'homme.

Les droits de l'homme sont le contenant de tout. Par conséquent, les premiers instruments des droits de l'homme étaient des instruments

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

nationaux, mais à vocation universelle. A partir de 1948, on avait des instruments internationaux qui proclament les droits de l'homme et qui petit à petit ont absorbé des parties importantes du droit constitutionnel. Donc, on peut parler de droit international et non de mondialisation du droit ; on peut parler de mondialisation du droit en tant que fait, pour suivre la notion que BEDJAOUI a construit à la Cour Internationale de Justice. Mais si on veut analyser en droit, on dira que certains éléments sont sortis des règles de droit international. J'ai répondu à beaucoup de choses déjà.

Merci pour la Namibie, merci pour cette précision, on a discuté au pied levé, mais on n'a pas fait un tableau de l'ordre des Constitutions.

A cet égard, il y a un point que je voudrais bien clarifier même si nous alignons les Constitutions. Je dois excepter deux Constitutions, la Constitution de Côte d'Ivoire et la Constitution du Sénégal. Pourquoi ? Parce que ces deux Constitutions n'ont jamais changé. Ces Constitutions ont changé après en 1982, puis en 1990 elles n'avaient pas changé. Mais la donne politique interne de ces deux pays avait changé sans qu'on a eu besoin de toucher à la constitution. Parce que les Constitutions de ces deux pays n'avaient pas instauré un parti unique, ces Constitutions ont laissé la possibilité de création d'autres partis. Mais dans les faits, la vie avait été bloquée par un parti dominant en Côte d'Ivoire et au Sénégal. Je parle sous le contrôle du Professeur BAUDIER, Président du Conseil constitutionnel de Côte d'Ivoire et du Professeur Isaac Yankhoba Ndiaye, Vice-Président du Conseil constitutionnel du Sénégal. Et lorsque la pression politique est arrivée dans les années 80-90, on a ouvert et des partis politiques se sont créés à ce moment-là. On n'avait pas besoin de changer de constitution ; tandis que partout où la Constitution avait imposé un parti unique, on était obligé de changer de Constitution.

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

La question des Cours spéciales posée par notre ami Mohamed du Soudan :

Dans toute Constitution, il est tout prévu, état de siège, état d'urgence, état de guerre. Tout est prévu et parfois dans beaucoup de Constitutions, les circonstances exceptionnelles entraînent des pouvoirs exceptionnels. Tout est prévu. Par conséquent, lorsqu'une guerre éclate, il faut prendre la Constitution et voir ce qu'il faut faire, ensuite pour ce qui est des cours spéciales des juridictions spéciales, il faut distinguer. La tendance actuelle pour les juridictions nationales est contre les juridictions d'exceptions au plan national. Mais pour les crimes internationaux c'est admis qu'on crée des cours spéciales à caractère international ou régional. Je crois que Monsieur a parlé de ce qui se passe en Afrique du Sud et il est bon que je donne quelques informations. Mandela était libéré quelques semaines avant la Conférence nationale du Bénin et l'Ambassadeur d'Afrique du Sud qui était là à l'époque m'a dit que notre expérience les intéressait et ils ont débattu la question. Mais ils n'ont pas repiqué notre expérience béninoise. Ils s'en sont inspirés pour créer un Comité qui les intéresse, qui cadre mieux avec leur psychologie, sociologie et le dogme des acteurs protagonistes. Il ne faut jamais piquer exactement, parce que ce n'est pas exactement les mêmes hommes. J'ai des amis qui dans leur pays respectifs ont voulu faire dans leur pays respectifs ce que j'ai fait au Bénin.

Au Bénin, j'étais opposant au parti unique. Tout le monde le sait ! Il était réputé comme cela. Puis, je me suis rapproché d'eux, je me suis fait élire député dans le Parlement révolutionnaire, je me suis rapproché de Mathieu Kérékou et j'ai commencé à lui parler. Il m'a écouté et il m'a suivi et on a fait cette révolution pacifique là. J'ai failli être assassiné, je le dis

Troisième séance: Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain

aujourd'hui parce que les gens m'en voulaient que je tournais la tête à leur patron. Mais j'ai des amis qui ont voulu faire la même chose chez eux, ils se sont retrouvés en prison, parce que leur Président, leader unique chef de leur parti unique, n'était pas Mathieu Kérékou. Quand je dis que le système, c'est-à-dire les hommes qui sont là, l'animaient tel qu'il faut. C'est important donc si je donne conseil à quelqu'un dans son pays. Mais je ne suis pas à sa place ! C'est lui qui connaît les protagonistes, il faut s'adapter à cela et on réussit mieux. Merci.

**Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives)
du néo-constitutionnalisme Africain**

**Réflexions sur les tendances (positives) du
Néo-constitutionnalisme africain : morceaux choisis**

Par **Télesphore ONDO**

Docteur en Droit public de l'Université de Reims-Champagne-Ardenne

Maître-assistant

Directeur du Département de Droit public

Faculté de Droit et des Sciences économiques

Université Omar Bongo, Libreville, Gabon

RESUME

Les années 1990 ont été marquées en Afrique par une véritable effervescence constitutionnelle consacrant la démocratie pluraliste et la garantie des droits et libertés fondamentaux. Toutefois, plus de vingt ans après, le bilan de ces conquêtes démocratiques est globalement mitigé, chaotique. Sans vouloir la nier, cette crise du néoconstitutionnalisme africain doit néanmoins être relativisée. En effet, le nouveau constitutionnalisme africain présente des avancées ou des tendances positives, originales et démocratiques impressionnantes, qui se sont dégagées à l'épreuve du temps et qui, à la longue, pourront être considérées comme des éléments du patrimoine constitutionnel africain.

**Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives)
du néo-constitutionnalisme Africain**

ABSTRACT

The years 1990 have been marked in Africa by a real constitutional effervescence dedicating the pluralistic democracy and the guarantee of the rights and fundamental liberties. However, more of twenty after, the result of these democratic conquests is mitigated globally, chaotic. Without wanting to deny it, this crisis of the African new constitutionnalism must be relativized nevertheless. Indeed, the new present African constitutionalism of the progress or the impressive positive, original and democratic tendencies, that is cleared themselves to the test of the time and that, to the long, will be able to be considered like elements of the African constitutional heritage.

ملخص

شهدت إفريقيا في سنوات التسعينات حركات دستورية حقيقية، تمخض عنها تكريس الديمقراطية التعددية وضمان الحقوق والحريات الأساسية. غير أنه، وبعد مُضي أكثر من عشرين سنة، لا تزال حصيلة هذه المكاسب الديمقراطية متفاوتة وحتى كارثية. يجب معالجة أزمة النظام الدستوري الإفريقي الجديد بطريقة متناسبة، دون تهوين أو تهويل. وبالفعل، إن النظام الدستوري الإفريقي الجديد عرف تطورات وتوجهات إيجابية وحقيقية وديمقراطية مذهلة، تولدت بمضي السنون، الشيء الذي من شأنه أن يشكل عناصر الموروث الدستوري الإفريقي.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

Les années 1989-1990 ont été marquées par une véritable effervescence constitutionnelle en Afrique consacrant la démocratie pluraliste, après trois décennies de dictature fondée sur le système monolithique. Ce renouveau constitutionnel et démocratique, porté par les forces vives de la nation, a été particulièrement porteur d'espoirs pour les populations.

Cette espérance investie sur les Constitutions nouvelles ou révisées peut être justifiée pour au moins deux raisons.

D'une part, pour la première fois, les processus d'élaboration ou de révision des Constitutions en Afrique centrale, manifestement en rupture avec le passé constitutionnel récent, sont ouverts, inclusifs et participatifs. En effet, ces procédés d'élaboration et d'adoption ont légitimement fait croire que « la Constitution était véritablement une œuvre collective impliquant tous les segments de la nation et que, partant, les compromis qu'elle formalisait jouissaient d'une certaine intangibilité qui devait en assurer la durabilité et la préservation contre les volontés individuelles »¹.

D'autre part, considérés comme « des témoins et des vecteurs de la transition démocratique »², les nouveaux textes ont pour rôle essentiel la disqualification du régime présidentiel par l'encadrement juridique du pouvoir présidentiel et la construction d'un Etat de droit démocratique, garant des droits fondamentaux des citoyens³.

¹ A. MBAYE, « Quelles alternatives pour assurer l'effectivité des Constitutions. L'expérience de l'Afrique de l'Ouest », in *Parcours de débat et de propositions sur la gouvernance en Afrique. Perspectives d'Afrique australe*, Actes du colloque, Polokwane, 17-19 juin 2008, Pretoria, 20 juin 2008, IRG, 2009, annexe 4, pp. 241-251, p. 242.

² L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. XIII.

³ R. NGANDO SANDJE, « Le renouveau du droit constitutionnel et la question des classifications en Afrique : quel sort pour le régime présidentiel », RFDC, n°93, 2013, pp. 1-26.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

Ces différents mécanismes ont largement contribué au renforcement des valeurs démocratiques et à la promotion des droits de l'homme et partant à la légitimation des Constitutions dans les Etats africains.

Toutefois, plus de vingt après, le bilan des conquêtes démocratiques et l'épanouissement corrélatif des Constitutions sont globalement mitigés, suscitant perplexité et interrogation face à la récurrence des coups d'Etat et des rébellions militaro-politiques, notamment au Congo, en République centrafricaine, au Tchad, au Niger, au Mali, en Guinée, en Côte d'Ivoire, en Mauritanie, etc., ou face à un régime présidentieliste autoritaire inébranlable qui verrouille les pouvoirs constituants, mettant ainsi en péril les acquis démocratiques et constitutionnels et les droits fondamentaux des citoyens.

Cette situation met en exergue la crise des Constitutions africaines dont les causes sont clairement identifiées : une crise de la démocratie représentative qui découle de l'unilatéralisme et de l'absence de consensus des processus de révisions constitutionnelles ; une crise de la justice constitutionnelle liée non seulement au principe d'autolimitation auquel les juges se sont eux-mêmes imposés et à leur proximité réelle ou supposée avec le pouvoir en place, mais aussi aux conditions souvent restrictives de sa saisine qui font une part belle aux institutions politiques, en excluant les citoyens ; une crise de légitimité de la norme constitutionnelle en raison notamment de son caractère extraverti ou mimétique et de son incapacité à refléter la diversité des valeurs sociétales et des sources de légitimité, à réguler le pouvoir et à pacifier les rapports sociaux et politiques ; et enfin, une crise de la normativité ou de la suprématie des Constitutions africaines remises en cause par le droit international et les multiples accords de paix⁴, etc.

⁴ Joël AIVO, « La crise de la normativité de la Constitution en Afrique », RDP, n°1, 2012, pp. 141 et suiv.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

Sans nier ou sous-estimer ce diagnostic vif, nous proposons néanmoins de le relativiser car tout n'a pas été que négatif et ne l'est d'ailleurs pas totalement. Au contraire, l'on constate que depuis 1990, le constitutionnalisme africain présente des avancées ou des « tendances » positives, originales et démocratiques impressionnantes, qui se sont dégagées à l'épreuve du temps et qui, à la longue, peuvent être considérées comme des éléments du « patrimoine constitutionnel africain ». Quelles sont ces tendances ? Comment se manifestent-elles ? Comment les rendre plus dynamiques ou plus performantes ?

La réponse à ces interrogations permettra de dégager, de façon arbitraire, deux tendances fondamentales : d'une part, la volonté de légitimation de la Constitution (I); d'autre part, l'irruption de la garantie de l'œuvre constituante (II).

I- La volonté de légitimation de la Constitution

Bien que l'étude du constitutionnalisme et des Constitutions en Afrique depuis 1990 mette en exergue la récurrence de l'instrumentalisation des Lois fondamentales⁵, en réalité, celle-ci n'est pas totale. En effet, une analyse plus fine de l'œuvre constituante montre une réelle volonté de légitimation de la Constitution par les constituants. Elle se manifeste, d'une part, par la dynamique des processus constituants (A) et, d'autre part, par la mise en œuvre des Constitutions (B).

⁵ A. ABDESSEMED, « La Constitution et son instrumentalisation par les gouvernants des pays arabes 'républicains' : le cas de la Tunisie, de l'Égypte et de l'Algérie » in *Jus politicum* - n°9 – 2013, pp. 1-35.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

A- La dynamique des processus constitutants

Deux éléments mettent en exergue cette dynamique originelle : l'élaboration ou la modification consensuelle des premières Constitutions démocratiques et la richesse de leur contenu.

1/-L'élaboration ou la modification consensuelle des Constitutions

Le constitutionnalisme autoritaire monopartisan a été remis en cause à partir de 1990 à la faveur des Conférences nationales et autres commissions pluralistes.

C'est en Afrique noire francophone que le mécanisme de la Conférence nationale est mis en œuvre à partir de l'exemple béninois. Quelle soit souveraine (Bénin, Tchad, Congo) ou non (Gabon, Zaïre), la Conférence nationale a été considérée comme un pouvoir constituant original, d'une part par son caractère inclusif et participatif puisqu'elle regroupe l'ensemble des forces vives de la nation ; d'autre part par son objectif : disqualifier le gouvernement de type présidentieliste autoritaire en restaurant la démocratie pluraliste et en posant les bases d'un véritable Etat de droit.

Dans d'autres pays (Cameroun), c'est sous la forme d'une Conférence tripartite (pouvoirs publics, partis politiques et société civile) que le dialogue est amorcé entre les différents acteurs en vue de la restauration de la démocratie et c'est cette structure qui, tout en s'inspirant des propositions de révision issues des partis politiques et de la société civile, est à l'origine de la réforme constitutionnelle du 18 janvier 1996.

Dans les pays d'Afrique de l'Est, les refontes des Constitutions en vigueur sont l'œuvre des Commissions spéciales regroupant toutes les forces vives de la nation (Tanzanie). Alors qu'en Afrique du Sud, le processus de

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

négociation sur le texte constitutionnel est engagé au début des années 90 entre la minorité blanche et la majorité noire. Ces négociations aboutissent à la Constitution intérimaire du 22 décembre 1993, laquelle institutionnalise le principe du consensus et de la négociation. Cette Constitution était en outre chargée de définir les modalités d'élaboration de la Constitution définitive. C'est l'Assemblée constituante, composée de l'Assemblée nationale et du Sénat, issus des élections d'avril 1994, représentant toutes les couches de la nation sud-africaine, qui était chargée de recueillir toutes les propositions de Constitution et d'élaborer en définitive le texte constitutionnel, sous le contrôle de la Cour constitutionnelle.

Les exemples récents d'élaboration ou de modification de la Constitution au Maroc, en Tunisie, en Egypte ou même en Algérie illustrent parfaitement cette tendance à la démocratisation des processus constitutants en Afrique.

Dans le premier cas, si toutes les forces vives du royaume n'ont pas été associées en amont par le comité royal chargé de faire des propositions sur la révision de la Constitution de 1996, le peuple a néanmoins approuvé par référendum le 1^{er} juillet 2011, les réformes constitutionnelles proposées qui reprenaient d'ailleurs certaines des revendications exprimées par les manifestants depuis le 20 mars 2011 en matière politique et économique.

En revanche, en Tunisie, le processus constituant a été beaucoup ouvert et inclusif. D'abord, une Commission pour la réalisation des objectifs de la révolution, la réforme politique et la transition démocratique a été mise en place composée de représentants de la société civile et des principaux partis politiques. Sa mission principale était de fonctionner comme un Parlement et d'adopter les textes juridiques nécessaires à l'organisation de l'élection des membres de l'assemblée constituante et de la transition démocratique.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

Après les élections du 23 octobre 2011 remportées par le parti islamiste modéré Ennahda, lequel a formé une coalition avec deux partis laïcs (le Congrès pour la République et le Forum démocratique pour le travail et les libertés), l'assemblée constituante, mise en place avec des difficultés, a procédé à l'élaboration de la nouvelle Constitution tunisienne promulguée le 26 janvier 2014, précédée d'une démarche d'inclusion de la société civile.

Enfin, en Egypte, si le processus d'élaboration de la nouvelle Constitution a été long, difficile et explosif et a échoué, c'est simplement parce que les partis laïcs et la société civile souhaitaient que le comité de rédaction de la Loi fondamentale soit consensuel et qu'il représente les intérêts de l'ensemble des Egyptiens, y compris les minorités.

En Algérie, le processus de révision de la Constitution entamé depuis mai 2011 obéit à la même logique. En effet, affirme le ministre algérien du Commerce, « il y a eu une première phase durant laquelle les consultations ont été menées par le président du Conseil de la nation (Sénat), Abdelkader Bensalah, et par le Premier ministre, Adbelmalek Sella. Le fruit de ce processus a été confié à une commission de juristes qui a préparé et soumis au Chef de l'Etat une première mouture. Adbelaziz Bouteflika a estimé que les choses avaient évolué depuis. De nouveaux partis ont vu le jour, les élections législatives et locales de 2012 ont changé la donne politique. Il a estimé nécessaire d'ouvrir une nouvelle concertation »⁶.

Ces processus constituants inclusifs, ouverts et participatifs ont influé positivement sur le contenu des Lois fondamentales.

⁶ Cf. l'entretien accordé par le Ministre algérien du Commerce au magazine Jeune Afrique, Amara BENYOUNES, « BOUTEFLIKA, la Constitution et nous », n°2798, 24-30 août 2014, pp. 40-41, p. 40.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

2/-La richesse du contenu des Constitutions

Les Constitutions élaborées ou modifiées de façon consensuelle ont la particularité d'être originales et riches du point de vue de leur contenu et reflètent ainsi la diversité des opinions et visions du monde. En effet, les Chartes constitutionnelles africaines affirment leur opposition fondamentale et totale à tout régime fondé sur la dictature, la corruption, le népotisme, le tribalisme, le régionalisme, le recours à la force comme mode d'accession au pouvoir et à la confiscation du pouvoir.

Elles renferment également, compte tenu de leur environnement, tous les principes et règles inhérents à la démocratie libérale et pluraliste, notamment l'Etat de droit, la séparation des pouvoirs, la séparation de l'Etat et des religions, l'énonciation et la garantie des droits fondamentaux par le juge constitutionnel.

Par ailleurs, les Constitutions procèdent à un aménagement et à une distribution plus ou moins équilibrés des pouvoirs. Ainsi, dans les premiers textes, le Président de la République n'apparaît plus forcément comme la clé de voûte des institutions. Dans certains pays, il est concurrencé par un premier ministre qui est loin de faire de la figuration. De plus, ses pouvoirs sont contrôlés par la juridiction constitutionnelle et par le Parlement, souvent bicaméral, ce qui permet une meilleure représentation des collectivités locales.

Enfin, le pouvoir judiciaire est également réformé pour mieux garantir l'autonomisation des juridictions et l'indépendance des juges. La figure emblématique du nouveau juge est représentée par la création d'une juridiction constitutionnelle dotée d'un statut particulier en tant que garant de l'Etat de droit démocratique et de l'équilibre des pouvoirs.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

Pour éviter une centralisation aigüe du pouvoir, les Constitutions africaines consacrent également une séparation horizontale des pouvoirs entre la sphère nationale et les sphères régionales, départementales et municipales. En général, les constituants ont mis en place un système de décentralisation classique. Dans le cas congolais (RDC), les constituants ont néanmoins poussé l'autonomisation des collectivités territoriales à un niveau proche du fédéralisme ou du régionalisme, à tel point qu'elles s'apparentent aux communautés autonomes d'Italie ou d'Espagne.

Y sont également consacrées les autorités administratives indépendantes comme le Médiateur ou les Conseils de régulation des médias.

Il convient enfin de souligner que certains textes constitutionnels prévoient des « traces » d'une diversité de sources de légitimité. Ainsi, ils font référence aux valeurs sociales profondes et traditionnelles, au patrimoine culturel, matériel et spirituel des peuples (Gabon), interdisent toute propagande à caractère ethnique, tribal, régional ou racial (Tchad) ou reconnaissent la diversité linguistique (Maroc et Algérie avec la reconnaissance du Tamazigh, langue berbère) et les minorités ethniques (Cameroun, Tchad). D'autres reconnaissent un rôle très important aux chefferies traditionnelles ou encore intègrent les chefs traditionnels dans les Assemblées officielles par le jeu des nominations (Cameroun).

Au regard de cette description sommaire, il apparaît clairement que la prise en compte de la dimension pluraliste de la société et l'instauration de véritables régimes démocratiques par les constituants originaires ou dérivés africains obéissent à l'objectif de légitimation de la Constitution, laquelle est manifestement mise en œuvre.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

B- La mise en œuvre des Constitutions

Depuis 1990, dans les différents pays africains, le droit constitutionnel est au cœur des débats politiques et démocratiques et sa violation est sanctionnée par la juridiction constitutionnelle.

Partout en Afrique, on assiste à l'irruption du constitutionnalisme dans le débat démocratique. En effet, les règles constitutionnelles sont de moins en moins considérées comme de simples « chiffons de papier ». Au contraire, elles sont devenues des références majeures pour tous les acteurs politiques, de l'opposition ou de la majorité, y compris la société civile. Leur respect est souvent au centre des débats politiques et leur violation éventuelle est de plus en plus contestée publiquement, même par les citoyens qui, dans certains Etats peuvent saisir directement le juge constitutionnel. Les Constitutions sont ainsi devenues les derniers remparts contre les dérives présidentielistes.

Ce qui était impensable il y a quelques décennies est devenu, depuis 1990 ou 2011 pour d'autres, une réalité. Désormais, les Constitutions sont devenues le véritable fondement de toute activité étatique. La vie politique et démocratique s'ordonne autour des règles qu'elles posent et des compétences qu'elles attribuent aux organes. Nous pouvons dès lors dire que « le constitutionnalisme est désormais entré en Afrique dans une phase d'intense activité (...). Il (le constitutionnalisme) devient un élément important de la vie politique en Afrique qu'on ne peut plus négliger. Il en vient à y remplir ses fonctions de prévention et de règlement des conflits »⁷.

⁷ J. du BOIS DE GAUDUSSON, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *Afrique contemporaine*, n°4, 1996, p. 251.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

Dans ce contexte marqué par la « juridicisation des débats démocratiques »⁸, l'affirmation et la garantie des droits fondamentaux des citoyens deviennent des enjeux majeurs des nouveaux Etats démocratiques. Les citoyens n'hésitent plus de saisir le juge constitutionnel pour protéger et défendre leurs droits. Dans ce domaine, de nombreuses juridictions constitutionnelles se sont montrées particulièrement dynamiques en rendant des décisions originales et audacieuses remettant en cause les textes législatifs et réglementaires pris par l'exécutif jugés attentatoires des droits fondamentaux des citoyens. L'action des juridictions constitutionnelles est capitale à la construction de l'Etat de droit en Afrique. Elle a permis de garantir la hiérarchie des textes et d'assurer ainsi la suprématie définitive de la Charte constitutionnelle sur les actes administratifs, véritable « législation exécutive » sous le parti unique.

La création des Cours et Conseils constitutionnels constitue en elle-même non seulement le symbole de la fin des régimes autoritaires, mais également celui de la naissance du règne de la règle de droit et de la garantie des droits fondamentaux.

Le rôle fondamental de ces juridictions constitutionnelles dans la garantie et la consolidation de l'Etat de droit et de la démocratie et dans le règlement des conflits montre pleinement son ancrage dans le paysage constitutionnel africain. Les juridictions constitutionnelles, en faisant ainsi entrer le droit constitutionnel africain dans le panthéon des droits vivants, contribuent en même temps au renforcement de la légitimité de la Loi fondamentale.

Toutefois, le renouveau constitutionnel africain ne doit pas être surestimé au regard de nombreux conflits et coups d'Etat militaires ou « électoraux »

⁸ J. du BOIS DE GAUDUSSON, *ibid.*, p. 252.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

observés en Afrique et dont la cause principale est généralement l'instrumentalisation de la Loi fondamentale ou le verrouillage des procédés constitutionnels entraînant ainsi une crise récurrente de la légitimité des Constitutions africaines. Mais, il faut reconnaître que le processus de démocratisation constitutionnelle entamé depuis 1990 ou 2011 est irréversible. Sa consolidation étant longue, la patience doit alors être la vertu cardinale. Cependant, un outil important, qui constitue une tendance originale, pourrait abréger son temps : c'est la garantie de l'œuvre constituante.

II- L'irruption de la garantie de l'œuvre constituante

Elle est mise en exergue par l'énonciation des principes intangibles (A) et la protection de la Constitution (B).

A- L'énonciation des principes intangibles

Selon Benjamin Constant, « le bonheur des sociétés et la sécurité des individus reposent sur certains principes positifs et immuables...La Constitution est la garantie de ces principes »⁹.

Ces principes, prévus par toutes les Constitutions africaines ou découverts par le juge constitutionnel à partir d'une interprétation contextuelle ou de valeur, peuvent être regroupés en deux catégories : les principes formels et les principes matériels ou substantiels.

1/-Les principes formels

Les principes de forme renvoient aux conditions d'élaboration et de modification des textes constitutionnels. Nous avons déjà montré plus haut que, dans l'optique de légitimation des Lois fondamentales, les processus

⁹ In *Principes de politiques*, Paris, Hachettes Littérature, 1997, pp. 106-107.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

constituants, dans de nombreux cas, ont été ou sont inclusifs et consensuels. Ce principe de consensus qui est cœur de l'exercice du pouvoir dans les sociétés africaines à travers la palabre¹⁰, est de plus en plus revalorisé aujourd'hui. C'est d'ailleurs dans ce sens que l'Organisation internationale de la Francophonie, dans sa Déclaration du 3 novembre 2000 dite de Bamako, suggérait l'élaboration et la révision des textes constitutionnels selon le mode consensuel pour limiter les risques d'instrumentalisation de la Constitution. Ce principe implique également que tous les acteurs politiques, sociaux, traditionnels et religieux s'accordent sur le contenu des modifications des textes fondamentaux. Ce principe est d'ailleurs repris par la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance de 2007 (article 10).

La Cour constitutionnelle béninoise a reconnu ce principe dans sa décision du 8 juillet 2006, tout en lui conférant une valeur constitutionnelle dont la violation même réalisée conformément à la procédure de révision constitutionnelle entraîne la censure du juge. Il s'agit donc d'un principe, en réalité, supraconstitutionnel qui s'impose au pouvoir constituant dérivé.

Il faut néanmoins reconnaître que, dans de nombreux Etats africains, le principe de consensus en matière d'élaboration et de modification de la Constitution est difficilement respecté. C'est pourquoi, nous pensons que pour être efficace, le consensus devrait être accompagné des principes de conciliation, de coopération, de compromis, de collaboration et de négociation au sommet entre les différents acteurs, gages de la stabilité de l'Etat pluriel et de la pacification des rapports politiques et sociaux.

¹⁰ UNESCO, *Socio-political Aspects of the Palaver in some African Countries*, Paris, 1979. J.-G. BIDIMA, *La palabre. Une juridiction de la parole*, Paris, Ed. Michalon, 1997. R. CORNEVIN, « La palabre », *Revue Pegasus*, 1979 ; WAMBA-DIA-WAMBA, « Réflexion sur la pratique de la palabre », *Journal of African Marxists*, Mars, 1985, pp. 35-50.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

2/- Les principes matériels ou substantiels

Ces principes unificateurs touchent au contenu des Constitutions. « Il y a de grandes bases auxquelles toutes les autorités constituées ne doivent pas pouvoir toucher »¹¹ opinait Benjamin Constant. Il s'agit des normes intangibles, suprêmes et inviolables¹² qui, si elles sont bien protégées, pourraient permettre de mieux préserver les acquis démocratiques et consolider ainsi l'Etat de droit.

Dans l'ensemble, certains de ces principes ont été dégagés par les conférences nationales, les commissions *ad hoc* et les assemblées consultatives et consacrés par la Constitution en son Préambule ou en annexe, à l'exemple des trente-quatre principes consacrés à l'Annexe IV de la Constitution intérimaire d'Afrique du Sud de 1993.

En général, les Préambules laissent apparaître un vaste bloc de supraconstitutionnalité ou un véritable patrimoine supraconstitutionnel africain comprenant les principes fondateurs tels : la démocratie pluraliste ; la reconnaissance de l'opposition démocratique ; l'Etat de droit démocratique ; la dignité de la personne humaine et la protection des plus faibles ; l'opposition fondamentale et totale à tout régime politique fondé sur la confiscation du pouvoir, l'arbitraire, la dictature, l'injustice, la corruption, le népotisme, le clanisme, le tribalisme, le régionalisme, l'impunité ; l'adhésion aux valeurs universelles de paix, de liberté, d'égalité, de justice, de tolérance, de probité, d'intégrité et aux vertus de dialogue, de consensus, comme références cardinales de la nouvelle culture politique ; le

¹¹ *Principes de politiques*, op. cit., p. 107.

¹² Pour G. VEDEL, un tel principe ferait nécessairement échec à la démocratie. In « Avant-propos » de l'ouvrage de Charles EISENMMAN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, 1986, p. VIII.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

renouvellement limité du mandat présidentiel ; l'obligation de rendre des comptes et d'être sanctionné ; etc.

D'autres principes sont prévus par des dispositions spécifiques des Constitutions africaines. Il en est ainsi de l'interdiction de réviser non seulement le caractère républicain, monarchique, laïc, islamique, démocratique, pluraliste etc. de certains pays, mais aussi l'article le consacrant. Toutefois, dans ce domaine aussi, les manipulations sont malheureusement nombreuses. C'est pourquoi, pour les éviter, nous pensons que ces principes devraient faire l'objet d'un large compromis ou consensus et être détaillés puis inscrits dans la Constitution pour garantir leur effectivité. Le rôle du juge serait alors, non pas de les découvrir, mais de les appliquer ou, tout au plus, de les interpréter.

De plus, tant une modification de ces principes et valeurs qu'une réforme substantielle de la pondération entre eux par une révision constitutionnelle devraient être interdites. De même, pour éviter la reproduction de l'expérience togolaise de février 2005¹³, l'article les consacrant dans la Constitution ne pourrait être modifié. B. Constant affirme par exemple qu'« il est des articles constitutionnels qui tiennent aux droits de l'espèce humaine, à la liberté individuelle, à celle de l'opinion, à celle des lois, à celle des tribunaux. Toutes les autorités réunies ne doivent pas être compétentes pour un changement dans les objets qui sont le but de toute association »¹⁴. Il ne pourrait être modifié que, d'une main tremblante, par

¹³ Cf. T. ONDO, *La responsabilité introuvable du Chef d'Etat africain. Analyse comparée de la contestation du pouvoir présidentiel en Afrique noire francophone (Les exemples camerounais, gabonais, tchadien et togolais)*, thèse, Droit, Université de Reims, 2005, pp. 80-81.

¹⁴ *Principe de politique*, op. cit., p. 110.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

consensus pour compléter la liste des principes et valeurs à condition qu'il n'y ait pas de contradiction entre les nouveaux et les anciens et à une majorité plus forte que celle exigée pour la modification des autres dispositions constitutionnelles¹⁵.

Toutefois, ces différents principes ne peuvent être mis en œuvre que si l'œuvre constituante les ayant consacrés est protégée. C'est sans doute l'une des innovations majeures du constitutionnalisme africain.

B- L'irruption de la protection de l'œuvre constituante

En droit constitutionnel classique, le pouvoir constituant est souverain. En principe, il ne peut donc faire l'objet d'un contrôle.

En Afrique, la récurrence des manipulations et de l'instrumentalisation de la Constitution par les dirigeants au pouvoir n'a pas laissé le système politique sans réagir. En effet, pour garantir l'Etat de droit démocratique, le juge s'est érigé en censeur des fraudes à la Constitution par un contrôle juridictionnel efficient (A). Dans la même veine, l'on assiste depuis quelques années à l'émergence d'un contrôle politique sur les lois constitutionnelles (B).

1/-Le contrôle juridictionnel

Ce contrôle est assuré essentiellement par la juridiction constitutionnelle. Il s'agit donc d'un contrôle de constitutionnalité des lois de révision de la Constitution¹⁶.

¹⁵ Par exemple 2/3 dans chaque Chambre comme c'est le cas pour la modification des dispositions relatives aux droits et libertés : article 168 de la Constitution espagnole de 1978 ; article 74-2 de la Constitution sud-africaine de 1996.

¹⁶ Cf. T. ONDO, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Afrique noire francophone », RDCDI, n°1, 2009, pp. 104-138. Voir aussi, du même auteur, *Plaidoyer pour un nouveau régime politique au Gabon*, Paris, Publibook, 2012, p. 162.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

En suivant le juge constitutionnel malien, nous dirons que ce contrôle de constitutionnalité « consiste à l'analyser pour déterminer si l'autorité qui en a pris l'initiative est habilitée à le faire de par la Constitution ; si le quorum indiqué par la Constitution a été atteint lors de son vote par l'Assemblée nationale ; si son vote n'a pas eu lieu alors qu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire et enfin si elle n'a pas révisé les normes qui de par la Constitution ne peuvent faire l'objet d'une révision »¹⁷.

Dans l'ensemble, ce contrôle est assuré par une juridiction spécialisée, la Cour constitutionnelle (Gabon, Congo, Centrafrique, Mali, etc.) ou le Conseil constitutionnel (Burkina Faso, Cameroun, Tchad, Sénégal, Algérie, etc.). Globalement, le juge constitutionnel exerce une fonction consultative¹⁸. Plus concrètement, ce pouvoir consultatif équivaut à un avis conforme. Il en résulte que cette compétence subit en quelque sorte l'attraction de la fonction juridictionnelle au point de s'y asseoir.

Dans d'autres Etats, c'est de façon implicite ou indirecte que le constituant confère au juge constitutionnel ce pouvoir d'avis notamment en cas de soumission par le Président de la République d'un projet de loi au référendum qui peut porter notamment sur la révision constitutionnelle.

¹⁷ Arrêt n°01-128 du 12 décembre 2001, 11^e considérant. Les avis et décisions des juridictions constitutionnelles africaines cités dans cet article sont disponibles sur les sites de l'Association des Cours et Conseils constitutionnels ayant en partage l'usage du Français (www.accpuf.org) et de l'Organisation internationale de la Francophonie (www.francophonie.org).

¹⁸ En France, cf., R. ARSAC, « La fonction consultative du Conseil constitutionnel », *RFDC*, n°68, 2006, pp. 781-820.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

C'est le cas des Constitutions guinéenne du 23 décembre 1990¹⁹ et tchadienne du 14 avril 1996²⁰.

En revanche, c'est sur le fondement des articles 34 et 88 de la Constitution ivoirienne de 1999 relatifs au respect par le Président de la République de la Constitution et à la fonction de régulation du fonctionnement des pouvoirs publics par le Conseil constitutionnel que ce dernier a reconnu que l'exercice de ces fonctions implique pour le Chef de l'Etat le pouvoir de consulter le Conseil sur toute question intéressant la Constitution et susceptible de mieux l'éclairer, et pour le juge constitutionnel le devoir de lui fournir l'avis demandé. Par conséquent, la Haute instance a accepté de rendre un avis sur une loi constitutionnelle²¹.

D'autres Constitutions africaines confèrent à la juridiction constitutionnelle la compétence générale d'assurer le contrôle de constitutionnalité des lois²² avant leur promulgation, sans autres précisions²³. C'est sur cette base que les juges constitutionnels tchadiens²⁴, maliens²⁵ et béninois²⁶, ont assuré le

¹⁹ L'article 45 al. 3 dispose qu'« avant de convoquer les électeurs par décret, le Président de la République recueille l'avis de la Cour suprême sur la conformité du projet ou de la proposition à la Loi fondamentale. En cas de non-conformité, il ne peut être procédé au référendum ».

²⁰ L'article 82 prévoit que « le Président de la République peut, après avis du Conseil constitutionnel, soumettre par référendum tout projet de loi portant organisation des pouvoirs publics... ».

²¹ CC, avis n°003/CC/SG du 17 décembre 2003.

²² C'est qu'a suggéré en France J.-E. SCHOETTL, in « Le Conseil constitutionnel peut-il contrôler une loi constitutionnelle ? », *LPA*, n°70, 8 avril 2003, pp. 17-22.

²³ Constitutions du Togo de 1992 (article 99) ; du Mali de 1992 (article 85) ; du Tchad de 1996 (articles 166 et 170) ; du Bénin de 1990 (article 121 al. 1), etc.

²⁴ Décision n°001/PCC/SGG/001 du 26 février 2001 du Conseil constitutionnel tchadien ; voir aussi, décision n°001/CC/SG/04 du 11 juin 2004. Pour analyse, cf. S. BOLLE, « Le contrôle prétorien de la révision au Mali et au Tchad : un mirage ? », *RBSJA*, n°17, décembre 2006.

²⁵ Arrêt n°01-128 du 12 décembre 2001. Selon le juge, « la loi portant révision de la Constitution... n'étant pas une loi organique fait donc partie des autres catégories de lois prévues à l'article 88 de la Constitution ; qu'en conséquence elle est susceptible de recours en contrôle de constitutionnalité devant la Cour constitutionnelle », 10^e considérant.

²⁶ Décision, DCC n°06-074 du 8 juillet 2006.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

contrôle de constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle, à l'exemple de la Cour constitutionnelle allemande²⁷.

Enfin, d'autres, plus récentes, prévoient explicitement la compétence de la Cour constitutionnelle pour statuer sur les projets de lois constitutionnelles²⁸

Les contrôles ainsi exercés se fondent sur le principe de la limitation procédurale et matérielle du pouvoir constituant dérivé prévu par les différents textes constitutionnels²⁹. En d'autres termes, seules les lois de révision constitutionnelle peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. C'est ainsi que par exemple, dans son avis du 17 décembre 2003, le Conseil constitutionnel ivoirien a exclu la possibilité d'une révision constitutionnelle pendant la crise en indiquant que « la situation que connaît la Côte d'Ivoire depuis le 19 septembre 2002 est une atteinte à l'intégrité du territoire en ce qu'une partie du pays est occupée par une force politico-militaire, indépendante du pouvoir central, qui l'administre de façon autonome avec l'interposition sur la ligne de front de forces étrangères (...); que l'article 127 de la Constitution fait de façon non équivoque, une interdiction en pareille situation, d'engager ou de poursuivre une révision constitutionnelle; qu'il ne peut en conséquence être initié de procédure de révision (...); que le peuple ne peut être consulté sur une

²⁷ CC all., 15 décembre 1970, BverfGE 30, 1. Cf. O. PFERSMANN, « L'Allemagne », in *La révision de la Constitution*, Journées d'études de l'AFDC des 20 mars et 16 décembre 1992, Paris/Marseille, Economica/PUAM, 1993, pp. 53 et s.; L. FAVOREU, *Les Cours constitutionnelles*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 1986, pp. 60-61.

²⁸ Selon l'article 120 § 2 de la Constitution tunisienne de 2014, « la Cour constitutionnelle est seule compétente pour contrôler la constitutionnalité : - des projets de lois constitutionnelles qui lui sont soumis par le Président de l'Assemblée du peuple, selon les modalités de l'article 144, ou afin de contrôler le respect des procédures de révision de la Constitution (...) ».

²⁹ B. GENEVOIS, « Les limites d'ordre juridique à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, 1998, pp. 909-921; C. ISIDORO, « Le pouvoir constituant peut-il tout faire ? », in *Mélanges P. PACTET*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 237 et s.; X. MAGNON, « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence. En hommage au doyen Louis FAVOREU », *RFDC*, n°59, 2004, pp. 595 et s.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

partie seulement du territoire (...) ». De même, la Cour constitutionnelle béninoise, dans sa décision du 8 juillet 2006, a déclaré inconstitutionnelle une loi portant révision de la Constitution dans les termes suivants :

« Considérant que ce mandat de quatre ans, qui est une situation constitutionnellement établie, est le résultat du consensus national dégagé par la Conférence des Forces Vives de la Nation de février 1990 et consacré par la Constitution en son Préambule qui réaffirme l'opposition fondamentale du peuple béninois à (...) la confiscation du pouvoir ; que même si la Constitution a prévu les modalités de sa propre révision, la détermination du peuple béninois à créer un Etat de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale commandent que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution du 11 décembre 1990, notamment le consensus national, principe de valeur constitutionnelle ; qu'en conséquence, les article 1 et 2 de la loi constitutionnelle n°2006-13 adoptée par l'Assemblée nationale le 23 juin 2006, sans respecter le principe à valeur constitutionnelle ainsi rappelé, sont contraires à la Constitution ».

Plus récemment encore, le Conseil constitutionnel du Burkina Faso, dans sa décision n°2012-008/CC du 26 avril 2012, a fait preuve d'une grande audace : d'une part, en l'absence de texte, il s'est déclaré compétent pour contrôler la constitutionnalité matérielle d'une loi portant révision de la Constitution ; d'autre part, il a complété d'autorité les normes opposables au pouvoir de révision ; enfin, il a déclaré contraire à la Constitution – plus précisément à une norme constitutionnelle non écrite - une loi constitutionnelle allongeant la durée de la législature en cours.

Toutefois, l'exemple sud-africain montre que le pouvoir constituant originaire peut être aussi soumis à un contrôle juridictionnel dans une

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

optique de préservation des acquis démocratiques. En effet, la Constitution intérimaire³⁰ négociée et adoptée en 1993 par l'ensemble des forces vives sud-africaines contenait, dans son annexe IV, trente-quatre principes qui constituent en quelque sorte des garde-fous permettant d'éviter tout retour en arrière. Ces barrières suprêmes devaient lier le pouvoir constituant originaire dans son œuvre créatrice en 1996 sous la garantie de la Cour constitutionnelle. Dans une première décision du 6 septembre 1996³¹, la Cour déclare non conformes à ces principes certaines dispositions de la Constitution. L'Assemblée constituante amende alors son texte le 11 octobre 1996 et la Cour rend, après un nouvel examen, une décision de conformité ou plus précisément de certification de la Constitution avec l'ensemble des principes fondateurs le 4 décembre 1996³².

Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles apparaît comme une avancée réelle et dynamique du constitutionnalisme africain. Toutefois, pour garantir le respect des principes et valeurs formels et substantiels précités, et surtout pour éviter tout risque de gouvernement des juges, le principe d'un contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles par la juridiction constitutionnelle devrait être clairement posé et encadré par la Constitution.

2/-Le contrôle politique

Longtemps négligé par la doctrine, le contrôle politique de la Loi constitutionnelle occupe pourtant une place de choix dans des pays en

³⁰ Fr. DREYFUS, « La Constitution intérimaire d'Afrique du Sud », *RFDC*, n°19, 1994, pp. 465-495.

³¹ CCT 23/96, certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (10), BCLR 1253 (CC).

³² CCT 37/96, certification of the Amended text of the Final Constitution, 1997, BCLR (CC). Voir, X. PHILIPPE, « Présentation de la Cour constitutionnelle sud-africaine », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°9, 2000, pp. 41-52, p. 52.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

processus de démocratisation. Au Gabon par exemple, l'idée d'une réforme du Conseil National de la démocratie dont la composition devrait refléter la diversité des sources de légitimité, va dans le sens de lui conférer un rôle fondamental en matière de contrôle de la Loi fondamentale. Ainsi, sa mission pourrait être de scruter, dans les comportements, les discours, les décisions, les inactions des acteurs politiques, tout ce qui pourrait constituer une violation des dispositions constitutionnelles ou un refus de leur application. Le Conseil pourrait recueillir également les plaintes des citoyens ou des organisations de la société civile dans son siège ou sur son site Internet.

Une fois le constat fait, le Conseil devrait dénoncer publiquement la violation ou l'inapplication de la Constitution par les acteurs politiques et les inviter à se conformer aux prescriptions de la Loi fondamentale. Il pourrait également faire toutes les recommandations lui paraissant de nature à résoudre les violations ou inapplications des dispositions de la Loi fondamentale dont elle pourrait être saisie et, le cas échéant, toutes les propositions tendant à améliorer la mise en œuvre de la Constitution.

Le Conseil pourrait être également une instance d'écoute et surtout de débat sur les questions liées à la matière constitutionnelle. Le renforcement de ce rôle pourrait être matérialisé par l'organisation d'une semaine constitutionnelle.

De façon plus concrète, on assiste sur le continent à une mobilisation sans précédent du peuple ou plus précisément de la société civile pour protéger la Constitution. Ce rôle du peuple dérive du droit qui lui est reconnu par la

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

Constitution à la désobéissance³³. L'objet de ce droit constitutionnel est de faire du peuple un véritable contre-pouvoir³⁴. Il s'agit plus précisément « de doter le peuple d'une puissance juridique lui permettant de lutter contre les abus et privilèges des autorités politiques, de s'opposer au despotisme, à la tyrannie »³⁵.

Dans d'autres Etats, la Constitution consacre l'obligation de chaque citoyen de protéger la Constitution³⁶.

En Afrique, ce droit à la désobéissance et cette obligation de protéger la Constitution sont souvent exercés par le peuple pour freiner ou arrêter les dirigeants au pouvoir laissés libres par des contre-pouvoirs institutionnels devenus inefficaces ou corrompus. Il s'agit concrètement de contrôler leurs actions, de les contraindre à respecter la Constitution, à abroger ou suspendre les textes jugés arbitraires ou à abandonner des révisions constitutionnelles régressives. C'est ainsi que la société civile a pris l'habitude de manifester contre une tendance à l'excès de pouvoir ou à l'instrumentalisation des lois constitutionnelles. C'est dans ce cadre que les mouvements citoyens « touche pas à ma Constitution » ont été lancés au Sénégal, au Burkina Faso, au Bénin, au Mali, au Cameroun. C'est

³³ A titre indicatif, on peut citer par exemple les articles 167 de la Constitution burkinabé du 2 juin 1991, 66 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 et 121 de la Constitution malienne du 25 février 1992.

³⁴ A. SOMA, « Le peuple comme contre-pouvoir en Afrique », RDP, n°4, 2014, pp. 1019 et suiv.

³⁵ H. D. THOREAU, *La désobéissance civile*, Castelnau-le-Lez, Climats, 1992, p. 24 ; Gr. HAYES et S. OLLITRAULT, *La désobéissance civile*, Paris, Science Pô Les presses, 2012, p. 54 et s ; G. KOUBI, « Droit et droit de résistance à l'oppression », <http://koubi.fr/spip.php?article17>, 2008

³⁶ L'article 1^{er} § 21 de la Constitution gabonaise dispose à ce sujet que « Chaque citoyen a le devoir de défendre la patrie et l'obligation de protéger et de respecter la Constitution, les lois et les règlements de la République ».

**Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives)
du néo-constitutionnalisme Africain**

également dans cette logique que l'Eglise catholique en République démocratique du Congo est montée au créneau pour tenter d'empêcher le Chef de l'Etat de modifier la Constitution pour briguer un nouveau mandat. Ces différentes actions du peuple mettent en lumière la dynamique du contrôle politique en Afrique.

Toutefois, celle-ci ne doit pas cacher une réalité : la neutralisation et l'instrumentalisation du peuple. D'où l'impérieuse nécessité de constitutionnaliser cette puissance reconnue au peuple.

Au total, si l'on doit reconnaître que, dans de nombreux Etats africains, le constitutionnalisme est en crise, il convient de relever néanmoins qu'il présente également des tendances positives du point de vue de la consolidation de la démocratie, de la pacification des rapports politiques et sociaux et de la légitimité de la Constitution. Ces avancées sont perfectibles en raison de l'évolution lente mais irréversible de la culture démocratique et constitutionnelle des gouvernants et des citoyens. Mais, nous pouvons parier que dans quelques années ou décennies, elles (ces avancées) entreront définitivement dans le patrimoine constitutionnel africain.

**Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives)
du néo-constitutionnalisme Africain**

Débats (3ème séance) 25 11 2014

المناقشة (الجلسة الثالثة)

Questions relatives à la communication du Professeur **Telesphore Ondo**

Un intervenant de la salle

Une question relative à ce qu'il a été appelé le contrôle politique de la juridiction constitutionnelle. Est-ce qu'on peut vraiment parler pour une juridiction d'un contrôle politique ? Une juridiction, son rôle est le contrôle juridictionnel. Si elle s'immisce dans le domaine politique, nous risquons d'avoir le gouvernement des juges. Et vous évoquez pour parler du contrôle politique du contrôle de la révision de la Constitution. Or si on prend ce contrôle de la révision, c'est-à-dire des initiatives de révision de la Constitution, si je prends l'exemple tunisien dans la Constitution actuelle, il y a cette possibilité du contrôle pour les dispositions où il est interdit de procéder à des révisions de la Constitution. Donc le Conseil constitutionnel ici veille à ce qu'il n'y ait pas de modification dans des domaines où il y a intangibilité de la règle constitutionnelle.

Mais bien évidemment, ce type de contrôle peut donner au juge l'occasion de s'immiscer dans le fond. A partir de ce contrôle formel en apparence, il peut s'immiscer dans le fond et il y a un certain nombre de juridictions à l'échelle internationale qui se sont arrogées ce droit où les Constitutions leur ont conféré ce droit de contrôler la constitutionnalité des révisions constitutionnelles. Alors ma question sur ce point précis, indépendamment de ce que vous avez appelé le contrôle politique, est ce que dans l'état actuel de l'évolution constitutionnelle en Afrique, est ce qu'il est opportun de confier ce type de contrôle aux juridictions constitutionnelles ? Pourquoi ? Parce que la juridiction constitutionnelle doit affirmer sa légitimité, et en

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

affirmant sa légitimité à travers ce qu'elle va réaliser au niveau de la protection des droits et libertés, au niveau de son contrôle qui doit assurer l'équilibre des pouvoirs, elle va avoir une légitimité, et c'est cette légitimité qui peut lui permettre de renforcer ses prérogatives. Si on adopte les techniques constitutionnelles les plus avancées, nous risquons peut-être de nous heurter à des obstacles et à la non effectivité des règles constitutionnelles. Je suis d'accord pour donner aux cours constitutionnelles cette compétence, mais il faudrait peut-être le faire par étapes et à la lumière de ce que ces cours vont réaliser au niveau de leur fonction essentielle qui est le respect de la constitutionnalité.

Intervention from the floor

The third speaker spoke about the reflections and was very positive about the developments. However, with all respect I have in my mind, article 169 of the Algerian Constitution, which says that "the Constitutional Council considers that a legislative or regulatory provision is not constitutional, this latter loses its effect from the date the decision is taken by the Council". So, the Constitutional Council overwhelms everything. Because if we see the preceding articles, it has many functions: it reviews the treaties, it also reviews the results of the referendum. If somebody outside Algeria would look at it, it appears to be a despotism of the Constitutional Council. Is it a correct understanding or is it not a correct understanding? It is a just position and the alternate of this is in Iran where there is a supreme leader, who oversees, rejects or accepts whether they are treaties, whether they are laws, whether results of referendum. If somebody could refer us to any cases of the Constitutional Council who have undone a law which was passed by a legislature and which was accepted by the people. I thank you for your patience, and my respects to everybody here. Thank you Sir.

**Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives)
du néo-constitutionnalisme Africain**

Mohamed Tahir, of the Sudanese Constitutional Court delegation

Honorable speakers have demonstrated and shed light on the potential improvement and development of the constitutional standards, protection of human rights and its basic values. From my practice, there is a question that calls me all the time. Is it possible to set constitutional standards that do not match with the life realities of the society? Including the Government, I have three examples in my mind. The first one is the impact of freedom of speech on other constitutional rights with cases where there is war or turmoil, and its impact on national security aspects. This problem always comes to our attention in a country where there are plenty of rivals here and there. This is one problematic issue that we are facing. The second one is the right of representation in severe criminal cases. It is a basic constitutional right that is acknowledged by most of the international standards. But is it always possible that government will be able to provide that privilege to accused persons, considering the vast areas and the availability of trends, lawyers and destinies and transportations of all those hassles? That is one point. Also, the question of special tabular, special courts. Special court is not something totally new, it is recognized by international law and it is also there in local legislations and constitutions.

To what extent special courts can erode defectiveness or to what extent they reconcile with the principle of natural judges. Natural judges, as you know, all of you, they deal that judiciary matters should be assigned to a single central judicial institution that would take care of having side courts that, in a way or another, may be dominated by the executive, or having a negative impact on the unitary of the judicial system. Thank you.

**Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives)
du néo-constitutionnalisme Africain**

Réponses du Docteur Telesphore ONDO

Je crois que plusieurs questions qui m'ont été adressées, notamment sur le juge constitutionnel, sur le contrôle du juge sur les lois constitutionnelles. Mes deux prédécesseurs ont répondu brièvement à ces questions, donc je ne vais pas y revenir. Je vais peut-être dire quelques mots à la demande de notre ami de la République Centre Africaine sur le cas sud-africain, juste pour dire que la Constitution intérimaire avait créé une Cour constitutionnelle et lui a attribué en même temps la compétence de certifier la Constitution définitive lorsqu'elle arriverait à être adoptée. Mais la certification devait avoir pour base les 34 principes qui étaient prévus à l'annexe 4 de cette Constitution. Et c'est ainsi que lorsque la Constitution définitive de 1996 avait été élaborée, elle avait été naturellement soumise à la Cour constitutionnelle pour qu'elle vérifie si les dispositions de cette Constitution respectaient les 34 principes. Il y avait le principe sur la séparation des pouvoirs, sur les droits fondamentaux, sur le régionalisme, etc... Donc il y avait tous ces éléments-là qui étaient contenus dans ces 34 principes.

Dans son premier examen, la Cour avait constaté que certaines dispositions ne respectaient pas les principes en question et avait donc invalidé la Constitution. Le texte avait été renvoyé pour amendement à l'Assemblée constituante, ensuite le texte est revenu à la Cour constitutionnelle qui a rendu une décision définitive de certification et donc de conformité de la Constitution aux 34 principes qui étaient prévus. Donc je voulais redonner ces précisions.

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

Je ne sais pas si au niveau de la Charte de transition en République Centre Africaine, je ne pense pas, si la Cour constitutionnelle a reçu de telles compétences pour permettre à la Cour de jouer pleinement son rôle, donc je ne sais pas.

Alors un dernier point sur le problème de la conciliation entre le droit constitutionnel africain et la mondialisation du droit constitutionnel ou l'universalisme. Alors sur ce point, j'ai quand même quelques réserves pour savoir si le droit constitutionnel en Afrique a adopté des règles spécifiques à l'Afrique. Il y a les évolutions qui ont été faites, je l'ai signalé. Ce que j'ai appelé par exemple les traces des diverses sources de légitimité du pouvoir, ces traces existent notamment sur la question de la diversité linguistique, sur la question de la religion, de la place de la religion, sur la question des règles coutumières et d'une façon globale sur le problème du pluralisme normatif en Afrique. Je crois qu'il y a eu aussi un colloque sur cette question-là, notamment sur les tabous du constitutionnalisme en Afrique puisqu'il y a des questions importantes malheureusement qui n'ont pas été suffisamment abordées ou qui sont évacuées aujourd'hui par le constitutionnalisme africain. Et sur ce point, nous sommes certainement très en retard par rapport à ce que nous observons en Amérique latine. L'Amérique latine a développé un constitutionnalisme pluraliste, un constitutionnalisme multinational dans un certain nombre de cas. Ce qui montre bien qu'il y a dans cette globalisation, mondialisation du droit constitutionnel des spécificités qui sont liées à un certain nombre de régions.

Et pour avoir travaillé sur quelques aspects du constitutionnalisme sud-américain, on constate qu'effectivement il y a des mécanismes qu'ils ont développés par rapport à leurs régions. Et je crois qu'en ce qui concerne

Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives) du néo-constitutionnalisme Africain

l'Afrique nous avons encore des efforts à faire dans ce domaine-là. C'est-à-dire l'ingénierie institutionnelle ou constitutionnelle africaine devrait aller un peu plus loin pour développer des mécanismes, des principes, des structures, des institutions qui soient spécifiques ou qui sont spécifiques aux particularités de notre continent. Sur ce point il y a délimitation et là aussi le juge constitutionnel est appelé à jouer un rôle fondamental. Au passage, je voudrais saluer une décision rendue par la Cour constitutionnelle du Gabon sur une question relative au contentieux électoral. Deux candidats avaient dans la proclamation des résultats le même nombre de voix et il fallait trancher. Le juge constitutionnel a été appelé donc à trancher. Et le juge en s'appuyant sur les réalités gabonaises, je veux dire les réalités africaines, a indiqué que c'est le droit d'ainesse qui doit primer et cela été particulièrement originale pour la Cour constitutionnelle. Et je pense que c'est ce travail que les juges aussi doivent faire pour créer des normes spécifiques.

Et je crois que les Professeurs qui m'ont précédé ont largement parlé du contexte et de l'histoire. Et sur ce point j'aimerais dire un petit mot, permettez-moi de citer Jean Jacques Rousseau dans une réponse adressée aux émissaires corses et polonais qui lui posaient la question : la souveraineté populaire, le suffrage universel, pourquoi faire ? Jean Jacques Rousseau a répondu dans une brochure : avant de mettre en place le moindre système, la moindre institution, il faut tenir compte de l'histoire, de la culture, des religions, du développement économique puisqu'aucune règle n'a d'application universelle. Et je crois que sur ce point nous avons à faire des efforts, c'est-à-dire autant nous la doctrine, c'est-à-dire les constitutionnalistes, autant les ingénieurs constitutionnels comme certains les appellent, c'est-à-dire les constituants, autant les juges constitutionnels

**Troisième séance: Réflexions sur les tendances (positives)
du néo-constitutionnalisme Africain**

pour développer un droit constitutionnel spécifique, un droit constitutionnel qui correspond également aux réalités africaines.

Nous avons insisté par exemple sur le principe du consensus qui ne signifie pas l'unanimité, mais qui veut dire qu'on est d'accord, c'est-à-dire l'ensemble des forces vives de la nation est d'accord sur un certain nombre de principes qui doivent régir le fonctionnement de nos Etats. Et sur ce point je crois que nous avons des efforts à faire.

Les travaux de la conférence africaine d'Alger

sur le Thème

**" Les avancées en matière
de droit constitutionnel en Afrique "**

Quatrième séance

- **Interventions des Présidents des espaces
de justice constitutionnelle**
- **Rapport Général**

**Quatrième séance: Interventions des Présidents des espaces de Justice
Constitutionnelle participants à la Conférence**

**Seminario em Comemoracao aos 25 anos do Conselho Constitucional
argelino**

A Evolução do Direito Constitucional na Africa

Argel, 24 a 26 de novembro de 2014

**Pronunciamento de Sua Excelência o senhor Ministro do Supremo
Tribunal Federal, Teori Zavascki.**

Excelentissimo Senhor Mourad Medelci, Presidente do Conselho Constitucional argelino, na pessoa de quem cumprimento os demais integrantes da Mesa desta sessão,

Excelentísimos senhores Presidentes de agrupamentos regionais e linguísticos de Cortes Constitucionais;

Excelentísimos senhores Magistrados,

Senhoras e Senhores,

E com grande satisfação que faço o uso da palavra nesta oportunidade para apresentar, em breves linhas, a Conferência das Jurisdições Constitucionais da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa e a Conferência Ibero-americana de Justiça Constitucional.

Antes de iniciar minha apresentação, no entanto, permitam-me externar meus sinceros agradecimentos pelo convite e pela

escolhido como responsável Pela organização da Assembleia a quem cabera igualmente a presidência, que é rotativa e bienal. Durante o biênio em curso (2014-2016), o Brasil, por meio do Supremo Tribunal Federal, está exercendo a presidência da CJCPLP.

**Quatrième séance: Interventions des Présidents des espaces de Justice
Constitutionnelle participants à la Conférence**

Para além do diálogo institucional, a CJCPLP representa um espaço de congregação de países irmãos, unidos por laços culturais e por um passado em comum que buscam difundir, fomentar e fortalecer os valores compartilhados em suas Constituições. Esses valores, garantidos pelas Cortes Constitucionais nacionais e consagrados na prática judiciária diária, refletem, em verdade, anseios de caráter universal, a exemplo das garantias aos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana, do direito à inclusão social e do direito ao desenvolvimento sustentável. Desse modo, a CJCPLP configura um mecanismo de troca de ideias, de difusão de conhecimento e de boas práticas e, principalmente, de cooperação institucional na busca pelo aperfeiçoamento das instituições judiciais dos países que adotam a língua portuguesa.

A 3ª Assembleia Geral da CJCPLP, realizada em Benguela, Angola, no último mês de junho, teve como tema o papel da justiça constitucional na proteção dos direitos fundamentais. Ali reunidos, os membros puderam debater e comparar seus sistemas constitucionais de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana sobre diversos aspectos, inclusive quanto ao uso, pelos tribunais constitucionais, de jurisprudência comparada para enriquecer a fundamentação das suas decisões no campo dos direitos fundamentais.

Para além do espaço geográfico dos Países que a integram, a CJCPLP mantém relações substantivas com outros órgãos de objetivos semelhantes

no âmbito internacional, Como é o caso da Comissão Europeia para a Democracia através do Direito, mais conhecida Como a Comissão de Veneza, órgão consultivo do Conselho da Europa sobre questões constitucionais. Desde o início de suas atividades, a CJCPLP e a Comissão de Veneza têm trabalho em estreita cooperação, que foi formalizada com a assinatura do Acordo de Cooperação de Maputo, em maio de 2012. Essa cooperação possibilita, por

**Quatrième séance: Interventions des Présidents des espaces de Justice
Constitutionnelle participants à la Conférence**

exemplo, a difusão da jurisprudência constitucional dos países da CJCPLP, por meio da publicação do Boletim de Jurisprudência Constitucional, que oferece aos leitores resumos das decisões mais importantes das Cortes participantes da Comissão de Veneza e, em especial, por meio da CODICES, importante base de dados que contém milhares de decisões resumidas, textos completos das Constituições e informações sobre o funcionamento de inúmeras Cortes com competência constitucional ao redor do mundo.

A CJCPLP é também um dos agrupamentos fundadores da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional, cujo propósito é promover a justiça constitucional como fator-chave para a garantia dos direitos humanos e das instituições democráticas. o Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Ministro Ricardo Lewandowski, participou da 3ª edição da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional, realizada em Seul, República da Coreia, setembro de 2014, tendo efetuado pronunciamento, também na condição de Presidente da CJCPLP, acerca do papel da Justiça Constitucional na integração social.

Outro relevante agrupamento linguístico-regional de que participa o Supremo Tribunal Federal do Brasil é a Conferência Ibero-americana de Justiça Constitucional, integrada pelos Tribunais, Cortes e Salas com competência em matéria constitucional nos países de língua espanhola e

ante da globalização ser o fenômeno inquestionável que hoje é, permanecem verdadeiras: "Injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à Justiça em todos os lugares. Estamos presos em uma inescapável rede de reciprocidade, amarrada às vestimentas do destino. O que quer que afete a alguém diretamente, afeta a todos nos indiretamente."

**Quatrième séance: Interventions des Présidents des espaces de Justice
Constitutionnelle participants à la Conférence**

Na condição de guardioes da constituição de nossas Republicas e, em ultima analise, de garantidores da propria Justiça em nossos territorios nacionais, nos, Cortes e Orgaos constitucionais, desempenhamos um papel fundamental para a garantia dos direitos humanos e das instituicoes democraticas, conquistas essenciais dos nossos povos, obtidas com grande esforço, ao longo de sucessivas gerações.

Nesse contexto, a cooperação regional e multilateral entre Cortes e Orgaos constitucionais insere-se como um indispensavel mecanismo de dialogo e de auxilio mutuo entre nossas sociedades. Afinal, ao compartilharmos visoes acadêmicas, experiências praticas e decisoes judiciais em matéria constitucional, conferimos à nossa atividade jurisdicional a amplitude e a capacidade de difusao condizentes com os desafios da nova sociedade global e contribuimos, assim, para que a justiça possa efetivamente prevalecer em todos os lugares.

Muito obrigado.

**SÉMINAIRE EN COMMÉMORATION DU 25^{ème} ANNIVERSAIRE
DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL ALGÉRIEN**

L'évolution du droit constitutionnel en Afrique

Alger, les 24 et 26 novembre 2014

**Allocution de son Excellence le Ministre du tribunal
Suprême fédératif, Teori Zavascki**

(traduction effectuée par les services du Conseil constitutionnel)

Excellence, M. Mourad Medelci, Président du Conseil Constitutionnel Algérien, en la personne par laquelle je tiens à féliciter les autres membres participants à cette réunion.

Excellences, Ms les Présidents des groupes régionaux et linguistiques de cours constitutionnelles.

Excellences, Ms les magistrats,

Mesdames et messieurs,

C'est avec un grand plaisir que je profite de cette occasion pour prendre la parole et de vous présenter, succinctement, les conférences des juridictions constitutionnelles de la communauté des pays d'expression portugaise et la conférence Ibéro-Américaine de justice constitutionnelle.

Avant d'entamer ma présentation, permettez-moi de prime abord, d'adresser mes sincères remerciements pour l'invitation et d'être choisi comme responsable de l'organisation de la prochaine assemblée avec présidence tournante et biennale. Durant l'exercice biennal actuel (2014-2016) la présidence de la CJCPLP est assurée par le Brésil, par le biais du tribunal suprême fédéral.

Quatrième séance: Interventions des Présidents des espaces de Justice Constitutionnelle participants à la Conférence

Outre le dialogue institutionnel, la CJCPLP représente un espace de congrégation de pays frères, unis par des liens culturels et un passé commun, qui cherchent à diffuser, promouvoir et renforcer les valeurs partagées au sein de leurs constitutions. Ces valeurs garanties par les Cours constitutionnelles nationales et consacrées dans la pratique judiciaire quotidienne, reflètent, en vérité, les désirs universels, tels que les garanties aux droits et libertés fondamentaux de la personne humaine, le droit à l'intégration sociale et au développement durable. Ce faisant, la CJCPLP confirme un mécanisme d'échange d'idées, de diffusion de connaissances et de bonnes pratiques et principalement, de coopération institutionnelle par le perfectionnement des institutions judiciaires de pays qui adoptent la langue portugaise.

La 3ème assemblée générale de la CJPLP a lieu à Benguela, Angola, au mois de juin dernier, son thème était le vote de la justice constitutionnelle dans la protection des droits fondamentaux.

Ses membres réunis, ont pu débattre et comparer les systèmes constitutionnels de protection des droits fondamentaux de la personne humaine sur divers aspects, y compris, l'emploi, par les cours constitutionnelles, de jurisprudence comparée afin d'enrichir les motifs de leurs décisions dans les domaines des droits fondamentaux.

Au-delà de l'espace géographique des pays qui la composent, la CJCPLP maintient des relations de fond avec d'autres organismes aux objectifs similaires. L'accueil chaleureux que j'ai reçu à Alger de la part du conseil constitutionnel et de son excellence M. le président ; la participation à cette rencontre de très haut niveau vont être, pour moi, une expérience très enrichie tout au long de ces deux jours, de présentations et de débats,

**Quatrième séance: Interventions des Présidents des espaces de Justice
Constitutionnelle participants à la Conférence**

lesquels m'ont permis de connaître de façon profonde, les thèmes constitutionnels du continent africain. Je retourne au Brésil avec une vision complète et détaillée ayant trait à l'évolution du droit constitutionnel en Afrique. Au nom de la Cour suprême fédérale du Brésil, j'adresse mes félicitations au pouvoir judiciaire de la République algérienne, surtout, au conseil constitutionnel algérien pour la commémoration du 25^{ème} anniversaire de sa création.

La conférence des juridictions constitutionnelles des pays d'expression portugaise (CJCPLP) est le groupement de Cours et d'organes avec compétence en matière constitutionnelle des pays qui la composent.

Les Cours constitutionnelles de l'Angola et du Portugal, le tribunal suprême fédératif du Brésil, les tribunaux suprêmes de justice du Cap Vert, de Guinée-Bissau et de São Tomé e Príncipe, le conseil constitutionnel du Mozambique, et le tribunal de recours de Timor-Este en font parties. Sa déclaration constitutive a été signée le 21 novembre 2008 à Brasilia, ses statuts ont été approuvés lors de la 1^{ère} assemblée de la conférence, réunie à Lisbonne au mois de mai de l'année 2010. Selon ses statuts, la CJCPLP est une organisation de coopération judiciaire, jurisprudentielle et scientifique dont l'objectif est de promouvoir les droits humains, défendre la démocratie, l'indépendance judiciaire et qui vise l'approfondissement d'une culture constitutionnelle commune aux pays membres. Son siège se trouve dans le pays où l'organe constitutionnel est d'envergure internationale, comme c'est le cas de la commission européenne pour la démocratie à travers le droit, appelée communément, la commission de Venise, organe consultatif du conseil européen sur les questions constitutionnelles.

Quatrième séance: Interventions des Présidents des espaces de Justice Constitutionnelle participants à la Conférence

Dès l'entame de ses activités, la CJCPLP et la commission de Venise ont travaillé avec une étroite coopération, qui a été matérialisée par la signature de l'accord de coopération de Maputo, en mai 2012.

Cette coopération a permis, par exemple, la diffusion de la jurisprudence constitutionnelle des pays de la CJCPLP, par le biais de la publication du bulletin de jurisprudence constitutionnelle, qui offre aux lecteurs des résumés de décisions importantes des cours participantes de la commission de Venise et, particulièrement, à travers CODICES, importante base de données qui contient des centaines de décisions succinctes, textes complets des constitutions et informations sur le fonctionnement d'innombrables Cours avec compétence constitutionnelle autour du monde.

La CJCPLP est aussi, un des groupements fondamentaux de la conférence mondiale sur la justice constitutionnelle, dont l'objet est de promouvoir la justice constitutionnelle comme élément-clé en vue de la garantie des droits humains et des institutions démocratiques.

Son excellence M. le président du tribunal suprême fédératif du Brésil

Le ministre Ricardo Lewandowski, participe à la 3ème édition de la conférence mondiale sur la justice constitutionnelle, qui a lieu à Séoul, en République de Corée, en septembre 2014, en prononçant une allocution en sa qualité de président de la CJCPLP autour du rôle de la justice constitutionnelle dans l'intégration sociale.

Le tribunal suprême fédéral du Brésil participe dans un autre important groupement régional, en l'occurrence, la conférence Ibéro-américaine de justice constitutionnelle intégrée par les tribunaux, Cours et autres, avec compétence en matière constitutionnelle dans les pays de langue espagnole

Quatrième séance: Interventions des Présidents des espaces de Justice Constitutionnelle participants à la Conférence

et portugaise de l'Amérique et de l'Europe, institutionnalisé à Séville Espagne, au mois d'octobre de l'année 2005, la conférence Ibéro-américaine est, actuellement, présidée par le tribunal constitutionnel du Pérou.

Ainsi, comme la CJPLP, l'objectif principal de la conférence Ibéro-américaine de justice constitutionnelle est de servir comme source d'échange d'expériences et de fonction, pour renforcer les systèmes constitutionnels par la réaffirmation de postulats partagés et donnent une meilleur réponse aux exigences croissantes des citoyens de différents pays dans le domaine de la justice constitutionnelle.

Lors de sa 10ème édition, qui a eu lieu au mois de mars de l'année 2014, à Saint Domingue, République Dominicaine, la conférence Ibéro-américaine a enregistré la présence, en qualité d'observateurs, des représentants de la conférence mondiale, de la justice constitutionnelle, la commission de Venise, la cour interaméricaine des droits de l'homme et du conseil constitutionnel du Royaume du Maroc. En outre, lors de cette réunion, ont été initiées les tractations pour la signature d'un accord de coopération entre la conférence et l'Union des cours et conseils constitutionnels arabes (UCCCA) ce qui demande un grand potentiel d'agrégation exercée par ce groupement.

Mesdames et Messieurs,

Nous vivons, aujourd'hui, dans la globalisation. En dépassant les frontières d'États-Nations, nos sociétés partagent des souhaits et soucis dans un espace globalisé.

Nos enfants ont les mêmes rêves, nos familles, les mêmes désirs, nos constitutions, les mêmes responsabilités. Les paroles de Martin Luther King

**Quatrième séance: Interventions des Présidents des espaces de Justice
Constitutionnelle participants à la Conférence**

Jr, prononcées bien avant sur la globalisation comme phénomène indiscutable et qui, aujourd'hui, sont et demeurent vraies : l'injustice pratiquée dans un lieu est une menace dans tous les lieux. Nous sommes prisonniers d'un réseau de réciprocité qu'on ne peut éviter.

En notre qualité de gardiens des constitutions de nos pays respectifs et garants de la justice dans nos territoires nationaux, nous Cours et organes constitutionnels, jouons un rôle fondamental pour la garantie des droits de l'homme et les institutions démocratiques, conquêtes essentielles de nos peuples, acquises chèrement, tout au long des générations successives.

Dans ce contexte, la coopération régionale et multilatérale entre Cours et organes constitutionnels s'unissent comme un mécanisme indispensable de dialogue et d'aide mutuelle entre nos sociétés. Enfin, nous partageons des visions académiques, conférons à notre activité juridictionnelle l'ampleur et la capacité de diffusion avec les défis de la nouvelle société globale et contribuons pour que la justice puisse prévaloir dans le monde.

Merci beaucoup

**Quatrième séance: Interventions des Présidents des espaces de Justice
Constitutionnelle participants à la Conférence**

**Allocution de M. Gaguik Haroutunian,
Président de la Cour constitutionnelle d'Arménie**

Merci Président Medelci pour l'invitation et la possibilité d'intervenir.

Je salue vous tous et toutes mes félicitations à l'occasion du 25-ème anniversaire.

Je souhaite à vous tous beaucoup de bonheur

(Cette partie de l'allocution à été prononcée en langue arabe, le reste en français)

Monsieur le Président du Conseil constitutionnel, Cher ami,

Chers membres du Conseil constitutionnel,

Mesdames, Messieurs les participants,

Permettez-moi au nom de la Conférence Internationale des Cours Constitutionnelles des Pays de la Jeune Démocratie, ainsi qu'au nom de la Cour constitutionnelle de la République d'Arménie de féliciter chaleureusement le Conseil constitutionnel de la République algérienne démocratique et populaire et tous ses collaborateurs à l'occasion de son 25 anniversaire.

Les développements constitutionnels dans les systèmes sociaux en pleine mutation ont leur propre logique et certaines difficultés communes, qui nécessitent de grands efforts permanents pour les surmonter. La justice constitutionnelle en soi est un moyen et une garantie importante pour l'instauration de la démocratie et de l'avènement de l'Etat de droit. Cependant, à son tour, au moins, le milieu minimal de la démocratie constitutionnelle est nécessaire pour l'administration de la justice constitutionnelle.

J'ai écouté avec attention les discussions d'hier et d'aujourd'hui auxquelles ont pris part nos honorables professeurs de droit. Les sujets traités sont

**Quatrième séance: Interventions des Présidents des espaces de Justice
Constitutionnelle participants à la Conférence**

d'actualité. Nous, les juges praticiens, nous les traitons aussi assez souvent. Juste à cette occasion, je veux offrir à la bibliothèque du Conseil constitutionnel d'Algérie ce recueil des articles consacrés aux problèmes de la justice constitutionnelle au nouveau millénaire. Dans le cadre de la Conférence des pays de la jeune démocratie nous mettons en relief notamment les problèmes des garanties de la constitutionnalité transformative, de l'établissement de la stabilité constitutionnelle, de la primauté de droit, des limites de l'autonomie conceptuelle des pouvoirs.

Nous tous et chacun d'entre nous a une mission historique - surmonter les difficultés des transformations sociales et transmettre aux développements constitutionnels un caractère irréversible et assurée, de devenir le garant de l'enracinement du principe de la primauté de droit, de rendre en une réalité vivante les valeurs constitutionnelles pour le pays et pour tout citoyen.

Ces dernières années, j'ai eu souvent l'occasion de communiquer avec mes collègues des pays du continent africain. Je suis reconnaissant à la Commission de Venise pour nous offrir cette occasion. C'est la deuxième fois, que je visite votre pays hospitalier et chaleureux et deviens témoin de vives discussions organisées au Conseil constitutionnel. Je suis fier et heureux de voir le progrès sans précédent dans le domaine de la justice constitutionnelle et le rôle croissant des pays africains, et en particulier, le rôle important du Conseil constitutionnel algérien dans notre famille mondiale de la justice constitutionnelle.

Chers collègues,

Dans le cadre de notre conférence jubilatoire je voudrais aussi souligner que les évolutions mondiales et régionales actuelles créent de nouveaux défis et de nouveaux problèmes sous l'aspect de la primauté de la constitution et

**Quatrième séance: Interventions des Présidents des espaces de Justice
Constitutionnelle participants à la Conférence**

de la garantie de l'effet directe de la Constitution. La constitution peut devenir une valeur vivante et être viable dans un pays où les valeurs fondamentales constitutionnelles sont devenues le fondement du comportement social de l'individu et de comportement politique et social des autorités. Là où la primauté du droit est garantie là où le respect et la protection de la dignité de l'individu sont à la base du système judiciaire. Notre problème suprême est leur mise en œuvre. Leur importance est soulignée dans le message de Son Excellence Président de la République algérienne adressé aux participants de notre conférence. Tout le reste et les solutions juridiques et judiciaires procédurales sont pour contribuer à résolution de ce problème suprême.

Je suis sûr que nos estimés collègues algériens avec leur expérience de 25 ans auront également leur rôle exemplaire et efficace, dans la résolution de ces questions.

Je vous souhaite un travail fructueux dans l'intérêt de la consolidation de la légalité constitutionnelle dans votre beau pays et à la gloire du peuple d'Algérie ami.

(En Arabe) Merci

Quatrième séance: Interventions des Présidents des espaces de Justice
Constitutionnelle participants à la Conférence

مداخلة الدكتور حنفي الجبالي

الأمين العام لإتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية

أهم عوامل تطور القانون الدستوري بوجه عام، والتطبيق على الدستور المصري

ضغط الرأي العام: حالة الدستور المصري الصادر عام 1971، وكان يخلو من نص صريح على التعددية الحزبية، وتحت الضغط الرأي العام من أجل إحداث التطور الديمقراطي، قرر الرئيس السادات وقتها دون الإستناد إلى أي نص يطرح فكرة إنشاء منابر نصابية تمثل في الثلاثة إتجاهات حزبية الرئيسية في أي دولة: منبر اليمين ومنبر الوسط ومنبر اليسار، على ضوء ذلك نشأت هذه المنابر، و كانت في الحقيقة تشكل أحزابا حقيقية بمعنى الكلمة و لكن دون الإستناد إلى تنظيم قانوني مكتوب، و على إثر ذلك أسفر تواصل ضغط الرأي العام في مصر عند إحداث تعديل دستوري على دستور 1971، تم الإعتراف فيه بالتعددية الحزبية و إلغاء نظام الحزب الواحد (الإتحاد الإشتراكي المصري) و هو ما يبين ما تمكن بشكل كامل ضغط الرأي العام عنصرا مهما في تطور القانون الدستوري.

القضاء الدستوري:

فقد أدى تطور قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية إلى إحداث عدة تعديلات على النصوص الدستورية أهمها:

أ-تحديد واضح لأصحاب الديانات الثلاث: الإسلام، والمسيحية، واليهودية في أن تحكم شرائعهم الدينية مسائل الأحوال الشخصية وهو ما يعتبر إضافة عملية لمبدأ حرية العقيدة.

ب-تفصيل في مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وذلك في جميع مجالات الحقوق السياسية والمدنية، ونوع الوظائف العامة، وتولي الوظائف القضائية دون أدنى تمييز، وحق أبناء الزوجة المصرية في الجنسية.

ج-الإعتراف بحقوق أصحاب الإعاقة، والأقزام في المساواة بينهم وبين الأصحاء في جميع الحقوق وخاصة الحق في العمل.

د-إقرار مبدأ الإشراف القضائي على الانتخابات، سواء إنتخابات رئاسة الجمهورية أو البرلمان أو الانتخابات المحلية.

Quatrième séance: Rapport Général

Rapport de synthèse

Ce rapport a été préparé sur la base d'un travail rédigé et lu par le professeur Jean-Christophe NZE-BITEGHE de l'Université Omar BANGO, Libreville, Gabon, à la dernière séance de la Conférence africaine d'Alger. Le rapport prend aussi en ligne de compte les remarques et propositions des participants à la Conférence.

Mesdames et Messieurs, le Conseil constitutionnel algérien à 25 ans, il lui fallait faire une pause et profiter de son anniversaire pour inviter les uns et les autres à réfléchir sur un thème. Le choix a été porté sur les avancées en matière de droit constitutionnel en Afrique.

Le nombre des participants, la qualité des exposés, des échanges et des interventions montrent à l'évidence, que l'entreprise valait la peine d'être tentée.

Le thème central, fait-il encore le rappeler, est « les avancées en matière de droit constitutionnel en Afrique ». La question ici est, comment mesurer, comment quantifier ces avancées ?

- S'est-il ajouté dans nombre de Constitutions africaines un certain nombre de droits nouveaux ?
- Les droits consacrés par les Constitutions africaines sont-ils plus exercés aujourd'hui qu'hier ?
- Les droits consacrés par les Constitutions sont-ils encore plus protégés par le juge de la constitutionnalité des lois ?

Telles sont, en réalité les trois principales questions auxquelles nous nous sommes efforcés de répondre pendant ces deux jours. Je ferai quelques rapides observations sur ces trois points.

Quatrième séance: Rapport Général

I°/ Les avancées par la consécration constitutionnelle de nouveaux droits.

Une fois devenus indépendants tous les pays africains se sont dotés de Constitutions ou si l'on préfère de lois fondamentales. Toutes ces lois naturellement contenaient de nombreux principes et normes.

Depuis quelques temps et à la faveur du retour à l'ordre démocratique constitutionnel, de nouveaux droits font leur rentrée dans les textes constitutionnels africains permettant le renforcement des valeurs démocratiques et la promotion des droits fondamentaux.

Ces droits sont essentiellement de deux ordres ; il y a d'une part les droits fondamentaux de la personne humaine et, d'autre part, les droits fondamentaux institutionnels. Chacun des rapporteurs à cette rencontre en a fait état ; bien sur l'accent était surtout porté sur les droits institutionnels.

Le Professeur Ridha BENHAMMED de l'Université de Tunis nous énuméré les droits nouveaux reçus du constituant suite à l'adoption de la Constitution tunisienne de 2014. Il a cité entre autres, les libertés d'opinion, de pensée, d'expression, la liberté de croyance et du culte, la liberté de choisir son lieu de résidence, de circuler librement à l'intérieur du pays ainsi que de le quitter, la liberté de constituer des partis politiques, des syndicats et des associations, du droit à l'égalité, du droit à la protection de la vie privée et l'inviolabilité du domicile et le procès équitable, du droit syndical.

Ces droits sont généralement présents dans toutes les Constitutions africaines, il s'agit là d'un juste retour.

Quatrième séance: Rapport Général

Par contre, ceux ajoutés par le constituant tunisien sont, la liberté de rassemblement et de manifestation pacifique, le droit d'accès à l'information et aux réseaux de communication, les libertés académiques et la liberté de la recherche scientifique, le droit à la vie, le droit au travail, le droit à la santé à la culture, au sport....

Le Professeur BOUSOLTANE dans son triptyque récurrent « égalité, liberté d'opinion et multipartisme » est revenu sur certains de ces droits notamment sur l'égalité des genres. Il a souligné que la révision constitutionnelle de 2008 a donné un contenu encore plus concret à l'égalité des genres, en ajoutant l'article 31bis afin d'augmenter les chances d'accès de la femme à la représentation effective dans les assemblées élues. Cette disposition opérationnelle est une avancée remarquable en matière de droits politiques de la femme dont les effets sont immédiats sur les autres domaines de la vie, notamment sociale.

D'autres intervenants ont insisté sur la constitutionnalisation d'un certain nombre de droits institutionnels tel le droit de vote ou encore sur le principe de la séparation des pouvoirs, sans passer sous silence celui du contrôle de la constitutionnalité des lois.

Mais tous ces droits intégrés dans ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui le « Bloc de constitutionnalité » ont permis une certaine avancée en matière constitutionnelle en Afrique. Mais peut-on se satisfaire de ces simples consécutions. En réalité les constitutions africaines ont recours à des solutions différentes de mise en œuvre des principes fondamentaux. En effet, la forme de gouvernance ainsi que la manière de concrétiser la participation populaire dans la gestion des affaires publiques sont dictées par les spécificités africaines, l'héritage historique et les aspirations des nations.

Quatrième séance: Rapport Général

Voilà qui nous amène à voir les avancées par l'effectivité de l'exercice de ces droits fondamentaux.

II°/ Les avancées par l'effectivité de l'exercice

Les solutions apportées par les pays africains allient l'effectivité à la stabilité politique qui a besoin d'être consolidée, car elle constitue une condition essentielle à la construction des institutions de l'Etat de droit. En même temps il ne faut pas perdre de vue le souci qu'a l'Afrique pour parer à la récurrence des événements qui ont secoué certains pays et qui justifie les dispositions constitutionnelles qui ont pour but la sauvegarde de la stabilité et l'unité de la nation.

On pourra ajouter sur le registre des spécificités, les besoins pressants des citoyens, tant matériels que pour plus de libertés et de participation dans la gestion des affaires publiques. Réussir une application adéquate de la normativité théorique aux spécificités africaines est une autre avancée. C'est tout simplement une application du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Il faut reconnaître que la plupart des communications ont mis l'accent sur la question des droits politiques : respect du mandat par le Président de la République donc respect de la périodicité des échéances électorales, respect du principe de la séparation des pouvoirs, bref respect des règles constitutionnelles se rapportant à l'Etat de droit démocratique.

Mises de côté les réserves émises relativement aux avancées par l'effectivité dans l'exercice des droits et principes institutionnels, on retiendra que bien de pays africains ont respecté la volonté du constituant.

Quatrième séance: Rapport Général

Le principe de la périodicité des échéances électorales est globalement respecté, les exemples des pays comme le Mali, le Ghana entre autres doivent servir d'inspiration comme l'a relevé ce matin le Professeur DOSSOU.

S'agissant des règles constitutionnelles qui consacrent les droits et libertés de la personne humaine, leur respect par les gouvernants est progressif. La liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de conscience et leur extériorisation, sont respectées par les régimes en place. Cela se traduit par l'existence des partis politiques d'opposition, des organisations syndicales, des associations à caractère politique. L'exemple de l'Algérie a été bien souligné par le Professeur BOUSOLTANE.

De nombreuses communications ont relevé que les libertés fondamentales, individuelles ou collectives ont connu des avancées significatives dans leur exercice. C'est dans ce sens le Professeur Telesphore ONDO disait, lorsqu'il s'est agi de la remise en œuvre des Constitutions, que « Partout en Afrique [...] Les règles constitutionnelles sont de moins en moins considérées comme de simples " chiffons de papier ". Au contraire, elles sont devenues des références majeures pour tous les acteurs politiques, de l'opposition ou de la majorité, y compris de la société civile. Leur respect est souvent au centre des débats politiques et leur violation éventuelle est de plus en plus contestée, même par les citoyens qui dans certains Etats peuvent saisir directement le juge constitutionnel. »

La soumission à la norme constitutionnelle n'est pas seulement garante de la stabilité mais aussi un préalable de non recours à la violence. Les responsables africains prônent l'utilisation des moyens pacifiques pour résoudre les conflits par le dialogue, les concertations, les conférences et les autres formes de débat démocratique dans le respect des droits de la personne.

Quatrième séance: Rapport Général

La charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance adoptée en 2007 est venue garantir l'application des normes constitutionnelles relatives à l'alternance au pouvoir par des moyens pacifiques. L'application de cet engagement constitue la plus grande lutte que les africains mènent actuellement.

Voilà qui nous transporte vers les avancées en matière de protection des droits fondamentaux par le contrôle de la constitutionnalité des lois.

III°/ Les avancées par le contrôle du juge constitutionnel

Quel intervenant n'en a pas parlé, mais pouvait-il en être autrement ? Peut-on arriver à une réelle effectivité s'il n'y avait pas de gardien pour la Constitution ?

De mon point de vue, toutes les avancées ici tiennent de la présence du gardien de la Constitution. Le contrôle a été mis en place dans la quasi-totalité des pays africains et le moins que l'on puisse dire c'est qu'il a dépassé le stade du mimétisme. Il est assuré par un juge constitutionnel qui souvent à une double veste, juge de la constitutionnalité des lois, mais aussi juge de la régularité des élections.

Ce matin encore le Professeur Frédéric JOËL AÏVO mettait l'accent sur la garantie juridictionnelle de la Constitution. Il a relevé que le contrôle de constitutionnalité (conformité ou compatibilité) est une fonction vitale de la démocratie, en ce qu'il permet la protection des droits fondamentaux. Cette fonction, a-t-il poursuivi, consiste à vérifier l'application du droit substantiel, c'est l'ensemble des droits et libertés individuels et collectifs garantis par la Constitution.

Quatrième séance: Rapport Général

Le Professeur AÏVO a souligné le fait que l'institution du contrôle de constitutionnalité est aujourd'hui généralisée en droit constitutionnel africain, tout en respectant les spécificités de chaque pays.

L'activité des cours du Benin, du Gabon, du Mali, du Niger, du Togo ou du Conseils constitutionnel d'Algérie, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, du Sénégal et quelques Etats comme le Nigéria, le Ghana, la Sierra Leone connaissent aussi ce type de contrôle mais avec des modalités différentes.

Sans doutes, l'ouverture de la saisine et les compétences reconnues aux juges ne sont pas les mêmes dans tous ces pays, mais la protection des droits fondamentaux est indéniable. (Contrôle des lois, des actes réglementaires, des élections). Nous savons par ailleurs, que c'est encore le juge constitutionnel qui assure le respect de la réparation des compétences et donc de la séparation des pouvoirs. Madame Lee STONE nous a démontré hier l'importance du juge constitutionnel en Afrique du Sud lorsqu'il y a conflit entre le judiciaire et l'exécutif.

Le Professeur KAÏS affirmait encore hier dans sa communication sur la consécration constitutionnelle des droits de l'homme en Afrique que le contrôle du juge est seul à pouvoir contraindre les pouvoirs publics à assurer l'exécution d'une loi, pour peu que celui-ci soit indépendant.

Dans tous les cas, le contrôle par la juridiction constitutionnelle permet aujourd'hui en Afrique d'invalider une loi lorsque celle-ci n'est pas l'émanation directe de la volonté du peuple souverain, si on veut prendre en compte la préoccupation du Professeur Ameze GUOBADIA relativement à la participation populaire.

Quatrième séance: Rapport Général

La protection du juge constitutionnel est encore plus accrue concernant certaines dispositions de la Constitution, il s'agit de la supra constitutionnalité.

Sachant que la justice constitutionnelle est le gardien de la constitution et que le pouvoir judiciaire constitue le pivot pour la concrétisation de l'Etat de droit démocratique, les pays africains ont consenti des efforts considérables en matière de formation des magistrats. Il est clair en effet, que l'indépendance de la justice requiert aussi des magistrats entraînés sur les techniques juridiques qui leurs permettront d'interpréter les textes et de les appliquer en conformité avec la loi fondamentale.

Fourth Session: Final Report

Final Report

This report has been prepared on the basis of a work written and read by Professor **Jean- Christophe NZE-BITEGHE** of Omar BANGO University, Libreville, Gabon during the last session of the African Conference of Algiers. The report takes also into consideration participants' remarks and propositions in the Conference.

Ladies and Gentlemen, at 25 years the Constitutional Council needed a break and has to take advantage of this opportunity to invite the ones and the others to think about a theme. It focused on the advances in constitutional law in Africa.

The number of participants, the quality of papers, exchanges and speeches show obviously that the initiative was worth being attempted.

The central theme, one needs to recall, is “ The Advances in Constitutional Law in Africa”. The question here is how to measure, how to quantify these advances?

- Have a certain number of new rights been added in many African Constitutions?
- Are the rights consecrated in African Constitutions more practiced today than yesterday?
- Are the rights consecrated in the Constitutions even more protected by the judge of constitutionality of law?

Such are, in reality, the three principal questions about which we have endeavoured to answer during these two days. I will make some quick observations about these three points.

Fourth Session: Final Report

I/ The Advances through Constitutional Consecration of New Rights

Once becoming independent all African countries have been equipped with Constitutions or if we prefer fundamental laws. All these laws contained, naturally, many principles and norms.

Since some time and in favour of the return of the constitutional order, new rights have been included in constitutional texts allowing the reinforcement of democratic values and the promotion of fundamental rights.

These rights are essentially, of two orders, there are; on the one hand, the fundamental rights of human being, and on the other hand the fundamental institutional rights. Every rapporteur in this meeting has reported on that; focusing especially on institutional rights.

Professor Ridha BENHAMMED from the University of Tunis has enumerated the new rights obtained from the constituent after the adoption of the Tunisian Constitution in 2014. He quoted, amongst others, freedom of opinion, freedom of thought, freedom of expression, freedom of belief and worship, freedom to choose one's place of dwelling, to move freely inside the country as well as to exit of it, freedom to create political parties, trade unions and associations, the right for equality, right for protection of private life and home inviolability and fair trial, trade union right.

These rights are usually present in all the African Constitutions that is a fair return.

However, those added by the Tunisian constituent are freedom of meeting and pacific march (protest), the right for access to information and communication networks, academic freedoms and freedom of scientific research, the right to life, the right for work, right for health, culture, sport...

Fourth Session: Final Report

Professor BOUSOLTANE in his recurring triptych “Equality, Freedom of Opinion and Multiparty” revisited some of these rights notably gender equality. He pointed out that the 2008 Constitutional revision has given a content even more concrete to gender equality, adding the article 131 bis in order to increase women’s chances for access to effective representation in elected Assemblies. This working provision is a remarkable advance as regards political rights of women which effects are immediate on other fields of life, especially social.

Other speakers have insisted on constitutionalizing a certain number of institutional rights such as the right to vote or even the principle of separation of powers, without ignoring constitutional review of laws.

However, all these rights incorporated into what is agreed upon to call today the “Block de constitutionnalité”, permitted a certain advance in constitutional matter in Africa. But can we be satisfied with these simple consecrations. In reality, African Constitutions resorted to (appealed to) different solutions for implementing these fundamental principles. In fact, the model (form) of governance (rule) as well as the way to materialize popular participation in the management of public affairs are dictated by African specificities, historical heritage and nations’ aspirations.

And then, we consider the advances through the effectiveness of exercising these fundamental rights.

II/ The Advances through the Effectiveness of Exertion

The solutions brought by African countries combine effectiveness with political stability which needs to be consolidated for it constitutes an essential condition for the construction of the State of Law institutions. At the same time, we must not forget Africa’s worry to protect herself from the

Fourth Session: Final Report

recurrence of events, that have affected some countries and which justify the constitutional provisions aimed at safeguarding stability and the unity of the nation.

We can add on the register of specificities the pressing needs of citizens as concrete as for much freedom and participation in public affairs. Succeeding in implementing appropriately the theoretical normativity to African specificities is another advance. It is simply an implementation of the right of people to self-determination.

It must be recognized that most of the papers focused on the question of political rights: respect of the mandate of the President of the State, then the respect of the frequency of elections, respect of the principle of separation of powers, in brief the respect of constitutional rules related to the democratic State of law.

Putting aside the expressed reservations regarding the advances through effectiveness in exercising rights and institutional principles, we will retain that many African countries have respected the constituent's will.

The principle of the frequency of elections is generally respected, the examples of countries like Mali, Ghana among others must be considered as an inspiration as Professor DOSSOU has noted it this morning.

Concerning constitutional rules that consecrate the rights and liberties of human being, their respect by rulers is progressive. The freedom of opinion, freedom of expression, freedom of consciousness and their externalization, are respected by the regimes in place. This is translated into the existence of political parties of opposition, trade-unions organizations, political associations. The example of Algeria has been well highlighted by Professor BOUSOLTANE.

Fourth Session: Final Report

Many papers have noted that fundamental individual or collective liberties have known significant advances in their exercising. It is in this sense that professor Telesphore ONDO declared concerning re-implementation of Constitutions “Everywhere in Africa constitutional rules are less and less considered as mere scrap of paper (*chiffon de papier*). On the contrary, they became major references for all political players of opposition or the majority, including civil society. Their respect is often at the center of political debates and their possible violation is more and more contested, even by citizens who in some states can seize directly the constitutional judge”.

The submission to constitutional norm is not only the guarantee for stability but also a prerequisite for non-recourse to violence. African officials advocate the use of pacific means for resolving conflicts through dialogue, consultation, conferences and other forms of democratic debate within the respect of human rights.

The African Charter on Democracy, Elections and Governance adopted in 2007 guaranteed the implementation of constitutional norms related to alternation in power through pacific means. The implementation of this commitment constitutes the biggest struggle that Africans are facing at present.

This takes us towards the advances regarding the protection of fundamental rights through constitutional review of laws.

III/ The Advances through the Constitutional Judge Review

Which speaker did not speak about it, but could he do otherwise? Could we reach a real effectiveness if there was not a guardian of the Constitution?

Fourth Session: Final Report

From my point of view, all the advances here are the result of the presence of the guardian of the Constitution. The review has been set up in almost all African countries and the least we can say is that it went beyond the stage of mimicry. It is ensured by a constitutional judge who often has a double jacket, judge of the constitutionality of laws, but also a judge of the regularity of elections.

Just this morning Professor Frédéric JOEL AÏVO was emphasizing that constitutional review of conformity is a vital function for democracy since it permits the protection of fundamental rights. This function, he carried on involves verifying the implementation of substantial law, it is the whole individual and collective rights and liberties guaranteed by the Constitution.

Professor AÏVO has stressed the fact that the institution of constitutional review is today widespread in African Constitutions, while respecting the specificities of each country.

The activity of the courts of Benin, Gabon, Mali, Niger, Togo or the constitutional Councils of Algeria, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Senegal and some states like Nigeria, Ghana, Sierra Leone know also this type of review but with different modes.

With no doubts, the openings of referral and the competence admitted to judges are not the same in all the countries; however, the protection of fundamental rights is undeniable. (Review of laws, regulatory acts, and elections). We know, on the other hand that, it is even the constitutional judge who assures the respect of separation of powers. Ms. Lee STONE has demonstrated yesterday the importance of the constitutional judge in Africa when there is conflict between the judiciary and the executive.

Fourth Session: Final Report

Professor KAÏS stated just yesterday in his paper about the constitutional consecration of Human Rights in Africa that the judge's review is alone able to compel public powers to assure the enforcement of a law if he is independent.

In all cases, the review that the constitutional jurisdiction is in charge allows today in Africa to invalidate a law when the latter is not the direct expression of people's sovereign will, if we would take into consideration the preoccupation of Professor AMEZE GUOBADIA concerning popular participation.

The protection of the constitutional judge is even more heightened concerning certain provisions of the Constitution; it concerns the supra-constitutionality.

Having knowledge that constitutional review is the guardian of the Constitution and that the judiciary power constitutes the pivot for the consecration of the democratic state of law, African countries made efforts in training magistrates. It is clear that the independence of justice required also magistrates trained on legal techniques, which will allow them to interpret the texts and enforce them in conformity with the fundamental law.