

Fostering Constitutionalism in Africa

Charles Fombad and Christina Murray (editors)

Pretoria University Law Press
— PULP —

2010

Fostering Constitutionalism in Africa

Published by:

Pretoria University Law Press (PULP)

The Pretoria University Law Press (PULP) is a publisher at the Faculty of Law, University of Pretoria, South Africa. PULP endeavours to publish and make available innovative, high-quality scholarly texts on law in Africa. PULP also publishes a series of collections of legal documents related to public law in Africa, as well as text books from African countries other than South Africa. This book was peer-reviewed prior to publication.

For more information on PULP, see www.pulp.up.ac.za

Printed and bound by:

ABC Press
Cape Town

To order, contact:

PULP
Faculty of Law
University of Pretoria
South Africa
0002
Tel: +27 12 420 4948
Fax: +27 12 362 5125
pulp@up.ac.za
www.pulp.up.ac.za

Cover:

Yolanda Boozyen, Centre for Human Rights

ISBN: 978-09814420-8-2

© 2010



Réseau Africain de Droit Constitutionnel
African Network of Constitutional Lawyers

This book is the first in the 'Rule of Law in Africa' series and the financial assistance of the *World Bank* is gratefully acknowledged.

TABLE OF CONTENTS

TABLE DES MATIÈRES

	INTRODUCTION	v
	CONTRIBUTORS	xiv
1	<p>Presidential term limits and their impact on constitutionalism in Africa <i>Les limites du mandat présidentiel et leurs impacts sur le constitutionnalisme en Afrique</i></p> <p>Charles Fombad and/et Nat Inegbedion</p>	<p>1 183</p>
2	<p>Is the end near for the political question doctrine in Nigeria? <i>Est-ce bientôt la fin de la doctrine de la question politique au Nigéria?</i></p> <p>Enyinna Nwauche</p>	<p>31 215</p>
3	<p>The independence of prosecuting authorities: The Malawi experience <i>L'indépendance du parquet: l'expérience du Malawi</i></p> <p>Mabvuto Herbert Hara</p>	<p>61 249</p>
4	<p>The politics of constitution-making in Zambia: Where does the constituent power lie? <i>La politique d'élaboration de la Constitution en Zambie: où se situe le pouvoir constituant?</i></p> <p>Melvin L M Mbaao</p>	<p>87 275</p>
5	<p>The making, unmaking and remaking of the constitution of Côte d'Ivoire: An example of chronic instability <i>Faire, défaire et refaire la Constitution en Côte d'Ivoire: un exemple d'instabilité chronique</i></p> <p>Djedjro Francisco Meledje</p>	<p>119 309</p>
6	<p>The new constitution of the Democratic Republic of Congo: Sources and innovations <i>La nouvelle Constitution de la République Démocratique du Congo: Sources et innovations</i></p> <p>Grégoire Bakandeja wa Mpungu</p>	<p>149 341</p>

BIBLIOGRAPHY	375
TABLE OF CASES	390
TABLE OF STATUTES	394
TABLE OF INTERNATIONAL INSTRUMENTS	396

INTRODUCTION

This volume comprises a selection of the papers presented at a conference run under the auspices of the African Network of Constitutional Lawyers in Nairobi in April 2007. The theme of the conference, and now the title of the book, was 'Fostering Constitutionalism in Africa'. Twenty two papers were presented by participants from sixteen different countries, covering Francophone, Anglophone and Lusophone jurisdictions.

Discussion at the conference was vibrant, reflecting the shared concern of African constitutionalists about constitutionalism in Africa and, sometimes, bewilderment at the different constitutional institutions and cultures in jurisdictions with different histories. But, underpinning all the discussion was a sense of the importance of protecting the rule of law and human rights on the continent and the urgency of finding solutions to common problems, particularly that of controlling executive power, the problem which lies at the heart of public law. Each of the contributions to this volume is concerned with these matters.

Djedjro Meledje's chapter underscores one of the most vexing problems that Africa faces today: how can you lay down the foundations for a stable, modern and democratic state in a 'country' that is divided by civil strife? There is no better illustration of this paradox than Côte d'Ivoire. Just over a decade ago, this was one of the islands of peace and political stability in West Africa but since the late 90s it has become, in Meledje's words, 'a veritable laboratory for constitutional changes' – which, in many respects, explains his intriguing title, 'The making, unmaking and remaking of the constitution of Côte d'Ivoire'. The numerous constitutional changes, both formal and informal, that have taken place in Côte d'Ivoire, particularly after the adoption of the August 2000 constitution, lead Meledje to question whether the changes are changes *in* the constitution or changes *of* the constitution. The uncertain and unpredictable process of construction and deconstruction leads to his suggestion that it is at present difficult to determine precisely either the content or the scope of the constitution of Cote d'Ivoire.

The constitutionalism theme is pursued in Bakandeja wa Mpungu's chapter in the context of the sources of law and innovations that feature in the 18 February 2006 Constitution of the Democratic Republic of Congo (DRC). He points out that this constitution marks a significant turning point in a country that has been gripped by civil war over the last decade. The DRC has had seven constitutions in its 45 years of independence with 32 years spent under one constitution that was regularly revised simply through a presidential speech, a presidential communique or just silence.

Unlike previous constitutions, the new DRC constitution was drafted by a committee of experts and approved at a referendum. Mpungu examines this new constitution from a 'multidisciplinary

perspective' that departs from a legal analysis but takes account of and integrates the empirical, historical and comparative sociological and anthropological perspectives. From this analysis, he concludes that the main influences on the constitution have come from French and Belgian constitutional law with some aspects borrowed from certain African practices. The main innovations are presidential term limits and the introduction of a strong system of regional government. Mpungu expresses some doubts whether this quest for constitutionalism will end with this constitution because of the numerous weaknesses that have manifested themselves within the short while since the constitution came into force.

Melvin Mbaos paper is also a tale of a long process of constitutional change, although in a less violent context than that of either Côte d'Ivoire or the DRC. Since its independence constitution was adopted in 1964, Zambia has seen recurrent attempts by civil society and minority political parties to reduce the hold of the executive over constitutional change and to secure a process of constitutional review in which the public has a say. As elsewhere in Africa, the 1990s saw a dramatic change in Zambia when, first, the constitution was amended to introduce multiparty politics and then Kenneth Kaunda, who had been president since independence, was beaten at the polls by Frederick Chiluba. But, as Mbaos recounts, and as in other parts of Africa, the determination of the executive to maintain full control of constitutional change remained. Even the current process, under the National Constitutional Conference Act of 2007, initiated by the late President Mwanawasa, which is more sympathetic to popular involvement than any previous process of constitutional change in Zambia is a compromise between the executive and the forces of civil society.

As Mbaos suggests, the proposals of the Mun'gomba Constitutional Review Commission concerning the constitution making process, which preceded the adoption of the National Constitutional Conference Act, reflect the influence of other African jurisdictions – commissioners appear to have drawn ideas from the Kenyan process just as Kenyans may have learnt from their neighbours in West Africa. But reference to Kenya provides a stark reminder of how important it is in constitution making to secure a balance of power between elites and citizens that ensures that both sides remain committed to the process and open to reaching solutions which both will honour. As became painfully clear at the end of 2007, not only did the Kenyan constitution making process fail, but, and perhaps as a result of this, Kenya's political process was engulfed in violence. Mbaos, mindful of the 'deep seated mistrust between the government on the one hand and opposition political parties, civil society organizations and the church on the other' remains unsure whether Zambians have struck the right balance and whether Zambians will secure a constitution that they 'will identify as their own'.

Charles Fombad and Nathaniel Inegbedion are concerned not with the process of constitution making but with constitutional design and the control of executive power. They trace the growing trend to limit the terms of Presidents and link it to the 'post-1990 constitutional

rights revolution on the continent'. Their discussion of the famously unsuccessful attempts by three powerful Presidents, Chiluba of Zambia, Bakili Muzuli of Malawi and Olusegun Obasanjo of Nigeria, to prolong their time in power demonstrates the strength of the commitment of many Africans to limiting access to power. But Fombad and Inegbedion are not sanguine about the situation. Certainly, they hope that the evolution of a culture of constitutionalism in Africa, the insistence of the international community and especially the African Union on constitutional change of government and the vigilance of an 'enlightened civil society' will lead to leaders respecting term limit provisions. However, they also propose providing incentives for incumbents to hand over power. Here they move onto more controversial territory. Their argument that ex-Presidents should be granted privileges such as generous retirement benefits is likely to attract general support. But their most far reaching suggestion is that ex-Presidents should be granted immunity from politically motivated prosecutions. The chapter draws attention to the need for constitutional solutions to respond to the practical context in which problems arise and deserves serious consideration.

The question of prosecutions is taken up from a different perspective by Mabvuto Hara. The degree to which a prosecuting authority should be independent is endlessly controversial and in those African countries whose systems are based on the British model, rather little prosecutorial independence was the model for many years. As Hara reminds us, the independence of prosecutors remains an issue in the UK. Closer to home, in South Africa in 2008, judicial allegations of political interference in the prosecution of the ex-Deputy President, Jacob Zuma, contributed to the downfall of President Thabo Mbeki. In Malawi, the independence of the prosecutorial authority was addressed in the 1993, post-Banda, constitution which as originally adopted, stated directly that the Director of Public Prosecutions should exercise his or her authority 'independent of the direction and control of any authority or person'. But, as Hara demonstrates, the relationship of prosecutors to the state cannot be dealt with quite as simply as that. Both the issue of accountability and that of the right of the government to influence prosecutorial policy must be addressed. Here, Hara suggests, the Malawian Constitution fails. First, the Constitution makes the Director of Public Prosecutions accountable to Parliament but it does so in broad terms which, Hara points out, open the prosecuting authority to the capriciousness of party politics. Secondly, in 1997 the Constitution was amended to limit the independence of the Director of Public Prosecutions making him or her subject to the 'general or special directions of the Attorney General'. The Attorney General may be a Cabinet Minister. There is not an easy answer to the question of how a proper balance should be struck between the interest of the executive in implementing its policy with regard to prosecutions and crime and the rights of individuals to have prosecutions conducted fairly and in a non-partisan manner. Hara draws on international guidelines to suggest some improvements in the Malawian system. But he also makes a point that characterizes all the papers in this collection when he says that a culture of the rule of law is fundamental to the system working properly. Constitutionalism

cannot exist in a system in which citizens, politicians and other constitutional office holders do not respect and promote the values of the constitution.

Enyinna Nwauche's discussion of the political question doctrine in Nigeria shifts our focus quite dramatically because his paper is concerned with the need to consider limiting the role of courts in their scrutiny of the action of the executive and legislature. The record of the courts on this matter in Nigeria is varied and Nwauche's careful analysis of impeachment cases (which concern legislative procedure) and cases concerning political parties (particularly their choice of candidates in elections), provides real insight into the challenges facing courts. He ends with a word of caution, expressing concern that should courts venture too far into issues that are in essence party politics they may find themselves in a head on collision with other branches of government. Here, he suggests, restraint is a virtue.

Three years have elapsed since these papers were delivered in Nairobi. However, the problems that they deal with remain largely unchanged. The management of constitutional change and maintenance of constitutional stability are ongoing problems. How to control the power of the executive, particularly in the context of prosecuting authorities, how to identify the appropriate realm of governmental policy choices and the area of decision making that should be outside the influence of partisan politics are concerns that will preoccupy constitutional law and political science for a long time.

Charles Fombad and Christina Murray
June 2010

INTRODUCTION

Ce volume comprend une sélection de présentations à une conférence organisée à Nairobi en Avril 2007 sous les auspices du Réseau Africain de Droit Constitutionnel. Le thème de la conférence qui sert de titre de ce volume, était « Renforcement du Constitutionalisme en Afrique ». Vingt deux exposés avaient été présentés par les participants issus de seize pays différents couvrant les sphères francophones, anglophones et lusophones.

Les débats lors de la conférence étaient vibrants, illustrant ainsi l'intérêt partagé des constitutionnalistes africains pour le constitutionalisme en Afrique et, parfois déroutant quant aux différentes institutions et cultures constitutionnelles avec les histoires aussi différentes dans diverses sphères. Mais sous-jacent à tous les débats était le souci de souligner l'importance de la protection de l'Etat de droit et des Droits de l'Homme sur le continent et l'urgence de trouver les solutions aux problèmes communs, en particulier celui de contrôler le pouvoir exécutif, qui est le problème au cœur du droit public. Toutes les contributions dans ce livre appréhendent ces questions.

Le chapitre de Djedro Meledje souligne un des problèmes des plus irritants auxquels l'Afrique fait face aujourd'hui: comment poser les fondations d'un Etat stable, moderne et démocratique dans un « pays » divisé par les troubles civils ? La Côte d'Ivoire offre à cet effet une meilleure illustration. Il y a seulement une décennie ce pays était un des îlots de paix et de stabilité politique en Afrique de l'Ouest mais depuis la fin des années 90 il est devenu selon l'expression de Meledje « un laboratoire des changements constitutionnels » qui dans une certaine mesure explique l'intitulé révélateur « *faire, défaire et refaire la Constitution* ». De nombreux changements constitutionnels formels ou informels qui ont eu lieu en Côte d'Ivoire en particulier après l'adoption de la Constitution d'août 2000 conduisent Meledje à poser la question de savoir s'il s'agit des changements dans la Constitution ou les changements de la Constitution. Le processus incertain et imprévisible de construction et déconstruction conduit l'auteur à estimer qu'il est présentement difficile de déterminer précisément le contenu ou la portée de la Constitution ivoirienne.

Le thème du constitutionalisme revient dans le chapitre de Bakandeja Wa Mpungu sur le contexte des sources du droit et les innovations qui figurent dans la Constitution de la République Démocratique du Congo (RDC) du 18 Février 2006. Il met en exergue le fait que cette constitution est un tournant significatif dans un pays qui a été déchiré par une guerre au cours de la dernière décennie. La RDC a eu sept constitutions en 45 ans d'indépendance avec 32 ans sous une seule constitution qui était fréquemment révisée y compris par un discours ou un communiqué présidentiel ou par le silence.

A la différence des dernières constitutions, la nouvelle Constitution de la RDC était rédigée par un comité d'experts et approuvée par

référendum. Mpungu fait une analyse de la nouvelle constitution sous un « angle multidisciplinaire » qui s'écarte de l'analyse juridique mais prend en compte et intègre les méthodes empirique, historique, comparative, sociologique et anthropologique. De ces analyses il en découle que les influences sur la constitution sont surtout les traditions constitutionnelles françaises et belges en plus de quelques emprunts à certaines pratiques africaines. Les principales innovations sont la limitation du nombre de mandats présidentiels et l'introduction d'un de gouvernement régional fort. Mpungu exprime quelques doutes si cette recherche du constitutionalisme s'arrêtera avec cette constitution à cause de nombreuses faiblesses qui se sont manifestées dans un laps de temps assez court depuis la mise en place de la nouvelle Constitution.

Le chapitre de Melvin Mboa est aussi un récit d'un long processus de changement constitutionnel bien que dans un contexte moins violent que celui de la Côte d'Ivoire ou de la RDC. Depuis l'adoption de sa Constitution d'indépendance en 1964, la Zambie a vu les tentatives répétées de la société civile et des partis politiques minoritaires visant à réduire l'emprise du pouvoir exécutif sur le changement de la constitution et mettre en place un processus de révision constitutionnelle dans lequel le public a son mot à dire. Comme ailleurs en Afrique, la Zambie a connu les changements radicaux dans les années 90, en premier quand la constitution a été révisée pour introduire le multipartisme et ensuite Kenneth Kaunda, Président depuis l'indépendance a été battu aux élections par Frederick Chiluba. Mais, comme le relate Mboa, et comme ailleurs en Afrique, la volonté du pouvoir exécutif de maintenir son contrôle sur tout changement constitutionnel est resté intacte. Même le processus actuel sous la Loi relative à la Conférence Constitutionnelle Nationale de 2007 initiée par le défunt Président Mwanawasa, qui est plus ouverte à la participation populaire que tout autre loi précédente sur le changement constitutionnel en Zambie est un compromis entre l'exécutif et les forces de la société civile.

Comme le suggère Mboa, les propositions de la Commission Mun'gomba sur la Révision Constitutionnelle relatives au processus d'élaboration de la constitution qui a précédé l'adoption de la Loi sur La Conférence Constitutionnelle Nationale sont le reflet des influences des autres pratiques africaines. Les membres de la Commission semblent avoir été inspirés par le processus kenyan tout comme ces derniers aussi semblent avoir été inspirés par les expériences de l'Afrique de l'Ouest. Mais la référence au Kenya nous sert de rappel brutal pour nous dire à quel point il est important, dans le processus d'élaboration de la constitution, de s'assurer d'un équilibre des pouvoirs entre les élites et les citoyens; un équilibre des pouvoirs qui sera respecté par les deux parties. C'est une évidence claire que la fin de 2007 témoigne non seulement que le processus constitutionnel kenyan a échoué mais que les violences semblent être liées à cet échec. Mboa, instruit par « une méfiance profonde entre le gouvernement d'une part et les partis politiques de l'opposition, les organisations de la société civile et l'Eglise d'autre part », est resté incertain quant à savoir si les zambiens ont établi le bon

équilibre et s'ils vont se donner une constitution qu'ils vont « identifier comme étant la leur ».

Charles Fombad et Nathaniel Inegbedion ne sont pas préoccupés par le processus d'élaboration de la Constitution mais par le modèle constitutionnel et le contrôle du pouvoir exécutif. Ils retracent la tendance croissante de limitation du nombre de mandats présidentiels et la relie à la « révolution continentale des droits constitutionnels post-1990 ». Leurs débats sur les échecs retentissants de trois présidents puissants: Chiluba de Zambie, Bakili Muzuli du Malawi et Olusegun Obesandjo du Nigeria dans leurs efforts pour demeurer au pouvoir au-delà de la limitation des mandats, montrent à suffisance la force des engagements de beaucoup d'africains de limiter l'accès au pouvoir. Mais Fombad et Inegbedion ne sont guère optimistes par rapport à la tournure des choses. Certes ils espèrent que l'évolution de la culture du constitutionalisme en Afrique, la pression de la communauté internationale et plus spécialement celle de l'Union Africaine relative au changement constitutionnel de pouvoir et la vigilance d'une « société civile éclairée » vont conduire les leaders à respecter les clauses limitatives des mandats. Malgré tout, ils proposent les primes aux titulaires sortants pour les encourager de transmettre le pouvoir. Ils entrent ainsi sur un terrain controversé. Leur argument selon lequel les ex-présidents puissent bénéficier des privilèges tels qu'une pension retraite confortable est susceptible d'attirer davantage de soutien. Mais leur suggestion la plus hardie est que les ex-chefs d'Etat puissent bénéficier d'une immunité de poursuites ayant les mobiles politiques. Ce chapitre attire l'attention sur la nécessité de trouver les solutions constitutionnelles pour répondre au contexte pratique dans lequel les problèmes se posent et exigent les attentions requises.

La question des poursuites judiciaires est reprise sous un angle différent par Mabvuto Hara. Le degré d'indépendance des autorités chargées des poursuites est un débat controversé interminable et dans les pays africains dont les systèmes judiciaires sont inspirés du modèle britannique, l'indépendance du parquet était plutôt restreinte pendant plusieurs années. Hara nous rappelle d'ailleurs que la question de l'indépendance des procureurs reste suspendue. Plus près de nous, l'Afrique du Sud en 2008, les soupçons d'ingérences politiques dans les poursuites contre l'ex-vice Président Jacob Zuma a précipité la chute du président Thabo Mbeki. Au Malawi la question de l'indépendance du parquet a été prise en compte dans la Constitution post-Banda de 1993, qui dans sa version originale exige que le Directeur des Poursuites Publiques doit exercer ses fonctions en toute « indépendance de toute instruction ou control de toute autorité ou personne ». Mais, comme le démontre Hara, les relations entre les procureurs et l'Etat ne sont guère aussi facile à gérer. Mais les problèmes de responsabilité ainsi que ceux du droit du gouvernement d'influencer la politique des poursuites doivent être examinés. Ici Hara estime que la constitution malawite a échoué. En premier lieu, la constitution rend le Directeur des Poursuites Publiques responsable devant le parlement mais en des termes assez vagues; ce que Hara considère comme de nature à exposer les autorités chargées des poursuites aux caprices de la politique des

partis. En deuxième lieu la Constitution telle que révisée en 1997 limite l'indépendance du Directeur des Poursuites Publiques, le soumettant aux directives générales et spéciales du Procureur Général ». Le Procureur Général peut être un membre du gouvernement. Il n'y a point une réponse facile à la question de savoir où réussir l'équilibre entre les intérêts du pouvoir exécutif à mettre en œuvre sa politique relative à la poursuites des crimes et le droit des individus à ce que les poursuites se fassent en toute équité et sans parti pris. Hara s'inspire des directives internationales pour un procès équitable pour proposer des améliorations au système malawite. Mais il a également souligné un aspect général qui caractérise l'ensemble des contributions de cette collection en affirmant que que la culture de l'Etat de droit est essentielle pour tout système viable. Le constitutionalisme ne peut exister dans un système où les citoyens, les politiciens et autres responsables des pouvoirs constitués ne respectent et promeuvent les valeurs constitutionnelles.

Eyinna Nwauche introduit le débat sur la question du mobile politique au Nigeria, nous écarte radicalement de notre problématique dans la mesure où sa contribution se préoccupe du besoin de limiter le rôle des juridictions dans leur contrôle des activités des pouvoirs de l'Exécutif et Législatif. La jurisprudence des tribunaux nigériens sur cette question est variée et Nwauche analyse soigneusement les cas de destitutions (aspect procédure législative) et les cas concernant les partis politiques (en particulier leurs investitures pour les élections); il livre en profondeur les défis auxquels les tribunaux font face. Il termine par un conseil de prudence, exprimant sa préoccupation que si les tribunaux devaient s'aventurer trop loin dans les affaires qui relèvent essentiellement de la politique interne des partis ils entreraient en collision avec les autres branches du gouvernement. Ici il suggère que la retenue est la vertu.

Il y a déjà trois ans que ces exposés ont été présentés à Nairobi. Cependant les problèmes qui y sont débattus demeurent largement inchangés. La gestion du changement constitutionnel et le maintien de la stabilité constitutionnelle sont les problèmes permanents. Le contrôle du pouvoir exécutif, particulièrement par rapport aux autorités responsables des poursuites, l'identification du cadre approprié des choix des politiques du gouvernement et le domaine de prise de décisions qui soient à l'écart de la politique partisane sont constamment, les préoccupations en droit constitutionnel et en sciences politiques.

Charles Fombad et Christina Murray
juin 2010

CONTRIBUTORS

Charles FOMBAD is Professor of law and Head of Department of Public Law at the University of Pretoria and was, from 2003-2007, Professor *Honorarius* of the Department of Jurisprudence, School of Law, University of South Africa. He is the author/editor of 6 books and has published extensively in other books and internationally refereed journals. In 2003, he received the Bobbert Association Prize for the best first article in the *Journal for Juridical Science* and the Wedderburn Prize for a paper in the *Modern Law Review*. Professor Fombad is a member of the Steering Committee, African Network of Constitutional Lawyers (ANCL), and member of the Executive Committee, International Association of Constitutional Lawyers (IACL).

Mabvuto Herbert HARA graduated with a law degree from the University of Malawi in 1994. From 1994 to 2005 he worked with the leading Law firm of Savjani & Co. and since 2005 he set up the firm Hara & Associates. He has served as President of Malawi Law Society, Vice President of the Southern African Development Community Lawyers' Association (SADC LA). Currently, he is the President of SADC LA. He is also a member of the International Association of Constitutional Law. He has served as a Commissioner on the Special Law Commission for the Review of the Malawi Constitution.

Nathaniel A INEGBEDION is a Senior Lecturer and the Acting Head, Department of Public Law, University of Benin, Benin City, Nigeria. He was called to the Nigerian Bar in 1989 and holds an LL.M degree in law. He is also the Chairman of the Nigerian Bar Association, Ekpoma Branch and serves as a member of the National Executive Committee of the Association. Mr. Inegbedion has published widely in local and international journals.

Melvin Leslie MBAO is a Professor of Public Law and Legal Philosophy in the School of Postgraduate Studies and Research of Law, North-West University, Republic of South Africa and the Executive Dean of the Faculty of Law at the Mafikeng Campus of that University. He has received numerous scholarships and awards. Professor Mbaos has researched and published widely in constitutional law, human rights law and public international law.

Djedjro F MELEDJE is a Professor of Public Law. Since 2003, he is the Dean of the Faculty of Law of the University of Abidjan. He is a member of the scientific committee of the University of Cocody-Abidjan. He also a member of the board of examiners of the *Concours d'Agrégation du Concours d'Agrégation du Conseil Africain et Malgache pour l'Enseignement Supérieur (CAMES)*. Professor MELEDJE is a member of the Executive committee of the African Network of Constitutional Lawyers (ANCL), and member of the Executive Committee of the International Association of Constitutional Lawyers (IACL). He published several articles and papers in international scientific review and in edited books.

Grégoire Bakandeja wa MPUNGU is a Professor of Law and Economic Sciences at the University of Kinshasa. He is also a former Director of the Centre for Interdisciplinaire Research for the Promotion and Protection of Human Rights in Central Africa of the University of Kinshasa, former Minister of Economics, Trade and Industry, former Member of Parliament, and President of the Commission on Economic and Financial Matters at the National Assembly of DRC (2003-2006). He is a Member of the International Association of Economic Rights, member of the African Network of Constitutional Lawyers (ANCL) and co-funder of the African Institute of Law and Environment. He is the author of several books in business and public law.

Christina MURRAY is Professor of Human Rights and Constitutional Law at the University of Cape Town, Vice President of the International Association of Constitutional Lawyers and President of the African Network of Constitutional Lawyers. She is currently a member of the Committee of Experts established by Parliament of Kenya to draft a new Constitution for Kenya. Between 1994 and 1996 she served on a panel of seven experts advising the South African Constitutional Assembly in drafting South Africa's 'final' Constitution. Since then most of her work has focused on constitution making, constitutional design and the implementation of new constitutions.

Enyinna NWAUCHE is the Director of the Centre for African Legal Studies Port Harcourt Nigeria and Associate Professor of Law in the Faculty of Law of the Rivers State University of Science and Technology, Nkpolu Port Harcourt Rivers State Nigeria. Between, 2002-2004 he was Director General of the Nigerian Copyright Commission. He has published widely in local and international peer reviewed journals and has held fellowship and visiting positions at various institutions. He is a member of the Executive Committee of the African Network of Constitutional Lawyers.

CONTRIBUTEURS

Charles FOMBAD est professeur de droit et Chef du Département de Droit Public à l'Université de Pretoria et était professeur honoraire au Département de Jurisprudence à la faculté de droit à *University of South Africa*. Il est auteur/éditeur de 6 livres et a publié abondamment dans d'autres livres et journaux internationaux. En 2003, il reçut le prix de l'Association Bobbert pour le meilleur article dans le *Journal of Juridical Science* et le prix Wedderburn pour un article dans le *Modern Law Review*. Professeur Fombad est membre du comité pilote du Réseau des Constitutionnalistes Africains, et membre du Comité exécutif de l'Association International des Juristes Constitutionnalistes.

Mabvuto Herbert HARA obtint une licence en droit en 1994 à l'Université du Malawi. De 1994 à 2005, il travailla pour un proéminent cabinet d'avocat Savjani & Co et depuis 2005, il a installé le cabinet Hara & Associates. Il a exercé en tant que président du *Malawi Law Society*, vice-président du *Southern African Development Community Lawyers' Association (SADC LA)*. Présentement, il est le président de *SADC LA*. Il est aussi membre de l'Association Internationale du Droit Constitutionnel. Il a exercé en tant que Commissaire à la Commission Spéciale pour l'Etude de la Constitution du Malawi.

Nathaniel A INEGBEDION est Chargé de cours et Chef par intérim du Département de Droit Public à l'Université du Benin, Benin City, Nigeria. Il a été nommé au barreau Nigerian et possède un Master en droit. Il est également le chef de l'Association du Barreau Nigerian, branche d'Ekpoma et exerce en tant que membre du comité exécutif national. Inegbedion a publié abondamment dans les journaux locaux et internationaux.

Melvin Leslie MBAO est Professeur de Droit Public et de Philosophie légale à la Faculté des études supérieures et de recherche en droit, Université du Nord Ouest, République Sud Africaine et doyen à la Faculté de Droit au Campus de Mafikeng de la même université. Il a reçu plusieurs bourses et prix. Professeur Mbao a entrepris des recherches et a publié intensément en Droit Constitutionnel, en Droit de l'Homme et en Droit International Public.

Professeur Djedjro F MELEDJE est Docteur d'Etat en Droit Public, et Agrégé des Facultés de Droit. Il est depuis 2003 Doyen de la Faculté de Droit de l'Université d'Abidjan. Il est membre du Comité scientifique de l'Université de Cocody-Abidjan. Il est également membre du Jury du Concours d'Agrégation du Conseil Africain et Malgache pour l'Enseignement Supérieur (CAMES). Professeur Meledje est membre du Comité de Coordination du Réseau Africain de Droit Constitutionnel, et membre du Comité exécutif de l'Association Internationale de Droit Constitutionnel (AIDC). IL a publié plusieurs articles et papiers dans des revues scientifiques internationales et des ouvrages collectifs.

Grégoire Bakandeja wa MPUNGU est Professeur des Facultés de Droit et de Sciences Economiques de l'Université de Kinshasa. Ancien Directeur du Centre de Recherche Interdisciplinaire pour la Promotion et la Protection des Droits de l'Homme en Afrique Centrale de l'Université de Kinshasa, ancien Ministre de l'Economie, du Commerce et de l'Industrie (2000-2001), ancien président du Conseil d'Administration de la Banque Centrale du Congo, et ancien député, président de la commission économique-financière de l'Assemblée Nationale de la RDC (2003-2006). Membre de L'Association Internationale de Droit Economique (AIDE), Membre du Réseau Africain de Droit Constitutionnel (RADC) et co-fondateur de l'Institut Africain de Droit de l'Environnement. Il est auteur de plusieurs ouvrages de référence en droit des affaires et en droit public

Christina MURRAY est Professeur de Droit l'Homme et de Droit Constitutionnel a l'Université de *Cape Town*, vice présidente de l'Association International des Constitutionnalistes et présidente du Réseau des Constitutionnalistes Africains. Elle est présentement membre du comité des experts établi par le Parlement Kenyan en vue de rédiger la nouvelle Constitution du Kenya. Entre 1994 et 1996, elle était membre d'un panel de sept experts ayant pour tâche de conseiller l'Assemblée Constitutionnelle lors de la rédaction de la 'version finale' de la Constitution Sud Africaine. Depuis lors, la plupart de ses travaux ont porté sur l'élaboration des constitutions et la mise en œuvre des nouvelles constitutions.

Enyinna NWAUCHE est le Directeur du Centre Africain des Etudes Légales de Port Harcourt au Nigeria et Professeur associé de droit à la Faculté de Droit à l'Université de Science et Technologie de *Rivers State*, Nkpolu Port Harcourt Rivers State Nigeria. Entre 2002-2004, il était Directeur général de la Commission Nigériane des droits d'auteurs. Il a publié intensément dans les journaux locaux et internationaux et est associé et visiteur dans plusieurs institutions. Il est membre du Comité exécutif du Réseau des Constitutionnalistes Africains.

1

PRESIDENTIAL TERM LIMITS AND THEIR IMPACT ON CONSTITUTIONALISM IN AFRICA

*Charles Fombad**
*Nathaniel A Inegbedion***

1 Introduction

Africa's independence constitutions placed no limits on the number of terms a leader could serve. It was therefore commonplace for presidents to stand for re-election as often as they wanted and many simply made this permanent by declaring themselves 'president for life'.¹ They created a myth of indispensability around themselves which is not supported by the realities on the ground. They lost touch with the ordinary citizens and were accountable to none. They stifled all opposition or competition for power, and plundered the resources of their countries, which they converted to a family heritage. The absence of a peaceful alternation of power prevented the development of a culture of constitutionalism with the concomitant problem of political instability either through *coups d'état* or civil unrest. During the first decade of independence, few of these leaders chose to retire peacefully and gracefully. Those who managed to survive assassination attempts or military *coups*² entrenched themselves in office by authoritarian and often murderous means or

* Lic-en-Droit (Yaounde), LL.M, PhD (London). Professor of Law and Head of Public Law Department, Faculty of Law, University of Pretoria, South Africa.

** LLB (Jos); LL.M (Ekpoma). Senior Lecturer, Department of Public Law, Faculty of Law, University of Benin, Benin City, Nigeria.

¹ See, eg, Jean-Bedel Bokassa of the Central African Republic (who later proclaimed himself 'emperor'), Francisco Macias Nguema of Equatorial Guinea, Kwame Nkrumah of Ghana, Hastings Banda of Malawi, Gnassingbé Eyadéma of Togo, Idi Amin of Uganda and Mobutu Sese Seko of Zaire. As BO_Nwabueze in *Presidentialism in Commonwealth Africa* (1974) 1 points out, presidentialism in Africa has tended towards dictatorship and tyranny, not so much because of its great power as because of insufficient constitutional, political and social restraint upon that power.

² Nearly three quarters of the African leaders who left power in the 1960s and 1970s did so via *coup*, violent overthrow or assassination. See DN Posner & DJ Young 'The institutionalisation of political power in Africa' (2007) 18 *Journal of Democracy* 128-129.

constructed numerous procedural defences against being voted out of office. In fact, since 1960, although more than 180 presidents have held power in different African countries, less than 20% of them have relinquished power or retired voluntarily.³ Before 1990, on those rare occasions when political succession occurred, this was often through a military *coup*, resulting in violence and instability or, on a few occasions, when an ailing leader installed a handpicked successor. The absence of term limitation has the dangerous tendency of elevating the president into a cult and an institution, and turning the office into an inheritance,⁴ thus preventing the people from choosing their leaders.

One of the significant innovations brought by the post-1990 constitutional rights revolution on the continent has been the attempt to end 'perpetual incumbency' through the introduction of presidential term limits. The aim has been to ensure that no one person should monopolise political power. In many respects, this is part of what could be referred to as a term limit movement that has gained momentum in the United States and in many other countries since the 1990s.⁵ However, like the transition to constitutional democracy itself, respect for constitutions, adherence to the rule of law and the proper functioning of state institutions remain a major problem. It is therefore no surprise that provisions on presidential term limits have come under assault in many African countries as many leaders still struggle to prolong their stay in power. This chapter considers the possible impact of presidential term limits on promoting a culture of constitutionalism in Africa and how they can be rendered more effective.

The chapter starts by identifying the different forms in which term limits appear in modern African constitutions. It then examines the different ways in which term limits have been implemented in different countries, paying particular attention to some of those countries where attempts to override them failed, in order to see what lessons can be learned. The paper also considers the possible impact of presidential term limits on the entrenchment of an ethos of constitutionalism. It is contended that, because of their increasing

³ Julius Nyerere of Tanzania, Leopold Senghor of Senegal, Nelson Mandela of South Africa and Quitt Masire of Botswana who voluntarily relinquished power and paved the way for succession remain the exceptions. By contrast, there are still many presidents who have been in power for more than 20 years and show little sign of being prepared to step down. These include Paul Biya of Cameroon, Hosni Mubarak of Egypt, Khadafy of Libya, Teodoro Nguema Mbasogo of Equatorial Guinea, Lansana Conte of Guinea, Robert Mugabe of Zimbabwe, but the dean of this group is Omar Bongo of Gabon, who has been in power since 1967.

⁴ See BO Nwabueze *The presidential Constitution of Nigeria* (1982) 201.

⁵ See P Basham 'Assessing the terms limits experiment. California and beyond' *Policy Analysis* No 413, 31 August 2001, <http://www.cato.org/pubs/pas/pa-413es.html> (accessed 17 May2008).

importance, presidential term limits must now be considered as an essential element of constitutionalism. Despite constitutional provisions imposing term limits, some African leaders have shown a strong desire to override the limitations. There is therefore a need to make these term limit provisions more effective. This, it is suggested, can be done by specially entrenching them in the constitution in a manner that will make their amendment very difficult and adding provisions containing special incentives, such as comfortable retirement packages, certain diplomatic privileges, and limited immunity from criminal prosecution to encourage Africa's Big Men to relinquish power voluntarily. Constitutional provisions that foster regular and peaceful alternation of power are necessary if democracy and constitutionalism are to gain a real foothold on the continent. The paper shows that, in spite of some reversals, there are many encouraging signs which augur well for the next round of constitutional reforms in Africa.⁶

2 Presidential term limits in African constitutions

Although it is now 17 years since presidential term limits became almost a norm in modern African constitutions, there are still some countries that have either simply fudged the issue of limiting the term of their chief executive, or ignored the problem completely. A typical example of the former is Ethiopia, where executive power is vested by the Constitution in the Prime Minister, while the office of President is ceremonial. However, while the Constitution limits the tenure of the President to two terms, no such limitation is imposed on the tenure of the Prime Minister.⁷ Though none limitation of term is a feature of the parliamentary system, it is subject to manipulation or abuse by a prime minister who is not keen to relinquish power, particularly in Africa which is yet to develop a culture of constitutionalism. The problem of term limits is ignored in the Constitutions of Cape Verde,⁸ Egypt,⁹ Equatorial Guinea,¹⁰ Guinea

⁶ The Republic of Benin is a good example. After independence in 1960, no fewer than 12 heads of state were overthrown in a *coup d'état*, but since the introduction of a two-term limit in the Constitution in the 1990s, two of its recent leaders, Mathieu Kerekou and Nicéphane Soglo, have alternated power following defeats in national elections. In 2001, Kerekou stepped down after agreeing to respect the two-term limit in the Constitution whilst Soglo decided not to stand for a second term in conformity with a constitutional age limit.

⁷ See the Ethiopian Constitution of 21 August 1995.

⁸ See the Cape Verde Constitution in Law 1/IV/92 of September 1992.

⁹ Art 77 of the Egyptian Constitution of 22 May 1980, after stating that the term of the President is six Gregorian years, proceeds to provide that '[t]he President of the Republic may be *re-elected for other successive terms*' (our emphasis).

¹⁰ See art 34 of the Constitution of 17 July 1996.

Bissau,¹¹ Lesotho,¹² Libya,¹³ Mauritania,¹⁴ Morocco,¹⁵ Zimbabwe,¹⁶ and even in the recently adopted Swaziland Constitution.¹⁷ Apart from these deviants, the constraints against protracted presidential incumbency are mainly through a limit to two terms of office or, in a few instances, a three-term limit.

African constitutions with presidential term limitation can be categorised into two main groups. The first group consists of constitutions that restrict presidential tenure to two terms. These differ in terms of the effectiveness of the language in which this is expressed as well as the duration of each term. In most cases, the duration of the presidential mandate is fixed at five years.¹⁸ There are, however, countries that have fixed it at four years,¹⁹ six years²⁰ or, more controversially, seven years.²¹

A second group is manifested by the countries which provide for a three-term limit. For example, article 33 of the Angolan Constitution of 28 November 1990, after providing that the presidential term is five years, states that the incumbent is eligible for two further terms. Article 45 of the Madagascar Constitution of 18 September 1992 and articles 52(1) and (2) of the Seychelles Constitution of 21 June 1993 both also provide for a five year presidential term with a three-term limit.

The only significant variation from these two groups appears in the Mozambican Constitution of 2 November 1990. Article 118(5) states that a president may only be re-elected on two consecutive occasions, but article 118(6) provides that a president who has been elected on two consecutive occasions may stand again after a five-year break.

¹¹ See the Constitution of 16 May 1984.

¹² See the Constitution of 2 April 1993.

¹³ See the Constitution of 11 December 1969.

¹⁴ See art 28 of the Constitution of 12 July 1991, which states simply that the President of the Republic is eligible for re-election.

¹⁵ See the Constitution of 7 October 1996.

¹⁶ See the Constitution of 1979.

¹⁷ Signed by King Mswati III on 26 July 2005. It came into effect on 8 February 2006.

¹⁸ See, eg, art 74 of the Algerian Constitution of 1996; art 42 of the Benin Constitution of 1 December 1990; sec 34(1) of the Botswana Constitution of 1966 (as amended in 1997); art 24 of the Constitution of Guinea of 23 December 1990; sec 2 of the onstitution of Kenya of 1969 (as amended in 1997); art 30 of the Constitution of Mali of 5 February 1992; art 36 of the Constitution of Niger of 18 July 1999; art 75(1) of the onstitution of São Tomé and Príncipe of 12 September 1990; and sec 88(2) of the Constitution of South Africa of 1996.

¹⁹ See, eg, art 66(1) of the Constitution of Ghana of 28 April 1992 and sec 135(2) of the 1999 Constitution of Nigeria.

²⁰ See, eg, art 23 of the Constitution of the Central African Republic of 14 January 1995 and art 23 of the Djibouti Constitution of 1992.

²¹ See, eg, art 7 of the Burkina Faso Constitution of 11 June 1991, art 6(2) of the Cameroon Constitution of 1972 (as amended in 1996), and art 57 of the Constitution of the Republic of Congo of 22 December 2001.

The option of combining two terms and a third non-consecutive term certainly provides what apparently looks like a reasonable compromise for those who feel that two terms for a lifetime might be too extreme a solution to the problem of restraining those who might be unable to resist the temptation to perpetuate their hold on power. Be that as it may be, it is how these terms limits work in practice that will determine their effectiveness as one of the modern mechanisms to curb the high propensity at arbitrary perpetual personal rule that has been common place in Africa for decades.

3 Presidential term limits in recent practice²²

A comprehensive assessment of the possible impact of presidential term limits in current African constitutions cannot fully be made until the first generation of democratically elected leaders come to the end of their constitutionally permissible terms. Nevertheless, there have been a good number of countries where the incumbents have exhausted their two terms and their experiences provide a reasonable indication of what is likely to happen in the future. What appears to be emerging is that many African political leaders do not like the term limits.²³ This is not surprising for, even in developed countries like the United States, which has had a much longer experience of term limits, studies have shown that a majority of politicians as well as interest groups who depend on politicians for employment, patronage and other benefits are opposed to term limits.²⁴

African practice with respect to term limits since 1990 suggests that it is possible to place the different countries into at least four groups. The first group consists of those countries where the presidents have willingly adhered to the term limits. The second group consists of those countries where the presidents have adhered to the term limits only under pressure from the public and after abortive attempts to override the terms limits. The third consists of

²² See also the recent studies by Posner & Young (n 2 above), B Baker 'Outstaying one's welcome: The presidential third-term debate in Africa' (2002) 8 *Contemporary Politics* 285; HK Prempeh 'Presidential power in comparative perspective: The puzzling persistence of imperial presidency in post-authoritarian Africa' http://www.works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?Article=1001&context=kwasi_prempeh (accessed 21 December 2007); S Perrot 'Y a-t-il une vie après le pouvoir?' (1996) <http://www.cean.sciencespobordeaux.fr/page%20perso/td51-52.htm> (accessed 17 May 2008).

²³ Although a good number of leaders retired after they came to the end of their constitutionally-permissible term limits, some of them, such as Moi of Kenya, Mkapa of Tanzania and Rawlings of Ghana, did make initial moves towards seeking a third term and changed course only when it became clear that there were powerful coalitions ready to oppose them.

²⁴ See Basham (n 5 above).

those countries where the presidents succeeded in overriding the term limits. The final group consists of those countries where the incumbents have not yet exhausted their two terms. Particular attention will be paid to certain leaders in this category, whose adherence to the limits is unpredictable.

Evidence suggests that there is a new trend of more African presidents willing to retire voluntarily. As pointed out earlier, more than 180 presidents have held power in different African countries since 1960; less than 20% have relinquished power voluntarily. Indeed, a recent study shows that the figure is higher than that. According to the study, of the 204 African presidents who held power between 1960 and 2004, more than half were overthrown and only 25 retired voluntarily.²⁵ What is perhaps particularly significant is the fact that 17 of those who retired did so between 1990 and 2004, and eight of them, or one-third of all these voluntary departures from office, took place between 2000 and 2004. First, there is Jerry Rawlings of Ghana, who seized power after a military coup in 1981, and ruled as military leader until 1993 when he was elected as a civilian president under the 1992 Constitution. He retired in 2001 after his second term.²⁶ Another retiree after serving two terms is Benjamin Mkapa of Tanzania, who was in power from 1995 to 2005. In fact, Tanzania is one of the few African countries that have regularly held presidential and parliamentary elections every five years, and its presidents have strictly adhered to the two-term limit since it was introduced in 1985.²⁷ Most recently, Mathieu Kérékou (who, like Rawlings, is a former military leader who became a civilian president under a democratic constitution) stepped down after serving two terms from April 1996 to April 2006. Before he stepped down, he was quizzed about the possibility of amending the Constitution to prolong his stay in power. The response he gave is interesting. According to him, 'if you don't leave power, power will leave you'.²⁸ Perhaps it is to avoid being forcefully removed from power or losing the support of the

²⁵ See NAI Newsletter 3 February 2006 'With focus on African rulers: More African rulers vacate their office alive' <http://www.nai.uu.se/press/newsletterpdf/0602.pdf> (accessed 21 December 2007).

²⁶ In 1997, Jerry Rawling's party, the NDC, floated the idea of changing the term limits in the Constitution but a barrage of civil society and opposition party protests forced them to keep quiet and no practical steps were ever taken to change the term limits.

²⁷ After Julius Nyerere, Ali Hassan Mwinyi was in power from 1985 to 1995; he was followed by Benjamin Mkapa from 1995 to 2005. Since 2005 Jakaya Kikwete has been in power.

²⁸ He had good reasons to be circumspect. He seized power in a military *coup* in 1972 and declared Benin a Marxist-Leninist one-party state. In 1990, after 18 years in office, he was forced by opposition pressure to step down. In 1991, he tried to regain power in free elections but was defeated by Nicephore Soglo. However, he abandoned socialism and presented himself as a born-again Christian and narrowly defeated Soglo in the 1996 elections. See 'Benin president to retire' *Afrol News*, <http://www.afrol.com/articles/16820> (accessed 17 May 2008).

people, and not the need to enthrone constitutionalism that compelled him to relinquish power. Others who have stepped down after serving their two terms include Miguel Travoada of São Tomé and Príncipe and Alpha Oumar Konte of Mali. In addition to these, there is a need to also note at least two leaders who have voluntarily retired, foregoing one presidential term, such as Nelson Mandela of South Africa in 1999 and Joaquim Chissano of Mozambique in 2005. This trend suggests that some African leaders are now willing to retire from office voluntarily and with honour. Although this is a positive development, it remains the exception. It is also worthwhile pointing out that even some of the voluntary retirees have had to resist pressure from opportunistic self-seeking bandit billionaires who try to encourage them to hold onto power at all costs.²⁹

The second category, made up of those presidents who have had to retire after pressure prevented them from amending constitutional provisions to prolong their stay in power, is particularly revealing of the challenges that democracy, the rule of law and constitutionalism face in Africa. Three cases, Frederick Chiluba of Zambia in 2001, Bakili Muluzi in Malawi a year later, and Olusegun Obasanjo of Nigeria as recently as 2006, stand out and show how the issue of lifting presidential term limits is highly contentious, divisive, partisan and potentially destabilising. All three leaders came to power with great promise and raised high hopes and expectations but ended up in many respects as a disappointment. What all three leaders appear to suggest is that some of the 'democratic leaders' of the so-called 'third wave'³⁰ of democratisation still carry many of the manipulative and exploitative impulses of the one-party dictators of the pre-1990 period.

²⁹ Eg, in Tanzania, former presidents Nyerere, Mwinyi and Mkapa had to resist the pressure on them to stay on. See J Warioba 'Political succession in East Africa' in CM Peter & F Kopsieker (eds) *Political succession in East Africa. In search for a limited leadership* (2006) 5 10-11.

³⁰ Huntington coined the expression in *The third wave: Democratisation in the late twentieth century* (1991) 15-16. He defines a 'wave of democratisation' simply as 'a group of transitions from non-democratic to democratic regimes that occur within a specified period of time and that significantly outnumber transitions in the opposite direction during that period'. He identifies two previous waves of democratisation: a long, slow wave from 1828 to 1926, and a second wave from 1943 to 1962. Most consider the 'third wave' to have started in the 1970s, although it only reached African shores in the late 1980s and early 1990s, in what Larry Diamond and others such as Julius Ihonvbere and Terisa Turner call 'second liberation' or 'second revolution'. L Diamond 'Developing democracy in Africa: African and international perspectives' paper presented at the Workshop on Democracy in Africa in Comparative Perspective, Stanford University (27April 2001) <http://democracy.stanford.edu/Seminar/DiamondAfrica.htm> (accessed 17 May 2008). See also L Diamond 'Is the third wave over' (1996) 7 *Journal of Democracy* 20; J Ihonvbere & Turner 'Africa's second revolution in the 1990s' (1993) *Security Dialogue* 349-352.

Frederick Chiluba, who is usually regarded as one of the flag bearers of the third wave of democratisation in Africa, portrayed himself as a genuine democrat. In fact, in the valedictory banquet for Sir Ketumile Masire, former President of Botswana, in Gaborone on 31 March 1998, he paid fulsome tribute to the departing statesman and spoke in passionate tones about the need for African leaders to borrow a leaf from Masire's book by passing the baton to others. Three years later, he openly subverted all the political ideas that had led him to a convincing and easy victory against Kenneth Kaunda in 1991. His obsession with retaining power initially led him to invoke the provisions of article 34(3)(a) of the Zambian Constitution of 1991³¹ by excluding the former President Kenneth Kaunda from contesting the 1996 presidential elections on the ground that he was not a Zambian. Just before the end of his second term, he again initiated changes to the Constitution to enable him serve a third term, but dogged opposition both from within his own party (the ruling Movement for Multi-Party Democracy)³² as well as opposition parties and civil society stopped him. A year later, in Malawi, Bakili Muluzi tried to do the same thing. His passage to the presidency bore many similarities to Chiluba's, as he had replaced 'president for life', Dr Hastings Banda, who had ruled for 30 years. Towards the end of his second term, Muluzi tried to introduce a Bill called Open Term Bill to remove restrictions on the number of times an incumbent can contest presidential elections, but this too was defeated.³³ The repercussions of the abortive third term agenda still reverberate in Malawi today as the country struggles to heal the wounds of division and political instability which it provoked.³⁴ In the cases of Zambia and Malawi, the presidents and their supporters failed in spite of the widespread use of intimidation, blackmail, violence, bribery and corruption to neutralise their opponents. What was perhaps most significant in both cases was the fact that the resistance was not only from opposition parties, but also from within the ranks of the ruling parties.

Perhaps the best illustration of the present dilemma with presidential term limits and the unpredictable temperament of the current crop of leadership is the recent debacle in Nigeria, which saw Obasanjo's moves to change the Constitution to prolong his stay in

³¹ Adopted on 24 August 1991.

³² In fact, 15 senior members of the National Executive Committee of the party openly opposed his bid to amend the Constitution, and 59 members of parliament from his party, including several cabinet ministers and his own Vice-President, signed a petition in which they pledged to block any attempts to allow the President to run for a third term.

³³ He very nearly succeeded because the Bill fell just three votes short of the two-thirds majority needed to amend the Constitution.

³⁴ There were some reports suggesting that Muluzi had announced his bid for a non-consecutive third term. See <http://www.topix.net/forum/world/africa/TNAAERS68DAEOGAKN>. (accessed 21 December 2007).

power successfully repelled. The Nigerian experience deserves detailed discussion.

The Obasanjo administration's attempt to prolong its stay in office beyond the constitutional two-term limit of four years provided for in the Constitution is not new in the country's constitutional history. Indeed, three such attempts had been made by previous administrations. All failed. On each occasion, the attempt at tenure elongation led to the abrupt termination of the regimes: through *coups d'état*, as in the case of General Yakubu Gowon; through public pressure in the case of General Ibrahim Babangida; and through sudden death in the case of General Sanni Abacha. It was therefore surprising that the Obasanjo administration again attempted to chart this doomed course. It is even more surprising, in view of the fact that one major reason for the overthrow of the General Yakubu Gowon regime by Generals Mohammed and Obasanjo was because the former reneged on a promise to hand over power to a civilian regime. What makes it a double irony is the fact that it was President Obasanjo, then a general in the Nigerian army and the head of state, who voluntarily handed over power to Alhaji Shehu Shagari in 1979 in fulfilment of his own transition programme.

Section 137(1)(b) of the Nigerian Constitution of 1999 states that a person shall not be qualified for election to the office of president if he has been elected to such office at any two previous elections.³⁵ The only qualification to this is in sections 135 and 137(1)(b), which allow for term extension when the nation is at war and the territory of Nigeria is physically involved. The first indication that the Obasanjo administration was nursing an ambition to succeed itself emerged at a so-called Political Reform Conference, which took place in the first half of 2005. It is worth recalling that after the annulment of the 12 June 1993 presidential election by Babangida, there had been strong calls for a sovereign national conference and these calls became much stronger when the Obasanjo administration was sworn in on 29 May 1999. President Obasanjo, however, had dismissed these demands arguing that whatever issues needed to be discussed could be done within the democratic framework of the National Assembly composed, as it is, of the peoples' representatives in its capacity as a repository of the sovereignty of the people. It was therefore to a surprised nation that in his New Year message in 2005, the President promised to institute a political dialogue in the form of a political reform conference which composition was largely dominated by government nominees. The opposition felt that the President had a hidden agenda in setting up the conference. During the course of the

³⁵ See also sec 182 of the Constitution, as it applies to the disqualification of state governors.

conference, the draft of a new Constitution was circulated which recommended, *inter alia*, a three-term tenure for the President. Though the government disowned the authorship of the document, it was widely suspected that the government had circulated the document with the aim of testing the political waters. Eventually, the government initiated the creation of a National Assembly Joint Committee on the Review of the 1999 Constitution. The mandate of the Committee was essentially to carry out a comprehensive review of the 1999 Constitution with a view to amending it to reflect present needs and preoccupations.³⁶ In its recommendations, the Committee recommended, *inter alia*, that section 137(1)(b) of the 1999 Constitution be amended so as to remove the term limit. The Bill to amend the Constitution was presented to the Senate on 11 April 2006 but was thrown out in its entirety on 16 May 2006 after very intense and divisive debate. Earlier on that day, the House of Representatives had thrown out the clause that sought to extend the tenure of the President. Obasanjo's attempt to amend the Constitution in order to secure a third term failed in spite of the fact that his party had a comfortable majority in the National Assembly and the President had gone to extraordinary lengths, including spending large sums of public money to bribe parliamentarians to support the Bill.³⁷

A number of factors combined to thwart Obasanjo's third term ambitions. First, his Vice-President, Atiku Abubakar,³⁸ who was nursing his own presidential ambition, openly opposed the third-term agenda of the President.³⁹ Besides him, two former military rulers, General Buhari, who lost the 2003 presidential elections to President Obasanjo, and General Ibrahim Babangida, who was seen as largely instrumental in Obasanjo's selection as a presidential candidate and his eventual victory in 1999 and who nursed presidential ambitions, felt threatened. These three presidential aspirants felt that the third-term agenda would end their presidential ambition. They therefore mobilised their supporters in the National Assembly to frustrate the

³⁶ For a detailed discussion on these issues under the 1999 Constitution, see NA Inegbedion & E Omoregie 'Federalism in Nigeria - A reappraisal' (2006) 4 *Journal of Commonwealth Law and Legal Education* 69-83.

³⁷ Obasanjo is alleged to have given Nigerian parliamentarians as much as 50 million Naira (approximately US \$6,5million) as a bribe ('Nigeria's elections: Big men, big fraud and big trouble' *Economist* 27 April 2007 http://www.economist.com/world/displaystory.cfm?story_id=9070922 (accessed 21 December 2007).

³⁸ The Vice-President has recently been indicted by the Economic and Financial Crimes Commission (EFCC) (the anti-corruption watchdog) and an Administrative Panel headed by the Attorney-General of the Federation and set up by the President to review the report of the EFCC on charges of corruption and abuse of office. It is the position of the Vice-President's supporters that he is not guilty of any wrongdoing, but that the allegation made against him was part of a campaign of calumny mounted by the presidency to tarnish his image because of the role he played to frustrate the third term bid. The Vice-President successfully challenged his indictment in a federal court.

³⁹ See the Vice-President's comments on the front page of *The Punch* newspaper of Friday 7 April 2006 where he called for a concerted opposition against the bid.

bid. Allied to the role played by these three personalities of northern origin is the competition for power between the northern part of the country and its southern counterpart.⁴⁰ The third-term agenda represented a major threat to the north's quest for power and northerners were determined to stop it. Second, there was the fear of some members of the National Assembly that if the agenda succeeded, the delicate geo-political equation in the country would be violently distorted, thus making it practically impossible for some zones in the country to produce a president. This group refused to be swayed by the proponents of the agenda who argued that the incumbent President needed more time to consolidate his world-acclaimed reform programme. Finally, a crucial factor that contributed to the failure of the third-term agenda and consequently the entire amendment process was the comprehensive media coverage given to the debate at the National Assembly on prime time television and in the daily newspapers. The media coverage made it politically unsafe for members of the National Assembly to speak in favour of a third term because they knew that the voting public was against the proposed amendment. In fact, there were reports that, in some constituencies, militant groups had threatened to take the lives of members of the National Assembly and their families and to damage their properties if they voted in favour of the amendment.⁴¹

Obasanjo's abortive third-term bid is particularly unfortunate for many reasons. First, Obasanjo came to power in 1999 on a groundswell of optimism that he was going to break away from the past and chart a progressive course for the country. Second, he had previously returned the country to democracy in 1979 and was therefore seen as a democrat. Third, he was an anti-corruption crusader and had spent time in prison due to his opposition against the military regime of the late General Sanni Abacha. Fourth, Obasanjo, on assuming power, championed the African cause. He was one of those at the forefront of the New Partnership for Africa's Development (NEPAD), the African Peer Review Mechanism (APRM) and the African Union (AU) agendas to promote democracy and good governance.⁴² The third-term agenda was therefore a clear contradiction of these programmes that he pretended to be promoting. Finally, the strategic position of Nigeria as a regional power dictates that it should play a leading role, as it has done on

⁴⁰ Since the advent of the 1999 Constitution, it has become a convention of some sort for the sharing of political offices in the country to be based on six geo-political zones artificially created by the politicians. The zones are the North-West Zone, the North-East Zone, the North-Central Zone, the South-South Zone, the South-East Zone and the South-West Zone.

⁴¹ See *The Punch*, 7 April 2006.

⁴² See CM Fombad 'The African Union, democracy and good governance' in H Melber (ed) 'AU, NEPAD and the APRM. Democratisation efforts explored' 32 *Current African Issues* (2006) 9-39.

many issues in Africa. Only a credible democratic leader in Nigeria can dissuade other African leaders from undemocratic practices and can be taken seriously. As the famous Nigerian novelist, Professor Chinua Achebe, in his blistering essay 'The trouble with Nigeria' opines, 'the Nigerian problem is the unwillingness or inability of its leaders to rise to the responsibility, to the challenge of personal example which are the hallmarks of true leadership'.⁴³

Thus, the term extension plans of Obasanjo, Muluzi and Chiluba were foiled. However, there is a third category of countries in which leaders have succeeded in amending their constitutions to prolong their stay in power in spite of strong opposition from all segments of society. The first example is Sam Nujoma of Namibia. In November 1998, Nujoma's party, the South West African Peoples' Organisation (SWAPO), amended article 29(3) of the Namibian Constitution of 1990, which imposed a two-term limit, to allow Sam Nujoma, the first President of the country, to serve an additional term.⁴⁴ The main argument used by SWAPO to justify the amendment was that the two-term rule should only apply to directly-elected presidents and Nujoma had not been directly elected in 1990. Nevertheless, it was pointed out that this was a special arrangement designed to give Nujoma a third term.⁴⁵ At the expiration of the third term, he retired from office but still retained the presidency of the party which he finally relinquished on 29 November 2007.⁴⁶ Given the dominance of SWAPO, nothing stops this precedent from being followed in the future and a special reason from being fabricated to allow the new president a third term. The constitutional amendment may not have precipitated too much acrimony and widespread resistance because of the peculiar circumstances of the country as a new nation emerging from the shadows of an inhumane apartheid system and the status of Nujoma as the founding father.

Chad provides a second example of overriding a term limit. On 26 May 2006, the Chadian Parliament, dominated by the ruling Patriotic Salvation Movement (MPS), approved an amendment to the 1996 Constitution, which replaced the two-term limit with an open term allowing President Idriss Deby to stand as presidential candidate for an unlimited number of times. This was despite the fact that during

⁴³ Quoted by Calderisi 'Africa: Better off without us?' <http://www.newstatesman.com/200606260016> (accessed 17 May 2008).

⁴⁴ See Namibian Constitution First Amendment 34 of 1998.

⁴⁵ To underscore the personal desire of Nujoma himself to retain power, he had hinted that he was ready to stand for a fourth term, but the 73 year-old former President retired at the end of his third term and after 15 years in office on 21 March 2005.

⁴⁶ See Sam Nujoma <http://en.wikipedia.org/wiki/SamNujoma> (accessed 21 December 2007).

his 2001 presidential campaign, he had promised to step down at the end of his second term in office.⁴⁷ Then he had said:

I make a public commitment: I will not be a candidate at the 2006 presidential election. I will not change the Constitution ... What remains to do for me in my last mandate is to prepare Chad for alternation in government.⁴⁸

The embattled opposition, with only 45 seats as compared with 155 for the ruling party, was unable to block the amendment. Although they walked out of parliament in protest, and called for a strike and a 'no' vote in the upcoming referendum, they did not change the situation. In the two previous multi-party presidential elections that Deby won, all the international observers reported that the elections were marred by serious irregularities and fraud.⁴⁹ The results of the referendum were published on 7 July 2004 and reflected a clear victory for the President with 65,75% in favour of the constitutional amendment as against 34,25% against the amendment. The positive result of the referendum was all Idriss Deby needed to contest for the 2006 presidential election, in which he won a third term.⁵⁰

Cameroon only recently followed the Chadian example when, on 10 April 2008, the National Assembly, dominated by the ruling Cameroon People's Democratic Party (CPDM), overwhelmingly passed a Bill to amend Law 96/08 to change the Constitution to allow the President to run for unlimited re-elections. The vote took place despite the fact that the opposition Social Democratic Front representatives, just as in the Chadian case, walked out of the Assembly in protest and only one month after the anti-government protests against the proposed constitutional changes had been violently suppressed with heavy loss of life.⁵¹ Even before the constitutional amendment had been made, there were indications that Paul Biya, the Cameroonian President, was interested in elongating his stay in power. He had earlier consented to a two-term limit in article 6(2) of the amended Cameroonian Constitution of 1996, only after extending the normal presidential tenure from five years to seven years and ensuring that the powers of the executive were considerably increased whilst those of the legislature and judiciary were reduced. What makes the Cameroonian situation very unique is not only the fact that Biya has been in power for 26 years,

⁴⁷ See 'Parliament approves third term for Chad's President' <http://www.afrol.com/articles/12772> (accessed 21 December 2007).

⁴⁸ See *Le Monde* 9 July 2006 cited in 'Chadian Constitutional Referendum' http://en.wikipedia.org/wiki/chadian_constitutional_referendum%2c_2005 (accessed 21 December 2007).

⁴⁹ As above.

⁵⁰ See Chadian Constitutional Referendum (n 48 above).

⁵¹ See Constitution of Cameroon http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_of_Cameroon (accessed 17 May 2008).

but still has four years of his present term to go, yet he ignored local and international pressure not to change the Constitution. He probably hurried to change the Constitution because he noticed that all international attention was focused on Zimbabwe, where Robert Mugabe had clearly lost the presidential elections and was resisting strong international pressure to concede defeat and leave gracefully.

Perhaps the most disappointing example of term elongation through the amendment of a constitutional presidential term limit is Yoweri Museveni of Uganda. Although an exponent of the ill-fated 'no-party democracy system', President Museveni was, until recently, a darling of the West and of financial institutions such as the International Monetary Fund and the World Bank. Recently described by one diplomat as 'an African success story turning sour',⁵² Museveni appears to reinforce the general misgivings about the quality, character and unpredictable temperament of many African leaders. Initially, a popular, charismatic and genuine reformer, who was able to stop the bloodshed and violence that had wrecked Uganda for decades, he was able to transform the country and turn it round, earning praise and admiration for his achievements on the economy and in bringing under control the spread of the HIV/AIDS virus. Shortly after he assumed power in 1986, Museveni had even declared that 'no African head of state should be in power for more than 10 years'.⁵³ In his book *What is Africa's problem?* he had rightly argued that the longer a president stays in office, the harder it is to remove him in a democratic manner.⁵⁴ It is a tragic irony that by 2005, Museveni had not only been in power for 19 years, but was ready to risk the peace, prosperity and political stability he had worked so hard to establish in Uganda and antagonise a majority of the population as well as his Western supporters by amending the Ugandan Constitution to enable him run for a sixth successive presidential term. The deep divisions and bitterness caused by the extreme measures he took to force the amendment through parliament against resistance, even from members of his ruling National Resistance Movement (NRM),⁵⁵ were accentuated by the highly controversial manner in which he subsequently won re-election in February 2006. It was only under considerable Western pressure that he released his main opponent, Dr

⁵² See speech by Ambassador Johnnie Carson 'Uganda - An African success story turning sour' <http://209.85.129.104/search?q=cache:FbldFZGnk9oJ:www.wilsoncenter.org/topics/docs> (accessed 21 December 2007).

⁵³ See G Ayittey 'The African equation' <http://freeafrica.org/wars.3html> (accessed 21 December 2007).

⁵⁴ See J Oloka-Onyango 'Open letter to President Museveni' 1 August 2006 <http://www.openlettertom7.blogspot.com/> (accessed 17 May 2008).

⁵⁵ There were reports that about 200 members of parliament were given the equivalent of US \$3 000 each to persuade them to vote in favour of the Bill amending the Constitution. See 'Our common interest' Report of the Commission for Africa http://www.commissionforafrica.org/english/report/reactions/16-0305_rr_john_patrick_mbabazi.pdf (accessed 17 May 2008).

Besigye, from detention where he was standing trial for treason and rape. What makes the Ugandan situation particularly ominous is that since independence, there has never been a peaceful transfer of power from one leader to another. Military *coups* and civil wars have been the norm. Museveni could have broken this vicious cycle but, like a pre-1990 African dictator, he could not resist the temptation to change the Constitution in order to prolong his stay in power.

Finally, there is a group of African states ruled by 'born-again' democrats whose commitment to democracy and constitutionalism is very much in doubt. These consist of monuments of 'standpartism', as Lemarchand describes them,⁵⁶ such as Omar Bongo of Gabon, Tedoro Nguema of Equatorial Guinea, Blaise Campaoré of Burkina Faso, Robert Mugabe of Zimbabwe,⁵⁷ Lansana Conté of Guinea and Hosni Mubarak of Egypt. Some of them have grudgingly adopted some of the symbolisms of democracy and modern constitutionalism, such as a presidential term limit, but it remains doubtful if they will retire quietly without attempting to override this restriction. Their records do not encourage much optimism.

4 Why term limits?

The absence of term limits as well as a clear constitutional mechanism for alternation of power did not only result in leaders remaining in office for too long, but also in them losing touch with the grassroots and ruling in a manner that was unresponsive to the needs and wishes of the people, thus promoting a lack of accountability in governance, necessitating in many instances their forceful removal from power through *coups d'état*. Many of these leaders created a certain myth, if not an illusion, about their self-worth, indispensability and irreplaceability in a self-delusion that seemed to grow the longer they stayed in power. For example, campaigners in favour of amending the

⁵⁶ R Lemarchand 'African transitions to democracy: An interim (and mostly pessimistic) assessment' (1992) 22 *African Insight* 178-185.

⁵⁷ In December 2006, the ruling ZANU-PF party agreed to delay the forthcoming presidential elections under the pretext of trying to ensure that these elections coincide with parliamentary elections and effectively extending Robert Mugabe's term by two years. On 29 March 2008, presidential and parliamentary elections were held. The results from parliamentary elections showed that the Movement for Democratic Change had won an overwhelming majority in parliament, but Mugabe refused to concede defeat and protested the outcome of the election, thus forcing the electoral commission to recount the ballot. The result of the recount again showed that the opposition had won, but not with a clear majority. A run-off was subsequently fixed for 27 June 2008. Meanwhile, there were reports that the ruling party, ZANU-PF, resorted to torture, illegal detention of opposition members, threats of assassination and intimidation of the electorate, all in a bid to ensure that the result of the run-off was in favour of Mugabe. See http://www.newstin.com/us/ELECTIONS_IN_ZIMBABWE (accessed 17 May 2008); <http://hrw.org/doc/?t=africa&c=zimbab> (accessed 17 May 2008) and <http://hrw.org/doc/?t=africa&c=zimbab> (accessed 17 May 2008).

term limits in Uganda portrayed Museveni as an exceptional leader who had brought peace, stability and development to his country and needed more time to complete the programme.⁵⁸ In Nigeria, Obasanjo had persuaded himself to believe that he was the saviour who alone could rescue Nigeria from the brink and needed a little bit more time to complete his messianic mission.⁵⁹ The Namibian Prime Minister, Hage Geingob, had no qualms in telling parliament in 1998 that 'Namibia has no alternative to Nujoma'.⁶⁰ Similar sentiments have been expressed since independence in the 1960s by almost all African leaders and yet no country has collapsed because an 'indispensable and irreplaceable' leader had left the scene with, of course, the exceptional cases of the likes of Mobutu and Idi Amin, whose reckless misrule inevitably led to such collapse. Democracy requires that power should be shared and that no leader, no matter how competent and effective he may be, should consider himself indispensable. Judge Joseph Sindi Warioba, in arguing that Africa is not bankrupt of good and competent leaders, gives the following very telling illustration:

In Tanzania in 1985 people did not want to let go of Mwalimu Nyerere because they thought they could not get another good leader. All the same he retired and president Mwinyi came. In ten years later, (sic) 1995, some people wanted Mwinyi to continue because he was a good leader. Even now some people want President Mkapa to continue for the same reason. *This shows the country is not bankrupt of good leaders.*⁶¹

Impermanency in high office is a fundamental democratic principle which is yet to be embraced on a continent where, in a supposedly democratic era, permanency of tenure and the reluctance by most presidents to hand over power, even after losing elections, is still the norm.⁶²

The hackneyed aphorism that if power in general corrupts, it is the prospects and fear of losing it which corrupts absolutely, is

⁵⁸ http://www.radiorho.org/htm_material/archiv/text/own/PART%20OF%20THE%20DRAFT%20REPORT%20on%20Presidential%20Limits.pdf (accessed 21 December 2007).

⁵⁹ See J Ibrahim 'Legislation and the electoral process: The third term agenda and the future of Nigerian democracy' http://www.cdd.org.uk/pdf/NigeriaCrossroads_jun06meeting.pdf (accessed 17 May 2008).

⁶⁰ See V Williams 'Namibia: Situation report' <http://www.unhcr.org/publ/RSDCOI/3ae6a6cb8.pdf> (accessed 21 December 2007).

⁶¹ n 29 above, 10-11 (our emphasis).

⁶² A good example is Robert Mugabe. After losing the March 29 parliamentary elections, Mugabe and his agents resorted to all sorts of tactics, all in a bid to ensure that his party won the run-off between his party and the MDC. See n 57 above. Similarly, widespread killing and rioting took place in Kenya after President Mwai Kibaki was declared the winner of the December 2007 elections which was believed to have been seriously flawed or even won by his main challenger, Raila Odinga. See <http://www.nytimes.com/2008/01/world/africa/01kenya.html> (accessed 14 May 2008).

particularly true in Africa.⁶³ Recent history shows a political culture of deep-rooted all-pervasive and endemic corruption promoted by the leadership, probably shielded by the belief that nobody could hold them accountable. The only way to break the deep-seated patterns of clientelism and neo-patrimonialism that have dominated African politics since independence and today still threaten to undermine the faltering and hesitant steps towards constitutionalism and democracy is to ensure that there is a regular leadership change at specified periods and that former leaders are held to account. In short, term limits provide greater scope for leadership renewal, genuine political competition and accountability.

Term limits reduce the barriers to entry to politics, facilitate the process of developing a culture of political competition and enhance the prospects for political development and the consolidation of democracy. Increased competition in the political market place will also improve the prospects for greater choice and satisfaction. By contrast, the absence of a clear mechanism for peaceful and orderly alternation of power is likely to breed frustration amongst those who aspire to leadership positions through legitimate means and may provoke them to resort to violent means to achieve their aims, as frequently happened in the pre-1990 period. For example, when Obasanjo finally conceded defeat in his bid to amend the Nigerian Constitution and secure a third term, it opened up the political space, which hitherto had been closed because some of the serious contenders to the office from his party had not wanted to offend him by declaring their candidature. More significantly, however, the ethnic tension created in the country due to the attempt to override the constitutional term limit was considerably reduced.⁶⁴

At the moment, term limits do not often lead to a change of government. The present reality is that the dominant parties have become so entrenched that alternation usually results in a change of leadership in the ruling party only, whilst the party continues to enjoy the advantages of incumbency. When this is combined with the general tendency of ruling parties to promote fragmentation amongst the opposition parties and the high cost of electoral campaigns, there is very limited political competition. However, term limits provide an

⁶³ See P Cook *Liberty of expression* (1990) 134.

⁶⁴ Nigeria is a multi-ethnic country with at least about 250 ethnic groups. Out of this number, the Hausa/Fulani, Yoruba and Ibo are the major ones and have always jostled for political power to the exclusion of the other minority groups. The competition for power has always been a source of political tension in the country, which on several occasions have threatened the corporate existence of the country, including a civil war that was fought from 1967 to 1970. This time around, the same forces felt that if President Obasanjo, a Yorubaman, is permitted to get a third term, it would effectively shut out their ethnic groups from having a shot at the presidency in their life time or, worse still, lead to another civil war.

important foundation on which a genuinely competitive political environment may with time be built.

Poor leadership has been one of the major causes of the crisis of governance and the emerging apathy with the democratic transition in Africa. Term limits provide a framework that not only ensures that political power is not retained for too long, but also that no cult of personality develops around the leader. Perhaps one of the most important consequences of this is that it will ensure that the sustainability of constitutional governance and democracy in the country should, *inter alia*, depend on the strength and solidity of the constitutional framework regulating the powers and duties of the president rather than the chance occurrence of the election of a good and inspirational leader, such as Nelson Mandela, or even the goodwill and benevolent disposition of such a leader. Two terms are long enough for leaders to manifest their exceptional leadership qualities and to complete their programmes as well as to give others the opportunity to also display their own leadership qualities.

The failure to limit the ability of opportunistic leaders tinkering with constitutions caused many of the fairly liberal provisions in most African independence constitutions to be quickly abrogated or compromised. Although the post-1990 constitutional changes have tried to limit the ability of opportunistic governments to manipulate constitutional provisions to suit their short term convenience, this has not succeeded in dissuading African politicians from seeking to amend the provisions on term limits. In doing so or attempting to do so, many have again undermined the constitutions and thus limited the scope for consolidation of constitutionalism.

5 Presidential term limits and modern constitutionalism

A constitution in general, and modern constitutionalism in particular, is fundamentally preoccupied with limiting governmental power in order to counter the twin evils of arbitrariness and anarchy. In spite of the importance of term limits, the question whether they should be included in any constitution and, further, whether they qualify as one of the core elements of modern constitutionalism,⁶⁵ remains a matter of some controversy. As we noted above, politicians who benefit from government do not like term limits. Although numerous arguments have been put forward at one stage or another against terms limits

⁶⁵ For a discussion of the meaning and core elements of constitutionalism, see CM Fombad 'Challenges to constitutionalism and constitutional rights in Africa and the enabling role of political parties: Lessons and perspectives from Southern Africa' (2007) 55 *American Journal of Comparative Law* 1-46.

and their potential impact on constitutional and democratic entrenchment and consolidation, the arguments in favour are overwhelming.

Some apologists for open terms point to the fact that Africa borrowed its constitutional systems from the major Western constitutional systems and most of these, with the major exception of the United States, do not have any term limits.⁶⁶ According to this school of thought, term limits are therefore an imposition and a display of double standards by the West and foreign donors.⁶⁷ This argument is unsatisfactory on several grounds. First, term limits have very strong historical roots that go back as far as Athenian democracy in the fifth century BC and are well grounded in classical liberal models of limited, democratic government.⁶⁸ Second, in most of these Western democracies, there is a strong culture of political accountability and tolerance that promotes power sharing and ensures that leaders who stay in power for a long time are the exception rather than the rule. For example, in the 1990s, pressure from within the ruling Conservative Party forced Prime Minister Margaret Thatcher, who had stayed in power for too long, and was increasingly perceived as being out of touch and aloof, to resign. More recently, pressure from members of the ruling Labour Party has forced Prime Minister Tony Blair who, like Mrs Thatcher, is perceived to have been in power for too long and lost touch with supporters and voters in general, to step down in 2007. By contrast, in the United States, formal term limits were only introduced after President Franklin D Roosevelt was perceived to have broken an unwritten rule and ran for a third and fourth term.⁶⁹ Thus, although he was elected as president four times, and was generally reckoned to be a good and popular president, Americans could see the dangers of future presidents turning into something like elected monarchs, and they therefore amended the Constitution to impose the two-term limits under Amendment XXII. It is clear that in Western countries, even where term limitations are not explicitly or implicitly stipulated, there are in-built processes in practice to ensure that there is regular

⁶⁶ For different insights on the debates, see HA Bailey 'Presidential tenure and the two-term tradition' (1972) 2 *Publius* 95-106 and KA Boeckelman 'Term limitations, responsiveness, and the public interest' (1993) 26 *Polity* 189-205.

⁶⁷ See B Ntuane 'Democratic forces must safeguard presidential term limits' <http://www.mmegi.bw/2006/May/Monday22/236196386145.html> (accessed 17 May 2008) and 'Term limits for heads of state' <http://www.iss.co.za/pubs/Other/ahsi/HammerstadMono/Chap7.pdf> (accessed 17 May 2008).

⁶⁸ See AHM Jones *Athenian democracy* (1986) 105.

⁶⁹ Term limits limiting the period that legislators may serve were part of America's first governing document, the Articles of Confederation. They were left out of the Constitution after some members fought in 1784 for the right to keep their seats indefinitely. However, self-imposed limits were backed by Washington, Jefferson and Lincoln, as part of a tradition in which politicians retired after two or three terms. See further 'End of term' <http://www.adamsmith.org/80ideas/idea/61/htm> (accessed 18 May 2008).

and peaceful alternation of power. This is spelt out more explicitly in the United States system, perhaps due to the dominance of the executive who combine the functions of head of state and head of government. Though the parliamentary system, as practised in Britain, differs from the United States presidential system, each with its own political culture, it is doubtful whether the in-built checks in the parliamentary system will make any difference in Africa unless there are explicit term-limit provisions in the constitution. From this perspective, it can be argued that term limitations are particularly necessary in Africa, not only because of our weak and fragile constitutional and democratic roots with no culture, history or tradition of competitive politics, but also because of the extensive personal powers that our presidents are usually conferred or arrogate to themselves, vis-à-vis the judiciary and the legislature, that enables them to manipulate these weak institutions and remain in power in perpetuity.

Some proponents of open terms argue that the imposition of term limits is undemocratic. In this respect, they are technically correct when they assert that 'we already have term limits - they're called elections'.⁷⁰ Elections certainly provide an opportunity for citizens to express their will on who should govern and for how long the person should govern. These critics further argue that it is unfair to impose term limits on presidents, when there are no similar limits on any other political office. These arguments, in spite of their superficial attraction, are quite weak and do not reflect the practical realities of today. Elections may well be a more democratic means of limiting access to and use of power but, as Schedler has rightly observed, most of the elections in Africa, even in this era of multi-party democracy, have simply provided 'little more than a theatrical setting for the self-representation and self-reproduction of power'.⁷¹ Numerous tactics have been used by incumbents to pre-empt and frustrate any potential threats emanating from popular elections. Some leaders have used the dominance of their political parties in parliament skilfully to craft electoral laws that favour them and permit them to exclude their opponents from electoral competition. For example, new nationality clauses were surreptitiously introduced into the constitutions by the incumbents in Côte d'Ivoire and Zambia to exclude serious competitors from the presidential race. Few incumbents who retained power did so in free and fair elections and only ten were unseated. In fact, because of the flagrant electoral fraud that has regularly taken place, in only ten of the numerous elections that took place between 1989 and 2000 was an incumbent

⁷⁰ See P Basham 'Assessing the term limits experiment. California and beyond' *Cato Policy Analysis* 413 <http://www.cato.org/pubs/pas/pa-413es.html> (accessed 17 May 2008).

⁷¹ A Schedler 'The menu of manipulation' (2002) 13 *Journal of Democracy* 47.

unseated.⁷² Since what are considered as the founding elections of the third wave of democratisation on the continent, from 1989 to 1995, the prospects of unseating an incumbent have increasingly receded. In short, the advantages of incumbency, which exist in all democracies, have been particularly exploited by African leaders to control and monopolise the public media, in the use of government resources and pork-barrel spending, and in the making and enforcement of the law. Some have even created the enabling environment to ensure success at the polls while, at the same time, putting up legal and political strictures in the way of the opposition which make any appreciable positive impact at the polls a mirage. With the hopes of free and fair elections receding, it is an illusion to rely on elections as a means of limiting the terms of African political leaders. Term limits provide some encouragement to more potential candidates to run for office and in this way promote political inclusion and power sharing. This also creates a congenial atmosphere for political participation and prevents political power being organised around semi-royal dynasties with the 'haves' transmitting their privileges to their children.

6 Lessons and future prospects

Although African presidents today leave office voluntarily much more often than previously, the manoeuvring of leaders such as Museveni of Uganda and Obasanjo of Nigeria show that term limits have not diminished the perennial lust for monopolising the power of African leaders, nor has it minimised the temptation for perpetual self-succession on the continent. The tenure elongation bids of some African leaders pose enormous challenges to the development of the two-term limit principle as an aspect of African constitutionalism. How then can term limitation be made more effective? What comes out quite clearly from the preceding discussion is that there can be no absolute guarantee that the presence of a constitutional provision limiting the term of a leader will ensure that such a leader makes no attempt to prolong his stay in power. Nevertheless, a number of important factors appear to hold the key to the effective implementation and embedding of term limits in the constitutions of African states.

First is the evolution of a culture of constitutionalism. In 1982, Robert Jackson and Carl Rosberg concluded that they saw little sign that the drama of personal rule would soon give way to more settled

⁷² See N van de Walle 'Africa's range of regimes' (2002) 13 *Journal of Democracy* 70-71.

institutional forms of conducting affairs of state in Africa and remarked pertinently that

[t]he inquiring student of African politics may be better advised to read Machiavelli or Hobbes than the 'constitution', official plans, or party programmes of most African governments if he wishes to understand their central characteristics and dynamics.⁷³

This is a conclusion with which Hyden in his 2006 book, *African politics in comparative perspective*, agrees when he writes that 'the notion that constitutional norms and principles are binding on political leaders is still very much in doubt'.⁷⁴ Posner and Young are certainly correct when, after referring to these authors, they conclude that 'recent evidence suggests that the personal-rule paradigm that has been used to understand African politics for the past thirty years needs to be rethought'.⁷⁵

One of the most significant developments which has come about with the constitutional changes of the last decade is the fact that political power is increasingly changing hands today in Africa, not through violent means or in brazen disregard of the constitution, but in accordance with the provisions of the constitution. Rather than casually suspend or arbitrarily disregard the constitution, as was the case in the past, today most African leaders who want to prolong their stay in power strive to do so in accordance with the constitution. There is thus emerging an inclination to respect the constitution and constitutional rules and this is strongly supported by the international community in general and the AU's programme on democracy and good governance, which frowns upon unconstitutional changes of government.⁷⁶ This is an important step towards making term limits provisions effective.

The second factor is the existence of a vibrant and enlightened civil society. This is exemplified by the circumstances under which the third-term agendas in Zambia, Malawi and Nigeria failed. The failure of the agenda in these countries was largely due to the strong resistance put up by civil society, which was able to mobilise the population to reject the term extension proposals. This shows a strong commitment to democratic ethics, good governance and respect for the rule of law. Perhaps what was particularly impressive was the fact that all political parties, including members of the ruling parties in these countries, were able to put aside their political differences and present a united opposition in spite of the well-orchestrated

⁷³ RH Jackson & CG Rosberg *Personal rule in black Africa: Prince, autocrat, prophet, tyrant* (1982) 266.

⁷⁴ G Hyden *African politics in comparative perspective* (2006) 111.

⁷⁵ n 2 above, 136-137.

⁷⁶ See Fombad (n 42 above).

campaign organised by incumbents using bribes as well as intimidation, blackmail and violence. The lesson that needs to be learnt from this experience is that it is possible for a resolute citizenry to unite, mobilise, define, articulate and protect their interests and defeat attempts to override term limits.

The third factor is the creation of certain privileges or indemnity or immunity from prosecution of a purely political nature. It is vital to build into term-limits provisions measures and incentives that will accommodate the sometimes legitimate fears of incumbents and encourage them to retire peacefully. There has been a tendency since independence for former leaders, whether virtuous or vicious, and regardless of constitutional indemnities and other settlements, to suffer marginalisation, vilification, humiliation, persecution and even imprisonment and death by execution.⁷⁷ Term-limit provisions should therefore guarantee former leaders a certain minimum level of personal protection, as well as benefits and privileges befitting their status and role as former presidents. One of these measures is protection against future politically motivated persecution, the risk of which may not necessarily come from a successor from an opposition party, but from one who comes from the same party as the former president. Immunity from criminal prosecution, particularly in morally reprehensible (*mala in se*) offences,⁷⁸ is certainly not appropriate, but immunity from civil suits, administrative or executive actions, including the provision of benefits and privileges, will certainly be desirable. While the commission of crimes that may not be morally reprehensible but are prohibited by the state (*mala prohibita* offences)⁷⁹ by an incumbent president may be a ground for his impeachment, it is suggested here that such presidents should enjoy immunity from prosecution in respect of such offences. Thus, following the distinction just made, brutal and corrupt dictators, like Chiluba,⁸⁰ must be held accountable for their actions, while benign, naïve and misguided dictators, like Kaunda, ought to enjoy immunity

⁷⁷ See 'Institutionalisation of democracy in Africa - Issues paper' GCA/PF/2/10/1999.

⁷⁸ These are offences that are inherently immoral, such as unlawful homicide, arson or rape, and are so prohibited by statute. Offences created under the Rome Statute of the International Criminal Court, such as genocide and crimes against humanity, will also fall under this category.

⁷⁹ These cover offences or crimes that are so called merely because they are prohibited by statute, although the act itself may not necessarily be immoral, eg traffic offences.

⁸⁰ In fact, on 4 May 2007, a British court found Chiluba guilty of stealing US \$46 million in government funds and ordered him to repay the entire sum. The judge pointed out that, whilst the former President had officially earned a total salary of just US \$105 000 over his 10 years in office, he had managed to pay an exclusive tailor's shop in Geneva \$1,2 million, all money stolen from the state. In

from prosecution,⁸¹ at least in respect of offences that are not morally reprehensive or offensive to basic international human rights norms. Indeed, the Namibian Constitution confers qualified immunity on the president after leaving office. Article 31(3) provides:

After a President has vacated that office:

(b) a civil or criminal court shall only have jurisdiction to entertain proceedings against him or her, in respect of acts of commission or omission alleged to have been perpetrated in his or her personal capacity whilst holding office as President, if Parliament by resolution has removed the President on the grounds specified in this Constitution and if a resolution is adopted by Parliament resolving that any such proceedings are justified in the public interest notwithstanding any damage such proceedings might cause to the dignity of the office of President.

Thus, a president who completes his term of office, under the Namibian Constitution, enjoys absolute immunity from criminal prosecution, except where he was removed by parliament before the conclusion of his term of office. Even then, parliament must again pass a resolution that it is in the public interest that the former president be prosecuted. Under the Nigerian Constitution, the immunity enjoyed by the President against any legal proceedings is limited to the period of office.⁸² Prosecution can be commenced against him immediately he vacates office in respect of any offences committed while in office.⁸³ A similar protection with article 31(3) of the Namibian Constitution can be found in article 43(3) of the Zambian Constitution, adopted on 24 August 1991. Under article 132(1) of the Mozambican Constitution, the President enjoys absolute immunity from civil and criminal prosecution in respect of actions taken in the discharge of his duties. Though the Mozambican Constitution is silent on the extent of his liability after the expiration of his term of office, article 132(1) is broad enough to make him completely immune from any kind of criminal prosecution after leaving office. Unlike the Namibian and Zambian Constitutions, which contain provisos under which the President may be prosecuted, the

response, Chiluba described the judgment as bordering on racism and said he was the victim of a witch hunt by Mwanawasa for stealing money, part of which was given to him in the form of 'gifts and donations'. It is worth noting that the Zambian government decided to pursue the case in a British court rather than at home, because much of the stolen money was laundered through London. See further 'British court finds former Zambian President guilty of stealing \$46 million'.

⁸¹ As provided for in art 43(3) of the Zambian Constitution, adopted on 24 August 1991.

⁸² See sec 308 of the Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999.

⁸³ For the extent of legal immunity under the Nigerian Constitution, see *Alamiyeseigha v Teiwa* [2001] 33 WRN 144 (CA); *IMB v Tinubu* [2001] 45 WRN 1 (SC); and *Turaki v Dalhatu* [2003] 38 WRN 54 (CA).

Mozambican constitutional protection against criminal prosecution is absolute. This kind of protection from prosecution may encourage a reluctant African president to retire, knowing that he was not going to be caught up in the web of political persecution by his successor. Ultimately, the decision to prosecute or not should, as it is in Namibia and Zambia, be made by parliament, taking into consideration the public interest, and the need to avoid any kind of political persecution. Though there are practical difficulties in the implementation of this proposal, for instance, parliament may be compromised, it is, however, a proposal that is worthy of serious consideration as a panacea against tenure elongation. The details of the proposal will have to be worked out.

In addition to constitutional immunity from certain kinds of criminal prosecution, the benefits and privileges for presidents should include generous retirement packages which ensure them a reasonable standard of living.⁸⁴ The fact that handsome pension packages and promises of immunity have failed to persuade extremists like Robert Mugabe of Zimbabwe to retire does not mean that such measures will always be insufficient incentives.⁸⁵ It has also been suggested that presidents could be coaxed into leaving office by

⁸⁴ Eg, in Botswana, the Presidential (Pensions and Retirement Benefits) Act of 1998 provides that a retired president is entitled to, *inter alia*, a tax-free pension equivalent to the monthly basic salary attached to the office at the time of retirement, or 80% of the incumbent's presidential salary, whichever is higher. If the retiree held any paid office, any pension or benefits would be temporarily suspended. He would also have the services of two drivers, a private secretary, a secretary and an office attendant, and an unstated number of security guards. He is provided with a fully-equipped office, a furnished house in Gaborone or a housing allowance, two maids and a gardener. Medical insurance is provided for as well as rail and first class air travel to a maximum of four international trips a year for himself and his spouse. Additional entitlements are three vehicles, an entertainment allowance, and paid telephone, water and electricity expenses. This is by all standards a very generous retirement package that should keep any normal pensioner, even if the pensioner is a former president, happy and comfortable for the rest of his life. Other countries with constitutions that contain provisions that protect former leaders include the Central African Republic, Tanzania, Madagascar, Mozambique and South Africa. In Nigeria, the Remuneration of Former Presidents and Heads of State (and Other Ancillary Matters) Act, Cap R6 Laws of the Federation of Nigeria 2004 provides that a former president shall be paid the sum of ₦350 000,00 monthly as upkeep allowance. He shall also be entitled to two personal staff, a maximum of four armed policemen, a secret service officer, three chauffeur-driven vehicles which shall be replaced every four years, a diplomatic passport for life, free medical services both in Nigeria and abroad (where necessary) for himself and his immediate family, 30 days' annual vacation within and outside Nigeria, provision of a well-furnished and equipped office accommodation in any location of his choice, the provision of a well-furnished five-bedroom house to be provided in any location of his choice and one direct phone line. The members of his family shall also be entitled to ₦1 000 000,00 *per annum*. This money shall be applied for the upkeep of the spouse and the education of the children up to university level.

⁸⁵ The additional advantage of entrenching this in the Constitution is that it will prevent an incumbent from making such pension and other immunities as former President Daniel arap Moi of Kenya did, a condition precedent to them retiring.

provision being made for them to assume well-funded and prestigious regional or international positions,⁸⁶ or even by a reward for good leadership.⁸⁷ In the United States, it was only in 1958 that former presidents began to enjoy a generous pension. Prior to that date, former presidents received no federal assistance. In 1955, due to former President Harry Truman's financial limitations, the US congress introduced a Bill to provide pension for former presidents. The Bill was passed in 1958 as the Former Presidents Act and it has since been amended to provide increases in presidential pensions and allowances for the office staff of a former president.⁸⁸ Currently, a former president of the United States is entitled to a pension of \$186 600 *per annum*. However, a former president who is removed from office based on impeachment is not so entitled. He is also entitled to transition expenses for a period of seven months calculated one month before the 20 January inauguration to facilitate the transition to civilian life. At the expiration of six months, calculated from the day he left office, he shall be entitled to an office and staff. The former president is also entitled to travel expenses, which may include no more than two members of his staff for official travel and related expenses. Other benefits accruable to the former president include medical expenses for himself, his spouse, widow

⁸⁶ This suggestion was made by the prominent African scholar, Professor Ali Mazrui (R Southall 'Presidential transitions and political accountability' in *News from the Nordic African Institute* 1/2006 <http://www.nai.uu.se/newsfromnai/southalleng.html> (accessed 21 December 2007). Southall points out that the idea has been taken up by the African Union, which is increasingly appointing former presidents to serve as mediators in conflicts between or within member countries. This will certainly depend on the record and reputation of the particular former leader in question. It is difficult to see how some leaders, such as Robert Mugabe, Paul Biya and Omar Bongo could, on their retirement and with any credibility, be used as mediators or guardians of democracy on the continent.

⁸⁷ In fact, the Sudanese-born billionaire, Mr Mo Ibrahim, has established the Mo Ibrahim Award for Achievement in African Leadership Foundation to be awarded each year to any retired president or prime minister who has served his country well. Unprecedented in its scale and scope, the Mo Ibrahim Prize consists of US \$5 million over 10 years and US \$200 000 annually for life thereafter. A further US \$200 000 per year for good causes espoused by the winner may be granted by the Foundation during the first ten years. An Ibrahim Index of Good Governance, which is being developed by Professor Robert Rotberg of Harvard University Kennedy School of Government, will be used to collate data on the economic and social progress of every country on the continent. The Foundation is chaired by the former Secretary-General of the UN, Kofi Annan, and its board members include Salim Ahmed Salim, former Secretary-General of the OAU and former prime minister of Tanzania, and Ngozi Okonjo-Iweala, former Finance Minister and Foreign Minister of Nigeria. It is, however, important to note that this move is not without its critics, who feel that the prize is misplaced because it enriches people who have already accumulated more than enough wealth in office. See K Kumugor 'Mo Ibrahim's prize for African achievers' <http://www.timesnews.co.ke/22april07/insight/ins5.html> (accessed 21 December 2007) and M Ramphele 'Africa: Continent will reap reward of leadership' <http://allafrica.com/stories/200704050143.html> (accessed 21 December 2007). See also <http://www.moibrahimfoundation.org/> (accessed 17 May 2008).

⁸⁸ See S Smith 'Former presidents: Federal pension and retirement benefit' <http://www.senate.gov/reference/resources/pdf/98-249.pdf> (accessed 15 December 2007).

and minor children, secret service protection for life and presidential libraries established in the former president's name and managed by the National Archives and Records Administration.⁸⁹ These kinds of incentives as provided for in Botswana, Nigeria and the United States may go a long way to encouraging African leaders to retire from office.

Finally, term-limit provisions need to be so entrenched as to make their amendment extremely difficult. The problem of controlling the frequent and arbitrary constitutional changes that were so common prior to the 1990s appears to have been on the minds of recent constitutional reformers. Most constitutions now place some restrictions on their amendment. A number of them require that any amendment to the constitution is approved in parliament by a special majority of two-thirds or three-quarters.⁹⁰ In some constitutions, amendments must not only get the approval of a special parliamentary majority, but must also be submitted to a referendum.⁹¹ The Ghanaian Constitution, in dealing with constitutional amendments, distinguishes between what it refers to as 'entrenched' provisions and 'non-entrenched' provisions. The former are listed in article 290(1) and include provisions dealing with matters considered as very important and which, in some of the other constitutions, are listed in so-called 'unamendable'⁹² provisions. Ghana's entrenched provisions list matters such as fundamental human rights and freedoms, certain aspects of executive, legislative and judicial powers, and provisions dealing with the amendment of the Constitution itself. The procedure provided for dealing with these entrenched provisions is quite cumbersome, stringent and complex.⁹³ This is in contrast with the procedure provided for amending the non-entrenched provisions which, although less stringent, are still fairly rigorous. Nevertheless, the general rigidity of the process is such that it is unlikely that any alterations can be made to the Ghanaian

⁸⁹ See Smith (n 88 above).

⁹⁰ See, eg, art 158 of the Angolan Constitution; art 135 of the Constitution of Niger; and art 116 of the Constitution of Gabon which, in addition, requires that proposals be put before the Constitutional Council for an opinion, although it is not clear what the purpose of such an opinion is. Eg, will an adverse opinion mean that parliament should not be allowed to discuss the proposal or that it should not be put to a referendum? Art 116 of the Constitution of Gabon and art 135 of the Niger Constitution require that, in the event of a failure of such a majority, the proposed amendment be put to a referendum.

⁹¹ See, eg, sec 89 of the Botswana Constitution; art 178 of the Constitution of the Republic of Congo; and art 118 of the Constitution of Mali. Under art 99 of the Constitution of Mauritania, the President may avoid the inconvenience of a referendum by ensuring that he obtains three-fifths votes of parliament convened in congress.

⁹² See, eg, arts 178(4), (5) & (6) of the Constitution of the Republic of Congo; art 117 of the Constitution of Gabon; art 118, provisos 3 & 4 of the Constitution of Mali; art 99(3) of the Constitution of Mauritania; and art 136 of the Constitution of Niger.

⁹³ See art 290(2) of the Constitution of Ghana.

Constitution lightly, without due notice, elaborate consultations and the full and active participation of the people. Borrowing a leaf from the Ghanaian Constitution, it is desirable that the constitutional provisions dealing with term limits should be so entrenched that their amendment will be extremely difficult. If term limits are not specifically entrenched in African constitutions to ensure an alternation of power, African leaders will continue to organise elections which they will continue to win and use democracy and all it symbolises as a convenient smokescreen.

7 Conclusion

In the final analysis, provisions limiting the number of terms a president may serve must now be regarded as a crucial element in Africa's attempts to institutionalise genuine liberal democracy, good governance and the rule of law. They could also be regarded as one of the core elements of modern constitutionalism. In this regard, they can play an important role as a possible bulwark against the ominous signs of democratic reversal that are emerging on the horizon. This is particularly so with respect to the emerging phenomena of dominant parties, many of which behave in much the same way as the pre-1990 one-party regimes. Term prolongations do not only threaten the budding seeds of democracy and constitutionalism, but often drive presidents to such extremes like murdering political opponents and siphoning state funds to buy support. The experiences of the last decade show that term limits on their own will not curb the invidious tendency of African leaders to hang on to power. Nevertheless, they are clearly the starting point. The actions of Zambians, Malawians and, fairly recently, Nigerians show that the future depends as much on the nature and scope of the term-limit provisions as well as on the willingness and ability of the citizenry to take their destiny in their own hands and to resist self-serving incumbents from manipulating the constitutions for their own selfish ends.

Perhaps the main lesson to be drawn from term limits is that no leader, no matter how virtuous or exceptional he may be, is indispensable and irreplaceable. Two terms are long enough for any exceptional leader to leave indelible footprints without sowing the seeds of dictatorship. It is a period which is sufficient to give a good leader time to leave his mark and short enough for people to tolerate a poor leader.⁹⁴ Thus, Mozambique's non-consecutive three-terms limit, in spite of its superficial attraction, is probably based on the exploded fallacy that we are short of good leaders. In this regard, term limits do not only open the political space for free and fair competition, but also promotes accountability and transparency, in a

⁹⁴ Warioba (n 29 above) 10.

manner that will strengthen and deepen constitutionalism and democracy in Africa. Unless these provisions are carefully crafted and embedded in African constitutions, and are rigorously enforced as a means to build a political culture of trust, tolerance and moderation, the present setbacks to the third wave of democratisation will increase rather than decrease. In considering the agenda for the next round of constitutional revisions on the continent, revising and revamping the provisions on term limits must go hand in glove with other urgent reforms such as reversing the general trend towards the excessive centralisation of powers in the hands of Africa's 'imperial' presidents, which has usually made it easy for them to manipulate the other political actors and perpetuate their stay in power.⁹⁵ These reforms are needed to prevent the bloody dictatorships that were commonplace in the 1960s and 1970s from recurring.

⁹⁵ For an elaborate discussion of the worrying practice towards what has variously been described as 'imperial presidency', 'presidential supremacy', 'presidential imperialism', 'hegemonic presidency', 'presidential monarchy' and 'presidential dominance', in most post-1990 African constitutions, see Prempeh (n 22 above).

2

IS THE END NEAR FOR THE POLITICAL QUESTION DOCTRINE IN NIGERIA?

*Enyinna Nwauche**

1 Introduction

The political question doctrine has been used in Nigeria over a long period, but now seems to be in serious trouble after the decision of the Supreme Court in *Inakoju v Adeleke (Inakoju)*.¹ A subsequent decision of that Court in *Ugwu v Ararume (Ararume)*² seems to have cast further doubt on the doctrine. In 1983, in *Onuoha v Okafor (Onuoha)*,³ the Supreme Court laid down two principles by which to determine political questions, based on the principles developed by the US Supreme Court.⁴ The Court in that case interpreted the provisions of the 1979 Constitution of the Federal Republic of Nigeria,⁵ modeled after the United States Constitution. In the earlier case of *Balarabe Musa v Auta Hamzat (Balarabe Musa)*,⁶ the Court of Appeal held that the impeachment of the Kaduna State Governor pursuant to section 170 of the 1979 Constitution was a political question and that, in addition, a constitutional provision ousting judicial review of impeachment was binding on the court. Accordingly, the courts would not engage in any type of review.

The restriction of the courts' power of review during the second republic (1979-1983) occurred in three areas of constitutional

* Associate Professor of Law, Department of Business Law, Rivers State University of Science and Technology, Nigeria; Director, Centre for African Legal Studies, Rivers State, Nigeria. nwauche@hotmail.com enyinnanwauche@yahoo.com

¹ *Inakoju v Adeleke* (2007) All FWLR (Pt 353) 3.

² *Ugwu v Ararume* (2007) 12 NWLR (Pt 1048) 367.

³ *Onuoha v Okafor (Onuoha)* (1983) NSCC 494.

⁴ The Court relied on *Baker v Carr* 369 US 186 (1962).

⁵ 1979 Constitution.

⁶ *Balarabe Musa v Auta Hamzat* (1982) 3 NCLR 229.

activity,⁷ namely, impeachment proceedings,⁸ political party primaries⁹ and the internal affairs of the legislature.¹⁰ Even though the military take-over in 1984 impacted on the development of the political question doctrine, the political effect of the impeachment process was well understood,¹¹ especially by the Nigerian political class and the judiciary. The discussion in the rest of this article will show that, during the post-second republic military rule between 1984 and 1992 and a short-lived third republican experiment between 1990 and 1992, there were renewed concerns as to the suitability of the political question doctrine. These concerns were enough to demonstrate that the doctrine was far from settled. Now, almost two decades after the doctrine was adopted, Nigerian courts seem to have abandoned it. It may be wrong to conclude that the position of the Nigerian Supreme Court is based on the distinct feeling in the US in the wake of *Bush v Gore*¹² that the doctrine is no longer relevant.¹³ Instead, writ large in the demise of the political question doctrine in Nigeria is the direction of judicial review in Nigeria and, specifically, as the tenor of *Inakoju* suggests, the need to examine the nature of judicial incursion into the affairs of co-ordinate branches.

In the next part of the paper, I examine the application of the political question doctrine in Nigeria. In part three, I examine the demise of the doctrine in detail. In part four, I situate the doctrine in the context of some relevant aspects of the approach to constitutional interpretation of the Nigerian Supreme Court. I make concluding remarks in part five.

⁷ See generally C Okpaluba 'Justiciability, constitutional adjudication and the "political question" doctrine in the Commonwealth: Australia, Canada, Nigeria and the United Kingdom' (2003) 18 *South African Public Law* 149.

⁸ *Balarabe Musa* (n 6 above).

⁹ *Onuoha* (n 3 above).

¹⁰ See *Alegbe v Oloyo* (1983) NSCC 315.

¹¹ Eg, academic commentators on the impeachment proceedings that led to *Balarabe Musa* were wary of the approach of the Court of Appeal. See M Nduaguibe 'Impeachment and the ouster of judicial review' (1986) 1 *Calabar Law Review* 5; M Ikhariale 'Impeachment proceedings and the political question doctrine: The Nigerian experience' (1990) 1 *LASU Law Journal* 45; BA Susu 'Impeachment provisions in the 1979 Constitution and indirect judicial review' (1984) *Nigerian Current Law Review* 98.

¹² *Bush v Gore* 531 US 98 (2000).

¹³ See, eg, American academic commentary in this regard: E Chereminsky '*Bush v Gore* was not justiciable' (2001) 76 *Notre Dame Law Review* 1093; M Tushnet 'Law and prudence in the law of justiciability: The transformation and disappearance of the political question doctrine' (2002) 80 *North Carolina Law Review* 1203; R Barkow 'More supreme than court: The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy' (2002) 102 *Columbia Law Review* 237.

2 The political question doctrine in Nigeria

In *Onuoha*, the Supreme Court defined the political question doctrine in Nigeria as consisting of two principles. One is that '[t]he lack of a satisfactory criteria (sic) for judicial determination of a political question is one of the dominant considerations in determining whether a question falls within the category of political questions'.¹⁴ The other is '[t]he [appropriateness] of attributing finality to the action of the political department and political parties under the Nigerian Constitution and system of government'.¹⁵ The Supreme Court cited *Baker v Carr* in support of these two principles. This suggests that Nigerian courts have taken the doctrine from American jurisprudence, a conclusion strengthened by the fact that it was declared in the context of the 1979 Constitution of the Federal Republic of Nigeria which is closely modeled on the American presidential Constitution. However, before the 1979 Constitution was adopted, Nigerian courts applied a political question doctrine although not recognising or classifying it as such. For example, in the first republic, the Supreme Court held in *Attorney-General Eastern Nigeria v Attorney-General of the Federation*¹⁶ that the determination of the margin of error in a census was a political matter.

The judicial powers under the 1979 Constitution are defined by section 6(6)(b) as extending to

*all matters between persons or between government or authority and any person in Nigeria and to all actions and proceedings relating thereto, for the determination of any question as to the civil rights and obligations of that person.*¹⁷

This provision seems to contemplate unlimited or full judicial review by the courts. How did Nigerian courts interpret it? Nigerian constitutional interpretation in the second republic between 1979 and 1983 can be classified into two different periods. The first period saw the Nigerian courts assert that it is their duty within the constitutional scheme to say what the law is.¹⁸ In the second period, represented by *Onuoha*, the original attitude changed and the courts retreated to the view that they had a limited judicial review role.

In the first period, the Nigerian Supreme Court asserted that, under section 6(6), judicial powers extended to *all matters*. For

¹⁴ n 3 above, 507.

¹⁵ As above.

¹⁶ *Attorney-General Eastern Nigeria v Attorney-General of the Federation* (1964) All NLR 218.

¹⁷ My emphasis.

¹⁸ *Alegbe* (n 10 above).

example, if by this endowment the judiciary encroached on the legislative domain, it was permitted to do so irrespective of the fact that the incursion breached the concept of separation of powers and even if the matter was political. Fatai-Williams CJN said in *Alegbe v Oloyo*:

In Nigeria, when a superior court such as the Supreme Court, the Federal Court of Appeal, the Federal High Court or the High Court of a state is asked to interpret or apply any of the provisions of the Constitution, it is not thereby dealing with a political question even if the subject matter of the dispute has political implications. Such a court ... is only performing the judicial functions conferred on it by the ... Constitution. Again if such a court is called upon to interpret or apply the provisions of the Constitution of any organisation with respect to the civil rights and obligations of members of the organisation the court is merely performing functions assigned to it by section 6(6) of the Constitution of the Federal Republic of Nigeria. Indeed the court is obliged to perform that function and it is immaterial whether the organisation is a political party, or is a cultural, religious or social organisation.¹⁹

It is this attitude that led the Supreme Court to resist the political question doctrine in *Attorney-General of Bendel State v Attorney-General of the Federation*,²⁰ where the Supreme Court held that it had jurisdiction to determine how the legislature exercised its law-making powers. Fatai-Williams CJN stated:

I would endorse the general principle of constitutional law that one of the consequences of separation of powers, which we adopted in our Constitution, is that the courts should respect the independence of the legislature in the exercise of its legislative powers and would refrain from pronouncing or determining the validity of the internal proceedings of the legislature or the mode of exercising its legislative powers. However, if the Constitution makes provision as to how the legislature should conduct its internal affairs or as to the mode of exercising its legislative powers, the court is in duty bound to exercise its jurisdiction to ensure that the legislature complies with the constitutional requirements. Sections 52, 54, 55 and 58 of our Constitution clearly state how the National Assembly should conduct its internal affairs in the exercise of its legislative powers. That being the case, the court is bound to exercise its jurisdiction under section 4(8) of the Constitution to ensure that the National Assembly complies with the provisions of the Constitution.²¹

Nigerian courts have thus drawn a line between matters which the Constitution prescribes and the internal proceedings of legislatures. In the case of the former, they will conduct a review to ensure that

¹⁹ 341-342.

²⁰ *Attorney-General of Bendel State v Attorney-General of the Federation* (1982) 10 SC 1.

²¹ n 20 above, 52.

constitutional prescriptions are properly adhered to, but they will not review matters which concern the internal affairs of the legislature.²² Thus, the removal of a Deputy-Speaker of a legislature in contravention of a requirement for a constitutionally specified majority was struck down by the Cross River State High Court.²³ In *Ekpenkhio v Egbadon*,²⁴ the Court of Appeal confirmed that the process for the removal of the Deputy-Speaker of the Edo State House of Assembly was constitutional because the requisite majority voted as constitutionally stipulated. Even after the second republic, in *Asogwa v Chukwu*,²⁵ the trend continued. In this case, the Speaker of the Enugu State House of Assembly had been removed by a two-thirds majority which, it was alleged, was not properly constituted as a suspended member of the House voted for the removal. Whether the member was suspended or not became the bone of contention. The Court of Appeal held that the status of the suspended member was an internal affair of the legislature and presumed that he had been recalled to the house since he had voted. Accordingly, it refused to review the decision.

In order to ensure constitutional compliance in line with its unlimited powers of review, the Supreme Court disregarded *statutory* ouster clauses in *Attorney-General Bendel State v Attorney-General of the Federation*.²⁶ In this case the Court disregarded section 2 of the Acts Authentication Act 1961 which provides that a certificate by the clerk of the National Assembly was final and conclusive as to compliance with constitutional requirements for the passage of a Bill. The Court held that the certificate of the clerk was subject to the provisions of the Constitution and that the Court could go behind such a certificate and admit legislative papers to ascertain if the National Assembly was constitutionally compliant in the passage of a Bill. The Court of Appeal assumed that the legislature was competent to determine the status of the suspended member and accepted the determination of the legislature as final instead of engaging in an enquiry as to whether a suspended member of a legislature was competent to vote.

Whether the judiciary was prepared to comply with a *constitutional* ouster of its jurisdiction was tested in the middle of the second republic. Complying with a constitutional ouster of its jurisdiction and recognising the finality committed to co-ordinate branches is fidelity to the principle of a *limited* judicial review. So is the recognition that certain matters are incapable of judicial

²² See *Ume Ezeoke v Makarfi* (1982) 3 NCLR 663; *Okwu v Wayas* (1981) 2 NCLR 522.

²³ *Ndaeyo Uttah v House of Assembly* (1985) 6 NCLR 761.

²⁴ *Ekpenkhio v Egbadon* (1993) 7 NWLR (Pt 308) 717.

²⁵ *Asogwa v Chukwu* (2004) FWLR (Pt 189) 1204.

²⁶ n 20 above.

determination. An *unlimited* power of judicial review, on the other hand, jealously guards a court's jurisdiction and even a constitutional ouster is subjected to a compliance scrutiny of the impugned action to ascertain strict compliance before the ouster is given effect to. Furthermore, a court committed to unlimited review is unlikely to admit that there are actions that are incapable of being judicially determined.

The test of fidelity to a constitutional ouster of a court's jurisdiction and the judicial indeterminacy of a cause of action came up in 1982 in the *Balarabe Musa* case.²⁷ In this case, the then Governor of Kaduna State began proceedings in the Kaduna State High Court seeking leave to apply for an order prohibiting the respondents (the Kaduna State House of Assembly) from further proceeding with his impeachment pursuant to section 170 of the 1979 Constitution. He contended that the conditions precedent to the investigation had not been complied with and that the respondents had no jurisdiction to proceed with the investigation. These lapses included the fact that no member of the state legislature signed the notice of allegations of misconduct; there were no detailed particulars of alleged misconduct as required by section 170(2)(b) of the Constitution; and the allegations were not investigated by the respondents within the time limit stipulated by section 170(5). Section 170(10) provides that '[n]o proceedings or determination of the Committee or the House of Assembly or any matter relating thereto shall be entertained or questioned in any court'. This provision was regarded as an ouster clause and two interpretations of its effect were open to the court.

First, the Court could construe the provision as an *absolute* prohibition on review, notwithstanding section 236 of the 1979 Constitution, which in the manner of section 6(6), granted the High Court unlimited jurisdiction. It was also contended that the use of words 'entertained' and 'questioned' pointed to the absolute character of the provision. The absolute character of the provision was neither assailed by the fact that the procedure in the impeachment was not followed nor by an allegation that the fundamental human rights of the Governor had been breached. This interpretation contends that in an impeachment proceeding, the official involved has no personal rights since the proceedings are political and not civil. Second, the court could have relied on the inherent powers of the court established in *Anisminic v Foreign Compensation Commission*²⁸ to the effect that, once a court has come

²⁷ n 6 above.

²⁸ *Anisminic v Foreign Compensation Commission* (1969) AC 147. In this case, the determination of the Foreign Compensation Commission was said to be final. *Anisminic* was adopted in Nigeria in *Adejumo v Johnson* (1974) 5 SC 101 and *Barclays Bank of Nigeria Ltd v Central Bank of Nigeria* (1976) 6 SC 175 193.

to the conclusion that a body has not acted within the jurisdiction of an enabling statute, no words in that statute can operate to oust the jurisdiction of the court to control the body in question. Thus a legislature must act in strict accordance with section 170 of the 1979 Constitution in order to enjoy its protection.

Adenekan Ademola JCA, who read the decision of the court in *Balarabe Musa*, held that the purpose of section 170 of the 1979 Constitution was to stop any interference with any proceeding in the House or the committee or any determination by the House or the Committee and that 'no court can entertain any proceedings or question the determination of the House or of the Committee'.²⁹ The court asserted that, while the *Anisminic* principle was appropriate for statutory interpretation, it did not apply to a constitution, especially when there was evidence that the constitution ousted the jurisdiction of the Court.³⁰ The constitutional ouster of jurisdiction was also extensively discussed by Karibi-Whyte JCA who delivered a separate opinion. He agreed that 'the moment the legislature commenced removal proceedings under section 170(2), the jurisdiction of the court was ousted by section 170(10)'.³¹ It may be asserted that the decision is not based on the political question doctrine as the court merely complied with the section 170(10) ouster. However, an alternative interpretation was possible and it is important to appreciate the fact that the constitutional ouster could itself be based on the realisation that the matter is political because it is committed to another branch.

In *Balarabe Musa*, the inherent political nature of the issue was relied on by the court in coming to its decision. Ademola JCA stated that, apart from the fact that its jurisdiction is ousted, the impeachment proceedings are *political* and as such

for the court to enter into the political thicket as the invitation made to it clearly implies would in my view be asking its gates and its walls to be

²⁹ *Balarabe Musa* (n 6 above) 245.

³⁰ The Court referred to instances of clear ouster of the jurisdiction of courts. First it referred to the case of *Enwenzor v Onyejekwe Obi of Onistsha* 1964 1 All NLR 14 16. This case concerned the provisions of sec 158(4) of the 1963 Constitution of Nigeria. That provision stated that no chieftancy question shall be entertained by the courts. The Supreme Court upheld the ouster of the court's jurisdiction by that section. The court also referred to an *obiter dictum* of Fatai-Williams CJN in *Adesanya v President of the Federal Republic of Nigeria* (1981) 2 NCLR 358 (*Adesanya*) where two sections of the 1979 Constitution were stated as ousting the jurisdiction of Nigerian courts. Sec 145 states that the Federal Civil Service Commission, the Federal Judicial Service Commission, the Federal Electoral Commission and the national Population Commission shall not be subject to the direction and control of any other authority or person and sec 267 clothes certain members of the executive with immunity from suit during the duration of their office.

³¹ *Balarabe Musa* (n 6 above) 257.

painted with mud; and the throne of justice from where its judgments are delivered polished with mire.³²

The political nature of the dispute was such that self-restraint was a 'virtue the court should cultivate'³³ and that judicial intervention was inappropriate. Karibi-Whyte JCA did not refer to the political question doctrine directly, even though he stated that the court should not encroach on the functions of other branches of government 'not only because it has no jurisdiction to do so but essentially because such an inquiry is productive of insoluble conflicts'.³⁴

The *Balarabe Musa* case is important because it establishes two principles. First, a constitutional commitment of a function to another branch of government will be upheld, relying on the principle of separation of powers. Accordingly, the judiciary cannot rely on its inherent jurisdiction in the *Anisminic* way, which is appropriate for statutory and not constitutional interpretation. Secondly, it established that some conflicts are political in nature and not amenable to judicial resolution. The principles enunciated in the *Balarabe Musa* case were confirmed in *Onuoha*. In *Onuoha*, the plaintiff brought an action to compel his party to nominate and sponsor him for election to a senatorial seat instead of the defendant. Both parties had contested for the party's ticket and the plaintiff was chosen. Based on a petition written by the defendant, the panel set up to consider the petition nullified the election and went on to choose the defendant. The Supreme Court held that it could not entertain the action because the 1979 Constitution makes nomination and sponsorship of a candidate a political matter solely within the discretion of the political party concerned. The court stated that, read together, the Electoral Act and the 1979 Constitution provide that the right to canvass votes lies with political parties and that implicit in the right to canvass for votes for a candidate is the right to sponsor or not to sponsor a candidate for election. According to the court, this power is strengthened by the provisions of section 30(4) of the Electoral Act which empower a party to choose one of the two or more candidates who are in contention. In addition, the court declined to exercise jurisdiction because confirmation that the plaintiff/respondent was the party's candidate would 'instantly project or propel the court into the area of jurisdiction to run and manage political parties and politicians'.³⁵ The court continued:

³² As above, 247.

³³ As above, 246.

³⁴ As above, 257.

³⁵ *Onuoha* (n 3 above) 501.

Can the court decide which of the two candidates can best represent the political interest of the NPP? In all honesty, I think the court will in so doing be deciding a political question which it is ill-fitted to do.³⁶

And:

There are no judicial criteria or yardstick which candidate a political party ought to choose and the judiciary is therefore unable to exercise any judicial power in the matter. It is a matter over which it has no jurisdiction.³⁷

The *Onuoha* case can be interpreted to establish that it is only the sponsorship of candidates that is outside the jurisdiction of the courts.³⁸ This position clarifies the uncertainty over the extent of a court's jurisdiction over the affairs of political parties that resulted from two decisions of the Lagos State High Court. In *Balarabe Musa v Peoples Redemption Party*³⁹ (an earlier matter heard in 1981), the Court held that the way a political party conducts its affairs is not subject to the jurisdiction of a court of law except when the party breaches its constitution. On this basis, the Court upheld a resolution of the party banning its serving governors from attending certain political meetings. In *Abubakar Rimi v Aminu Kano*,⁴⁰ the Court similarly held that it could intervene since the expulsion of members of a party contravened its registered constitution.

A close reading of the judicial interpretation of the political question doctrine shows that two issues appear fatal to *limited* judicial review. One is peculiar to the interpretation of the constitutional ouster clauses and is the effect of a lack of observance of the procedure laid down in provisions such as section 170 of the Constitution. The second is the breach of the fundamental human rights of a person. It may be the case, for example, that the impeached officer contends that his right to a fair hearing has been breached and that the ouster of a court's jurisdiction does not extend to the protection of his human rights. These issues indicate that, because of a need to address them, a court ought to assume jurisdiction in all cases where they are in contention. They were dealt with only by Karibi-Whyte JCA in *Balarabe Musa* (1982).⁴¹ With respect to the invitation of the court to exercise its inherent powers because of a failure of the preconditions for the operation of section

³⁶ As above.

³⁷ *Onuoha* (n 3 above) 504.

³⁸ See *Davies v Mendes* (2007) All FWLR (Pt 348) 883; *Okon v Bob* (2004) 1 NWLR (Pt854) 388; *Adegoroye v Alliance for Democracy* (2003) FWLR (Pt 176) 604; *Ibrahim v Gaye* (2003) FWLR (Pt 171) 1559; *Dalhatu v Turaki* (2003) FWLR (Pt 174) 247.

³⁹ *Balarabe Musa v Peoples Redemption Party* (1981) 2 NCLR 763.

⁴⁰ *Abubakar Rimi v Aminu Kano* (1982) 3 NCLR 478.

⁴¹ n 6 above.

170(10), the Appeal Court judge held that it did not arise. He stated that he was more concerned with the fact that the judiciary should respect constitutional determinations of powers and the principle of separation of powers. Consequently, unless there was an express enabling of the supervisory powers of the judiciary, it should not encroach on the sphere of influence of the legislature and proceed on an inquiry 'of the manner parliament had performed the functions assigned to it by the Constitution.'⁴² In *Balarabe Musa v Kaduna State House of Assembly*,⁴³ a later decision (1983), Karibi-Whyte JCA again confronted the issue of the failure to comply with the preconditions of section 170(10) of the 1979 Constitution. Here, the impeached governor of Kaduna State sought judicial review of his impeachment. Several irregularities were pointed out which did not sway the Court of Appeal. Again the matter seems to have been glossed over. In a more emphatic tone, the Court declared that

the subject matter of the removal of the appellant is not within the judicial powers of the Constitution vested in the courts; it is a matter exclusively left to the legislature for determination and in my opinion not a justiciable issue within the provisions of section 6(6)(b) of the Constitution. The Constitution in my opinion has regarded the issue of the removal of the appellant, as in the American context, a political question, unsafe for the exercise of the jurisdiction of the Court.⁴⁴

The other issue considered by Karibi-Whyte JCA is the allegation of a breach of the fundamental human rights of a person. It was contended that a breach of fundamental human rights is enough to confer jurisdiction on courts despite constitutional ouster clauses. A survey of the cases shows a mixed response by Nigerian courts. In the 1982 *Balarabe Musa* decision, Karibi-Whyte JCA intimated that the impeachment proceedings did not rob the Governor of his fundamental human rights, but that it was safeguarded by the provision of section 170(6) of the 1979 Constitution.⁴⁵ A survey of other Nigerian cases shows a mixed response to the issue of the denial of fundamental human rights. In *Ndaeyo Uttah v House of Assembly Cross River State*,⁴⁶ the Court dwelt at length on the lack of a fair hearing for the Deputy-Speaker during his removal proceedings. In *Ekpenkhio v Egbadon*,⁴⁷ Ogundare JCA stated that the right to a fair hearing of an impeached Speaker of the Edo State House of Assembly was not relevant, since by statute law and the Constitution the impeachment was not justiciable. In *Onuoha*, the Supreme Court stated that there was no breach of the rights of the substituted

⁴² *Balarabe Musa* (n 6 above) 257.

⁴³ *Balarabe Musa v Kaduna State House of Assembly* (1984) 5 NCLR 241.

⁴⁴ n 43 above, 252.

⁴⁵ n 6 above, 253.

⁴⁶ *Ndaeyo Uttah v House of Assembly Cross River State* (1985) 6 NCLR 761.

⁴⁷ n 24 above.

candidate as there was no constitutional, statutory or common law right to be sponsored by a political party. The Court did not consider whether any procedural right was in issue, even though it was alleged that members of the panel set up to investigate the petition against the plaintiff/respondent were biased.⁴⁸

It is clear with the benefit of hindsight that the treatment of the issues of non-compliance with the constitutional procedure for impeachment and allegations of a breach of fundamental human rights was not conclusive and convincing in the cases discussed above. Together they pointed to the need to rethink the political question doctrine. In the next section I shall demonstrate how these two issues contributed to the retreat of the political question doctrine.

3 The retreat of the political question doctrine: The return to unlimited judicial review

The Nigerian fourth republic (which began in 1999) has seen the retreat, if not the demise, of the political question doctrine. The Supreme Court has tacked a new course, retreating from the principles laid down in *Balarabe Musa* (1982) and *Onuoha*. One explanation is that the Nigerian judiciary in the fourth republic had returned to its supremacist stand in the pre-*Onuoha* second republic because of a marked concern about the breach of constitutional provisions, encouraged by the judicial avoidance of certain issues. Clearly, a court that is mindful of its jurisdiction is likely to resist any attempt to curtail it. In addition, the development of the jurisprudence of the second republic, when the political question doctrine was formulated, was cut short by the military takeover in 1984. Under military rule, Nigerian courts battled with military ouster clauses and took refuge in the *Anisminic* principle as a reaction to the endless ouster clauses in draconian legislation. The courts returned to the principles of statutory interpretation after the brief detour to the field of constitutional interpretation. At the end of the military rule in 1999, the warmth of the common law had become comforting and difficult to give up. To be asked by the 1999 Constitution to revert to the previously-established approach by Nigerian courts for constitutional interpretation was difficult. This was more so when the effect of the political question doctrine was evident. Politicians who misunderstood the responsibilities that arose from judicial avoidance of certain issues thought that this provided them with a sledgehammer to be used against their opponents. These politicians acted as 'extensions' of predecessor-military governments and courts reacted by falling back on the standards of statutory interpretation

⁴⁸ n 3 above, 501.

that require a strict compliance with provisions regarded as pre-conditions for the exercise of ouster clauses. In other cases, the judiciary refused to recognise that certain questions were not amenable to judicial determination. In this category the judiciary, in effect, intervened in the activities of political parties by affirming the choice of candidates to represent political parties. This generated controversial consequences, as I shall soon point out.

The judicial review of ouster clauses in the impeachment provisions of section 188 of the 1999 Constitution⁴⁹ requires strict compliance with sections 180(1)-(9) before subsection 10 can be given effect to. It is plausible to argue that giving effect to subsection (10) at all constitutes fidelity to the political question doctrine. After all, the court eventually defers to a constitutional commitment of finality

⁴⁹ Sec 188 states: '(1) The Governor or Deputy-Governor of a state may be removed from office in accordance with the provisions of this section. (2) Whenever a notice of any allegation in writing signed by not less than one-third of the members of the House of Assembly - (a) is presented to the Speaker of the House of Assembly of the state; (b) stating that the holder of such office is guilty of gross misconduct in the performance of the functions of his office, detailed particulars of which shall be specified, the Speaker of the House of Assembly shall, within seven days of the receipt of the notice, cause a copy of the notice to be served on the holder of the office and on each member of the House of Assembly, and shall also cause any statement made in reply to the allegation by the holder of the office, to be served on each member of the House of Assembly. (3) Within fourteen days of the presentation of the notice to the Speaker of the House of Assembly (whether or not any statement was made by the holder of the office in reply to the allegation contained in the notice), the House of Assembly shall resolve by motion, without any debate whether or not the allegation should be investigated. (4) A motion of the House of Assembly that the allegation be investigated shall not be declared as having been, passed unless it is supported by the votes of not less than two-thirds majority of all the members of the House of Assembly. (5) Within seven days of the passing of a motion under the foregoing provisions of this section, the Chief Judge of the state shall at the request of the Speaker of the House of Assembly, appoint a Panel of seven persons who in his opinion are of unquestionable integrity, not being members of any public service, legislative house or political party, to investigate the allegation as provided in this section. (6) The holder of an office whose conduct is being investigated under this section shall have the right to defend himself in person or be represented before the Panel by a legal practitioner of his own choice. (7) A panel appointed under this section shall: (a) have such powers and exercise its functions in accordance with such procedure as may be prescribed by the House of Assembly; and within three months of its report its findings to Assembly; (b) within three months of its appointment, report its findings to the House of assembly. (8) Where the Panel reports to the House of Assembly that the allegation has not been proved, no further proceedings shall be taken in respect of the matter. (9) Where the report of the Panel is that the allegation against the holder of the office has been proved, then within fourteen days of the receipt of the report, the House of Assembly shall consider the report, and if by a resolution of the House of Assembly supported by not less than two-thirds of all its members, the report of the Panel is adopted, then the holder of the office shall stand removed from office as from the date of the adoption of the report. (10) No proceedings or determination of the Panel or of the House of Assembly or any matter relating to such proceedings or determination shall be entertained or questioned in any court. (11) In this section "gross misconduct" means a grave violation or breach of the provisions of this Constitution or a misconduct of such nature as amounts in the opinion of the House of Assembly to gross misconduct.'

of a co-ordinate branch. It is, however, not as simple as that. The key issue is the determination of strict compliance. Where the preconditions are procedural matters, such as a required majority or time periods, scrutiny is easy and not many problems arise. However, where preconditions require value judgments, a compliance scrutiny may result in an incursion into the sphere of the legislature, making nonsense of the finality implicit in section 180(10). This is a point I return to later.

To set the context of my discussion in this section, I shall commence with some of the academic commentary that reacted to *Balarabe Musa* (1982). Ikhariale states:

The interpretation that the court gave to section 170(10) does not accord with the objects and purposes of the Nigerian Constitution and it must have contributed its fair quota to the wrecking of the second republic. It is therefore necessary to conclude that the forthcoming third republic could be spared the agonies of irregular impeachment proceedings if the courts are prepared to abandon their initial stance as demonstrated by the decision in *Balarabe Musa*.⁵⁰

Nwabueze concludes that the allegations that were the basis of the impeachment proceedings in *Balarabe Musa* (1982) were ill-motivated.⁵¹ Another writer states:

The doctrine of the political question does not justify the total and absolute preclusion of judicial review and it would be more rejectable as a basis of lack of judicial review when, as it seems to be the case in Nigeria than elsewhere, impeachment is utilised as a weapon to intimidate and subjugate the executive branch to the dictates of a legislature hostile to it. Save for certain aspects of impeachment ... court review of impeachment determination is a potential national conflict detonator.⁵²

Such strong criticism evident in the judicial treatment of ouster clauses in post-second-republic military rule and the short-lived third republic reflects a move away from *Balarabe Musa*. In a number of cases, Nigerian courts strictly construed ouster clauses in military decrees.⁵³ They gave effect to the ouster clause only when they were satisfied that the provisions of the decree were strictly complied with. During the short-lived third republic, the approach of Nigerian courts to ouster clauses in impeachment provisions was the same. In

⁵⁰ See Ikhariale (n 11 above) 54.

⁵¹ See BO Nwabueze *The Presidential Constitution of Nigeria* (1982) 143.

⁵² Anon adopted by Musdpaher JSC in *Inakoju* (n 1 above) 146-147.

⁵³ See *Wilson v Attorney-General of Bendel State* (1985) 1 NWLR (Pt 4) 572; *Nwosu v Imo State Environmental Sanitation Authority* (1990) 2 NWLR (Pt 135) 668; *Okoroafor v Miscellaneous Offences Tribunal* (1995) 4 NWLR (Pt 387) 59; *Garba v Federal Civil Service Commission* (1998) 1 NWLR (Pt 71) 449.

Ekpo v Calabar Local Government,⁵⁴ the Court of Appeal interpreted section 11(1) of the Local Government (Basic Constitutional Transitional) Decree which is similar to section 188(10) of the 1999 Constitution. The Court held that, for the ouster clause to apply, the Court must ensure strict compliance with the preconditions in that section. This is also the interpretation it gave in *Jimoh v Olawole*, where section 26 of the Kwara State Local Government Law (another ouster clause), identical to section 188(10), was in issue.⁵⁵

A clear indication of a return to a supremacist and unlimited judicial review is evident from the Supreme Court decision in *Attorney-General of the Federation v Attorney-General of Abia State*.⁵⁶ In response to a preliminary objection that the determination of the seaward boundary of a littoral state within the Federal Republic of Nigeria raised a political question and should be resolved exclusively by the legislature (in whom the matter is vested by the 1999 Constitution), only Karibi-Whyte JSC, who had heard *Balarabe Musa* (1982), agreed that the dispute fell under the political question doctrine and should be resolved by legislative and executive action. Uwais CJN (for the rest of the Court) stated that a combination of sections 232(1) and 6(1) of the 1999 Constitution showed that the Supreme Court 'has the jurisdiction to interpret ... all ... provisions of the Constitution whether on appeal or in exercise of its original jurisdiction'.⁵⁷ Clearly the Supreme Court had changed course.

In the earlier case of *Abaribe v The Speaker Abia State House of Assembly*,⁵⁸ section 188 of the 1999 Constitution dealing with the impeachment of the Deputy-Governor of a state was in issue and it may have been plausible to conclude that the courts would employ the principles of statutory interpretation to construe constitutional provisions. However, in a judgment that presaged the uncertainty of the path to follow, it did not. The judgment of Ikongbeh JCA highlights the dilemma of either following a constitutional or statutory standard of interpretation. Reacting to the proposition that section 188(10) should be construed in a statutory manner, he said:

Although the military governed under law in the sense that that they made laws, oftentimes after the event, to back up their actions, they did not necessarily rule in accordance with the principles of the rule of law which requires that every governmental act must be based on the rules and procedure pre determined by law. They passed *ad hominem* laws with retroactive force to catch up with perceived transgressors.

⁵⁴ *Ekpo v Calabar Local Government* (1993) 3 NWLR (Pt 281) 324.

⁵⁵ *Jimoh v Olawole* (2003) 10 NWLR (Pt 828) 307.

⁵⁶ *Attorney-General of the Federation v Attorney-General of Abia State* (2001) FWLR (Pt 64) 202.

⁵⁷ n 56 above, 251.

⁵⁸ *Abaribe v The Speaker Abia State House of Assembly* (2000) FWLR (Pt 9) 1558.

There was, therefore, the need for vigilance on the part of the courts to see that the military in their overzealous bent to cleanse what they perceived as the ills of their predecessor did not unnecessarily trample on the rights of their people. For this reason I do not feel confident with the view that decisions based on the interpretation of ouster clauses in these decrees can provide a good guide for the interpretation of provisions in a constitution limiting the power of courts. All governmental power derives from the constitution in a civilian regime. There cannot be any legitimate complaint if the constitution withdraws a particular power from one organ of government in favour of another ... I prefer to approach the construction of section 188(10) of the Constitution from a different perspective. In fact, I do not think that the term 'ouster clause' is an appropriate description of the provisions of that section.⁵⁹

The Court of Appeal held that the provisions of section 188(10) were absolute and that the impeachment provisions were a political matter which the Constitution wisely left to the legislature since it enabled the people to remove who they elected. The Court held that the lower court was right to have abstained from inquiring into allegations that some of the preconditions in sections 188(2)-(3) had not been complied with. However, the uncertainty of the Court is evidenced by an undertaking of constitutional compliance scrutiny of the actions of the Abia State House of Assembly irrespective of its finding on section 188(10). It concluded that the Abia State House of Assembly had complied with the relevant provisions of section 188. This decision caused a chink in the Court's armour, so much so that the Court of Appeal⁶⁰ and the Supreme Court in *Inakoju* held that *Abaribe* and *Balarabe Musa* (1982) were distinguishable because, in those cases, the question of non-compliance with the preconditions in section 188(10) was *not* in issue. This is not so. My review of the two cases shows that the question of non-compliance *was* in issue. The *Balarabe Musa* (1982) and *Abaribe* courts chose to follow the path of constitutional interpretation.

It is a strong belief in legislative recklessness and impunity that is at the heart of the Court's recourse to statutory interpretation. It is a countermeasure. Tobi JSC, for the majority in *Inakoju*, said as much:

The legislature is expected to abide by the provisions of the Constitution ... And so when the legislature, the custodian is responsible for the desecration and abuse of the provisions of the Constitution in terms of patent violation and breach, society and the people are the victims and the sufferers ... Fortunately society and its people are not totally helpless as the judiciary in the performance of its judicial functions

⁵⁹ n 58 above, 1582. See also Pats-Acholonu JCA 1574.

⁶⁰ See Ogebe JCA in *Adeleke v Oyo State House of Assembly* (2007) All FWLR (Pt 345) 211 255-256 and Tobi JSC in *Inakoju* (n 1 above) 89.

under section 6 of the Constitution, is alive to check acts of violation breach and indiscretions on the part of the legislature. This is what I have done in this judgment.⁶¹

This is the context in which it is not surprising that the Supreme Court interpreted the provisions of section 188 as a whole and concluded that it had the jurisdiction to ensure constitutional compliance of the actions of the Oyo State House of Assembly in removing Governor Ladoja.⁶² Tobi JSC chronicles the infractions⁶³ that led to a majority of the Court overturning the impeachment. There is no doubt that the Court was using the standard of statutory interpretation when it stated:

Ouster clauses are generally regarded as antitheses of democracy as the judicial system regards them as unusual and friendly. When ouster clauses are provided in statutes, the courts invoke section 6 as barometer to police their constitutionality or constitutionalism. The courts become helpless when the Constitution itself provides for ouster clauses, such as section 188. In such a situation, the courts hold their heads and hands in despair and desperation. They can only bark; they cannot bite. Their jurisdiction is to give effect to the ouster clause because that is what the Constitution says. It is in light of this very helpless situation of the courts, the upholders of the rule of law, that parties should not urge them to interpret sections of the Constitution as ousting their jurisdiction when it is not ... I am of the view that the wrong procedure adopted is clearly outside section 188(1) ouster clause, and I so hold.⁶⁴

As stated above, it may be claimed that the strict approach adopted by the *Inakoju* Court ensures respect to the finality of the constitutional commitment of the impeachment process on the legislature. At least from the judgment it is clear that the Court indirectly repudiated any linkage of its approach to the political question doctrine. In response to the appellant's contention that the United States Constitution bars judicial review of impeachment under the political question doctrine, Tobi JSC reasoned that the impeachment provisions of the 1979 and 1999 Constitutions were not adopted from the American impeachment process, as section 188 of the 1999 Constitution was different from article 1(3) of the US Constitution; that while the word impeachment appears in the US

⁶¹ n 1 above, 123 (my emphasis).

⁶² See also *Dapialong v Dariye* (2007) 8 NWLR (Pt 1036) 332. In this case, the Supreme Court overturned the impeachment of Governor Dariye on the ground that, in accordance with sec 188 of the 1999 Constitution, the impeachment of a governor can only proceed on the votes of at least two-thirds of *all* members. Since a number of legislators had floor-crossed to another party and lost their legislative seats, there could be no impeachment exercise because *all* the members of the house were not present for the exercise.

⁶³ *Inakoju* (n 1 above) 95.

⁶⁴ *Inakoju* (n 1 above) 93-94.

clause, it is not present in the Nigerian Constitution; and that the quorum for the removal of the office holder is different in the two Constitutions. Accordingly, he held that the American cases cited by the appellant were not binding on the Court.

The reason why compliance scrutiny departs from the political question doctrine is because of the nature of the *Inakoju* compliance scrutiny. I point out above that a compliance scrutiny that assesses ordinary procedural steps is likely to affirm the process if there is fidelity to the Constitution. However, where value judgments entrusted to the legislature are evaluated, it is likely that scrutiny will result in a finding of non-compliance. Thus when the judiciary develops the standards of performance, as the Supreme Court did in *Inakoju*, it becomes easy for the court to review the conduct of the legislature against its own standard which may have a doubtful constitutional basis. Tobi JSC dwelt at length on the procedure contained in section 188 of the 1999 Constitution and proceeded to lay down standards for each of the steps of the impeachment process. A few examples will suffice. First, while section 188(11) of the Constitution provides that the legislature shall determine what in its opinion amounts to 'gross misconduct', the Supreme Court defined what *in its own opinion* amounts to gross misconduct.⁶⁵ Second, while section 188(5) states that the members of the Panel must be persons of unquestionable integrity and not members of any public service, legislative house or political party, the Supreme Court infused

⁶⁵ Tobi JSC in his lead judgment in *Inakoju* (n 1 above) 85-86 extensively defined what amounts to 'gross misconduct': 'By the definition, it is not every violation or breach of the Constitution that can lead to the removal of a Governor or Deputy-Governor. Only a grave violation or breach of the Constitution can lead to the removal of a Governor or Deputy-Governor. Grave in the context does not mean an excavation in earth in which a dead body is buried, rather, it means, in my view, serious, substantial, and weighty. (IV) The following, in my view, constitute a grave violation or breach of the Constitution: (a) interference with the constitutional functions of the legislature and the judiciary by an exhibition of overt unconstitutional executive power; (b) abuse of the fiscal provisions of the Constitution; (c) abuse of the Code of Conduct for Public Officers; (d) disregard and breach of Chapter IV of the Constitution on fundamental rights; (e) interference with local government funds and stealing from the funds or pilfering of the funds including monthly subventions for personal gains or for the comfort and advantage of the state government; (f) instigation of military rule and military government; (g) any other subversive conduct which is directly or indirectly inimical to the implementation of some other major sectors of the Constitution. (V) The following, in my view, are some acts which in the opinion of the House of Assembly could constitute grave misconduct: (a) refusal to perform constitutional functions; (b) corruption; (c) abuse of office or power; (d) sexual harassment (I think I should clarify this because of the parochial societal interpretation of it to refer to only the male gender. The misconduct can arise from a male or female Governor or Deputy-Governor as the case may be); (e) a drunkard whose drinking conduct is exposed to the glare and consumption of the public and to public opprobrium and disgrace unbecoming of the holder of the office of Governor or Deputy-Governor; (f) using, diverting, converting or siphoning state and local government funds for electioneering campaigns of the

professional qualifications, age and gender concerns into this list.⁶⁶ The Court went further and defined the psychological features of persons of 'unquestionable character'.⁶⁷ In formulating these standards, which seem intended to guide review, the Supreme Court cast doubt on the status of the legislature as a co-ordinate branch of government. It has strayed into the legislative enclosure because of a belief in legislative incompetence.

As if on a mission to demolish the political question doctrine, Justice Niki Tobi presided and read the lead judgment of the Supreme Court of Nigeria in *Ararume*.⁶⁸ The *Ararume* Court held that the Peoples Democratic Party (PDP) had not complied with section 34(2) of the Electoral Act of 2006 which required any political party wishing to substitute its candidates to give cogent and verifiable reasons. The

Governor, Deputy-Governor or any other person; (g) certificate forgery and racketeering. (Where this is directly connected, related or traceable to the procurement of the office of the Governor or Deputy-Governor, it will not, in my view, matter whether the misconduct was before the person was sworn in. Once the misconduct flows into the office, it qualifies as gross misconduct because he could not have held the office but for the misconduct. Such a person, in my view, is not a fit and proper person to hold the office of Governor or Deputy-Governor. It is merely saying the obvious that a Governor or Deputy-Governor who involves in certificate forgery and racketeering during his tenure has committed gross misconduct. It is not a lawful or legitimate exercise of the constitutional function in section 188 for a House of Assembly to remove a Governor or a Deputy-Governor to achieve a political purpose or one of organised vendetta clearly outside gross misconduct under the section. Section 188 cannot be invoked merely because the House does not like the face or look of the Governor or Deputy-Governor in a particular moment or the Governor or Deputy-Governor refused to respond with a generous smile to the Legislature *qua* House on a parliamentary or courtesy visit to the holder of the office).'

66 81-82. The subsection only talks about the integrity of the persons. The subsection does not talk about the professional callings, age, gender and all that of the persons. It is my view that no profession disqualifies a person from being a member of the Panel. However, in view of the fact that the exercise of investigation under the Constitution will invariably touch law in its large parts, it is my view that a legal person, either a retired judge or a solicitor and advocate of the Supreme Court, preferably of the status or rank of Senior Advocate of Nigeria, should be appointed the Chairman. The other professional groups that should be on the Panel will depend largely on the allegation made against the Governor or Deputy-Governor, and so an arm-chair recommendation will not be made. The point should be made, however, that an allegation involving money and falsification of accounts or re-ordering of figures will certainly need the services of an accountant. I think I can stop here on this fairly difficult area. Although there is no age restriction, the Chief Judge will certainly go for adults and youths. Youths will be handy if the Governor or Deputy-Governor is himself a youth. Gender is a most sensitive area in contemporary Nigerian society. Although the Constitution does not provide for representation in the Panel on basis of gender, it will not be out of place if the Chief Judge has this in mind in constituting the Panel. I do not want to sound dogmatic on this fairly sensitive area in our contemporary society. The Chief Judge is a man of law and good judgment and should be trusted to take decisions with egalitarian outlook.

67 As above.

68 n 2 above.

PDP substituted the name of Senator Ifeanyi Ararume with that of Engineer Charles Ugwu to contest the gubernatorial election in Imo State. The Court distinguished *Ararume* from *Onuoha* on two bases. First, the former dealt with the interpretation of the Electoral Act of 2006, whereas the latter with the Electoral Act of 1982.⁶⁹ Second, the 1982 Act did not contain an equivalent provision to the one in issue in the 2006 Act. Further, article 2 of the PDP Constitution expressly provided that the PDP was subject to the provisions of the Constitution of Nigeria (1999), and there existed no equivalent to article 2 in the Constitution of the Nigerian Peoples' Party, the political party in question in the *Onuoha* case. Irrespective of these differences and the fact that the name of Senator Ifeanyi Ararume had been submitted to the Independent National Electoral Agency (INEC) before the substitution, the facts of the two cases are similar, and I would argue not distinguishable, especially as the name of the victorious candidate at the party primaries was changed by the party in each case.

It is this substantial similarity that ensured that in one breath, the Court declared that it would neither apply nor overrule the *Onuoha* case, and in another breath it substantively engaged in refuting the fundamental plank of the *Onuoha* case. For example, counsel for the respondents asked rhetorically how the INEC could verify a claim by a political party that a candidate who wins the party primary cannot win an election. In response, Tobi JSC held that the contention made nonsense of the requirement of the primary elections in the PDP Constitution and the Electoral Guidelines For Primary Elections 2006 for the PDP,⁷⁰ which had been made to guide such elections. Some of the members of the *Ararume* Court were more direct in refusing to follow the *Onuoha* case. For example, Oguntade JSC said:

My humble view on the decision in *Onuoha v Okafor* ... is that it has ceased to be a guiding light in view of the present state of our political life. I have no doubt that the reasoning in the case might have been useful at the time the decision was made. It seems to me, however, that in view of the contemporary occurrences in the political scene, the decision needs to be viewed (*sic*) or somewhat modified. If the political parties, in their own wisdom, had written it into their constitutions that their candidates for election would emerge from their party primaries, it becomes unacceptable that the court should run away from their duty to enforce compliance with the parties' constitution ... An observer of the Nigerian political scene today easily discovers that the failure of the parties to ensure intra-party democracy and live by the provisions of their constitutions as to the emergence of candidates for elections is one

⁶⁹ See Tobi JSC in *Ararume* (n 2 above) 451: 'While *Onuoha* was decided on an earlier Electoral Act ... what is involved in this appeal is the Electoral Act, 2006.'

⁷⁰ The concept of primary elections in Nigerian political parties is the selection of the party candidate. It is conducted on the principle of first past the post.

of the major causes of the serious problems hindering the enthronement of a representative government in the country.⁷¹

At issue in *Ararume* was the requirement of ‘cogent and verifiable reasons’. The Supreme Court held that a political party that had acted in ‘error’ was not a cogent and verifiable reason for the purposes of section 34(2) of the Electoral Act of 2006. Even though the Court realised the difficulty in defining the meaning of ‘cogent’ and ‘verifiable’, it defined these two terms. Tobi JSC defined cogent as ‘powerful; convincing’,⁷² ‘strongly and clearly expressed in a way that influences what people believe’⁷³ and able ‘to persuade or produce belief’.⁷⁴ Oguntade JSC defined the term as ‘a reason self-demonstrating of its truth and which can be checked and found to be true’.⁷⁵ Muhammad JSC held that the terms ‘cogent’ and ‘verifiable’ mean that

the reason(s) to be adduced by a political party to INEC before the latter can accede to the substitution must be genuine, convincing, compelling and persuading. It should not be flimsy or obvious.⁷⁶

These *dicta* lead to the conclusion that the court will carry out an objective assessment of the reason(s) and that it will not rely solely or substantially on the assertion of the political party. For example, it may be difficult for a party to assert successfully that it is convinced that the nominated candidate cannot win an election for it. Going by the *Ararume* test, the courts will demand more detail or explanation for this view. This may explain why the court rejected the simple assertion of ‘error’ in *Ararume*. In fact, the court went on to prove that there was no error since the new candidate was the fourteenth candidate in the primaries. Oguntade JSC expressed this point clearly when he said:

Given the fact that second defendant scored 36 votes as against the plaintiff who scored 2 061 votes at the third defendant’s primaries, how can the reason given by third defendant as ‘error’ qualify to be a ‘cogent

⁷¹ n 2 above, 461. See also Muhammed JSC 497 where it was stated that ‘[i]t appears that the legislature has found some lapses or *lacunae* in the provisions of section 83(2) of the Electoral Act of 1982 under which the case of *Onuoha v Okafor* ... and section 23 of the Electoral Act 2003 under which *Dalhatu v Turaki* ... were decided respectively. These sections in the 1982 and 2002 Electoral Acts left the issue of substitution of candidates entirely in the hands of political parties without let or hindrance. But when the legislature realised that the political parties were abusing the unfettered powers of ‘making’ and ‘unmaking’ of prospective candidates for the political offices to be contested at election periods, it then decided to redraft provisions relating to substitution of candidates for the elective offices.’

⁷² *Ararume* (n 2 above) 440.

⁷³ As above, 440- 441.

⁷⁴ As above.

⁷⁵ As above, 465.

⁷⁶ As above, 512.

and verifiable reason'. In my view, the reason given for the substitution by the third defendant is patently and demonstrably false, such that it might be dismissed by a wave of the hand.⁷⁷

It is tempting to assume that a substitution with the second candidate in the primaries may have been found 'cogent and verifiable'. It seems, however, that the court will demand details of the substitution. While it is easy to see that the death or withdrawal of a nominated candidate or the inability to meet the general qualification for candidates set out by sections 66, 107, 137 and 182 of the 1999 Constitution may suffice, it is difficult to imagine the reasons a political party is to give that will satisfy this standard, especially if the political party relies on her judgment. An objective assessment by the court gives it a wide discretion to decide what is 'cogent and verifiable'. This objective assessment is evident in the later case of *Amaechi v Independent National Electoral Commission*,⁷⁸ the facts of which are similar to the *Ararume* case.

In *Amaechi*, the Supreme Court upheld its interpretation in the latter, that is, that 'error' is not a cogent and verifiable reason as required by section 34(2) of the Electoral Act of 2006. The appellant in *Amaechi* had won the gubernatorial primaries of his party, but was subsequently dropped by his party and his name substituted with that of another person who did not contest the primaries. The party claimed that the substitution was because the appellant's name was submitted in 'error'. Oguntade JSC, who read the lead judgment of the Court, said:

The question that arises is, what 'error' made it possible for a non-candidate at PDP primaries to be named the PDP Candidate in place of eight candidates who contested and of whom Amaechi came first? It seems clear that the reasons given by PDP for the substitution of Omehia for Amaechi was (*sic*) patently untrue and certainly unverifiable.⁷⁹

It is clear that the question of substitution of candidates has been moved from the exclusive preserve of the political party to the review of the electoral agency and ultimately the courts. Should the Supreme Court have demurred in line with its decision in the *Onuoha* case? By stating that the two cases are different, the Court seems to be pointing to the statutory cast of the 2006 Electoral Act, rather than the 1999 Constitution as its authority. In the Court's opinion, it was a simple case of statutory interpretation. But then this was also the situation in the *Onuoha* case where, in the absence of any statutory

⁷⁷ *Ararume* (n 2 above) 465.

⁷⁸ Unreported Suit SC/252/2007 (*Amaechi*). The judgment of the court was handed down on 25 October 2007. The reasons for the judgment of the court were given on 18 January 2008 and are reproduced in *The Beam* 22-28 January 2008 8.

⁷⁹ As above.

or constitutional ouster, the Supreme Court decided not to intervene in the question of sponsorship of party candidates. Then the Court held that the 1979 Constitution and section 83 of the 1982 Electoral Act gave the political party the right to decide which of two or more contending candidates it supports and that it would not intervene in the choice of the party. This determination is also capable of review just as compliance with ‘cogent and verifiable reasons’.

However, *Ararume* should not come as a surprise. After *Inakoju*, it was clear that Nigerian courts were less likely to decline review in a matter that seemingly requires interpretation. The reaction of the PDP to the *Ararume* case was to expel Senator Ifeanyi Ararume, to withdraw from the Imo State gubernatorial race,⁸⁰ and to back another candidate.⁸¹ This can be viewed either as an affront to the rule of law or as confirmation of the inherent difficulty of judicial involvement in the selection of a political party candidate. The latter seems more plausible as the party was intent on resisting interference in its internal affairs, especially in the knowledge that the 1999 Constitution allows parties to contest elections only through their nominated candidates.⁸² Is this not what the *Onuoha* court sought to avoid? Did the court not warn that to intervene in such a matter would be to ‘instantly project or propel the court into the area of jurisdiction to run and manage political parties’?⁸³ On the other hand, it seems to me that a party unwilling to abide by rules of natural justice, for example, may not be ready and able to engage meaningfully in governance. If that same party subverts its candidate in an election, then it is to be avoided by the electorate as its conduct should be a warning sign of what it is capable of doing when it is responsible for governing. Its conduct robs it of the legitimacy that a political party must have to qualify it for serious contention.

Should a court back away from the enforcement of the human rights of party members or other internal matters on the ground of the difficulty in developing manageable criteria? I think not. I shall dwell more on the criteria for judicial review in this area. Is the difficulty related to the standard of review? With respect to the observance of human rights, the principles developed in the course of interpretation of the right in question can be used to assess compliance by the political party. In this regard, politically sensitive issues are no different from any others. Perhaps the difficulty lies with the post-decision effect. For example, in *Ararume*, the party hierarchy did not

⁸⁰ *The Guardian* 11 April 2007 1.

⁸¹ See ‘How PPA captured Imo-Obasanjo’ *Punch* 25 May 2007 1.

⁸² In reaction to the expulsion of Chief Ararume, the Independent National Electoral Commission initially declared that he could not put himself forward in the just concluded gubernatorial election. See *The Guardian* 12 April 2007 1. Eventually he contested the election as the candidate of the party.

⁸³ *Onuoha* (n 3 above) 501.

like or accept the outcome of the decision of the Supreme Court. Yet, the fact remains that the party allowed the candidate to run the primaries. By putting a number of candidates forward, the party impliedly warranted that any of them was capable of being its candidate. This is more so for the candidate who won the primaries. It was the subversion of the members' mandate for party leaders to install another candidate. In restoring the candidate, it may well be said that the Court was affirming the associational mandate of the members of the party. Therein lies one of the important goals of judicial review in this area as it enables segments of the party to address their grievances. If it were not so and if internal party mechanisms were the only available option for redress, ordinary members of a party would have no real option. This is more so for Nigerian political parties where the handpicking of candidates seems to be the order of the day. In a country where the party hierarchy is often a reflection of ethnic elite or financial capture, it is untenable that disputes should be settled internally, because to submit disputes to a hierarchy that is at the heart of the dispute is to entrench their hegemony.

The *Ararume* case represents a trend of strong judicial review of political party activities. It appears to accord with a noticeable trend of the Nigerian judiciary in refusing to defer to the determinations of the executive branch in political matters. Specifically, even in the face of precedent of the executive determination of the qualification of political party candidates, the Nigerian Supreme Court has divested the INEC of substantive powers in the verification of eligibility to contest elections. In *Action Congress v Independent National Electoral Commission*,⁸⁴ the plaintiff/respondents sought, amongst others, a declaration that the power to disqualify any candidate sponsored by any political party is exclusively vested in the Court by section 32(5) of the Electoral Act 2006.⁸⁵ The judgment of the Federal High Court that only the courts could disqualify candidates was

⁸⁴ *Action Congress v Independent National Electoral Commission* (2007) 12 NWLR (Pt 1048) 222.

⁸⁵ Sec 32 of the Electoral Act 2006 provides: '(1) Every political party shall not later than 120 days before the date appointed for a general election under the provisions of this Act submit to the Commission in the prescribed forms the list of the candidates the party proposes to sponsor at the elections. (2) The list shall be accompanied by an affidavit sworn to by each candidate at the High Court of a state, indicating that he has fulfilled all the constitutional requirements for election into that office. (3) The Commission shall, within 7 days of the receipt of the personal particulars of the candidate, publish same in the constituency where the candidate intends to contest the election. (4) Any person who has reasonable grounds to believe that any information given by a candidate in the affidavit is false may file a suit at the High Court of a state or Federal High Court against such person seeking a declaration that the information contained in the affidavit is false. (5) If the court determines that any of the information contained in the affidavit is false, the court shall issue an order disqualifying the candidate from

overturned by the Court of Appeal. The Court of Appeal held that the duty and power of INEC pursuant to Item 15 of the third schedule to the 1999 Constitution to 'organise, undertake, and supervise all elections' enabled the electoral agency to ensure compliance with the provisions of section 137 of the Constitution which sets out electoral qualifications. This power includes the authority not only to screen candidates sent to it by political parties, but also to remove the name of any candidate that fails to meet the criteria set out by the Constitution without having to go to court.⁸⁶ The Court further held that the power granted to the court of law by section 32(5) of the Electoral Act enables any person to file an action before it on reading the affidavit accompanying the constitutional compliance certificate. Accordingly, the Court held that it would be a circus for the Commission to be expected to go to court first to seek a declaration before treating the information supplied to it. The decision of the Court of Appeal seems worthy of support to the extent that the electoral agency did not seek the exclusivity to screen candidates. It seems a lot neater that the electoral agency performs its functions and that these are reviewable by the court. However, the approach of the Court of Appeal did not hold water with the Supreme Court which overturned its decision. The Supreme Court held that the INEC had no power to disqualify any candidate submitted to it by a political party without a valid order of court. Overturning the Court of Appeal's judgment has the effect of divesting the electoral agency of any substantive power. It is to be remembered that INEC was locked in a serious dispute with many opposition candidates whom it disqualified from contesting the 2007 elections. These candidates accused the agency of being an instrument of the ruling party and asserted that their disqualification was political. Amongst these candidates was the Vice-President of Nigeria, Alhaji Atiku Abubakar, who fell out with President Olusegun Obasanjo and even resigned from the party for which they won the presidential election.⁸⁷ By engaging in functions that would normally be within the provenance of the executive, because of a seeming lack of confidence in the credibility of the electoral agency, the Supreme Court refused to defer to the determination of the electoral agency and thereby

contesting the election. (6) A political party which presents to the Commission the name of a candidate who does not meet the qualifications stipulated in this section commits an offence and is liable on conviction to a maximum fine of N500 000 00.'

⁸⁶ The Court of Appeal relied on the case of *Ajadi v Ajibola* (2004) 16 NWLR (Pt 898) 16.

⁸⁷ The Nigerian Supreme Court has ruled that a sitting Vice-President owes his allegiance to the country and not to the political party on whose ticket he came into office. Accordingly, he does not constructively lose his office on defection to another party since the 1999 Constitution only provides for loss of office on his impeachment. See *Attorney-General of the Federation v Abubakar Atiku* (2007) All FWLR (Pt 375) 405.

ensured that political parties are able to present their candidates in furtherance of its associational prerogative.

4 The political question doctrine and constitutional interpretation in Nigeria

The discussion in this section is based on the view of the Supreme Court in *Inakoju* that the political question doctrine is '[s]till in its embryonic stage in Nigeria. Let us not push it too hard to avoid the possibility of a still-birth.'⁸⁸ This may be the caution we need to bear in mind as we grapple with the question whether the doctrine is dead, dying or still alive. It may just be too early to decide one way or the other. Perhaps constitutional design and adjudication make it inevitable that the doctrine and the like continue to remain relevant or otherwise at different times in the judicial history of a country.⁸⁹ This view is consistent with the position of the Court that procedural compliance with section 188 of the 1999 Constitution should oust the jurisdiction of the Court. On this score, the doctrine may be alive and kicking since ultimately the textual commitment of giving the legislature the final word is respected. But, as I argue in the previous section, any review carried out by the standards set in the *Inakoju* case is *substantive* and is likely to open up the possibility that an impeachment proceeding will be struck down. If this is the case, the doctrine can be regarded as imperiled in Nigeria, at least in so far as it relates to impeachment proceedings.

The direction of the Supreme Court will certainly become clear soon as it rules on the propriety of new impeachment exercises that come before it. In particular, constitutional compliance scrutiny of the recent impeachment of Mr Femi Pedro, the former Deputy-Governor of Lagos State,⁹⁰ may provide such an opportunity. It seems that the Lagos State House of Assembly proceeded in the belief that the procedural requirements of section 188 were adequate and not on the standards set by the *Inakoju* Court. In a related development, the Court may be asked to rule on the propriety of the reversal of

⁸⁸ n 1 above, 91.

⁸⁹ This is the situation in the United States where the doctrine has enjoyed mixed prominence. Thus, even after *Bush v Gore* (n 12 above), it will be a quick rush to judgment to declare that the doctrine is dead. See JH Choper 'The political question doctrine: Suggested criteria' (2005) 54 *Duke Law Journal* 1457.

⁹⁰ See 'Lagos Assembly impeaches Pedro' *The Guardian* 11 May 2007 1. An interesting dimension of this case is that the Deputy-Governor resigned his appointment before the House of Assembly impeached him.

impeachment proceedings.⁹¹ Clearly, if the textual commitment of finality to the legislature is upheld by the Supreme Court, it is likely that the legislature may be tempted to reverse itself in impeachment proceedings since its decision will not be reviewed.

Another critical point that underscores the contention that the political question doctrine is still relevant is the fact that in certain other areas of its jurisdiction, the Nigerian Supreme Court has without constitutional or statutory backing refused to engage in judicial review on grounds that can best be described as the absence of or difficulty in developing manageable criteria for judicial engagement. For example, in two recent cases, *Esiaga v University of Calabar*⁹² and *Magit v University of Agriculture Makurdi*,⁹³ the Court held that it will not engage in a review of academic disputes relating to examination grades and the award of degrees. In *Esiaga*, the Court said:

A university is a degree-awarding institution and can ... neither delegate its degree-awarding powers nor be stampeded to make an award where it does not see it fit to do so. For a court to use its awesome magisterial powers to compel a university to award a degree would in effect mean that the court has invested itself with necessary powers to fully appreciate the nuances taken into consideration to award university degrees ... A university is a place of great learning and research. I would view with consternation and trepidation *the day the court would immerse itself into the cauldron of academic issue which is an area it is not equipped to handle*. It will indeed be alarming for any court worth its salt to enter into the arena of questioning why a university has refused to award a degree to any student ... It is my view that it is the indisputable right of a university to award or withhold the award of a degree and it is no business of the court to question its motives let alone compelling it to award a degree which it has stated a claimant is not qualified for ... It alone possesses the power to state whether a particular work is below standard or not ... Is the court going to substitute its standard with that of the university? I think not.⁹⁴

The decisions of the Court in the cases of *Esiaga* and *Magit* find resonance in the *Onuoha* case. To that extent, it may be contended that the Court may be minded in political matters to recognise the limitation of its review, as it has done in the academic sphere. In the

⁹¹ A number of impeachment reversals have been adopted by state Houses of Assembly in the fourth republic. Of note is the reversal of the impeachment of Dr Oley Udeh who was the Deputy-Governor of Anambra State. Recently the Ekiti State House of Assembly reversed a number of impeachments including that of two Deputy-Governors, to wit Mrs Abiodun Olujinmi and Mr Abiodun Aluko. See 'Ekiti Assembly reverses Olujinmi's impeachment' *The Guardian* 27 May 2007 1.

⁹² *Esiaga v University of Calabar* (2004) All FWLR (Pt 206) 381.

⁹³ *Magit v University of Agriculture Makurdi* (2006) All FWLR (Pt 298) 1313.

⁹⁴ n 91 above, 1344 (my emphasis).

religious sphere, enough *dicta* exist to conclude that this may be an area where the court may decline to review.⁹⁵

Lest it appear that the Nigerian Supreme Court is without restraint, it is important to point out that fidelity to constitutional design, which is part of the basis of its supremacist stand, may well constrain its powers of review. Even though case law is scanty and the point not well argued and discussed, it may well be forecast that the Court will be wary of intervening in matters where considerable discretion bordering on politics is endowed on the executive and legislature. In such cases, the Court may well defer to the decisions made by co-ordinate branches.⁹⁶ A good example is where the courts have deferred to the determination of the Attorney-General of a state who is empowered to discontinue criminal prosecution.⁹⁷ In *State v Ilori*,⁹⁸ Eso JSC, interpreting section 191(3) of the 1979 Constitution, which is similar to section 211(3) of the 1999 Constitution, held that the determination of 'public interest, the interest of justice and the need to prevent abuse of legal process' is at the sole and final discretion of the Attorney-General. He said:

The appellant has strenuously harped on the possibility of the abuse of his powers by an Attorney-General who is left with this absolute discretion. I have already pointed out earlier that the sanction lies in the reaction of his appointer but also in public opinion ... His remedy is not to ask the court to question or review the exercise of the powers of the Attorney-General.⁹⁹

Another instance is the appointment of ministers by the President.¹⁰⁰

⁹⁵ See, eg, *Shodeinde & Others v Registered Trustees of the Ahmadiyya Movement-In- Islam* (1983) 2 SCNLR 284 323 where the court said that 'matters of faith are hardly matters for a court of law'.

⁹⁶ This deference is a key part of the prudential strain of the political question doctrine in the United States. See eg A Bickel 'The Supreme Court, 1960 Term Foreword: The passive virtues' (1961) 75 *Harvard Law Rev* 40 and L Henkin 'Is there a political question doctrine?' (1976) 85 *Yale Law Journal* 597.

⁹⁷ Sec 211 of the 1999 Constitution provides: '(1) The Attorney-General of a state shall have power (a) to institute and undertake criminal proceedings against any person before any court of law in Nigeria other than a court martial in respect of any offence created by or under any law of the House of Assembly; (b) to take over and continue any such criminal proceedings that may have been instituted by any other authority or person; and (c) to discontinue at any stage before judgment is delivered any such criminal proceedings instituted or undertaken by him or any other authority or person. (2) The powers conferred upon the Attorney-General of a state under subsection 1 of this section may be exercised by him in person or through officers of his department. (3) In exercising his powers under this section, the Attorney-General of a state shall have regard to the public interest, the interest of justice and the need to prevent abuse of legal process.'

⁹⁸ *State v Ilori* (1983) 1 SCNLR 94.

⁹⁹ n 98 above, 111.

¹⁰⁰ This is provided for by sec 147 of the 1999 Constitution which provides: (1) There shall be such offices of Ministers of the government of the Federation as may be

Even though a number of requirements for the appointment are verifiable, such as the requirement that a minister should be qualified to run for office as a member of the House of Representatives and that the President should appoint at least one minister from each state of the federation, the Court should be reticent in selecting one of the many qualified candidates. While the legislature may refuse to confirm a candidate for political reasons, a court would be well advised to decline the review of a ministerial appointment on grounds that particular section(s) of a state have monopolised the ministerial slot. Yet another group of examples relates to issues on which the Constitution is silent, one of which is the conduct of external relations endowed on the Federal Government by virtue of Item 26 of part 1 of the second schedule to the Constitution. Without constitutional guidance, a court may well be circumspect in its review of the conduct of foreign affairs by the executive.¹⁰¹

In addition, a number of examples support the inference that the Nigerian judiciary, especially the Supreme Court, has employed a number of principles of justiciability to sidestep issues that may be considered political. A good example is the requirement of *locus standi* established in *Adesanya v President of the Republic of Nigeria*.¹⁰² Even after the clarification in the subsequent cases of *NNPC v Fawehinmi*¹⁰³ and *Owodunni v Registered Trustees of the Celestial Church*,¹⁰⁴ that *locus standi* signifies the requirement of *sufficient interest*, a somewhat more liberal concept than *personal interest* (evident in *Adesanya*), the concept presents a credible technique for courts to sidestep political matters. Many cases declining review on the basis of lack of standing indicate a wide

established by the President. (2) Any appointment to the office of Minister of the government of the Federation shall, if the nomination of any person to such office is confirmed by the Senate, be made by the President. (3) Any appointment under subsection (2) of this section by the President shall be in conformity with the provisions of section 14(3) of this Constitution: provided that, in giving effect to the provisions aforesaid, the President shall appoint at least one Minister from each state, who shall be an indigene of such state. (4) Where a member of the National Assembly or of a House of Assembly is appointed as Minister of the government of the Federation, he shall be deemed to have resigned his membership of the National Assembly or of the House of Assembly on his taking the oath of office as Minister. (5) No person shall be appointed as a Minister of the government of the Federation unless he is qualified for election as a member of the House of Representatives. (6) An appointment to any of the offices aforesaid shall be deemed to have been made where no return has been received from the Senate within twenty-one working days of the receipt of nomination by the Senate.'

¹⁰¹ It should be borne in mind that the exercise of foreign policy is increasingly being reviewed by courts. See eg the South African Constitutional Court in *Kaunda & Others v President of the Republic of South Africa & Others* 2005 4 SA 235 (CC).

¹⁰² n 30 above.

¹⁰³ *NNPC v Fawehinmi* (1998) 7 NWLR (Pt 559) 598.

¹⁰⁴ *Owodunni v Registered Trustees of the Celestial Church* (2000) FWLR (Pt 9) 455.

discretion exercised by the court in determining sufficiency of interest.¹⁰⁵

Another technique employed by the Supreme Court is to assume jurisdiction only on the existence of 'a legal right'. Again, a court's determination of this requirement leaves it with a wide margin of discretion. In *Attorney-General of the Federation v Attorney-General of Imo State*¹⁰⁶ and *Attorney-General Ondo State v Attorney-General of the Federation*,¹⁰⁷ where compilation of the register of voters was in issue, the Supreme Court refused to exercise jurisdiction on grounds that the matters did not present a legal dispute.

Evidence of the utility of political solutions to certain problems, even after judicial review, is found in the political process subsequent to the decision of the Nigerian Supreme Court in *Attorney-General of the Federation v Attorney-General of Abia State*.¹⁰⁸ Egede points out that

[i]mmediately after the decision of the Supreme Court, which had far-reaching adverse financial implications for certain littoral states, the federal government embarked on what it termed a 'political solution' to the issue.¹⁰⁹

A panel set up by the Federal Government recommended a solution that effectively overruled the decision of the Supreme Court. While the Supreme Court ruled that natural resources found in offshore areas belonged to the federal government, the panel's recommendation, which became the basis of an Act of the National Assembly,¹¹⁰ was that the natural resources found in the offshore areas of littoral states were owned by the state and not the federal government. This political solution may have been more speedily reached had the preliminary objection that the matter involved a political question because of a lack of criteria to adjudicate on the matter was upheld by the majority of the Supreme Court. It is doubtful, given recent decisions of the Supreme Court, that the lessons of this case have been internalised. This, of course, does not

¹⁰⁵ See eg *Thomas v Olufosoye* (1986) 1 NWLR 669.

¹⁰⁶ *Attorney-General of the Federation v Attorney-General of Imo State* (1982) 12 SC 147.

¹⁰⁷ *Attorney-General Ondo State v Attorney-General of the Federation* (1983) 2 SCNLR 269.

¹⁰⁸ n 56 above.

¹⁰⁹ E Egede 'Who owns the Nigerian offshore seabed: Federal or states? An examination of the *Attorney-General of the Federation v Attorney-General of Abia State & 35 Others* case' (2005) 49 *Journal of African Law* 73 91. See also KSA Ebeku 'Nigerian Supreme Court and ownership of oil' (2003) 27 *Natural Resources Forum* 291.

¹¹⁰ The Allocation of Revenue (Abolition of Dichotomy in the Application of the Principle of Derivation) Act 2004.

mean that it does not hover in the background as a credible path to follow.

5 Concluding remarks

It seems to me that the last has not been heard of the political question doctrine in Nigeria. As I point out above, it may well be that in respect of impeachment proceedings the doctrine is alive and kicking as successful compliance scrutiny will lead the court to abide by a constitutional ouster. It is in respect of the judicial review of political party activities that it is unlikely to continue. There seems to be a realisation that the price for avoiding issues relating to political parties is the failure of the democratic project in Nigeria.

It is important to recognise an inherent danger – that the judiciary may belittle other branches of government and ignore constitutional design imperatives and the doctrine of separation of powers in order to substitute its opinion for that of other branches of state. It is possible that with a legislature and executive more committed to upholding the Constitution, the doctrine will become stronger and compliance scrutiny may merely be formal or done away with completely. Whatever the case, it is important for Nigerian courts to examine further whether the standards of statutory interpretation are suitable for constitutional interpretation. It is also important to clarify the status of the fundamental human rights provisions in the 1999 Constitution and to determine whether they apply to all constitutional activity, or whether it is really a red herring and limited by other parts of the Constitution.

To end, it is worth noting that the supremacist tendencies of the Nigerian judiciary are encouraged by the immense popularity which the judiciary enjoys. The fact that judges locate their legitimacy in the people may make them less cautious, encouraging a head-on collision with other branches of government. A number of consequences, including undue interference in the appointment of judicial officers or the curtailment of the plenitude of judicial powers, are possible responses by co-ordinate branches of government. There is no doubt that for the sake of the system, restraint is a virtue that must find accommodation with unlimited review.

3

THE INDEPENDENCE OF PROSECUTING AUTHORITIES: THE MALAWI EXPERIENCE

*Mabvuto Herbert Hara**

1 Introduction

Prosecuting authorities play a crucial role in the administration of justice. The decision to prosecute or not to prosecute involves the exercise of discretion, and it is in the interest of justice that prosecuting authorities exercise that discretion freely, impartially and independently of any influence or interference. This paper reflects on the experience of Malawi with respect to the independence of prosecuting authorities. By way of background, the paper provides an overview of the concept of independence of prosecuting authorities. The paper then considers the experience of Malawi in the light of the basic principles of the independence of prosecuting authorities. It surveys the historical and constitutional background to the Constitution of 1994, before examining the independence of prosecuting authorities under that Constitution. It reflects on the structural arrangements of prosecuting authorities as well as the culture of the rule of law, and considers their bearing on the independence of prosecuting authorities.

2 Independence of prosecuting authorities - An overview

It has been observed that, to complement an independent judiciary, a legal system based on respect for the rule of law needs strong, independent and impartial prosecutors, willing resolutely to investigate and prosecute suspected crimes committed against human beings even if these crimes have been committed by persons acting in

* Malawi Law Society.

an official capacity.¹ Unless prosecutors, like judges and lawyers, are able to exercise their professional duties freely, independently and impartially, the rule of law will slowly but steadily be eroded and, with it, the effective protection of the rights of the individual.²

But then, what is ‘independence of prosecuting authorities’? It has been said that independence means that

[i]n exercising their discretion, prosecutors should be independent of influence, pressure or persuasion from those who have an interest in the outcome of that decision. It is not just governments, but police services, any other investigative agency, the court, and victims or the families of victims from whom the prosecutor should be not only independent but seen to be independent.³

The discretion exercised by the prosecutor involves the decision to prosecute, not to prosecute, to appeal a sentence, to indemnify a witness or give a witness an undertaking or assurance and, in some jurisdictions, decisions pursuant to specific statutory provisions, such as the Director of Public Prosecution’s consent to prosecute. This is what is commonly referred to as ‘prosecutorial discretion’.

It has been argued that the independence of prosecuting authorities in deciding whether or not to prosecute, and in making prosecution policy, is an important constitutional principle in England and Wales, Canada and, generally, throughout the Commonwealth.⁴ As long ago as 1792, the Attorney-General of England, Sir John Scott (later Lord Eldon), asserted the complete independence of the Attorney-General in deciding whether or not to prosecute. However, his successor, Charles Denman (later Lord Denman) disagreed. He acknowledged the right of the government to give instructions to prosecute. This began a controversy which continued intermittently as the issue arose in particular cases.⁵ The issue was raised by the *Campbell* case⁶ in 1924, which brought down the first Labour government. In brief, the Attorney-General, Sir Patrick Hastings, authorised the prosecution of JR Campbell, for having published an article which apparently sought to seduce members of the armed forces from their allegiance to the Crown. A few days later, the prosecution was withdrawn in circumstances which suggested that

¹ Office of the High Commissioner for Human Rights & International Bar Association *Human rights in the administration of justice: A manual on human rights for judges, prosecutors and lawyers* (2003) 116.

² n 1 above, 117.

³ D Bugg ‘Accountability, independence and ethics in prosecution practice’ <http://www.cdpp.gov.au/media/speeches> 6.

⁴ BA MacFarlane ‘Sunlight and disinfectants: Prosecutorial accountability and independence through public transparency’ <http://www.canadiancriminallaw.com/articles> 7.

⁵ As above.

⁶ ECS Wade & AW Bradley *Constitutional and administrative law* (1985) 357.

improper political pressure had been brought to bear on the Attorney-General. It is noted that the Cabinet minutes record a decision by the Cabinet on 6 August 1924 that 'no public prosecution of a political character should be undertaken without the prior sanction of the Cabinet being obtained'. The Cabinet also agreed to adopt the course indicated by the Attorney General, that is, to withdraw the prosecution. It has been pointed out that '[t]here can be no doubt that the Cabinet decision ... was asserting a right to interfere in prosecuting decisions which was excessive and constitutionally improper, as well as being vague.'⁷

The decision was promptly rescinded by the next Cabinet. The Prime Minister proclaimed that a Cabinet instruction to the Attorney-General to withdraw a prosecution was 'unconstitutional, subversive of the administration of justice and derogatory to the office of the Attorney-General'.⁸

In 1925, Viscount Simon, Attorney-General of England, made this statement:

I understand the duty of the Attorney-General to be this: He should absolutely decline to receive orders from the Prime Minister, or Cabinet or anybody else that he shall prosecute. His first duty is to see that no one is prosecuted with all the majesty of the law unless the Attorney-General, as head of the Bar, is satisfied that the case for prosecution lies against him. He should receive orders from nobody.⁹

The relationship of the Attorney-General to government and the legitimate role or influence of government in prosecuting decisions remains controversial in the United Kingdom as is reflected in the recent decision of the Queens Bench in *Queen on the Application of Corner House Research and Campaign Against Arms Trade v The Director of the Serious Fraud Office*.¹⁰ In that case, the Court found that in suspending the investigation of a case of corruption, the Director of the Serious Fraud Office had 'submitted too readily' to a threat to the legal system and rule of law.¹¹ The Court acknowledged that the government had made it clear that the decision was for the Director but, commented that the vigorous way in which the government had asserted its views on the matter had made it more

⁷ Wade & Bradley (n 6 above) 358.

⁸ HC Debates (UK) Vol 179, cols 354-5, 11 December 1924, quoted by Macfarlane (n 4 above) 7-8.

⁹ JLIJ Edwards *The law officers of the Crown* (1964) 215 222-223, quoted by MacFarlane (n 4 above) 8-9.

¹⁰ [2008] EWHC 714 (Admin). See 'Attorney-General's prosecution role may be curtailed' *The Guardian* 29 October 2007 available at <http://www.guardian.co.uk/uk/2007/oct/29/constitution.politics/print>.

¹¹ EWHC 171.

difficult for the Director to demonstrate that he had, indeed, exercised his discretion independently.¹²

The general proposition has received a degree of acceptance in Canada as a recognised constitutional convention. In 1968 Chief Justice McRuer said:

[The Attorney General] must be answerable to the legislature and it is better that he be answerable as a Minister of the Crown. Notwithstanding that this is so, he must of necessity occupy a different position politically from all other Ministers of the Crown. As the Queen's attorney he occupies an office with judicial attributes and in that office he is responsible to the Queen and not responsible to the government. He must decide when to prosecute and when to discontinue a prosecution. In making such decisions he is not under the jurisdiction of the Cabinet nor should such decision be influenced by political considerations. They are decisions made as a Queen's attorney, not as member of the government of the day.¹³

In 1977, Commonwealth Law Ministers at a conference in Winnipeg, Manitoba, Canada, issued a Communiqué which, in part, and under the heading 'Modern Role of the Attorney-General', stated:

In recent years, both outside and within the Commonwealth, public attention has frequently focused on the function of law enforcement. Ministers endorsed the principles already observed in their jurisdictions that the discretion in these matters should also be exercised in accordance with wide considerations of the public interest, and without regard to considerations of a party political nature, and that it should be free from any direction or control whatsoever. They considered, however, that the maintenance of these principles depended ultimately upon the unimpeachable integrity of the holder of the office whatever the precise constitutional arrangements in the state concerned.¹⁴

The need for strong, independent and impartial prosecutorial authorities for the effective maintenance of the rule of law and human rights standards received strong recognition in 1990, when the Eighth United Nations (UN) Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders adopted Guidelines on the Role of Prosecutors to assist member states in their task of serving and promoting the effectiveness, impartiality and fairness of prosecutors in criminal proceedings.¹⁵

The document provides 24 Guidelines covering the following areas: qualifications, selection and training; status and conditions of

¹² n 11 above, 167-168.

¹³ See MacFarlane (n 4 above) 8-9.

¹⁴ MacFarlane (n 4 above) 10.

¹⁵ http://www.cap.nl.com/stand2.htm_

service; freedom of expression and association; role in criminal proceedings; discretionary functions; alternatives to prosecution; relations with other government agencies or institutions; disciplinary proceedings; and observance of the Guidelines. The last Preambular paragraph states that the Guidelines:

Should be respected and taken into account by governments within the framework of their national legislation and practice, and should be brought to the attention of prosecutors, as well as other persons, such as judges, lawyers, members of the executive and the legislature and the public in general.

The adoption of the Guidelines by the United Nations is of great significance because it provides a standard by which national legislation and practice can be measured with respect to independence of prosecuting authorities.

Another event of great significance was the establishment of the International Association of Prosecutors in June 1995 at the UN offices in Vienna, which was formally inaugurated in September 1996 at its first general meeting in Budapest.¹⁶ One of the most important objects of the Association identified in its Constitution is to '[p]romote and enhance those standards and principles which are generally recognised internationally as necessary for the proper and independent prosecution of offences'.¹⁷

On 23 April 1999, the Association adopted Standards of Professional Responsibility and Statement of Essential Duties and Rights of Prosecutors.¹⁸ The Standards deal with important matters such as professional conduct, independence, impartiality, the role in criminal proceedings, co-operation and empowerment. The foreword, in part, states that the Statement

will serve as an international benchmark for the conduct of individual prosecutors and prosecution services. We intend that this should not simply be a bold statement but rather a working document for use by prosecution services to develop and reinforce their own standards.

So, it will be appreciated that internationally, in recent years, the importance of safeguarding the independence of prosecuting authorities has come to the fore. However, although it is all very well to appreciate the importance of the independence of prosecuting authorities, the question arises: How do we ensure this independence and reassure the community that the prosecutor functions

¹⁶ <http://www.ohchr.org/english/law/prosecutors.htm>

¹⁷ Art 2(3) of the Constitution.

¹⁸ As above.

independently of government, the police, regulators and victims and the family of victims? It has been observed that

[t]here are many paths to prosecutorial independence. Some countries have chosen, with varying degrees of success, a legislatively-based structural model. That approach has in some cases led to questions concerning public accountability, if not overzealousness, on the part of the prosecuting authority. In the end, each nation needs to develop an approach to independence that makes sense in the context of its own legislative and constitutional framework, as well as traditions, practices and its legal systems.¹⁹

To this one must add that a country's legal structure alone does not guarantee independence – a whole culture of the rule of law will have a bearing on the independence of prosecuting authorities.

While recognising the need for the independence of prosecuting authorities, it is also recognised that, in order to achieve the goal of the effective maintenance of the rule of law and human rights standards, the prosecuting authority has to be accountable. A brief note on accountability is, therefore, relevant here.

2.1 Accountability

It has been observed that

[t]he level of responsibility which a prosecution service has within a criminal justice system and the continuation of the freedom which a prosecutor must have to maintain that responsibility requires the prosecutor to be accountable for the way in which the prosecutorial discretion is exercised.²⁰

The Prosecutor is accountable to the 'interested parties': the courts, the community, the community representatives, parliament, victims, police and the accused.²¹ Various mechanisms for ensuring accountability are employed from country to country. For instance, in jurisdictions where an Attorney-General is a political appointee (and perhaps a member of the Cabinet) and has some residual power to undertake prosecutions, or take responsibility in parliament for prosecutions, the law may make the Director of Public Prosecutions accountable to the Attorney-General. The Director of Public Prosecutions may have to provide an annual report to the Attorney-General or consult him or her with respect to matters concerning the Director's functions. The Director may also be subject to the

¹⁹ MacFarlane (n 4 above) 6.

²⁰ Bugg (n 3 above) 6.

²¹ As above. Also see sec 7 of the Director of Public Prosecutions Act (Commonwealth) 1983 of Australia.

directions or guidelines of the Attorney-General.²² The directions of the Attorney-General may be required to be in writing and published in the Gazette.²³

It should be noted in this context that the relationship between the Attorney-General and the Director of Public Prosecutions is of crucial importance. A relationship of confrontation or mistrust is unhelpful, to say the least; but any relationship or understanding should also keep in mind the need to avoid the risk of criticism of 'political closeness'.²⁴

The community, parliament, police and victims need to understand why particular decisions have been made. The explanation of reasons for a particular decision will go a long way to providing transparency in the exercise of the discretion and will overcome complaints of secrecy. Perhaps one of the greatest innovations in this area is the adoption of prosecutorial guidelines.²⁵

Although the UN Guidelines on the Role of Prosecutors do not recognise the need for accountability of prosecutors explicitly, they do not expect prosecutors to work in isolation. Thus, Guideline 20 emphasises the need for co-operation between the prosecuting authority and other government institutions. It says:

In order to ensure fairness and effectiveness of prosecution, prosecutors shall strive to co-operate with the police, the courts, the legal profession, public defenders and other government agencies or institutions.²⁶

And, Guideline 13(d) requires prosecutorial decisions to take social conditions into account:

In the performance of their duties, prosecutors shall consider the views of and concerns of victims when their personal interests are affected and ensure that victims are informed of their rights in accordance with the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power.²⁷

The Standards of Professional Responsibility and Statement of the Essential Duties and Rights of Prosecutors, adopted by the Association

²² Sec 8 of the Director of Public Prosecutions Act (n 21 above); sec 3(1) of Prosecution of Offences Act 1985 of England; secs 2, 3, 4, 5 and 20 of the National Prosecuting Act 1998 of South Africa.

²³ Sec 8 of the Director of Public Prosecutions Act (n 21 above).

²⁴ Bugg (n 3 above) 7.

²⁵ In Australia Prosecutorial Guidelines were settled in 1989/90. Also see Damian (n 3 above) 7.

²⁶ UN Guidelines on the Role of Prosecutors.

²⁷ As above.

of Prosecutors, also contain a statement on ‘co-operation’ which is in the following terms:

In order to ensure the fairness and effectiveness of prosecutions, prosecutors shall co-operate with the police, the courts, the legal profession, defence counsel, public defenders and other government agencies, whether nationally or internationally.²⁸

3 The independence of prosecuting authorities: The Malawian experience

The current Constitution of the Republic Malawi was adopted in May 1994. The Constitution was drafted against the background of a long political and constitutional history. It will, therefore, be useful to provide a little historical background for us to be able to reflect on the nation’s experience with respect to the independence of prosecuting authorities. Malawi was a British Protectorate from 1891 until it gained independence in 1964. In 1966 Malawi became a republic. The Republic became a one-party state and remained so until 1993 when, in a referendum, Malawians voted in favour of multi-party democracy. On 18 May 1994, multi-party elections were held, and a new Constitution was adopted.

3.1 The colonial period

What is now Malawi was proclaimed a British Protectorate by the Colonial Office in London on 14 May 1891. Between that date and 1907, the country was called British Central Africa. During that time, the country’s constitutional order was based on the Africa Order-in-Council of 1889. However, on 11 August 1902, a new and separate Constitution for British Central Africa came into force. This was the British Central Africa Order-in-Council of 1902 and, for all practical purposes, it was the first written Constitution for Malawi.²⁹ The most important feature of this Constitution is that it embodied the essence of the concept of separation of powers. It created, for the first time, an ‘administration’ headed by the Commissioner and a Court of Record or High Court.³⁰ The High Court had ‘full jurisdiction’, civil and criminal, over persons and over all matters in the Protectorate. The Court would exercise its civil and criminal jurisdiction,

²⁸ Standards of Professional Responsibility and Statement of the Essential Duties and Rights of Prosecutors, statement number 5, <http://www.iap.nl.com/stand2.htm>.

²⁹ M Chigawa ‘Fundamental values of the Malawi Constitution’ (March 2006) unpublished paper presented at a National Constitutional Conference for the Review of the Malawi Constitution.

³⁰ See arts 4 & 15 of the British Central Africa Order-in-Council, 1902.

so far as circumstances admit, in accordance with the substance of the law for the time being in force in England and with the powers vested and according to the procedure and practice observed by and before courts of justice and justices of the peace in England ... except so far as may be otherwise provided by law.³¹

The Secretary of State or the Commissioner, subject to the directions of the Secretary of State, had authority to appoint public officers. The Commissioner had authority, 'upon sufficient cause to him appearing', to suspend a public officer from duty.³²

The next stage in Malawi's constitutional development came in 1907 when the Nyasaland Order-in-Council was adopted.³³ Under this Constitution, the name of the Protectorate changed from British Central Africa to Nyasaland.³⁴ The concept of the separation of powers was carried a step further with the creation of a Legislative Council consisting of the Governor and at least two other persons.³⁵ This body was given authority to legislate for the Protectorate. However, in doing so, it had to observe any conditions, provisions and limitations prescribed by any instrument under His Majesty's Sign Manual and Signet. Moreover, the Governor was given the right of veto in the making and passing of such ordinances.³⁶ The Governor had authority to appoint public officers who would 'hold their offices during His Majesty's pleasure'.³⁷

For this period, the law provided for neither the independence of the prosecution authority nor its security of tenure. The position was much as it was in England and Wales. A Director of Public Prosecutions, appointed under the Criminal Procedure Code, 1929,³⁸ was subject to the superintendence of the Attorney-General, whose office was also not created in the Constitution. In practice, the majority of the cases were instituted by the police.³⁹

Apart from minor constitutional amendments and changes in representation, the constitutional order of 1907 remained until 1953 when the Federation of Rhodesia and Nyasaland was imposed. The federal order was opposed by the people of Nyasaland until 1961. In that year, the Lancaster House Constitutional Conference gave

³¹ n 30 above, art 15(2).

³² n 30 above, arts 10(1) & (2).

³³ The first and main order was adopted on 6th July 1907. There was another, the Nyasaland Order-in-Council (No 2), which was adopted on 21 December 1907. See Chigawa (n 29 above).

³⁴ See art 11 of the Nyasaland Order-in-Council (n 33 above).

³⁵ As above.

³⁶ As above.

³⁷ As above.

³⁸ The Code is substantially the same as the Criminal Procedure and Evidence Code 1968 currently in force. See secs 76-79 inclusive.

³⁹ Wade & Bradley (n 6 above) 356-357.

Nyasaland a responsible government. This paved the way for eventual self-government in February 1963 and independence from the United Kingdom on 6 July 1964. The position with regard to prosecution arrangements remained as it was under the 1907 Order-in-Council through the federal period.

3.2 The period 1964-1966

On attainment of independence, a new Constitution came into force (1964) and retained the three organs of state, the executive, the legislature and the judiciary. The Queen of England remained head of state, but the executive organ was headed by the Prime Minister. One of the most important features of this Constitution is that it created the constitutional office of Director of Public Prosecutions,⁴⁰ which was to be a public office. The Director was vested with power to

institute and undertake criminal proceedings against any person before any court, other than a court martial, to take over and continue any criminal proceedings instituted by himself or another person; and to discontinue any proceedings instituted by him or another person.⁴¹

These powers could be exercised by persons subordinate to the Director.⁴² However, the power to take over proceedings, or to discontinue proceedings, could be exercised only by the Director personally.⁴³ In exercise of the power vested in his office, the Director was at all times subject to the general or special directions of the Attorney-General, provided that, where the Attorney-General was not a Minister, the Minister responsible for the administration of justice might at any time require a specified case or class of case 'to be submitted to him for the purpose of giving a direction as to whether or not criminal proceedings be instituted or discontinued'.⁴⁴

This provision violated the independence of the Director – the Minister would exercise the discretion to prosecute or not to prosecute that should be left to the Director. It is also significant to note that, although the Constitution vested the authority to appoint or remove the Director in the Governor-General,⁴⁵ it did not define the tenure of office for the Director and did not specify the grounds for removal from office. This suggests that the Director held the office during the pleasure of the Governor-General. It is submitted that the lack of specified grounds for removal limited to incompetence,

⁴⁰ Sec 70(1).

⁴¹ Secs 70(2)(a), (b) & (c) Constitution of 1964.

⁴² Sec 70(3) Constitution of 1964.

⁴³ Sec 70(4) Constitution of 1964.

⁴⁴ Sec 70(6) Constitution of 1964.

⁴⁵ Sec 96(1) Constitution of 1964.

misconduct and incapacity compromised the independence of the Director. However, the Constitution prescribed a high standard of qualification for appointment – the qualifications were the same as those for appointment as a judge.⁴⁶

In July 1965, the Prime Minister announced that Malawi would become a republic in 1966.⁴⁷ He appointed a Constitutional Committee which came up with draft proposals for the next stage of constitutional development. These constitutional proposals were based on three primary considerations. The first one was that in African traditional systems, it was not usual to have one leader with purely formal and ceremonial powers and another leader with real executive authority. This meant, in effect, that the new Constitution would vest the powers of head of state and head of government in Malawi in one person. The second consideration was that an elected executive president would strengthen the democratic and representative nature of the government of Malawi. The third concerned the need for a strong executive leader who should have such constitutional powers to ensure unity. The Committee noted that:

There is need in a country comparatively underdeveloped and inexperienced in nationhood for a form of government which will afford the necessary degree of unity, resolution and stability to permit the maximum fulfilment of the country's human and physical resources in the shortest period of time.⁴⁸

The Committee further recommended that the republican Constitution should not contain a bill of rights. It was observed that constitutional provisions on human rights and fundamental freedoms tended to generate conflict and tension between the executive and the judiciary.⁴⁹

The draft proposals for the republican Constitution were presented to, and adopted by, the Annual Convention of the Malawi Congress Party (the party that had swept the nation to independence) in October 1965. They became a framework for a constitutional order that would remain in force for nearly a generation to come.⁵⁰

⁴⁶ Sec 96(2) Constitution of 1964.

⁴⁷ Chigawa (n 29 above).

⁴⁸ Proposals for the Republican Constitution Malawi White Paper 002 1966, quoted by Chigawa (n 29 above) 3.

⁴⁹ Chigawa (n 29 above).

⁵⁰ As above.

3.3 The period between 1966 and 1994

On 6 July 1966, a new republican Constitution came into force. It retained the three organs of state – the executive, the legislature and the judiciary. However, the main theme that ran through the Constitution was that of a strong executive authority that was vested in the President. Section 8(i) was in the following terms: ‘There shall be a president who shall be the head of state, *the supreme executive authority of the Republic* and Commander-in-Chief of the armed forces’ (my emphasis).

Among other powers, the President had the power ‘to constitute offices for the Republic, make appointments to any such office and terminate any such appointment’. Section 8(3) secured the President’s free rein in the following terms:

Except as may otherwise be provided by an Act of Parliament, in the exercise of his functions the President shall act on his own discretion and shall not be obliged to follow advice tendered by any other person.

The role of the Cabinet was to advise the President with respect to policies of the government and other matters that the President referred to them. The President was at liberty to assign to himself any responsibility for any business, including the administration of any department of government.⁵¹ The concentration of power in the President was in practice underscored by the fact that the Constitution declared the State President to be President for life.⁵²

The Constitution preserved the office of Director of Public Prosecutions.⁵³ The provisions of the Constitution with respect to the appointment and powers of the Director,⁵⁴ and the authority of the Attorney-General and the Minister responsible for the administration of justice in relation to the Director,⁵⁵ were in exactly the same terms as those of the 1964 Constitution.

The authority to appoint or remove the Director was vested in the President.⁵⁶ The provision relating to qualification for appointment was the same as that in the 1964 Constitution.⁵⁷ The 1966 Constitution, like the 1964 one, provided no grounds for the removal of the Director. Again it may be argued here that, by failing to provide for the tenure of the office of the Director and the grounds for

⁵¹ Sec 54 1966 Malawi Constitution.

⁵² Sec 9 1966 Malawi Constitution.

⁵³ Sec 58(1) 1966 Malawi Constitution.

⁵⁴ Sec 58 1966 Malawi Constitution.

⁵⁵ Sec 58(6) 1966 Malawi Constitution.

⁵⁶ Sec 88(1) 1966 Malawi Constitution.

⁵⁷ Sec 88(2) 1966 Malawi Constitution.

removal, the Constitution did not guarantee the independence of the Director, especially in the face of an executive President who held office under a Constitution that specifically concentrated power in his hands.⁵⁸ The position of the Director was rendered even less independent by the constitutional provision that allowed the President to assign to himself responsibility for any government department.⁵⁹ The President would assign to himself, as it suited him, the Ministry of Justice, and he would use his position as such to introduce into parliament legislation that would limit the discretion of the prosecuting authorities. This position, as events would show, was a serious compromise of the independence of the Director of Public Prosecutions.

The courts of Malawi then operated under a dual network, the High Court and Traditional Court systems, each having its own hierarchy of appeals exclusive of the other system. Although these bodies were totally divorced from each other, in general, with the exception of customary law, they administered the same law. The separation was effected by the Local Courts (Amendment) Act, 1969, which, in addition to severing the two systems, increased the jurisdiction of the local courts (as they were then known). Up to this time, there had been a system of appeals from the local courts to the High Court and on to the Supreme Court of Appeal.⁶⁰ The Traditional Courts were established by the Minister responsible for the administration of justice, as he saw fit, by a warrant, and he determined the jurisdiction of the court in the warrant.⁶¹ The jurisdiction extended to criminal cases where the defendant was an African. The appearance of legal practitioners was expressly forbidden except where it was authorised by the Minister by written order.⁶²

Perhaps one of the momentous events with respect to the Traditional Courts was the creation of the Regional Traditional Courts in 1970. The background is very important. In 1969 a series of murders took place in the City of Blantyre (Chilobwe murders). Some 27 or so people were killed in cold blood. Rumours were rife that the government was responsible for the murders. The government was determined to bring the culprits to book and clear its name. The police mounted a thorough investigation and arrested one person. They brought him before the High Court. At the close of the state's case, the defence submitted that there was no case to answer, and the Court ruled that there was no case to answer. This incensed the

⁵⁸ Sec 58(3) 1966 Malawi Constitution.

⁵⁹ Sec 54 1966 Malawi Constitution.

⁶⁰ D Newman *Criminal procedure and evidence in Malawi* (1982) 6.

⁶¹ Sec 3(1) of the Traditional Court Act (Cap 3:03 of the Laws of Malawi).

⁶² n 61 above, sec 24(1).

State President and the government. The President made a statement to the effect that if the judge had any conscience, he should resign. The judge resigned and all his brother judges resigned in solidarity. The State President and his government were clearly of the view that the expatriate (European) judges were frustrating the government because their notions of justice were not consistent with African notions of justice.⁶³ In that spirit, the Local Courts (Amendment) Bill, 1969, was passed and in 1970 Regional Traditional Courts were established. The importance of these courts can be measured by the fact that they had jurisdiction to hear all homicide and treason cases involving Africans.⁶⁴ Each Regional Traditional Court comprised three traditional chiefs, one traditional court Chairperson, who was also a chief, and one lawyer who ordinarily sat as a resident magistrate. Rules of procedure in those courts were made under the Traditional Courts Act.⁶⁵ Prosecutions were conducted by a police prosecutor, but no legal representation was permitted at all, even in respect of the most serious offences.⁶⁶ Also, there were no restrictions on the courts' sentencing powers.⁶⁷

The decision whether a case should be heard by a subordinate court (under the High Court system) or Traditional Court was made by a police prosecutor, who conducted prosecutions on behalf of the state in all Traditional Courts and in most Magistrate's Court proceedings.⁶⁸ In respect of the most serious offences, which were to be tried by the High Court or Regional Traditional Courts, the Attorney-General or Chief Public Prosecutor (Director of Public Prosecutions) would select the court of trial.⁶⁹ In any event, the accused had no right to elect in which court, or court system, he wished the trial to take place.

The effect of the creation of the Regional Traditional Courts with their exclusive criminal jurisdiction over serious offences, including homicide and treason,⁷⁰ and offences against the authority of the government was that all homicide and treason cases involving Africans during the period 1966 to 1994 were tried by Traditional Courts. Considering that the courts were clearly designed to administer a form of justice that was acceptable to the government; the majority of the judges on the court were lay; legal representation was excluded; and the prosecutor was a police officer subject to superior

⁶³ Malawi Hansard *Report of Proceedings of the Seventh Session of Parliament* (1969) 50-57.

⁶⁴ See Regional Traditional Courts (Criminal Jurisdiction) Order.

⁶⁵ n 61 above, sec 40.

⁶⁶ n 61 above, sec 24(1).

⁶⁷ n 61 above, sect 14-16.

⁶⁸ Newman (n 60 above) .7

⁶⁹ As above.

⁷⁰ n 64 above.

orders, and a government dominated by a strong executive President, it is hard to say that the prosecuting authorities were independent. The system was clearly designed to allow prosecution decisions to be made in a manner that suited the government. The legal regime left little room for the exercise of independence by the prosecuting authority, much less so when you consider that for most of his 31 year rule, the first President assigned the Ministry of Justice to himself. Such is the background against which the present Constitution of the Republic of Malawi (1994) was drafted.

3.4 The experience under the 1994 Constitution

For 30 years Malawi was ruled by a one-party government led by Dr Banda. However, in 1993 pressure for political change from within and without mounted and the government was compelled to hold a national referendum to determine the question whether the nation should adopt a multi-party system of government or remain one-party. On 14 June 1993, the majority of the electorate voted for a multi-party system of government. On 18 May 1994, a provisional Constitution was adopted for 12 months.⁷¹ In May 1995, the provisional Constitution was adopted with amendments.

3.4.1 *The constitutional framework*

The office of a Director of Public Prosecutions is established by section 99 of the Constitution, which provides as follows:

- (1) There shall be a Director of Public Prosecutions, whose office shall be a public office.
- (2) The Director of Public Prosecutions shall have power in any criminal case in which he or she considers it desirable so to do:
 - (a) to institute and undertake criminal proceedings against any person before any court (other than a court martial) in respect of any offence alleged to have been committed by that person;
 - (b) to take over and continue any criminal proceedings which have been instituted or undertaken by any other person or authority; and
 - (c) subject to subsection 5, to discontinue at any stage before judgment is delivered any criminal proceedings instituted or undertaken by himself or herself or any other person or authority.
- (3) Subject to section 101(2), the powers conferred on the Director of Public Prosecutions by subsections (2)(b) and (c) shall be vested in him or her to the exclusion of any other person or authority and whenever exercised, reasons for the exercise shall be provided to the Legal Affairs Committee of the National Assembly within ten days:

⁷¹ See sec 212(1) of the 1994 Constitution.

Provided that where any other person or authority has instituted criminal proceedings, nothing in this subsection shall prevent the withdrawal of those proceedings by or at the instance of that person or authority and with the leave of the court.

(4) For the purposes of this section, any appeal from any judgment in any criminal proceedings before any court, or any case stated or question of law reserved to any other court for the purpose of any such proceedings, shall be deemed to be part of those proceedings.

(5) The Director of Public Prosecutions shall not exercise the power under subsection (2)(c) to discontinue proceedings with respect to any appeal by a person convicted in any criminal proceedings or to any case stated or question of law reserved at the instance of such a person.⁷²

The Constitution then provides that the Director of Public Prosecutions should exercise his or her authority 'independent of the direction and control of any authority or person'.⁷³ This is clearly intended to exclude, principally, political and, generally, any other external influence on the Director in the exercise of his or her prosecutorial discretion. The Director's independence is further reinforced by the constitutional provision which secures the tenure of office for the Director by guaranteeing him or her a term of office of five years subject to re-appointment,⁷⁴ and limits the grounds of removal from office of the Director to incompetence, being compromised in the exercise of the duties of the office and incapacity.⁷⁵

In addition to the independence of the office of the Director, the Constitution also provides for its accountability. The Director is made directly accountable to the Legal Affairs Committee of the National Assembly for the exercise of his powers in general,⁷⁶ and specifically for the exercise of the power to take over and continue proceedings or discontinue proceedings.⁷⁷ It may be observed, however, that the Constitution does not define the method of accountability. The Constitution confers power on the Legal Affairs Committee of parliament to summon the Director to appear before it. Does it mean that the accountability depends on the Legal Affairs Committee exercising its power to summon? It is submitted that the provision is insufficient to ensure accountability. A provision requiring the Director to lay before the Committee, at regular intervals, a report covering broadly-defined requirements would ensure greater accountability. It may also be argued that the power to summon may

⁷² My emphasis.

⁷³ Sec 101(2) of the Constitution of 1994 as it was drafted in 1994.

⁷⁴ Sec 102(1) Constitution of 1994.

⁷⁵ Sec 102(2) Constitution of 1994.

⁷⁶ Sec 100(2)(a) Constitution of 1994.

⁷⁷ Sec 99(3) Constitution of 1994.

be exercised in a capricious manner, considering that party politics may be at work in the Committee.

Arguably, the Constitution also seeks to ensure accountability by making the Director subject to the general or special directions of the Attorney-General. In Malawi, in terms of the Constitution, the Attorney-General is 'the principal legal advisor to the government'.⁷⁸ The office of the Attorney-General may either be the office of a Minister or may be a public office. When government is sued, it is sued in the name of the Attorney-General; when it sues, it also sues in the name of Attorney-General. The Constitution does not vest any authority in the Attorney-General to prosecute crimes.

Section 101(2) which, as originally drafted in 1994, provided that the Director should exercise the powers conferred on his office 'independent of the direction and control of any authority or person', was amended in 1997 to make the Director, in the exercise of his powers, subject to the 'general or special directions of the Attorney-General'.⁷⁹ The provision raises the question why it should be necessary to subject the Director to the directions of the Attorney-General when, in fact, the Director is directly accountable to parliament. It is easy to appreciate such a provision in a jurisdiction such as England⁸⁰ and Australia,⁸¹ where it is the Attorney-General who is answerable to parliament for the exercise by the Director of authority vested in the office of the Director. In 1979 Sir Michael Havers, Attorney-General of England, explained the position as follows:

My responsibility for superintendence of the duties of the Director does not require me to exercise a day-to-day control and specific approval of every decision he takes. The Director makes many decisions in the course of his duties which he does not refer to me, but nevertheless I am still responsible for his actions in the sense that I am answerable in the House for what he does. Superintendence means that I must have regard to the overall prosecution policy which he pursues. My relationship is such that I require to be told in advance of the major, difficult and, from the public interest point of view, the more important matters so that should the need arise I am in the position to exercise my ultimate power of direction.⁸²

The provision in Malawi also raises the question of the nature of the directions that the Attorney-General may give to the Director. Does the Attorney-General have the authority to direct the Director as to

⁷⁸ Sec 98(1) Constitution of 1994.

⁷⁹ Sec 101(2) Constitution of 1994.

⁸⁰ Sec 9 of the Prosecution of Offences Act, 1985 [England].

⁸¹ Director of Public Prosecutions Act (n 21 above), sec 33.

⁸² House of Commons Debates 13 December 1979, quoted by MacFarlane (n 4 above) 17.

how the Director exercises the prosecutorial discretion? Ultimately, who is to decide whether to prosecute or not to prosecute in a particular matter? It is simple in a jurisdiction where the Attorney-General has the express power to prosecute and takes responsibility for the exercise of authority, such as Australia.⁸³ The High Court in Malawi has decided that the Attorney-General has no authority to appear and conduct a criminal prosecution under the Constitution because that is the constitutional function of the Director of Public Prosecutions.⁸⁴ The Court's view appears to be consistent with the general scheme of the Constitution, whose definition of the functions of the Attorney-General and the Director does not confer on the Attorney-General any prosecutorial powers.⁸⁵

It may also be argued that, on the view taken by the Court, there is no justification for the power of the Attorney-General to issue directions to the Director regarding prosecutorial decisions in individual cases. In any case, the provision has the potential to create tension between the Director and the Attorney-General where they do not agree.

The Attorney-General's power to issue directions is also worrisome when you consider that the Attorney-General may be a Cabinet Minister.⁸⁶ Directions may be issued that are, in fact, Cabinet directives. The potential for abuse of the power of the Attorney-General to issue directions to the Director is increased by the fact that the provision does not indicate the nature of directions that the Attorney-General may issue. The scheme adopted in some jurisdictions of defining the nature of directions that may be given, although granting a general power, is safer. In Australia, the Director of Public Prosecutions is 'subject to such directions or guidelines as the Attorney-General, after consultation with the Director, gives or furnishes to the Director by instrument in writing'. These directions or guidelines relate to the 'circumstances in which the Director should institute or carry on prosecutions of offences', or 'circumstances in which undertakings may be given' to persons by the Director such as directions not to prosecute, and so on.⁸⁷

A further safeguard against abuse in Australia is that every direction or guideline issued by the Attorney-General must be published in the Gazette and also laid before parliament.⁸⁸ This ensures that the Attorney-General is accountable to parliament for

⁸³ Director of Public Prosecutions Act (n 21 above) sec 10(1).

⁸⁴ *Dr Cassim Chilumpha vs Yusufu Matumula & Rashid Nembo* Misc Criminal Application 228 of 2006 (unreported).

⁸⁵ Sec 98 1994 Constitution.

⁸⁶ Sec 98(5) 1994 Constitution.

⁸⁷ Director of Public Prosecutions Act (n 21 above) secs 8(1) & (2).

⁸⁸ Director of Public Prosecutions Act (n 21 above) sec 8(4).

every direction or guideline he issues to the Director. It does not depend on parliament seeing it fit to summon the Attorney-General.

It may further be argued that, if it is unavoidable that the Director be accountable to the Attorney-General, then the arrangement should be less invasive of prosecutorial independence than is the case at present. Rather than have the provision that gives the Attorney-General the power to issue directions to the Director, for example, the Constitution might merely provide for consultation between the Attorney-General and the Director.

Such a provision would preserve the decisional independence of the Director, while permitting the Attorney-General the opportunity to share matters of public interest with the Director, of which the Director must be well informed, as the Attorney-General is naturally close to Cabinet, which by convention he may attend by invitation if he is not a Cabinet Minister. Indeed, the need for the Director to consult colleagues (where the Attorney-General has the power to carry out criminal prosecutions) is well recognised. Shawcross, in 1951, put it thus:

I think the true doctrine is that it is the duty of an Attorney-General, in deciding whether or not to authorise the prosecution, to acquaint himself with all the relevant facts, including, for instance, the effect which the prosecution, successful or unsuccessful as the case may be, would have upon public morale and order, and with any other considerations affecting public policy. In order so to inform himself, he may, although I do not think he is obliged to, consult with any of his colleagues in government and, indeed, as Lord Simon once said, he would in some cases be a fool if he did not. On the other hand, the assistance of his colleagues is confined to informing him of particular considerations which might affect his own decision, and does not consist, and must not consist, in telling him what that decision ought to be. The responsibility for the eventual decision rests with the Attorney-General, and he is not to be put, and is not put, under pressure by his colleagues in this matter. Nor, of course, can the Attorney-General shift his responsibility for making the decision on to the shoulders of his colleagues. If political considerations which, in the broad issue sense that I have indicated, affect government in the abstract arise, it is the Attorney-General, applying his judicial mind, who has to be the sole judge of those considerations.⁸⁹

Thus, in the context of Malawi, where the Attorney-General does not have the authority to prosecute, although it may be useful for the Director to consult the Attorney-General, ultimately the discretion as to whether to prosecute or not should be exercised by the Director.

⁸⁹ House of Commons Debates (UK) January 1951, quoted by MacFarlane (n 4 above).

Arguably, a relationship of mere consultation to assist the Director of Public Prosecutions in determining the ‘public interest’ would enhance the independence of the Director more than a relationship of directions.

It should be noted, however, that the current Malawian Constitution requires the Director to give reasons to the Legal Affairs Committee of the National Assembly, within 10 days, for his exercise of the powers to ‘take over and continue’ criminal proceedings instituted or undertaken by any other person or authority, or discontinuing proceedings instituted by himself or someone else. It also provides that a person other than the Director who has instituted proceedings may withdraw proceedings only with the leave of the court. The Constitution allows the Director to delegate his powers to other officers in the public service,⁹⁰ or other legally qualified persons acting on his instructions.⁹¹

The Director is ‘accountable to the Legal Affairs Committee of the National Assembly’ for the exercise of the powers vested in his office.⁹² The authority to appoint the Director is vested in the President subject to confirmation by the Public Appointments Committee of Parliament.⁹³ The person to be appointed must satisfy ‘requirements as to competence of the person so appointed to perform the duties of that office and as to capacity of a person to pursue prosecutions independently’.⁹⁴

3.4.2 Police prosecutors

Although at the constitutional level it is the Director of Public Prosecutions who has ultimate responsibility for prosecutions in Malawi,⁹⁵ there are other ‘persons’ who are vested with authority to prosecute crimes in Malawi. The Minister responsible for the administration of justice has the power to appoint persons designated as ‘public prosecutors’.⁹⁶ The Director of Public Prosecutions may also appoint any counsel or person employed in the public service as a public prosecutor for the purpose of any case.⁹⁷ These public prosecutors prosecute subject to the directions of the Director.⁹⁸ These public prosecutors also appear and plead without written

⁹⁰ Sec 100(1)(a) Constitution of 1994.

⁹¹ Sec 100(1)(b) Constitution of 1994.

⁹² Sec 100(2)(a) Constitution of 1994.

⁹³ Sec 101(1) Constitution of 1994.

⁹⁴ Sec 101(1) Constitution of 1994.

⁹⁵ Sec 99(2) Constitution of 1994.

⁹⁶ Sec 79(1) Criminal Procedure and Evidence Code (Cap 8:01 of the Laws of Malawi).

⁹⁷ n 96 above, sec 79(2).

⁹⁸ n 96 above, sec 79(3).

authority before any court where a case of which they have charge is prosecuted.⁹⁹ A private person may also conduct a prosecution with the permission of the court.¹⁰⁰

Currently there are only 26 lawyers and eight paralegal officers under the office of the Director of Public Prosecutions when, in fact, the Directorate requires a contingent of at least 65 lawyers.¹⁰¹ The 26 lawyers are based in the major cities of Blantyre and Lilongwe only. It is the police prosecutors that are located right across the country who prosecute about 80% of all the criminal proceedings.¹⁰² They prosecute any offence except the most serious offences tried by the High Court.¹⁰³

3.4.3 The Anti-Corruption Bureau

The Anti-Corruption Bureau has the power, subject to the consent¹⁰⁴ and directions of the Director of Public Prosecutions, to investigate and prosecute offences under the Corrupt Practices Act.¹⁰⁵ The Anti-Corruption Bureau is an office that was created by an Act of 15 February 1996. It did not exist under the 1966 constitutional order.

3.4.4 An overview of the Malawian experience

As noted above, the bulk of the prosecution work in Malawi is carried out by police prosecutors.¹⁰⁶ This has great bearing on the independence of prosecuting authorities in Malawi. The police prosecutors are a section of the police service; they are part of the whole police service structure; they may even be assigned other duties within the police service; they are subject to superior orders; the minimum education requirement for prosecution training is the equivalent of GCE O-level; and their training, offered by the Government Staff Development Institute and the Police College, ranges from six weeks to six months.¹⁰⁷

It can clearly be seen that the independence of prosecuting authorities at the police level is quite vulnerable to manipulation through simple superior orders to prosecute or not to prosecute. Such orders may be Cabinet or ministerial directives issued by, or through,

⁹⁹ n 96 above, sec 80.

¹⁰⁰ n 96 above, sec 82(2).

¹⁰¹ Personal interview with Mr W Kayira, the incumbent Director of Public Prosecutions, April 2007.

¹⁰² As above.

¹⁰³ As above.

¹⁰⁴ Sec 42(1) of the Corrupt Practices Act (Cap 7:04 of the Laws of Malawi).

¹⁰⁵ n 104 above, sec 10(1)(f).

¹⁰⁶ n 101 above.

¹⁰⁷ As above.

the Minister responsible for the police (the Minister of Home Affairs, currently) to the Inspector-General (who is the head of the police service) and to whom the Inspector-General is accountable in terms of the Constitution. Such directives may be purely political. Further, the situation offers no separation between the investigating authority and the prosecuting authority. This compromises the independence of the prosecuting authority in that the prosecutorial discretion is exercised by the same persons (the police service) who are responsible for investigating the crime and arresting the alleged offender. In that kind of arrangement, the degree of objectivity in exercising the discretion whether to prosecute or not is much diminished. The situation becomes even more worrisome when you consider that some of the criminal investigations and arrests may be politically-motivated. Perhaps this is the reason why the Constitution seeks to restrict the exercise by the police of the power to prosecute by an Act of Parliament, but the Act has not been passed.¹⁰⁸

One of the areas of much controversy with respect to the independence of prosecuting authorities in Malawi has been the prosecution of offences under the Corrupt Practices Act by the Anti-Corruption Bureau. The Bureau can only prosecute with the consent of the Director of Public Prosecutions.¹⁰⁹ The Director of Public Prosecutions has on many occasions come under attack for refusing consent to the Bureau to prosecute cases of corruption. The Director of Public Prosecutions has been widely viewed as refusing consent for political reasons – that the Director receives orders from political authorities to refuse consent to prosecute cases against persons in government or associated with the ruling party. One notable case was *Republic v Cassim Chilumpha*.¹¹⁰ The case arose in the context of the loss, by the government, of 187 million kwacha through dubious school construction contracts. A number of suspects were arrested in connection with this scam after the Public Accounts Committee of Parliament revealed the loss. Chilumpha, who was then a Cabinet Minister, was charged with engaging in corrupt practices by a public officer as defined in section 24(1) of the Corrupt Practices Act. The Bureau applied for consent to prosecute. The Director of Public Prosecutions refused. The accused then applied to have the charges dropped and for a discharge. The court discharged the accused. The Director of Public Prosecutions was reported to have refused consent for the Bureau to prosecute a number of politicians. The Bureau was reported to have disclosed that US \$67 million in seven years had been

¹⁰⁸ Sec 100(2)(b) Constitution of 1994.

¹⁰⁹ n 104 above, sec 42(1).

¹¹⁰ Criminal Case 63 of 2001 CRM (unreported), cited by TJ Ngwira 'Constitutionalism and democratic accountability in Malawi and South Africa: Ten years after change' unpublished paper, July 2003.

lost through cases involving Cabinet Ministers and senior officials, which the Director of Public Prosecutions had refused to prosecute.¹¹¹

The independence of the Bureau has been further undermined by the interference of the Attorney-General who reportedly on one occasion wrote a letter to the Director of the Anti-Corruption Bureau requiring the Director to seek advice from the Attorney-General in every decision he was to make. The High Court had occasion to comment on the letter as follows:

Besides the abnormalities surrounding this case, we see that by his letter of 2 March 2000, the Attorney-General tries to intimidate the Director of the ACB. He tells him that for whatever the Director does under the Corrupt Practices Act, he must seek legal advice from him. I do not subscribe to that idea.¹¹²

The independence of prosecuting authorities in Malawi has also been affected by the conduct of the presidency. As noted above, the Muluzi regime was widely accused of keeping prosecuting authorities under control to protect its loyalists from criminal prosecution. Muluzi's successor has not had a healthy working relationship with the prosecuting authorities either. Soon after he came into office in May 2004, President Mutharika terminated the contract of the incumbent Director of Public Prosecutions, Mr Fahad Asani, without giving reasons as required by the Constitution, and, on 12 July 2004, he appointed Ishmael Wadi in Asani's place.¹¹³ In July 2006, the Director of the Anti-Corruption Bureau, Gustave Kaliwo, arrested former State President Bakili Muluzi on charges of corruption. The President immediately suspended Kaliwo, without giving reasons as required by the Corrupt Practices Act.¹¹⁴ Four days after the arrest of the former President, the Director of Public Prosecutions withdrew the charges brought by the Anti-Corruption Bureau. On 10 August 2006, in a public statement, the President demanded the resignation of the Director of Public Prosecutions within 24 hours.¹¹⁵ On 13 August 2006, the government was reported to have sealed the office of the Director of Public Prosecutions.¹¹⁶ On 15 August 2006, the office of the President and Cabinet was reported to have asked the Director of Public Prosecutions to resign,¹¹⁷ which the Director eventually did.

In the absence of a statement of the reason for suspending the Director of the Anti-Corruption Bureau, it appeared that the President

¹¹¹ Inter Press Service News Agency <http://www.ips.org>.

¹¹² Kumange J in *Secucom International Holdings Ltd vs ACB* Civil Cause 225 of 2000 (High Court) (unreported) quoted by Ngwira (n 110 above) 13.

¹¹³ Sec 102(2) Constitution of 1994; *The Daily Times* 11 August 2006.

¹¹⁴ *The Nation* 14 September 2007.

¹¹⁵ *The Daily Times* (n 113 above).

¹¹⁶ *The Nation* 2 August 2006.

¹¹⁷ *The Nation* 15 August 2006.

was displeased with the Director for arresting the former President. It may very well be that the arrest did not suit the President politically, notwithstanding his zero-tolerance-for-corruption campaign.

The President's demand for the resignation of the Director of Public Prosecutions was also confusing as it created the impression that the President was dismissing the Director of Public Prosecutions for discontinuing a case against the former President which the Director of the Anti-Corruption Bureau had initiated and for which the Director of the Anti-Corruption Bureau had apparently been suspended. Again, it may be that the President expected that the decisions made by the Directors should be approved by him and that his actions simply reflected his dissatisfaction that this had not happened. Indeed, in relation to his suspension of the Director of the Anti-Corruption Bureau, and his demand for the resignation of the Director of Public Prosecutions, the President was reported to have asked: How could the Director of the Anti-Corruption Bureau and the Director of Public Prosecutions claim to be independent of the person who appointed them?¹¹⁸ This statement offers a clue to the attitude of the executive towards the prosecution authorities. The attitude seems to be that prosecuting authorities cannot be independent of the State President who appoints them, notwithstanding that the law grants the prosecuting authorities independence. That attitude, of course, is reminiscent of the long history of public offices being held virtually 'during the pleasure of the President'. The blatant disregard of the clear provisions of the law protecting the independence of the prosecuting authorities reveals the fact that a culture of the rule of law has not yet become totally acceptable to political leaders.

Perhaps one of the weaknesses of the prosecution services in Malawi is the absence of prosecutorial guidelines. This does not only make the prosecutor's job difficult in exercising prosecutorial discretion, but also creates a situation where the public cannot tell on what basis the Director of Public Prosecutions decides to prosecute or not to prosecute a particular person. It then becomes open to the public to speculate as to why a particular alleged offender is not prosecuted and another is prosecuted, especially where the alleged offences have generated public interest. It is submitted that clearly articulated prosecutorial guidelines reflecting the core values of prosecuting cases firmly, fairly and effectively, where there is sufficient evidence to raise a prospect of conviction, and where it is in the public interest to do so, would promote the independence of the prosecuting authorities.

¹¹⁸ *The Nation* 2 August 2006.

4 Conclusion

The independence of prosecuting authorities has become widely accepted as an important principle for the promotion of the rule of law internationally. The current Constitution of Malawi was drafted against a background of a long history of a lack of independence of prosecuting authorities. The period 1966 to 1993 was characterised by a prosecution authority that was much controlled by the executive. The 1994 Constitution was drafted with a very clear intention to protect the independence, and ensure the accountability of, prosecuting authorities. Experience, however, shows that notwithstanding clear provisions of the Constitution and law protecting the independence of prosecuting authorities, the independence has been undermined and compromised, largely by the executive. The absence of a prosecution service delinked from the police, inadequate training of prosecutors and limited resources, also undermine the independence of the prosecution services. The experience in Malawi also reveals that the structural independence of prosecuting authorities is not enough; a culture of the rule of law is fundamental to the independence of prosecuting authorities.

4

THE POLITICS OF CONSTITUTION-MAKING IN ZAMBIA: WHERE DOES THE CONSTITUENT POWER LIE?

*Melvin LM Mba**

1 Introduction

The Republic of Zambia, formerly the British Protectorate of Northern Rhodesia, became an independent state on 24 October 1964.¹ From 1964 until November 1991, Zambia was governed by the United National Independence Party, the principal party in the struggle for independence, under the leadership of President Kenneth Kaunda.²

The independence constitution provided for a multiparty democracy with an executive President. That constitution was amended in 1969 following a national referendum ‘to end all referenda’.³ It was finally repealed and replaced by a new constitution in 1973, ushering in what was popularly known as the ‘one-party participatory democracy’ or a one-party state.⁴ In 1990, the deteriorating economic situation and increasingly vocal opposition to his government finally forced President Kaunda to concede to demands for the restoration of a multi-party system. A transitional constitution was unveiled, repealing the 1973 constitution and facilitating a return to multi-party democracy.⁵ That

* LLB, (UNZA); M.Phil, PhD (Cantab). I am very grateful to my colleague, Dr Patrick Matibini of the School of Law, University of Zambia for his encouragement and support. I am equally grateful for the comments of the anonymous reviewers. However, I, alone, am responsible for all the sins of omission and commission.

¹ Zambia Independence Act, 1964, 13 and 14 Eliz 11. c65; Zambia Independence Order-In-Council, 1964.

² R Hall *Zambia* (1965); A Roberts *A History of Zambia* (1976). See also, D Mulford *The Politics of Independence, 1957-1964* (1977). Kenneth Kaunda became Prime Minister in January 1964, then at midnight on 24 October 1964, Zambia became an independent republic with Kaunda as President. He was to remain in office for 27 years.

³ Constitution of Zambia (Amendment) Act 3 of 1969.

⁴ Constitution of Zambia, Amendment Act 5 of 1972, and Act 27 of 1973.

⁵ Constitution of Zambia (Amendment) Act 1991 assented to on 24 August 1991.

constitution was radically amended in 1996. As if that was not enough, another constitutional reform project was initiated in 2003.⁶ Today, almost 43 years since the attainment of independence, the country is in the throes of yet another constitution-making project.⁷

At the heart of the current debate is the supremely important question of the most appropriate mode or method of adoption of the proposed new constitution. As will become apparent, throughout the history of constitutional reform in Zambia, there has often been tension between the need to encourage consensus and popular involvement on the one hand and the need to ensure that government's authority is not undermined on the other hand. Over the last several years since the Mun'gomba Constitutional Review Commission reported in 2005, mistrust between the government and citizens over the ground rules of constitutional-making has led to stalemate and political instability.⁸ As Simutanyi has aptly observed, past experience has left people unconvinced of the government's sincerity.⁹

In this article, in interrogating the milestones in Zambia's constitutional development, we draw on the lessons of history. The USA Philadelphia Model of 1787 teaches that a country's constitution can be adopted through a constitutional convention that debates and drafts a country's constitution, followed by adoption and ratification by the legislatures of the states forming the federation. That project has bequeathed a constitution which has endured for over three hundred years. Another example would be the South African Constitution, 1996, which was adopted by a popularly elected Constitutional Assembly after public debate and engagement. That all-embracing process, encapsulating the 'collective wisdom' of the overwhelming majority of South African people was consummated by the certification of that Constitution by that country's Constitutional Court.¹⁰ In the case of Zambia, previous constitutional projects have been dominated by the executive. Successive governments have used

⁶ The Mun'gomba Constitutional Review Commission was appointed in 2003 vide statutory instrument 40 of 2003, as amended by statutory instruments 42 of 2003, 86 of 2003, 98 of 2003, 134 of 2003 and 56 of 2004. An Interim Report was submitted in June 2005 and a final one in December 2005.

⁷ National Constitutional Conference Act 19 of 2007.

⁸ See also 'LAZ demands Constituent Assembly' *The Post Newspapers* 3 January 2003; 'Speaker Cautions MPs over NCC Act' *Zambia Daily Mail* 21 November 2007; 'Calls for Amendment to NCC Act Rejected' *Times of Zambia* 23 November 2007.

⁹ N Simutanyi 'The politics of constitution-making in Zambia's third republic: Lessons for Africa', paper presented at the OSSREA 9th Congress and International Conference on 'Africa in the 21st Century: Settings of new agenda', Cape Town, 17-19 December 2007.

¹⁰ *In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa* 1996 (4) SA 744 (CC). See also, IM Rautenbach & EFJ Malherbe *Constitutional Law* 4th ed (2004) pp 18-20.

the Inquiries Act to appoint Constitutional Review Commissions.¹¹ The terms of reference were determined by the President, reserving to the government the power to accept and reject any or all recommendations etc made by the Commissions. Although there has been public engagement through the submission of proposals and recommendations by petitioners appearing before the Commissions, many of these submissions have been rejected and in some cases substituted with government's own views through White Papers.¹² Although it is generally accepted that Zambia is a representative democracy in which elected leaders have a legitimate right to decide on what is good for the people, the selective acceptance of recommendations lends credence to the view that the National Assembly is not the most appropriate body to adopt the new constitution. This paper therefore supports the view that the new constitution should be adopted by a broadly based constituent assembly, followed by approval in a national referendum. As the Mun'gomba Constitutional Review Commission has correctly observed:

A constitution is not an ordinary piece of legislation. It is the people's sovereign and inalienable right to determine the form of governance for their country by giving to themselves a constitution of their own making.¹³

Popular engagement through a constituent assembly entails that the people themselves make the constitution and give it their seal of approval. For as the late South African Chief Justice Ismail Mahomed pertinently observed;

... all constitutions seek to articulate, with differing degrees of intensity and detail, the shared aspirations of a nation, the values which bind its people and which discipline its government and its national institutions, the national ethos which defines and regulates that exercise and the moral and ethical direction which that nation has identified for its future.¹⁴

¹¹ *Report of the National Commission on the Establishment of a One-Party Participatory Democracy in Zambia* (1972) (the Chona Commission); Government White Paper 1 of 1972; *Report of the Mvunga Constitutional Review Commission* (1991); Government White Paper 1991; *Report of the Mwanakatwe Constitutional Review Commission* (1995). See also the Inquiries Act, Cap 41 of the Laws of Zambia.

¹² Under the Inquiries Act, the Government reserves to itself the power to accept or reject any or all recommendations, and make any other modifications. The accepted ones are published in a Government White Paper.

¹³ *Mun'gomba Constitutional Commission Review Report* (2005) 493.

¹⁴ *S v Makwanyane and Others* 1995 3 SA 391 para 267. On the other hand, Coel Kirkby has argued that 'popular participation, however, is not necessarily good. There is little empirical evidence linking popular participation to constitutional legitimacy in Africa.' See C Kirkby 'Linking popular participation and democratic representation in constitution-making in Eastern and Southern Africa', paper presented at the IACL Conference, Athens, Greece, July 2007, unpublished at 4.

It is against this background that we now turn to the history of constitution-making in Zambia with a view to identifying the social and political forces driving each of the constitutional projects. In this way, it is hoped that this paper will make a modest contribution to the on-going debate about constituent power and public engagement in the drafting, debating, adoption and enactment of the new constitution.¹⁵

2 Constitutional development, 1964 to the present

As indicated above, Zambia has had two major constitutional amendments, adopted two new constitutions and recently the government enacted the National Constitutional Conference Act, 19 of 2007 to facilitate, inter alia, the consideration and adoption of a new constitution.¹⁶ In the discussion that follows, we situate this milestone within an historical process whose seeds were planted in 1964.

2.1 The First Republic, 1964-1972

Zambia gained independence under a constitution passed by the British Parliament, pursuant to a negotiated settlement between the departing colonial government on the one hand and, on the other, the nationalist parties, namely the United National Independence Party led by Kenneth Kaunda and the African National Congress led by Harry Nkumbula.¹⁷

As a negotiated instrument, the independence constitution was not perfect. It is axiomatic that there was no direct and active involvement of the public in its crafting; nevertheless it facilitated the transition to independence and statehood. From these inauspicious beginnings, that constitution provided the basic framework of government under a multiparty democracy. Although Kenneth Kaunda's U.N.I.P held 55 of the seats in the National Assembly, it is generally accepted that there was a relatively functioning liberal democracy under a presidential system.¹⁸ The

¹⁵ See also M Ndulo *Constitution-making in Africa: Assessing both the process and the content* (2001). See also, Simutanyi (n 9 above).

¹⁶ Section 3 National Constitutional Conference Act 19 of 2007. See also, J Mwanakatwe 'Constitution-Making Process' *The Post Columns* available at <http://www.post.co.za/mwanakatwe.html> (accessed 4 October 2007).

¹⁷ The United National Independence Party (UNIP) won the first legislative elections in Zambia, gaining 55 of the 75 seats. The African National Congress won 10 seats and the National Progressive Party won all the 10 seats reserved for Whites. See, *History of Zambia* (n 2 above).

¹⁸ J M Mwanakatwe *End of Kaunda Era* (1994) pp 42-43.

President was the head of the executive branch and Head of State. He thus combined the executive powers of the head of government and the ceremonial powers of Head of State. There was a popularly elected legislature and an independent judiciary.¹⁹

In 1968, Kaunda was re-elected unopposed as President. The first major constitutional reform ensued in the following year when the independence constitution was amended to remove entrenched clauses. Under the independence constitution, any bill seeking to amend the constitution had to follow a special procedure and required a qualified majority. It had to be published in the Government Gazette at least thirty days before its first reading in the National Assembly, and, further, it had to be supported on its second and third readings by the votes of not less than two thirds of all the members. Certain provisions of the Bill of Rights including sections guaranteeing the independence of the judiciary and the constitution's amendment procedure were specially entrenched. In addition to the special procedures and qualified majority, amendment of these provisions required the support in a national referendum by a majority of all registered voters in parliamentary elections.²⁰

On 17 June 1969, in an overwhelming 'Yes' vote (85.02%), Kenneth Kaunda's government obtained the necessary support to amend the Constitution so as to expunge the referendum clause.²¹ The indisputable outcome was that the Zambian legislature was now given the power to amend the constitution, with a two-thirds majority using the ordinary legislative process prescribed in the 1972 constitution, without reference to a referendum. Thus the Constitution of Zambia (Amendment) Act, 3 of 1969, made the constitution more flexible and in turn granted more power to the legislature. It was under this 'simplified' procedure that the independence constitution was repealed and replaced by a one-party state constitution in 1973.

2.2 One Party Participatory Democracy, 1973 - 1991

The nation's founding President, Kenneth Kaunda, and his government initiated fundamental changes in the philosophy and system of government in 1972. On 25 February 1972, Kaunda informed the nation, in a major press conference that he was going to appoint a Commission of Inquiry to consider, inter alia, changes to the

¹⁹ As above. Constitution of Zambia, 1964; section 31.

²⁰ See the third schedule to the Zambia Independence Order-In-Council, 1964, section 72 of the independence constitution contained the constituent power to alter the constitution. Constitution of Zambia (Amendment) Act 3 of 1969. See also, S Mubako 'Zambia's single-party Constitution: A search for unity and development' (1973) 5 *Zambia Law Journal* 67; The Constitution of Zambia 1964.

²¹ Constitution of Zambia (Amendment) Act 3 of 1969.

country's constitution and to the fundamental structure of government so as to accommodate the proposed one-party system of government.²² In his statement, Kaunda emphasized that the objective of creating a one-party state was the fundamental need to preserve national unity and to strengthen and accelerate development in freedom and justice.²³

The Commission was given very wide terms of reference on the form the one party system was to take, 'in the context of the philosophy of humanism and participatory democracy'.²⁴ In discharging this mandate, the Commissioners were enjoined to pay due regard and adhere to certain principles, including:

- (a) the maintenance of 'the supremacy of the rule of law and independence of the judiciary';
- (b) the protection of 'fundamental rights and freedoms of the individual';
- (c) the vesting of supreme power in the people to 'be exercised directly where possible and indirectly through democratic, representative institutions';
- (d) the need for 'a strong and purposeful government' and 'a united nation in order to achieve its revolution'; and
- (e) the position of Zambia 'as part of a continent-wide movement for independence and for the liquidation of imperialism, colonialism, racism and foreign exploitation'.²⁵

The last principle has to be seen within the broader imperative of national unity and in the context of the country's position as a 'front-line state' and a hostile regional environment associated with her support to national liberation movements in the region. Zambia supported the forces opposing colonial or white-dominated rule in Southern Africa. The Kaunda government supported the National Union for the Total Independence of Angola (UNITA) during the war of independence and the subsequent civil war in that country; the Zimbabwe African People's Union (ZAPU) in Southern Rhodesia; the African National Congress (ANC) in their struggle against apartheid in South Africa; and the South West People's Organisation (SWAPO) in their struggle for independence in Namibia. The minority regimes in

²² The Presidential announcement was made on 25 February 1972. See the *Times of Zambia* 26 February 1972. The Commission was appointed, formally, on 1 March 1972. See Statutory Instrument 46 of 1972.

²³ See statutory Instrument 46 of 1972. See also, Mubako (n 20 above).

²⁴ Statutory Instrument 46 of 1972; Mubako (n 20 above) pp 3-4. See also, the third schedule to the Zambia Independence Order-In-Council 1964; Mwanakatwe (n 18 above) pp 84-87; *Report of the National Commission on the Establishment of a One Party Participatory Democracy in Zambia* (1972).

²⁵ As above.

Southern Rhodesia and South Africa retaliated by launching military raids into Zambia, resulting in losses of property and lives.²⁶

Kaunda's critics on his decision to introduce the one-party system at that time and in that manner point to weightier political motives, in particular 'the consolidation of political power through the elimination of all political opposition'.²⁷ One of the formidable challenges that Kaunda faced in the second decade of his rule was how to deal with deep-seated tribal or ethnic divisions and cleavages within his own ruling party, U.N.I.P. First, two influential politicians who he had earlier dismissed from their ministerial positions levelled charges of corruption and tribalism against other ministers.²⁸ The resultant rumpus culminated in the resignation of the country's and UNIP's Vice President, Simon Kapwepwe, and his followers, who formed a new political party, the United Progressive Party (the UPP). In the wake of these developments, the remaining UNIP faithfuls not only demanded the banning of the new party, the UPP, but also called for the immediate introduction of the One-Party System.²⁹

Kapwepwe's challenges to Kaunda's political dominancy were further underlined by his election to the National Assembly, from a constituency in UNIP's political heartland of the Copperbelt.³⁰ Kapwepwe's emergence in the opposition ranks, with the possibility of his UPP claiming the support of two to three provinces in the Copperbelt, Northern and Luapula Provinces, the traditional support base of UNIP, coupled with Nkumbula's dominance in the Western and Southern Provinces, meant that for the first time since independence Kaunda faced the possibility of losing power.³¹ Political instability in the country was further accentuated by political violence between the supporters of the ruling party, UNIP, and those of the UPP, ultimately leading to the banning of the UPP and the detention of its leaders without trial.³² In the final analysis, it can be argued with considerable force, that the critical decision to introduce the one-party state was informed by, among other things, narrow partisan and

²⁶ Roberts (n 2 above) 7-8. See also, BO Nwabueze *Presidentialism in Commonwealth Africa* (1974).

²⁷ Nwabueze (as above). See also, L Zimba 'The origins and spread of one-party states in common wealth Africa - their impact on personal liberties: a case study of the Zambian model' in M Ndulo (ed) *Law in Zambia* (1984) and Mwanakatwe (n 19 above) 86-88, 94-95.

²⁸ Hon. Justin Chimba and Hon. John Chisata. See also, A Sardanis *Africa: Another side of the coin* (2003); *Report of the Commission of Enquiry into the allegations made by Justin and John Chisata* (May, 1972).

²⁹ Mubako (n 20 above) pp 2-3; Mwanakatwe (n 18 above) 84-87.

³⁰ As above.

³¹ As above. In the December 19, 1968, parliamentary elections, Kaunda's UNIP had 87 seats, Nkumbula's ANC had 23 and there was one independent MP.

³² Mubako (n 20 above) pp 2-3. See also, *In Re Kapwepwe and Kaenga*_1972 ZR 248.

survival interests.³³ This argument is fortified by the fact that the Commission was not mandated to consider the desirability or otherwise of the single-party system of government, but rather the form which it should take. Moreover, although the Commission toured the whole country, receiving oral and written submissions on the changes the people wanted to see introduced in a one-party state constitution, the Kaunda government had the final say through a White Paper.³⁴

Before we conclude this part of the paper, it is instructive to note that the government's decision to appoint the Chona Commission as well as its terms of reference were unsuccessfully challenged in the landmark case of *Nkumbula v The Attorney-General*.³⁵ Nkumbula, the leader of the opposition party in the National Assembly, the African National Congress, challenged the move towards the one-party system of government, averring that his basic human rights and fundamental freedoms, in particular his freedoms of assembly and association, guaranteed in the independence constitution, would be infringed by the proposed constitutional changes. It was argued further that the Chona Commission was itself *ultra vires* the constitution and the Inquires Act because its terms of reference precluded the Commission from hearing evidence and argument as to the desirability of a single-party system of government.

The High Court and the then Court of Appeal were unanimous in rejecting Nkumbula's case, holding that his freedoms had in fact not been abridged at the material time since no executive or administrative action had been taken *in relation to him*. The Court of Appeal, quite rightly, observed that it had no power to prevent or question the validity of a Bill, much less a Bill seeking to amend the constitution before it became law even if it was aimed at removing basic human rights and fundamental freedoms. It was held further that once the government had validly amended the constitution, Nkumbula would have no rights to be infringed save those in the new constitution.³⁶

Following the release of the White Paper, the Constitution of Zambia (Amendment) Bill was passed in the required manner and assented to by President Kaunda. The independence constitution was repealed and replaced by a new constitution, bringing in a

³³ Mubako (n 20 above) pp 2-3; Mwanakatwe (n 18 above) 91-92. See also, M Ndulo 'Constitution-making in Africa: Assessing both the process and the content' (2001) *Public Administration and Development* 101-117, at p 106.

³⁴ The Chona Commission (n 11 above); Government White Paper 1 of 1972.

³⁵ 1972 ZR 204; See also the Court of Appeal Judgment No 6 of 1972.

³⁶ Court of Appeal Judgment No. 6 of 1972; 1972 ZR. 204.

paradigmatic shift in the form and substance of government under the system called 'one-party participatory democracy'.³⁷

Free political activity was severely curtailed; UNIP became the sole political factor in the country. Section 4(1) of the Constitution of Zambia Act 27 of 1973, proclaimed that 'there shall be one and only one political party or organization in Zambia, namely the United National Independence Party'. The Constitution went further to centralize and monopolise political power in the hands of UNIP, stating;

Nothing contained in the Constitution shall be so construed as to entitle any person lawfully to form or attempt to form any political party or organization other than the Party or to belong to, assemble or associate with, or express opinion or do any other thing in sympathy with, such political party or organisation.³⁸

Under the one-party system the overarching philosophy became that of the supremacy of the Party 'as the leading political force ...' in the country.³⁹ Initiation and the formulation of government policy were exclusive functions of the Party's Central Committee and National Council. The cabinet was an advisory body. The Constitution of the UNIP stated that 'should any decision of the Central Committee conflict with any decision of the cabinet on any matter of Government or Party policies, 'the decision of the Central Committee shall prevail'.⁴⁰ In the circumstances, under the philosophy of supremacy of the Party, the Party was perceived 'as the embodiment of the Nation... the party is (according to the conception) above the organs of government, since government is only an instrument or agent and not an embodiment, of the people'.⁴¹ In similar vein Mwanakatwe has observed that, '[w]hen the One-Party State was established, the supremacy of the party was entrenched in the UNIP Constitution. 'The intentions of the architects of the UNIP Constitution demonstrated that in the new order of things only UNIP was allowed to call the tune. By implication any other organ in the state was expected to toe the line while the tune was called by UNIP.'⁴² In essence Zambia was to be governed under the 'benevolent' dictatorship of Kenneth Kaunda.⁴³ This is not to downplay the fact that under the one party

³⁷ Constitution of Zambia (Amendment) Act 5 of 1972; Constitution of Zambia Act 27 of 1973.

³⁸ S 4(2) Constitution of Zambia Act 27 of 1973.

³⁹ This was stated in the Preamble to the Constitution of UNIP which constitution was annexed to the Constitution of Zambia Act 27 of 1973.

⁴⁰ See Article 12(3) of the Constitution of UNIP.

⁴¹ Nwabueze (n 26 above) 242.

⁴² Mwanakatwe (n 18 above) 104.

⁴³ Human Rights Watch Report *Zambia: Elections and Human Rights in the Third Republic* (1996) Vol. 8 No. 4 (A) 8 available at <http://hrw.org/reports/1996/>

system there was a marked centralisation of state power in the hands of the President in the mould of African Presidentialism.⁴⁴

3 Reversion to multiparty democracy

The transition to multi-party democracy was the culmination of a number of developments, at home and abroad. The internal factors calling for change may be summarized as follows:

- (a) Between 1975 and 1990, Zambia's economy deteriorated or shrunk by approximately 30 per cent, owing to the collapse of copper prices, the mainstay of the economy.⁴⁵
- (b) Several strikes hit the country in 1981. Kaunda responded by arresting and detaining several trade union leaders, including the president of the Zambia Congress of Trade Unions, Frederick Chiluba.⁴⁶
- (c) In 1986 and 1987, protests arose again in the main urban areas of Lusaka and the Copperbelt. These were followed by serious food riots in 1990-1991 in which at least thirty people were killed. There was also an attempted military coup that had people dancing in the streets,⁴⁷ revealing the extent of popular discontentment with Kaunda's rule.

An important external factor was the dramatic collapse of communism in Eastern Europe and the former Soviet Union and the new 'winds of change' then sweeping across Africa. In the wake of these pressing factors, Kenneth Kaunda accepted the need for reform. He promised a referendum on multi-party democracy. On the other hand, the mass democratic movement, spearheaded by the labour movement, university and college students, civil society, the church and professional bodies such as the Law Association of Zambia and the Economics Association of Zambia, called for a simple amendment to the 1973 constitution by the deletion of Article 4 of that Constitution which declared Zambia a one-party state.⁴⁸

In November 1990, President Kaunda appointed a Constitutional Review Commission under the Chairmanship of the respected lawyer and academic, Professor Patrick Mvunga, to enquire, determine and recommend a system of political pluralism that would ensure the separation of the powers of the legislature, the executive and the judiciary so as to enhance the role of these organs and to look into the

Zambia.htm where the authors correctly observe that while Zambia was spared the massive human rights violations inflicted on some of its neighbors, Kaunda's rule was decidedly authoritarian'. See also, Mwanakatwe (n 19 above) pp 93-112.

⁴⁴ Nwabueze (n 26 above) p 242.

⁴⁵ 'History of Zambia' Wikipedia p 7 citing Zambia - Economic History, Biz/ed. Retrieved on 2006-10-11. See also Mwanakatwe (n 18 above) pp 113-141.

⁴⁶ As above.

⁴⁷ As above.

⁴⁸ Mwanakatwe (n 18 above) 205-207.

composition and functions of the various organs of the state and recommend modalities of their operation.⁴⁹ Shortly thereafter Kaunda reached a compromise agreement with the nascent opposition and a constitutional amendment was passed, expunging Article 4 from the Constitution and thus paving the way for the formation of political parties.⁵⁰ In the meantime the Mvunga Commission held public hearings in most of the country's major centres. Some of the petitioners who appeared before that Commission submitted that the method of adoption of the constitution should be considered as an important factor in determining its legitimacy. They, therefore, submitted that the constitution should be debated and adopted by a Constituent Assembly or a National Convention.⁵¹

In its report, the Commission concluded that 'there was no need for a Constituent Assembly since there was in place a legitimate and lawfully constituted National Assembly'.⁵² The Commission therefore recommended that the constitution should be adopted and enacted by Parliament.⁵³ On its part, the Kaunda administration did not accept most of the Commission's recommendations. The emerging opposition forces, particularly the newly formed Movement for Multi-Party Democracy and the labour movement did not accept the draft constitution appended to the Commission's report.⁵⁴ To his credit, Kenneth Kaunda was prepared to accept a compromise constitutional text agreed to at an Inter-Party dialogue between the ruling UNIP and the MMD. These talks were brokered by the 'mother churches' under the Chairmanship of the Anglican Church's Bishop Stephen Mumba. These talks were assisted by an Inter-Party Group of Experts, formed on 25 July 1991.⁵⁵

The document agreed to at the Inter-Party talks was eventually enacted into law as the Constitution of Zambia Act which came into force on 30 August 1991. That constitution was perceived as a transitional document, to meet the immediate pressures of the time. As Simutanyi correctly observes, 'It did not reflect popular aspirations ... an undertaking was made to have it reviewed once the MMD came to power'.⁵⁶ The point to note here is that the drafting and adoption of this transitional constitution was not a preserve of the government of the day through a National Assembly dominated by that government. This is not to down play the fact that there was little

49 The Mvunga Commission was appointed on 30 November 1990.

50 Mwanakatwe (n 19 above).

51 Mvunga Commission Report (n 11 above). These submissions were reiterated in the *Mun'gomba Constitutional Review Commission Report* (n 13 above) 493.

52 *Mvunga Commission Report* (n 11 above); *Mun'gomba Commission Report* (n 13 above) 493.

53 *Mvunga Commission Report* (n 11 above).

54 Mwanakatwe (n 18 above) p 221.

55 As above.

56 As above.

popular participation beyond the 'bipartisan consensus' between UNIP and MMD.⁵⁷

In the presidential and parliamentary elections that followed, the former trade union leader and presidential candidate for the main opposition party, the Movement for Multiparty Democracy (MMD), Frederick Chiluba, won 76% of the presidential vote.

The MMD won 125 of the 150 seats in the National Assembly, with Kaunda's UNIP taking the remaining 25 seats.⁵⁸ President Kaunda conceded defeat and Chiluba became Zambia's second president. This peaceful transfer of power led to Zambia being 'heralded as a model for democracy in Africa'.⁵⁹

On coming to power Chiluba promised democratic, transparent and accountable governance among other things. These issues were not adequately addressed in the 1991 Constitution. Thus among the political reforms promised in the MMD election manifesto was a review of the 1991 Constitution.

In 1993, the Chiluba government appointed the Mwanakatwe Constitutional Review Commission, under the Chairmanship of the respected lawyer and veteran cabinet minister during the first and second republics John Mwanakatwe, SC.⁶⁰ The Commission was given very broad terms of reference, including:

- (a) 'to ensure that Zambia was governed in a manner that promoted the democratic principles of fair and regular elections, transparency and accountability and that would guard against the re-emergence of a dictatorial form of government';
- (b) 'to provide for appropriate arrangements for the entrenchment and protection of human rights, the rule of law and good governance ..., the competence, impartiality and independence of the judiciary; and
- (c) to review the 1991 constitution'.⁶¹

The Commission was further requested to recommend whether the Constitution should be adopted by the National Assembly or by a

⁵⁷ Simutanyi (n 9 above) 9.

⁵⁸ African Elections Database; see also History of Zambia.

⁵⁹ Human Rights Watch Report (n 43 above) pp 1. The French-speaking West African State of Benin was first to revert to multi-party politics in 1990.

⁶⁰ The Mwanakatwe Constitutional Review Commission was appointed on 22 November 1993. The period immediately following the attainment of independence, 1964-1972 is called the first republic while the period of one-party rule, 1973-1991 is usually referred to as the second republic.

⁶¹ See Statutory Instrument 151 of 1993. These terms of reference have been reproduced in the final Report, Lusaka, 1995.

Constituent Assembly, by a national referendum or by any other method and a suitable method for amending any part thereof.⁶²

The Mwanakatwe Commission canvassed the views of a very broad spectrum of public opinion in the country. Some of the Commissioners travelled to several countries to study their constitutional models. For the purposes of this paper, it is important to note that petitioners to the Mwanakatwe Commission 'overwhelmingly submitted that the Constitution should be adopted through a Constituent Assembly and a national referendum'.⁶³ They argued that adoption of the constitution by the then legislature 'would be risky because parliament was dominated by one party.'⁶⁴ The Mwanakatwe Commission went further to recommend the composition of the Constituent Assembly, that is, all MPs, one representative from each district, representatives from political parties not represented in parliament, civil society organisations, academia, civil and professional associations, traditional rulers, women's organisations churches and other religious organisations.⁶⁵ According to the Commission this recommendation 'on the mode of adoption was to address 'the views of the people and the need for legitimacy and durability of the Constitution'.⁶⁶

The Chiluba government rejected most of the Commission's recommendations.⁶⁷ On the question of the most appropriate mode of adoption of the Constitution the Chiluba government made the following observations regarding what it perceived to be 'legal and practical limitations' in the recommendations. They are reproduced verbatim hereunder for the sake of completeness:

(a) The provisions of Article 62 in the present Constitution make it inconsistent for Parliament to abdicate its vested power to legislate in favour of any subordinate body such as the Constituent Assembly in these circumstances. The concept of Parliamentary Sovereignty and its legitimacy in a democracy makes it a betrayal of confidence of the electorate for Parliament to abdicate its authority to legislate;

(b) Article 79 in the existing Constitution is unambiguous in its provisions on the procedures for the alteration, amendment, re-enactment, modification or replacement or suspension of any of the provisions or parts of a provision of the Constitution. It is not constitutionally permissible to adopt a procedure other than the procedure provided for in the existing Constitution, prior to the amendment of Article 79;

⁶² Statutory Instrument 151 of 1993.

⁶³ Report of the Mwanakatwe Constitutional Commission. Lusaka (1995) quoted in the Mun'gomba Commission Report (n 19 above) 494.

⁶⁴ Mwanakatwe Report (n 11 above) cited in Mun'gomba Report (n 51 above) 494.

⁶⁵ As above.

⁶⁶ As above.

⁶⁷ Government White Paper on the Mwanakatwe Commission Report,(1995).

(c) As the genesis of the extra-constitutional amendment efforts, the Statutory Instrument under the Inquiries Act proposed for the establishment of the ‘Preliminary Constituent Assembly’ would expressly offend the provisions of Article 79 in the existing Constitution and thus become void for inconsistency with the provisions of Article 79. (see also Article 80 (3) of the present Constitution;

(d) The Preliminary Constituency Assembly would not engage in any ‘inquiry’, within the meaning of the word in the Inquiries Act. The Statutory Instrument and consequently the Preliminary Constituent Assembly would be unlawful as being outside the enabling Act;

(e) The true import of Article 79 in the existing Constitution as to its legal, logistical, financial and material imperatives in unfortunately glossed over. To amend or remove Article 79, it is necessary to:

- Conduct a national census to determine the number of people ‘entitled to be registered as voters for the purposes of Presidential and Parliamentary elections’ i.e. all persons of or above the age of eighteen (18);
- The above is necessary in order to determine accurately the numerical threshold constituting the fifty per cent (50%) plus one required to pass the amendment, removal or replacement of Article 79 at the National Referendum;
- The time necessary to put together the logistical and financial requirements to undertake (the Referendum) above is, by many years, outside the time framework the Commission envisages; and
- The possibility of failure to meet the stringent requirements of amending or replacing Article 79 of the existing Constitution, far outweigh the possibility of success; and
- In arriving at the above decisions, Government wishes to emphasise that a Constituent Assembly is transitional measure to be used where a Parliament is not universally constituted by the majority of citizens as was the case in Namibia and South Africa. The issue of a Constituent Assembly does not therefore arise in the Zambian situation where a Parliament is constituted through universal adult suffrage.⁶⁸

By invoking the legislative omni-competence of Parliament as enacted in Article 62 and constitutional amendment procedure in Article 79 of the 1991 Constitution, the Constitution (Amendment) Act was passed in Parliament on 22 May 1996 after its second reading when 121 MMD members voted for it, 2 National Party MPs voted against while 22 UNIP MPs walked out in protest. On 28 May 1996, President Chiluba assented to the amendment and the Constitution of Zambia (Amendment) Bill 18 of 1996 became law.⁶⁹

⁶⁸ These ‘constraints’ have been reproduced *verbatim* in the Mun’gomba Commission Report (n 19 above) 494.

⁶⁹ It is now cited as the Constitution of Zambia (Amendment) Act 18 of 1996. See also, Human Rights Watch Report (n 43 above) 11.

The Amendment Act introduced three key changes:

(a) First, it revised the Preamble to the Constitution so as to provide for the declaration of Zambia as a Christian nation.

(b) Secondly it added provisions relating to qualifications for presidential candidates based on origin or birth of the candidate's parents. This radical amendment was contained in Article 34(3) which required, *inter alia*, that aspirants for the presidency be Zambian citizens born to parents who were Zambians by birth or descent and not be a tribal chief. These requirements appeared to be precisely tailored to disqualify specific opposition leaders from running for president, in particular former President Kenneth Kaunda, partially of Malawian heritage, and UNIP's Vice-Presidential candidate, Chief Inyambo Yeta, a tribal chief.⁷⁰

(c) Thirdly, it provided that no person who had twice been elected president should be eligible for election to that post (again targeted at Kenneth Kaunda who had announced his return to politics and his intention to contest presidential elections in 1996).⁷¹ It should be noted here that under Article 35(2) of the 1991 constitution no person who held office as President for two terms of five years each was eligible for re-election to that office. Subsection 3 made it clear that the period of two terms of five years should be computed from the commencement of that constitution (30 August 1991). Quite clearly that did not cover the period served by Kaunda between 1964-1991. The 1996 Constitution Amendment removed the reference to the commencement date by simply stating that 'no person who has twice been elected as president shall be eligible for re-election to that office. (See article 35(2) of the 1996 Constitution.)

Opposition political parties, civic associations, human rights NGOs and women's groups vigorously opposed the MMD government's decision to reject the Mwanakatwe Commission's proposal to establish a constituent assembly to adopt the new Constitution followed by its approval in a referendum. Instead, the government insisted that the amendment was non-negotiable with President Chiluba emphasizing that

... the constitutional amendments which recently came into force and the procedures followed were handled within the context of the provisions of the existing constitution, and everything provided for in the constitution was more than complied with.⁷²

This uncompromising attitude on the part of the government resulted in a further deterioration in the relations with opposition parties, the

⁷⁰ Constitution of Zambia Amendment Bill 18 of 1996; Human Rights Watch Report (n 43 above) 3-4.

⁷¹ Human Rights Watch Report (n 43 above) p 2. See also, *Chitala v The Attorney General* 1996-97 ZR 89.

⁷² As quoted by the *Citizen Newspaper* Friday 21 June 1996 21.

church, NGOs and other parts of civil society.⁷³ The opposition parties and others opposing government policies were not seen as people holding different opinions but as enemies of the state.⁷⁴ On 28 October 1997 an attempt to overthrow the Chiluba government was crushed by loyal soldiers. A number of prominent opposition leaders were arrested including Kenneth Kaunda and Dean Mungomba, a losing presidential candidate in the 1996 elections for the Zambia Democratic Congress (ZDC).⁷⁵

Prior to the 2001 presidential and parliamentary elections, Chiluba tried to amend the constitution so as to allow him to run for a third term. However, he failed to secure enough support within his own party (the MMD). There was also massive opposition to the 'third term' idea from ordinary Zambians. In the end, he stepped down after serving two terms.⁷⁶

President Mwanawasa, who succeeded Chiluba in hotly contested elections, promised, *inter alia*, to re-establish a government of laws, not of men, and to review the constitution. In 2003 Mwanawasa appointed the Mun'gomba Constitutional Review Commission, again using the Inquiries Act, with the broad mandate of collecting views from the general public within Zambia and from Zambians living abroad on what type of Constitution Zambia should enact and recommending a constitution that would exalt and effectively entrench and promote legal and constitutional protection of fundamental human rights and freedoms and stand the test of time.⁷⁷

Because of the centrality of the Commission's mandate and recommendations to the existing impasse on the process of adopting the Commission's proposed constitution it is imperative to recap or reiterate some of the key terms of reference for the Commission:

- Recommending a constitution that should exalt and effectively entrench and promote legal and institutional protection of fundamental human rights and stand the test of time.
- Examining and recommending on the desirability of the death penalty.

⁷³ Human Rights Watch Report (n 43 above) pp 2-4. Public debate on the Mwanakatwe Constitutional Review Commission proposals were stifled. On 5 February 1996 Chiluba banned edition 401 of the Post-Newspaper which carried an article on the proposed constitutional changes. On 17 July 1996, using section 53 of the Penal Code, Chiluba banned any further public debate on the draft constitution.

⁷⁴ Following the so-called Black Mamba saga, opposition UNIP leaders were arrested and committed to the Lusaka High Court for trial, charged with high treason and murder.

⁷⁵ Human Rights Watch (n 43 above) pp 3-4; Sardanis (n 28 above).

⁷⁶ Human Rights Watch Report (n 43 above) pp 2-4.

⁷⁷ See Statutory Instrument 40 of 2003 as amended by Statutory Instruments 42 of 2003, 86 of 2003, 98 of 2003, 134 of 2003 and 56 of 2004. The Commission was appointed on 17 April 2003.

- Recommending a system of government that will promote democratic governance and guard against the emergence of a dictatorial form of government.
- Reviewing the electoral system to ensure fairness in the conduct of presidential, parliamentary and local government elections.
- Recommending provisions to ensure the competence, impartiality and independence of the Judiciary, and access of the public to justice.
- Examining and recommending the composition and functions of the organs of government with the view to maximising on checks and balances and securing, as much as possible, their independence.
- Examining and recommending effective methods to ensure grassroots participation in the political process of the country, including the type of provincial and district administration.
- Examining the local government system and recommending how a democratic system of local government as specified in the Constitution may be realised.
- Examining and recommending on issues of gender equality.
- Also key among the terms of reference were those enjoining the Commission to recommend suitable methods of amending and adopting the Constitution.⁷⁸

From August 2003 to September 2004, the Commission conducted public hearings in all parliamentary constituencies in the country. It received both oral and written submissions from Zambians, including those living abroad. There were massive turnouts at all sittings. In addition special sittings were organized for other stakeholders, including the Judiciary, the National Assembly, the Anti-Corruption Commission, the Human Rights Commission, the Zambia Congress of Trade Union, the Federation of Free Trade Unions, the churches, political parties, the Law Association of Zambia and members of the defence and security forces. Furthermore, the Commission carried out comparative study tours to South Africa, Uganda, Kenya, Ethiopia, Nigeria, Sweden, Denmark, Norway and India in order to draw inspirations from these countries.⁷⁹

An overwhelming number of petitioners submitted that the Constitution should be adopted by a Constituent Assembly, a Constitutional Conference or a body with broad representation. The reasons advanced for a Constituent Assembly or other popular body were, inter alia, that Parliament was not representative enough of all the various social interests in the country; and that the formulation of a new Constitution should be more inclusive, broad based, gender representative and encourage the participation of citizens in order to

⁷⁸ *Report of the Mun'gomba Commission* (n 13 above) 15.

⁷⁹ See *Interim Report of the Mun'gomba Constitutional Review Commission* (June 2005) and *Report of the Mun'gomba Commission* (n 13 above).

give the constitution-making process legitimacy.⁸⁰ The Commission recommended that the constitution should be adopted by a Constituent Assembly followed by a national referendum.⁸¹ It went further to recommend that the Constituent Assembly should be composed of:

- 2 representatives from each district, one man and one woman, making a total of 148.
- All Members of Parliament (150).
- One representative from each of the registered political parties represented in the National Assembly.
- 3 representatives of the Law Association of Zambia.
- 2 representatives of the Economics Association of Zambia.
- 4 representatives of the Local Government Association of Zambia.
- 3 representatives of the Zambia Congress of Trade Unions.
- 2 representatives of the Zambia Federation of Free Trade Unions.
- 2 representatives of the Zambian Federation of Employers.
- 2 representatives of the Zambian Association of Chambers of Commerce and Industry.
- 3 representatives elected from women's organisations.
- 10 representatives from eminent persons appointed by the President, including Past Presidents and Chairpersons of previous Constitutional Review Commissions.
- 8 representatives from religious organizations (2 from the Council of Churches of Zambia, 2 from the Zambia Episcopal Conference, 2 from the Evangelical Fellowship of Zambia and 2 from the Independent Churches of Zambia).
- 4 representatives from the Media Association of Zambia.
- 6 representatives from student unions.
- 2 representatives from Youth Organisations.
- 4 representatives from organizations representing people with disabilities.
- 1 representative of the Islamic Association of Zambia.
- 1 representative of the Hindu Association of Zambia.
- 4 representatives from NGOs not provided for.
- 10 representatives from Defence and Security Services and the Public Service Commission.

⁸⁰ See *Interim Report of the Mun'gomba Constitutional Review Commission* (n 79 above) and *Final Report* (n 13 above) p 496 (2,166 petitioners).

⁸¹ 3,119 submissions were received on this subject, with an overwhelming demand for adoption through a Constituent Assembly. See *Report of the Commission* p 500.

- 2 representatives of the Zambia Institute of Chartered Accountants.
- 2 representatives of the Medical Council of Zambia.
- 2 representatives of the Human Rights Commission.
- 18 randomly selected petitioners to the Constitutional Review Commission.⁸²

The Commission was unanimous in these recommendations. Equally it was emphatic that the adoption of the Constitution through the National Assembly undermined the sovereign will of the people in constitution-making. It noted that its visit to all the 150 parliamentary constituencies was applauded by many people because they saw in that exercise an opportunity to express their views on the subject.⁸³

The main thrust of the Commission's recommendation was that the people should define the Constitution-making process and that the Constitution should be a product of the sovereign will of the people. It should be made and amended through a popular mandate and not through the Inquiries Act and that in order for the Constitution to stand the test of time it ought to be a product of the will of the people expressed directly by the people. The Constitution adopted by the Constituent Assembly and approved by the people in a national referendum would then be enacted into law by Parliament.⁸⁴

Finally the Commission recommended the enactment of an Act of Parliament laying down the processes and procedures, allocating the necessary resources as well as stating the composition and functions of the Constituent Assembly.⁸⁵ The motivation for these recommendations is not clear from the report but it can be surmised that the Commission could have drawn inspiration from other countries, especially Kenya where the deliberations of the Constitutional Conference proved inconclusive, with President Mwai Kibaki ultimately by-passing that Conference and pushing his own draft Constitution through parliament.⁸⁶

It is also instructive to point out that the Mun'gomba Commission recommended that the Constitution should 'explicitly reflect in the

⁸² The Commission was unanimous in this recommendation, emphasizing that the Constitution-making process should be broad-based, inclusive and representative in order to give the constitution the necessary legitimacy. See Report of the Mun'gomba Commission (n 51 above) 500-501.

⁸³ As above 494-500.

⁸⁴ As above 500-501.

⁸⁵ As above 501. It is important to note that the Commission recommended that the result of the Constituent Assembly should be final and legally binding, subject to the outcome of the national referendum and implemented by a resolution of the Constituent Assembly.

⁸⁶ See Coel Kirkby (n 14 above) 20.

Preamble as well as in the operative part that the people shall adopt, enact and give to themselves the Constitution'.⁸⁷

The Mun'gomba Commission submitted its final report in December 2005. However, between 2005 and 2007 there was a stalemate in the constitution-making process, chiefly because of disagreements between the Mwanawasa government on the one hand and the opposition political parties and civil society formations on the other. As pointed out in the introduction, at the heart of the dilemma has been the need to ensure that this time around the constitution-making process was people-driven and not dominating by the executive.

The Mwanawasa government had earlier sent conflicting signals. Initially the government had favoured the adoption of the proposed constitution by Parliament, citing technical, logistical and legal obstacles in following the process recommended by the Mun'gomba Commission. Chief among the government's concerns were the costs and time constraints associated with preparations for a national referendum to decide on whether or not the constitution should be adopted by a Constituent Assembly followed by approval of a text in a national referendum and subsequent enactment by Parliament. But even as the government was grudgingly accepting the idea of a referendum, President Mwanawasa 'told the nation that ... he would vote against a Constituent Assembly'.⁸⁸ Without reaching broad consensus with the other stakeholders, the government released a roadmap, spanning a period of almost five years over which all the necessary preparatory administrative, technical and legal process would be completed, culminating in the National Assembly enacting a constitutional document adopted by a Constituent Assembly. On the other hand, civil society groupings under the broad umbrella of the Oasis Forum were adamant that a new constitution could be adopted by a Constituent Assembly followed by approval in a national referendum in a comparatively shorter period. For ease of reference and for the sake of completeness the two sets of roadmaps are reproduced here under.

⁸⁷ Report of the Mun'gomba Commission (n 51 above) 76. The Commission here noted the example of the case of Uganda Constitution which expressly states in the Preamble that the adoption and enactment of the constitution shall be done a Constituent Assembly specifically created for the purpose of adopting and enacting the Constitution.

⁸⁸ Simutanyi (n 9 above) 11.

CONSTITUTION MAKING PROCESS

SUMMARY OF REVISED ROADMAP AS PROPOSED BY THE OASIS FORUM			GOVERNMENT ROADMAP		
STEP	ACTION	PERIOD	STEP	ACTION	PERIOD
1	Enactment of Constituent Assembly Act Process includes preparations of bill, presentation to National Assembly and assent by President	12 Weeks	1	Work of the Constitution Review Process Implementation Committee - the Committee should run Constitution Review Process on behalf of Government. It is proposed that the Secretariat is established	87 Weeks
2	Issuance of Statutory Instrument setting up the Constituent Assembly Secretariat and appointment of Staff	8 Weeks	2	Cabinet decision on Roadmap - a Cabinet decision will be Required to approve the report of the Committee	4 Weeks
3	Nomination and appointment of members of Constituent Assembly as per Mung'omba recommendations * Note: Step 1, 2 & 3 can run concurrently	4 Weeks	3	Issuance of Statutory Instrument Initiating the Referendum - Arising from the decision by Cabinet, the President shall issue a Statutory order by way of a Statutory Instrument to initiate holding a referendum	1 Week
4	Issuance of Statutory Instrument by the President establishing Constituent Assembly in accordance with provisions of Constituent Assembly Act	1 Week	4	Determining the number of persons entitled to register as voters for the referendum	48 Weeks
5	Constituent Assembly to hold sessions and thereafter adopt the new Constitution	24 Weeks	5	Process of conducting a Referendum - the Referendum is necessary to amend Article 79 of the Constitution	24 Weeks

6	Dissolution of Constituent Assembly in accordance with provisions of Constituent Assembly Act	1 Week	6	Cabinet decision on the Amendment of Article 79 and Constituent Assembly Bills - in order to establish a Constituent Assembly, Cabinet is required to make a decisions on the Bill for the Amendment of Article 79 and the Bill for the establishment of the Constituent Assembly	12 Weeks
7	Issuance of Statutory Instruments by the President Initiating the National Referendum	1 Week	7	Gazette Notice for Amending Article 79 and Draft Constituent Assembly Bill - a Gazette notice to inform the public of the Bill Amending Article 79 of the Constituent and another for the establishment of the Constituent Assembly	4 Weeks
8	Process of conducting a Referendum (includes notices, registration of voters and actual referendum)	16 Weeks	8	Enactment of Article 79 and Constituent Assembly Bills - following Steps (6) and (7), Parliament is expected to enact the amendment to Article 79 and Constituent Assembly Bills	5 Weeks
9	National Assembly to formally enact the New Constitution of Zambia as approved by the people	4 Weeks	9	The Issuance of a Statutory Instrument to setting up the Constituent Assembly Secretariat - the Ministry of Justice is required to issue a Statutory Instrument setting up the Constituent Assembly Secretariat	1 Week
10	President to assent the New Constitution of Zambia	14 Weeks	10	Appointment of Constituent Assembly secretariat Support Staff Cabinet is expected to second staff to the Secretariat of the Constituent Assembly	3 Weeks
	Total Time	71 Weeks	11	Secretariat's work - the Secretariat commences its work which is Categorized as Pre-Constituent Assembly Sessions	40 Weeks
NOTES ON ROADMAP AS PROPOSED BY THE OASIS FORUM			12	Constituent Assembly Elections - the Constituent Assembly Elections will be undertaken	24 Weeks

1	Our Roadmap excludes steps 1 and 2 in the government Roadmap because we think that we need only one Secretariat to service the Constituent Assembly	13	Constituent Assembly Sessions - Constituent Assembly Sessions will then be assented by the President	8 Weeks
2	CENSUS The last Census was carried out in the 2000. Under the Census and Statistics Act Cap 127 of the Laws of Zambia, a Census is valid for 10 years. Therefore, the statistics are still valid and can be utilized up to the year 2010	14	Assent and Commencement of the Constitution - the National Assembly shall enact the Constitution of Zambia Act, which will then be assented to by the President	
	REFERENDUM On page 805 of the Report of the Mung'omba Review Commission, it is recommended that the current Constitution should be repealed and replaced by the new Constitution adopted by the Constitution Assembly. In other words this means that the existing Constitution is not being amended, so as to invoke the provision of Article 79 which requires a referendum. This will be a completely new Constitution. The only Referendum that will be necessary will be after the Constituent Assembly has adopted the Draft Constitution before its enacted by the National Assembly and assent by the President		Total Time	269 Weeks

4	<p>APPOINTMENT AND NOMINATIONS OF MEMBERS OF CONSTITUENT ASSEMBLY</p> <p>We are of the view that each organization should nominate their representatives to the Constituent Assembly using their own internal procedures. As for the two representatives from each District, we strongly believe that elections will be unnecessary. Each District already has elected representatives who are the Councillors. Each Council could simply nominate two from among their members being one male and one female, unless where there are no female or male Councillors. In such a case the District will be represented by the same gender.</p>			
---	---	--	--	--

Source: These roadmaps were sourced courtesy of Dr Patrick Matibini of the School of Law, University of Zambia, Lusaka on 26 September 2007.

These roadmaps were released early in 2007. For over six months there was little or no movement in the Constitution-making process. However, in July 2007, 'following a meeting of political parties represented in Parliament under the umbrella of the Zambia Centre for Inter-Party Dialogue, it was resolved that instead of a Constituent Assembly a National Constitutional Conference would adopt ... the Constitution'.⁸⁹

Pursuant to that decision, the National Constitutional Conference Act, 19 of 2007 was enacted and assented to on 31 August 2007. In section 3 of the Act, the National Constitutional Conference is described as 'a forum for the examination, debate and adoption of proposal to alter the Constitution'. The functions of the Conference have been specifically provided for in section 13. These functions and the options available to the Conference can be paraphrased as follows:

⁸⁹ Simutanyi (n 9 above) pp 11-12. The Zambia Centre for Inter-Party Dialogue has been established by a trust deed and registered under the Land (Perpetual Succession) Act Cap 186 of the Law of Zambia (see section 2 of the National Constitutional Conference Act 2007).

- (a) Consider and deliberate on the provisions of the Report of the Mun'gomba Constitutional Review Commission (section 13(1)(a)).
- (b) Adopt a draft constitution or part thereof and submit such draft to the Minister for presentation to Parliament for the enactment of those provision of the constitution which do not require a referendum (section 13(2)).
- (c) Adopt a draft constitution or a part thereof and then transmit such draft to the Minister for submission to a national referendum if any of its provisions purport to amend the Bill of Rights or the constitutional amendment clause in Article 79 of the current constitution (sections 13(1)(c) and 13(2)(b)).
- (d) Adopt and submit a draft constitution to the Minister for submission to a national referendum 'if the draft constitution contains any provisions in respect of which there is no agreement among the members of the conference' (sections 13(1)(c) and 13(2)(b)).
- (e) Decide whether the entire draft constitution should be submitted to a national referendum (section 13(2)(b)).

In discharging their mandate members of the Conference are enjoined to be:

- (a) 'be accountable to the people of Zambia' (s 13(4)(a))
- (b) 'recognise the importance of confidence buildings, engendering trust and developing a national consensus for the adoption process,' (s 13(4)(b)).
- (c) 'ensure through the observance of the principles referred to in section 14 that the adoption process:
 - (i) provides the members with an opportunity to actively, freely and meaningfully participate in generating and debating proposals to alter the constitution as contained in the draft constitution;
 - (ii) is, subject to the Act, conducted in an open manner;
 - (iii) is guided by the respect for the universal principles of human rights, gender equality and democracy; and
 - (iv) ensures that the final outcome of the adoption process faithfully reflects the wishes of the people of Zambia.'

Section 14 enacts what have been referred to as 'principles for [a] democratic and secure adoption process'. Pursuant to these principles under s 41 'the government, the conference, political parties, non-government organisations and the people of Zambia' are required to:

- (a) recognise the legislative power vested in Parliament ...
- (b) avoid discord, violence or threats of violence or other acts of provocation during the debating and adoption process;
- (c) undertake not to deny or interfere with any person's rights to hold or attend public meetings or assemblies, the right to personal liberty,

and the freedom of expression and conscience during the adoption process, except in accordance with the law;

- (d) ensure that the police protect the safety of all persons who attend meetings or exercise the other rights, from violence from whatever source;
- (e) ensure that the meetings of the conference are held in peace;
- (f) respect the independence of the members; and
- (g) desist from any political or administrative action that will adversely affect the operation or success of the adoption process.

It is important to refer to the composition of the conference in order to draw parallels with similar experiments elsewhere, in particular those of Kenya and Uganda. In terms of section 4 of the Act, a very broad spectrum of Zambian society will be represented by approximately 500 delegates from the following categories of stakeholders:

- (a) All Members of the National Assembly (158).
- (b) 'Six representatives from each political party and the forum of other parties which is a member of the Zambia Centre for Inter-Party Dialogue'.
- (c) 'Three representatives each of the Zambia Episcopal Conference, the Council of Churches in Zambia, the Evangelical Fellowship of Zambia and any other Church mother body which is registered under the Societies Act, Cap 119 of the Laws of Zambia and has been in existence for at least five years'.
- (d) 'Two representatives each of the following professional bodies: The Law Association of Zambia; the Economics Association of Zambia, the Zambia Association of Chambers of Commerce and Industry, the Engineering Institute of Zambia, the Local Government Association of Zambia, the Zambia Institute of Certified Accountants, the Medical Association of Zambia and the General Nursing Council'.
- (e) 'Two representatives of traditional healers'.
- (f) 'Eighteen traditional leaders representing the House of Chiefs'.
- (g) 'Two representatives each of private media organisations; public media organizations; the Non-Governmental Organisation Coordinating Council; the Anti-Corruption Commission; the Electoral Commission; the Drug Enforcement Commission; and the Human Rights Commission'.
- (h) 'Seven representatives of the Zambia Congress of Trade Unions'.
- (i) 'Three representatives of the Federation of Free Trade Unions of Zambia'.
- (j) 'Three representatives each of the Zambia Federation of Employers'.
- (k) 'Three representatives of trade unions affiliated to the Zambia Congress of Trade Unions'.

- (l) 'Three representatives of trade unions affiliated to the Federation of Free Trade Unions of Zambia'.
- (m) 'Two representatives each from the two State Universities and from registered private universities'.
- (n) 'Two student representatives each from the two state universities and the National Students' Union'.
- (o) 'Five representatives from colleges and other institutions of higher learning'.
- (p) 'Two representatives each from the Judicial Service Commission, the Public Service Commission, the Police and Prisons Service Commissions, and the Teaching Service Commission'.
- (q) 'Two representatives each from the Zambia Army, the Zambia Air Force, the Zambia National Service, the Zambia Police Force, the Zambia Prisons Service and the Zambia Security and Intelligence Service'.
- (r) 'Three representatives each of the following: the Judiciary, the Department of the Clerk of the National Assembly, the associations of differently abled persons registered with the Zambia Agency for Persons with Disabilities ..., the National Arts Council of Zambia; the Zambia Chambers of Commerce and Industry and the Zambia Agency for Persons with Disabilities ...'.
- (s) 'One eminent Zambian, from each province who has distinguished oneself in any business, field or profession'.
- (t) 'One senior citizen, from each province, who has held public office and is at least fifty-five years old'.
- (u) 'Ten senior civil servants'.
- (v) 'Three representatives of women's organizations which are not members of the Non-Governmental Organisations Co-ordinating Council'.
- (w) 'Two representatives of registered youth organizations'.
- (x) 'Two representatives each of the Islamic Association and the Hindu Association'.
- (y) 'Ten representatives of registered non-governmental organizations'.
- (z) 'One freedom fighter, from each province, who participated in the struggle for independence and is at least sixty-five years old'.
- (aa) 'One councilor each of every local council in the country'.⁹⁰

4 Prognosis for the future

In the section above we reproduced the depth and breadth of representation so as to enable students of constitutional law in Zambia to compare what sort of representation was recommended by

⁹⁰ See section 4 of the NCC Act.

the Mun'gomba Commission and what is contained in the Act. It will be recalled that the Mun'gomba Commission recommended that the constitution-making process should be broad-based, inclusive and representative in order to give the constitution the necessary legitimacy. At face value the composition of the Conference as elucidated above goes far beyond what was recommended by the Mun'gomba Commission. It is therefore important to recognise that for the first time in the history of constitution-making in Zambia, a genuine attempt has been made to involve a very broad spectrum of Zambian society in the constitution-making process. That should meet the clamour for popular participation by the people of Zambia in the making of their own constitution. Popular engagement through the Conference also satisfies the demand that in order for the constitution to stand the test of time it ought to be a product of the will of the people expressed directly by the participants in that process. Thus in terms of representativity, inclusivity and popular mandate the conference meets the two critical benchmarks of ownership and durability of the end product of the Conference.

At the same time it is important to point out that in view of the fact that government did not reach a broad consensus with the main opposition party in the National Assembly, the Patriotic Front (with 44 MPs) and the Oasis Forum, the umbrella civil society organisation,⁹¹ which has been championing the cause for a broad-based Constituent Assembly it may well be that the constitution to be produced by the Conference will be lacking in legitimacy in the eyes of significant stakeholders in the constitution-making process. For, as Ndulo has correctly pointed out;

Constitution-Making structures must be open to views and opinions of all stakeholders who must be given meaningful opportunity to make their views known ... A constitution that is perceived as imposed on the population or having been adopted through manipulation of the process by one of the stakeholders is unlikely to gain sufficient legitimacy or stand the test of time.⁹²

The need to include all significant stakeholders was the subject of intense debate in the National Assembly even before the Conference began its deliberations. The Portfolio Committee on Legal Affairs, Governance, Human Rights and Gender Matters, in its report for 2006 recommended the repealing and replacement of the current constitution by a more popular body, pointing out that 'the issue of

⁹¹ Simutanyi (n 9 above) pp 11-12. See also, press reports cited n. 8 above. The Patriotic Front has threatened to discipline its MPs participating in the Conference, see, *The Post* 21 December 2007 20.

⁹² As quoted by Simutanyi (n 9 above) 4.

enacting a new constitution was paramount to good governance'.⁹³ However, the National Assembly, in a tightly contested poll voted 63 - 61 against the report, with the government arguing that the NCC Act could not be taken back to Parliament for amendment within six months of its being passed after being assented to by the President and that the Government had reached a very advanced stage in its preparations for the NCC which was irreversible.⁹⁴

Of course the argument that the NCC Act could not be amended, with the greatest respect, is fallacious. Parliament can amend and repeal any law, subject to the prescribed formalities.⁹⁵ At the very least the opposition parties in Parliament could sponsor a private members Bill to amend the Act. The current National Assembly has 150 members directly elected by the people and an additional 8 members nominated by the President. Currently the ruling party, the Movement for Multiparty Democracy has 74 seats, with the combined opposition holding 76 seats.⁹⁶ It is within the realm of possibility that a Private Members' Bill could be passed by the National Assembly with the co-operation of some renegade MPs from the MMD. However, that mathematical chance is unlikely to receive Presidential assent given the determination of the government to go it alone.⁹⁷

The second challenge to the Act has come from the leader of one of the smaller opposition parties not represented in the National Assembly, Godfrey Miyanda of the Heritage Party.⁹⁸ He has petitioned the High Court to determine the constitutionality of the NCC Act. Miyanda is seeking a court order declaring sections 4, 14, 17, 21 and 32 of the Act discriminatory, undemocratic and unconstitutional. His arguments can be summed up thus:

(a) That Section 4(1)(b) which provides for the representation of political parties which are members of the Zambia Centre for Inter-Party Dialogue is discriminatory and violative of Article 21 of the Constitution protecting the freedoms of assembly and association in that political parties like his, which are not members of the Zambia Centre for Inter-Party Dialogue, are precluded from nominating delegates to the NCC.

(b) That section 14(a) of the Act is unconstitutional because it limits the mandate of the NCC to altering or amending any provisions of the

⁹³ Hon Joseph Kasongo, Patriotic Front MP for Bangweulu and Acting Chairperson of the Portfolio Committee, *Times of Zambia*, 23 November 2007 (Note that Hansard was not available at the time of writing).

⁹⁴ Times Reporter *Times of Zambia* 23 November 2007 p 1.

⁹⁵ Section 62 of the Constitution of Zambia (Amendment) Act 18 of 1996.

⁹⁶ African Elections Database p 7.

⁹⁷ Times Reporter *Times of Zambia* 23 November 2007 p 4 quoting Justice Minister George Kunda to the effect that Government had reached a very advanced stage in its preparations for the NCC which was irreversible and due to start in December 2007.

⁹⁸ J Konayuma 'Miyanda Petitions Court over NCC' *Zambia Daily Mail* 15 November 2007. I am again grateful to Dr Matibini for availing me a summary of the petition.

Constitution, including Article 62 (on the legislative power of parliament).

(c) That the procedure of nominating members to the NCC is uncertain and vague 'and left room for speculation and manipulation', for example, section 4, para (5) referring to 'eminent Zambians', para (t) referring to 'senior citizens', para (s) referring to 'senior civil servants' and (aa) on 'freedom fighters'. Miyanda's argument comes down to this: how are these representatives to be identified and nominated?

(d) That section 21(1) of the Act prohibiting the publication of, or disclosure of information to unauthorised persons does not uphold the values of democracy, transparency, accountability and good governance and that it violated Article 20(1) of the Constitution protecting freedom of expression.

Miyanda's petition was before the High Court at the time of writing. Without prejudging the outcome of that case it is respectfully submitted that there is considerable force in Miyanda's submissions. The exclusion of registered political parties which are not represented in the National Assembly and therefore not members of the Zambia Centre for Inter-Party Dialogue lends credence to the view that the process is not inclusive enough. In our considered opinion, the better approach should have been to adopt the formula recommended by the Mwanakatwe Constitutional Review Commission, 1995 to effect that each registered political party not represented in the National Assembly have one representative in the Constituent Assembly.

Another disquieting feature of the Act is that the process prescribed therein departs significantly from the recommendation of the Mun'gomba Commission that the result of the Constituent Assembly 'shall be final and legally binding', subject to the outcome of the National referendum, and implemented by resolution of the Constituent Assembly.⁹⁹ In stark contrast to that recommendation, section 13(2) leaves it open to the conference to make crucial determinations as to whether to submit a draft bill for the enactment of those provisions of the Constitution which do not require a referendum or submit the entire draft constitution to a referendum. Simutanyi, has correctly noted that 'there are fears that government may easily manipulate the process given what appears like an inbuilt majority'.¹⁰⁰ These fears are exacerbated by the fact the National Assembly in which the ruling party, the MMD currently holds 74 seats out of 150 retains the power to alter whatever will be agreed to at the conference.

⁹⁹ *Mun'gomba Commission Report* (n 19 above).

¹⁰⁰ Simutanyi (n 9 above) 12.

5 Conclusion

This paper has attempted to identify the process and critical factors underlying Zambia's constitutional development. The thread which runs through the discourse has been that historically, constitution-making in Zambia has been dominated by political elites, resulting in what Simutanyi calls 'elite consensus' ... aimed at minimalist positions to serve the interests of power holders.¹⁰¹ We have pointed out that successive governments have been able to use the Inquiries Act to achieve their own narrow partisan interests. This method of constitution-making and reform has allowed the political parties in office to override the wishes of the people.

We have noted that in the on-going constitutional project the trenchant cry of the people of Zambia has been that the people themselves should define the constitution-making process and that the constitution should be a product of the sovereign will of the people. Given the deep seated mistrust between the government on one hand and opposition political parties, civil society organisations and the church on the other, it would appear to us that the outcome of the National Constitutional Conference will of overwhelming relevance and absorbing interest to students of constitutional law in Zambia and will continue to engage us for some time to come. Our hope is for a document that the people of Zambia will identify as their own.

¹⁰¹ Simutanyi (n 9 above) 9.

5

THE MAKING, UNMAKING AND REMAKING OF THE CONSTITUTION OF CÔTE D'IVOIRE: AN EXAMPLE OF CHRONIC INSTABILITY

*Djedjro Francisco Meledje**

1 Introduction

When analysing the constitutional changes in Côte d'Ivoire, it is sometimes difficult to determine the nature of the operation being undertaken to the point where one often does not know whether it is a matter of replacing the Constitution or making changes to the Constitution. Moreover, the legal procedures that underpin the operation are not always adhered to. Recently, the two *coups* which the Ivorian political system was faced with not only sped up the process of constitutional change in Côte d'Ivoire, but also confirmed the notion that these *coups*, at the beginning of the twenty-first century, were simply features of the less developed countries in the world. In fact, since the *coup* in December 1999, the political changes in Côte d'Ivoire have not only become particularly violent, but also repetitive and chaotic. In this way, the Ivorians were led to dance the tango during the 2000 assembly; and now they are being led to dance the constitutional waltz ever since the armed rebellion of September 2000.

It must be acknowledged that the Constitution of August 2000 is marked by a certain amount of legitimacy. It was thought up and written by Ivorians. It was prepared by a constituent assembly which had been established partly by democratic means and, above all, it was adopted by referendum. Despite all these elements that emerged in favour of the 2000 Constitution, there is virtually a permanent resistance to it. From the moment that it was applied, it has been challenged and some have demanded its revision.

* Professor of Public Law and Political Science and Dean of the Faculty of Law, University of Cocody Abidjan; member of the Co-ordinating Committee of the African Network of Constitutional Lawyers.

The armed rebellion which took place on 19 September 2002 and which had as a clear objective the construction of a new political order, caused disruption in the legal and political order that was under construction, based on the August 2000 Constitution. Several political settlements were then adopted, whether by agreements concluded between Ivorian parties, or through unilateral acts by international organisations involved in conflict resolution. With some of these rules, there was an agreement between political players to change the constitutional precepts without amending the text of the Constitution. There is a very real difficulty in defining the contours of the Constitution; in truth, there has been an increase in uncertainty regarding the definition of the Constitution of Côte d'Ivoire.

Formerly considered a stable state, Côte d'Ivoire has become a veritable laboratory of constitutional changes. The changes in question relate both to the adoption of new constitutions and to amendments the constitutions in force.

To clarify our observation, it is useful to indicate the meaning given here to the term 'change' in connection with the Constitution. In the subject that interests us, terminological precision is obligatory,¹ even if the word 'constitution', which is actually the term at the core of the problem, has different meanings.² To describe the constitution-making operations in terms of their nature, their magnitude and even the processes that have been implemented, one uses appropriate expressions: Thus one speaks of the development, or the establishment of a constitution when it concerns the initial constitution-making operation; or of revision, reform, amendment, modification of the Constitution, when the constitutional norm in force is partially affected in its content. But, at the same time, one knows that 'to revise' the Constitution refers to an undetermined concept.³ In fact, where the content is concerned, the wording of the authors sometimes causes confusion: Some use the term 'revision' to describe both the establishment and the amendment of the Constitution; they then distinguish between total constitutional revision and partial revision.⁴ Other terms are used to refer to informal methods of constitutional amendment. Thus, Moderne, borrowing German terminology, describes the informal amendments which result from the constitutional practice and which impose on the

¹ See study by the author 'La révision des constitutions dans les Etats africains francophones. Esquisse de bilan' (1992) *Revue du Droit public et de la Science Politique en France et l'Etranger* 111ff.

² P Bastid *L'idée de constitution* (1985) 9ff.

³ F Moderne *Réviser' la Constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé* (2006).

⁴ J-F Aubert 'La révision totale des constitutions. (Une invention française, des applications suisses)' in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet* (2003) 455ff.

text the necessary transformations that adapt the constitutional situation to the underlying law⁵ as 'constitutional mutations'. Similarly, Moderne, relying particularly on the definition of the German author Jellinek, also treats the expression constitutional change as meaning 'an amendment of the Constitution which has left the text of the Constitution formally unchanged and which results from facts which do not necessarily relate to the sincere intention of changing the Constitution'. The changes in question obviously impact on the actual Constitution and express themselves through political practices and conventions of the Constitution.⁶

In our view, the term 'constitutional change' cannot be restricted to a single category of constitution-making operations; consequently, it is valid for both the establishment of new constitutions and constitutional amendments. Moreover, constitutional change can be used to describe not only operations that are written into the clauses, but also those which are informal. Thus we speak of a 'change of constitution' when it relates to the establishment of a new constitution and 'changing the constitution' when it is appropriate to revise it. The words 'constitutional change' remain the same; but they encompass different nuances which must be gathered from the context. We find this confirmed in the statement of Constant: 'When, to make a change to the constitution, a change of constitution is needed, the shock is too great and in this upheaval the modification of some clauses all too often becomes a violation of all its principles.'⁷ On the other hand, this term refers not only to the mechanisms established, but also to new value orientations which the change introduces into the political system,⁸ and in this sense the constitutional changes can be formal or informal, major or minor. Moreover, beyond the Constitution, the term 'change' may apply to the political system itself – it can therefore be a change in the regime or a change of regime.⁹

In France, when the Assembly of 1791 wanted to justify the merits of the constitutional revision, it used the following formula: 'the nation has the inalienable right to change its Constitution';¹⁰ also, according to the French Assembly of 1793, 'the people always have

⁵ Moderne (n 4 above) 39ff.

⁶ Moderne (n 4 above) 40-41.

⁷ B Constant *Cours de politique constitutionnelle* (1879) 268, quoted by G Burdeau *Traité de Science politique. Volume IV: Le statut du pouvoir dans l'Etat* (1969) 235.

⁸ C Grewe & H Ruiz Fabri *Droits constitutionnels européens* (1995) 54ff; P Pactet *Institutions politiques. Droit constitutionnel* (2003) 74.

⁹ A Rouquié 'Changement politique et transformation des régimes' in M Grawitz & J Leca *Traité de science politique. Volume 2: Les régimes politiques contemporains* (1985) 599ff.

¹⁰ French Constitution of 3 September 1791, title VII: *De la revision constitutionnelle* art 1.

the right to review, reform and change their constitution'.¹¹ In addition, certain authoritative authors use the concept of change to describe constitutional revision: Montesquieu notes, with reference to Carthage, 'How the smallest change in the constitution leads to the ruining of principles';¹² De Malberg states that 'constitutional changes may occur in two very different sets of circumstances'.¹³ One could cite other references and other authors.¹⁴

The term 'constitutional change' is therefore used to better analyse, in the context of this study, the instability that characterises the constitution-making operations in Côte d'Ivoire (establishment and revision, formal and informal change).

Having clarified this, we can now refer to Burdeau, who used the image of man who, pursuing God's work, uses power to shape the world according to the ends he has determined and, in a precise manner, the function of the state is to correct or redo, if necessary by drafting legal frameworks, the activities of individuals and groups. The purpose of regulatory power¹⁵ is thus continually to correct or redo actions. It is obvious that this regulatory function can only be effectively exercised if the legal bases themselves are stable and consolidated, if the basic norm of the state is not suffering from chronic instability.

The Constitution, in the sense of constitutional law, aims to ensure the stability of institutions and relations between them, within the framework of the operation of the power of the state. It therefore presents itself as an instrument of 'state-building' in general and of consolidation of political institutions. This means that the Constitution itself must be built on stability and permanence. It can be said, however, that here on earth everything that is done may be undone. There is therefore no reason why the Constitution, which is a human construct to ensure the regulation of political life, can escape this logic. However, it is one thing to proceed with a necessary

¹¹ Constitutional Act of 24 June 1793, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, art 28.

¹² Montesquieu *L'esprit des lois* Book VIII, ch 14.

¹³ R Carre de Malberg *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (1922) 495ff.

¹⁴ P Ardant *Institutions politiques et droit constitutionnel* (1998) 97; Bastid (n 3 above) 152; Burdeau (n 8 above) 234ff; O Duhamel *Droit constitutionnel et politique* (1993) 129; J Gicquel & J-E Gicquel *Droit constitutionnel et institutions politiques* (2007) 180; Grewe & Ruiz Fabri (n 9 above); DG Lavroff *Le droit constitutionnel de la Ve République* (1997) 109; DG Lavroff 'La Constitution et le Temps' in *Mélanges Philippe Ardant. Droit et politique à la croisée des cultures* (1999) 207ff; Pactet (n 9 above); E Zoller *Droit constitutionnel* (1998) 75. See 3rd Franco-Czechoslovakian Journal on the changes in the Constitution, especially the study by J Boulouis 'Les changements récents de la Constitution en France' (1992) 14 *Revue Internationale de Droit Comparé*.

¹⁵ G Burdeau *Traité de Science politique. Volume VII: La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie* (1973) 517ff.

constitutional change, but to fall into instability is something else. The changes that were made, from 1990 onwards, to the Constitution of 1960 (that of the First Republic) and later to the Constitution of 2000 (that of the Second Republic), allow us to measure the value placed on the principle of constitutionality in Côte d'Ivoire, during the era of pluralism, at a time when the political system was developing in many other African countries.

The Constitution is the focus of two conflicting concerns. On the one hand, it must be stable as it creates the conditions for the exercising of power and determines the freedom and rights which cannot be subjected to the vagaries of the moment. On the other hand, the Constitution is the expression of the will of the sovereign people and that does not end after the text has been adopted.¹⁶ One can consequently observe that the constitution-making operation is subject to a movement of construction and deconstruction,¹⁷ and like all law-making initiatives, it is a work of social transformation. Virally wrote:

The law, a social construct, a system of abstract representations, is unable to stop history, to freeze the development of societies. It must continually adapt and be amended to maintain its efficacy in the face of social transformations ... So there arises in any legal system a tension between the forces of conservation and the forces of change where the balance can differ considerably depending on the period and the society concerned, but the result is such that this order cannot indefinitely fix the norms which constitute it, nor completely renew itself from one day to the next.¹⁸

This analysis by the great French jurist suggests two phenomena which can be observed in the Ivorian situation.

The first is that legal changes are an opportunity for tensions between social groups and political differences to emerge. The theory of the social contract, even if it should be applicable and seems attractive, must be qualified by taking into account the power dynamics between the actors. Scholars have effectively observed that, even in democratic countries, processes of constitutional revision both reveal and contribute to differences between political forces and also power struggles between the branches of state.¹⁹ In fact, the advent of multi-party politics in Côte d'Ivoire has helped to reveal a number of latent conflicts, of hidden tensions, that had

¹⁶ Lavroff (n 15 above) 209.

¹⁷ Grewe & Ruiz Fabri (n 9 above) 33ff.

¹⁸ M Virally *La pensée juridique* (1960) 188.

¹⁹ D Gaxie 'Titre XIV- De la révision' in F Luchaire & G Conac (eds) *La constitution de la république française* (1979) 957ff.

hitherto been camouflaged by the single party: conflicts between people, tribal conflicts and political conflicts.

The second phenomenon observed is that the manner in which a constitution is worded (whether it is about the establishment of the constitution or its revision) can be not only the reflection of the type of political system, but also a reflection of the degree of institutionalisation of this system.

In most African countries, a certain amount of political stability has started developing since the 1990s; they have evolved towards the institutionalisation of state power. This is certainly due to the development of the constitutional phenomenon and to the idea that state functions should be established in the constitution, thereby breaking with constitutional instability and stop-start politics.²⁰ It is true that during the past decade the old African demons, marked by contempt of constitutionalism, seem to be resurfacing and that, as in the past, we are again witnessing another trend towards revisionism.²¹ This may reflect the quest for structures and procedures that are better adapted to the sociological and cultural realities²² or perhaps the constant search for institutions suited the needs of the people and the level of economic, social and cultural development.²³

During this same period, Côte d'Ivoire's political institutions have been characterised by their instability. This state, which was presented as a political model within Africa, was transformed into exactly the opposite.²⁴ This situation has affected not only organs of state, but also the legal norms which form the basis of social organisation. One can undoubtedly argue that the fluctuations in these norms, and particularly the fluctuations in constitutional norms, had an impact on political structures. In truth, there is an interaction between the instability of political institutions and constitutional changes. Behind the apparent institutional stability, a pattern of frequent constitutional changes emerges.

²⁰ n 1 above.

²¹ n 1 above. See also J-L Atangana Amougou 'Rigidité et instabilité constitutionnelles dans le nouveau constitutionalisme africain' (2006) 22 *Afrique juridique et politique. La Revue du Centre d'Etudes et de Recherche en Droit et Institutions Politiques (CERDIP)* 42ff.

²² G Conac 'Les constitutions des Etats d'Afrique et leur effectivité in G Conac *Dynamiques et finalités des Droits africains* (1980) 386.

²³ MA Glèlè 'La Constitution ou Loi fondamentale' in *Ecyclopédie juridique de l'Afrique* (1982) 52.

²⁴ Our study 'Le système politique ivoirien dans la géopolitique ouest africaine' (2006) *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger* 701ff.

These constitutional changes were said to be justified on grounds of necessity. Are there such frequent, recurring needs in Côte d'Ivoire to change the Constitution or to have a change of constitution? A review of the various constitutional changes shows that, to this day, we are rather seeing an ebb and flow of constitutionalism. More precisely, we are currently far from the idea of constitutionalism; in fact, a notorious instability characterises the Ivorian political system which gives a sense of ceaselessly beginning again. In such circumstances, it seems difficult to speak accurately of constitutionalism. Since the early 1990s, we have in fact moved from an unstable constitutional law to a constitutional law which could be called chaotic. Thus, we can see that the constitutional changes have the following elements: (i) Constitutional change, as in the rest of Africa and in any normal process, consists of undoing the constitution so as to redo it, with a complete disregard for the supremacy of the constitution; but (ii) in certain circumstances, which one might call cataclysmic, this process of making and unmaking becomes more intense and accelerated: it is therefore a question of constructing, destroying and reconstructing the Constitution.

2 The (almost) normal process: Undoing and redoing the Constitution

It goes without saying that any constitutional change, whether major (the establishment of a new constitution) or minor (constitutional amendment) expresses the wish to translate planned political and social changes into action. Nevertheless, two issues arise: (i) the constitution is called into question because it is obviously a modification of the content of the constitution; and (ii) certain authors perceive constitutional change, including that which stems from revision, as an infringement of constitutional supremacy.²⁵ According to this doctrinal position, constitutional modifications in Côte d'Ivoire are, in normal times, the opportunity for violations of constitutional supremacy.

2.1 A modification of the content of the Constitution

The Constitution of 3 November 1960, subsequent to independence, is the basis on which what may be described as the First Republic in Côte d'Ivoire was built. Before the advent of multi-party politics in 1990, several revisions affected this constitution, most of them with regard to the status of the head of state, particularly with respect to

²⁵ C Debbasch *et al Droit constitutionnel et Institutions politiques* (1990) 90ff.

the interim vacancy of presidential power.²⁶ Since 1990, other constitutional changes have taken place. When evaluating the changes that have affected the basic law in Côte d'Ivoire, we will distinguish between (i) the constitutional revisions that have had a significant impact; and (ii) negative changes.

2.1.1 The significant constitutional changes

Viewed from the perspective of the logic of political developments in the period of Africa's transition to pluralism,²⁷ the constitutional changes effected could only move towards a future of constitutionalism. Several revisions constituted a step forward in the Ivorian constitutional system, but only those that were significant will be dealt with.

It has been rightly observed that

in all countries engaged in the process of political change, constitutional reform is invoked as a priority. The risk taken by the ruling power is in fact to accept 'new rules' for the political game, which could bring about their downfall, rules which had been adopted by the people in a constitutional referendum. Constitutional guarantees of rights and freedoms belong to this category. They should be the main organisational rules of political life, particularly those relating to political representation.²⁸

However, in Côte d'Ivoire, the first constitutional change and, certainly the most important, occurred in the feverish period of the political transition in 1990 and was made outside the framework of the Constitution of 3 November 1960, during the demonstrations that took place between the last three months of 1989 and the first six months of 1990. This change concerned the implementation of article 7 of the Constitution which provided for a multi-party system but which had never been applied because the ruling party, the *Parti Démocratique de Côte d'Ivoire – Rassemblement Démocratique Africain (PDCI-RDA)*, had imposed itself as the *de facto* single party since 1960. In fact, article 7 of the 1960 Constitution, which had been bracketed, was now applied; in other words, this provision found its full place in the Constitution. Substantially and politically, the

²⁶ IH Andoh 'Les réaménagements constitutionnels en Côte d'Ivoire' (1984-1985) *Revue Ivoirienne de Droit* 4ff; Z Togba *L'article 11 de la Constitution de 1960 dans le système politique ivoirien* (1983) 153ff; Z Togba *L'intérim de la présidence de la République en Côte d'Ivoire (Analyse et impact politique)* (1988) 205ff.

²⁷ G Conac (ed) *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique* (1993); H Roussillon (ed) *Les nouvelles constitutions africaines: La transition démocratique* (1995).

²⁸ S Doumbé-Billé 'Les transformations au Cameroun: Un processus d'élargissement prudent in Roussillon (n 28 above) 78.

content of the Constitution, relating to the system of political parties, was no longer the same. One might say that this informal revision, imposed from the streets – because it took place on the margins of constitutional procedures and contrary to the will of government – gave birth to a new political system, passing from the single-party system that had come about under the Constitution of 1960 to a multi-party system.²⁹ It is fair to say that this development gave birth to the First Republic in Côte d'Ivoire for a second time. The result has been the combination of two constitutions:³⁰ on the one hand, the text of the Constitution adopted in November 1960 when independence was proclaimed; on the other hand the spirit of the institutions born of the advent of the multi-party system in 1990. Essentially, one could say that this combination of constitutions is conducive to the democratisation of the Ivorian political system; and should be placed in the general context of political changes evident on the African continent at that time.

In November 1990, a constitutional revision, undertaken amid a clamour for political pluralism, introduced a duality into the executive; there was now a prime minister together with the head of state. The latter could delegate certain powers to him, which, as elsewhere in Africa, helped to moderate presidential government.³¹

Another constitutional innovation, which occurred in 1994, concerns the Constitutional Council, a Constitutional Court created to replace the Constitutional Chamber of the Supreme Court which was theoretically responsible for ensuring the constitutionality of laws and controlling the regularity of presidential elections. In practice, the Constitutional Chamber remained in hibernation,³² despite the hopes placed in it,³³ and the only significant decision that it gave, in connection with the vacancy of presidential power in 1993, was also its last.³⁴ From 1994, the establishment of constitutional jurisdiction on the European model has helped to create the foundations of constitutional litigation in Côte d'Ivoire. A great deal still needs to be done.

²⁹ See FV Wodié *Institutions politiques et droit constitutionnel en Côte d'Ivoire* (1996) 302ff.

³⁰ On the grouping of constitutions under the 5th republic in France, see D Turpin *Droit constitutionnel* (2007) 475.

³¹ RD Bognon 'La situation en Côte d'Ivoire: présidentialisme et représentation nationale' in Roussillon (n 28 above) 87ff.

³² TG Gatagro 'Faut-il supprimer la chambre constitutionnelle de la Cour Suprême ? Requiem pour une juridiction en agonie' (1988) VIII *Annales de l'Université d'Abidjan - Droit* 171ff.

³³ See E Boka 'La Cour Suprême de la République de Côte d'Ivoire' (1961) *Penant* 631ff.

³⁴ See study by author 'Commentaire de l'Arrêt No 1 de la Chambre constitutionnelle de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire (9 décembre 1993) 'Vacance de la Présidence de la République de Côte d'Ivoire' (2004) 36 *Revue Ivoirienne de Droit* 79ff.

Between 1998 and 1999, a cascade of constitutional changes occurred, which confirmed the existence of institutional instability. The point of departure was a constitutional revision, the text of which was promulgated on 2 July 1998 and which, as analysed below, started a decline in constitutionalism in Côte d'Ivoire. After this unfortunate revision, and certainly with a view to diffusing the political atmosphere, a political agreement was concluded in December 1998 between the government, led by the old single party in power and one of the opposition parties, the *Front Populaire Ivoirien (FPI)*. The agreement was designed to bring about a new process of constitutional revision.³⁵ Following on this agreement, a constitutional revision process commenced in 1999; the text was adopted on 8 December 1999. But the process could not succeed because the revised text was not promulgated. This may be attributed to a lack of concern on the part of the head of state to have the new text implemented, and to the events of 23 and 24 December 1999, when a *coup d'état* was announced.

The text of this aborted draft revision contained a number of weighty proposals that promised to promote democratic constitutionalism, notably with respect to the constitutional protection of human rights and the extension of right to refer cases to the Constitutional Court to parliamentary groups and associations for the defence of human rights. Despite the failure of this draft revision, it must be recognised that the exercise was not futile, as the proposed ideas were fortunately assimilated into the Constitution of 2000. In spite of the often unfounded criticism levelled at it, the constitution-making operation of 2000, from which the Second Republic in Côte d'Ivoire was to emerge, permitted the constitutionalisation of a number of principles relating to the conditions of persons and the structure of government. These principles are also found in most of the African constitutions that have been enacted during the so-called period of neo-constitutionalism.³⁶

Alongside these constitutional developments, some negative constitutional changes also left their mark on Côte d'Ivoire.

³⁵ See study by author 'Note sur l'Accord conclu le 16 décembre 1998 entre le Gouvernement et le Front Populaire Ivoirien' in Giappichelli (ed) *Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo* (1999) 526ff.

³⁶ On neo-constitutionalism, see B Kanté & ME Pietermaat-Kros (eds) *Toward the Renaissance of Constitutionalism in Africa* (1998); V Piergigli & I Taddia (eds) *International conference on African constitutions, Bologna, November 26th - 27th, 1998* (2000).

2.1.2 The negative constitutional changes

One might imagine that a constitutional revision could only have the improvement of the constitution as its intrinsic objective. In reality, this is not always the case, even if the initiators or authors of constitutional revisions in all countries present them as being beneficial to the political system. Technically, one should say that as soon as a constitutional reform has been affected in accordance with the procedures formally in force, it is indeed a constitutional change. The analysis which one could then do is basically to determine the effect that such a constitution-making operation has on the system concerned.

In recent history of Côte d'Ivoire, two actions can be considered as having been the most catastrophic in terms of constitutional development.

The first was the constitutional revision of 2 July 1998 by President Henri Konan Bédié, which was a manifestation of democratic regression, a true step backwards in comparison to the evolution which started from 1990. This revision was a celebration of black African presidential rule as in the period preceding political pluralism,³⁷ and in fact amounted to authoritarian presidential rule.³⁸ This revision not only gives further powers to the head of state, but also weakens the Constitution.

Firstly, the head of state becomes omnipotent by reinforcing his constitutional status in several aspects, and even more so in times of crisis. The reinforcement of this status is at the expense of parliament and of the government. In fact, in relation to the presidential power, the Ivorian Parliament is weakened by the institution of bicameralism. Although bicameralism has been widely adopted in Africa – notably in the Francophone area – since the advent of the multi-party system,³⁹ the bicameral system has as a general rule become a method of manipulating political institutions in African countries. The ability of the head of state to appoint a third of the

³⁷ On this type of political regime: see G Conac (ed) *Les institutions constitutionnelles des Etats d'Afrique francophone et de la République Malgache* (1979); J Gicquel 'Le présidentielisme négro-africain: L'exemple du Cameroun' in *Mélanges offerts à Georges Burdeau. Le pouvoir* (1977) 701ff.

³⁸ See study by author 'La révision constitutionnelle du 2 juillet 1998 en Côte d'Ivoire : Un réveil du présidentielisme autoritaire?' *Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo* (1999). See also AB Koby 'La révision constitutionnelle du 2 juillet 1998 et le présidentielisme ivoirien' (1999) *Revue Tunisienne de Droit* 271ff.

³⁹ A Cabanis & ML Martin *Les constitutions d'Afrique francophone. Evolutions récentes* (1999) 113ff; B Kanté 'L'évolution constitutionnelle des Etats d'Afrique Occidentale Francophone: tendances récentes' in B Kanté & ME Pietermaat-Kros (eds) *Toward the renaissance of constitutionalism in Africa* (1998); Piergigli & Taddia (n 37 above) 25ff.

members of the second house (the Senate) is a visible sign of a return to the patrimonial concept of power. Although it might be argued that parliamentary bicameralism is still relevant and that there has even been a revival of this institution in Africa and across the world,⁴⁰ it must be noted that the second chamber, if it had actually been established in Côte d'Ivoire,⁴¹ would simply have been an additional instrument at the disposal of the head of state, which he could use to counterbalance the influence of the first chamber (the National Assembly), and further weaken parliament.⁴²

The strengthening of the presidential power reduces the powers of the Prime Minister who is now only a *primus inter pares*.

On the other hand, the emergency powers of the head of state are significantly increased and, in the case of a disruption of the presidential elections, the outgoing head of state remains in office and he is the sole judge of the measures to be taken in the circumstances.

Moreover, the constitutional revision of 2 July 1998 introduced additional flexibility into the Constitution of 1960, since the procedure for deliberation on the proposal was purely and simply ignored during this revision. In future, this may allow the majority who support the government, in fact the dominant party, to carry out constitutional manipulations as they wish.

Porimeur, highlighting the contradictory logic in the course of the political changes that took place from 1989 to 1990 in the Soviet Union, wrote:

⁴⁰ A few decades ago, one could say that the bicameral system was in a crisis (Y Weber *La crise du bicaméralisme. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etrange* (1972) 573ff.). The debate on the choice between unicameralism and bicameralism seemed to have lost all interest (J Blondel 'Gouvernements et exécutifs, parlements et législatifs' in M Grawitz & J Leca *Traité de science politique. Les régimes politiques contemporains* (1985) 355ff. Observers now believe that things have changed; see the contributions of P Fauchon 'Le rôle des secondes chambres parlementaires dans les Etats unitaires;', G Delfau 'Le bicamérisme dans le monde: Situation et perspectives'; A Delcamp 'Le bicamérisme et les nouvelles formes de séparation des pouvoirs dans les démocraties contemporaines' in A Bockel *et al* (eds) *Le parlement, aujourd'hui* (2005); P Gelard 'A quoi peut donc servir une seconde chambre en démocratie?' in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac* (2001) 139ff.

⁴¹ The developments of the political situation after the adoption of this reform, notably the *coup d'état*, certainly prevented the realisation of this project.

⁴² In certain African countries which have modified their constitutions to create a second chamber, matters finally returned to the starting point. This occurred in Chad, where not only was the Senate, envisaged by the Constitution of 1996, never created, but a revision was proposed and adopted in 2004 to abolish this institution, one of the attractions of the proposal being that the Senate 'risks being a budgetary burden and a complication in the legislative procedure'. See S Bolle 'Le contrôle prétorien de la révision au Mali et au Tchad: Un mirage?' (2006) 17 *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, 7ff.

The logic of the conservation of power by those who hold it leads them at this juncture to combine, in the political reforms which they are undertaking, democratic and authoritarian elements which give an ambiguous character to the regime.⁴³

This ambiguous feature is indeed visible in the constitutional change undertaken by the government of Henri Konan Bedie who, while making a display of authoritarianism, not only introduced a democratic principle into the mechanism of succession to presidential power, but also saw to it that the conditions for eligibility to the presidency of the Republic were constitutionalised. In fact, the 1998 revision put an end to the mechanism of the monarchical type of succession of the head of state: In the case of a vacancy in the presidency of the Republic, provision is made for the interim period. With regard to this last matter, it should be pointed out that, in reality, for the initiator of the reform, the handing over of presidential power was by no means on the agenda. It was thus possible to put in place an objective mechanism for succession to power without damaging consequences to the initiator of the reform, as President Félix Houphouët-Boigny had done in the past, notably before the revision of 31 May 1975.

As far as the constitutionalisation of the process of electing the head of state is concerned, this was done to bring about relative stability in the rules relating to the designation of the most important figure in the Ivorian constitutional system, by virtue of the fact that the conditions of the constitutional revision are more onerous than those for the amendment of an ordinary law.⁴⁴ This constitutionalisation of the conditions for eligibility for the presidency of the Republic was re-adopted and confirmed in the constitution-making process of 2000. It therefore appears from this example that it is possible, even amid constitutional instability, to try to stabilise certain rules relating the structure of state power.

The second negative constitutional change is obviously that which followed the *coup d'état* of December 1999. The Constitution of 1960 was repealed to make way for prescriptive and authoritarian acts which allowed the head of the military junta to concentrate all the powers of the state to his own advantage. Thus we returned in Côte d'Ivoire to the Stone Age of constitutional law.⁴⁵

⁴³ Y Poirmeur 'Changement social et changement politique en URSS' in Cao-Huy Thuan (ed) *Regards sur le changement en Union Soviétique* (1990) 133ff et s.

⁴⁴ M Fahé Téhé 'Réformes institutionnelles en Côte d'Ivoire' in R Niamkey-Koffi (ed) *Réformes institutionnelles en Côte d'Ivoire. La question de l'éligibilité* (1999) 41ff.

⁴⁵ On the change of 1999, see author's account 'Costa d'Avorio: l'evoluzione politica e costituzionale del 1999' *Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo* 2000 - III, G Giappichelli ed) 908ff.

2.2 Violations of the supremacy of the Constitution

In formal and rigid constitutions, the need to respect their supremacy is set out, and the bodies responsible for undertaking constitutional amendments, or ensuring the lawfulness of actions thereunder, are tasked with safeguarding the supremacy of the constitution. However, an analysis of the constitutional changes in Côte d'Ivoire shows (i) that it is sometimes difficult to determine the nature of the constitution-making operation undertaken to the point where one often does not know whether it is about changes of constitution or changes to the constitution and, moreover, (ii) the legal procedures which underpin the operation are not always respected.

2.2.1 *Changes of constitution or changes to the constitution?*

Moderne correctly points out:

Making changes to the constitution is not a change of constitution. If the constitutional norms are amended within a fixed legal system and by the application of the rules laid down by this system for amendments carried out in this way, the legal continuity at the core of the constitution, which formally remains the same, is assured.⁴⁶

On close observation, the revision of a constitution is in itself an operation of great importance and delicacy. In this regard, Waline writes:

Every time the constitution is revised, there is the risk of playing 'the apprentice sorcerer' in other words jeopardising the very subtle balance realised by the constitution. I would be tempted to say that there is no innocent constitutional revision and that before revising it is necessary to carefully consider all the eventual consequences the amendment may have, even if only by implication.⁴⁷

If constitutional revision is a matter that requires subtlety, what would one then say of the establishment of a constitution as the original? It is appropriate to carefully distinguish between these two operations which have a different impact, at least on the issue of whether the same political system continues or not, although it should be acknowledged that some authors point out that there are constitutional revisions which 'represent a turning point, or at least a significant change in the political orientation of the system'.⁴⁸ The establishment of a constitution takes place at the birth of a new state or of a new political system; it is a large-scale operation. Revision, on

⁴⁶ Moderne (n 4 above) 97.

⁴⁷ J Waline 'Les révisions de la Constitution de 1958' in Ardant (n 15 above) 243.

⁴⁸ Pactet (n 9 above) 74.

the other hand, is an operation which in theory should have a limited scope.

In Côte d'Ivoire, there is a real lack of clarity regarding the nature of constitution-making operations. In fact, the way in which certain constitution-making operations have been carried out in this country suggests that there has sometimes been confusion between establishing the constitution and revising the constitution. Certain constitution-making operations have been conducted while in doubt as to their nature. Did these amount to the development of new constitutions or the revision of the existing constitution?

Uncertainty about the constitution in the Ivorian political system is in some ways a legacy of the passage from colonial territory to an independent state. It is necessary to go back to the period of decolonisation of this state to see the first manifestations of this anomaly. In West Africa, the former colonial powers in practice granted each colonial territory a document called 'constitution'. In the case of Côte d'Ivoire, this Constitution, which dates from 26 March 1959, provided for a certain number of institutions based on the model of the Fifth French Republic. And, as it was necessary on independence to assign a constitution to the new state, the provisions relating to the revision of this 'constitution' were used for this operation, even though the task was to establish a new constitution for a decolonised state, and moreover one based on a system that was no longer parliamentary, but presidential. On this subject, Wodié recalls:

From the preparatory stages of the work of the constitutional committee of the Entente Council over which he presided, Mr Philippe Yacé said, with regard to the drafting of the constitution: 'The process will take place in accordance with the provisions of article 1 of Law No 60-204 (Organic Act) of 27 July 1960.'

The confusion between the development and the revision of the Constitution would be constant from the beginning to the end of this process. Ultimately, this initial constitution-making operation was the scene of a double confusion; confusion between the drafting of the Constitution and the revision of the Constitution and confusion between original constitution-making power and derived constitution-making power.⁴⁹ As can be seen, the procedure for the revision of the constitution of a colonised territory was used for the adoption, in 1960, of the Constitution of the new, independent state.

Subsequently, there were other examples of confusion in the classification of constitution-making operations. Firstly, with regard

⁴⁹ Wodié (n 30 above) 88ff.

to the constitutional change of April 1990. Elsewhere, in most of the other countries on the continent, the recognition of pluralism, which had the effect of necessitating changes to the functioning of political institutions and the status of citizens as well as the rights of individuals, was cemented by the adoption, sometimes after a national conference, of a new constitution which established a new political system. In Côte d'Ivoire, the change of system occurred as if article 7 of the Constitution of 1960 had been revised by 'simply pressing a button' (in the phrase of the Secretary-General of the single party then in power). This ambiguity created an anomaly in the nomenclature of the political systems of Côte d'Ivoire: Following the constitutional change of 1990, and before the *coup d'état* of 1999, we should have found ourselves in the Second Republic.

In 1998, the revision impacted on a number of extremely important constitutional provisions, to the point where one wonders whether the operation did not in fact amount to the establishment of a new constitution, since 53 articles out of a total of 76 were affected by the revision.⁵⁰ It is true that this revision was more orientated towards strengthening the powers of the head of state and that there was no change of political system. Furthermore, the number of articles alone could not justify the establishment of a constitution instead of a constitutional revision. However, in other African states, a new constitution would have been drafted.

2.3 Failure to comply with the procedures for constitutional change

The question of constitutional supremacy during a time of constitutional change arises in different ways, depending on whether it is a case of establishing a new constitution or revising an existing constitution. Indeed:

... The case of *original* constitution-making power, which establishes a new constitution, is more complex: It takes various forms, mainly determined by historical circumstances that govern the establishment of a constitutional system which is more or less new.⁵¹

In order to make an objective assessment of whether the principle of constitutionality is being observed, one must therefore concentrate on constitutional amendments.

⁵⁰ On the details of this constitutional amendment, as well as the doctrinal controversy which followed its adoption, see Koby (n 39 above).

⁵¹ P Lauvaux *Les grandes démocraties contemporaines* (1990) 107.

In this regard, it must be pointed out, following Lauvaux, that the principle of constitutionality is supported by constitutional rigidity and constitutional stability. In fact, 'the meaning of constitutional rigidity, as it was conceived in classical constitutionalism, is double: It must ensure a certain stability and also entrench the superiority of fundamental norms over ordinary norms, especially those emanating from the legislature. Stability is guaranteed by the particular rules concerning the procedure for amendment, rules that are more stringent, notably regarding majorities and deadlines, than those applicable to the ordinary legislature.'⁵²

In the past, that is before the multi-party system, the procedure for constitutional amendment was not respected: Extra-constitutional or quasi-constitutional procedures were used to make changes to the Constitution. Even after 1990, practices which threatened the supremacy of the Constitution continued to prevail, and they could no longer be disguised, as the political opposition and the media drew attention to all the proceedings they considered contrary to the Constitution. These distortions took many forms.

Firstly, there is the fact that the dominant party, the PDCI-RDA, continued not only to decide on the principle of the revision, but also to determine in advance the contents of the revision even before the state institutions had given an official status to the Bill amending the Constitution.⁵³

The complexity and rigidity of the constitutional revision process require that a number of explicit conditions be laid down by the Constitution, including respect for the different stages of the amendment procedure. The amendment procedure under the Constitution usually has three stages, which are: the proposal, consideration and final adoption of the amendment Bill; to this should be added the aspects of writing and editing the draft Bill.

Without ignoring the fact that, in the past, a revision was often definitively adopted by acclamation – clearly an extra-constitutional procedure – we will only deal with what happened in recent years, namely, non-compliance with the procedure for the consideration of a proposal. What does consideration or taking into account mean? Its purpose is to allow the responsible body, after the introduction of the proposal, to discuss in depth the merits of this proposal and to decide whether or not to continue with it. This formality, in the words of Chantebout, 'is essential because in a democratic system the discussion of the draft revision takes place at this stage, where the

⁵² Philippe Lauvaux (as above) 108.

⁵³ See authors study (n 1 above).

advantages and disadvantages are weighed up so that it can eventually be amended'.⁵⁴

Through ignorance or enthusiasm, when parliament was sitting as the constituent assembly, the process of consideration was never respected. In fact, it was confused in practice with the final adoption of the text.⁵⁵ When, during the constitutional revision of 1998, the political opposition raised the issue of its necessity and insisted on the consideration phase, a Constitutional Court judge was asked to give clarity. The President of the Assembly in fact sought the Constitutional Court's opinion on the application of article 72, paragraph 1 of the Constitution.⁵⁶ The constitutional judge's response, although it had some legal foundation, lacked the necessary boldness and was disappointing; it is true that a constitutional judge in Africa is not tasked with controlling the constitutionality of constitutional revisions.⁵⁷ The Ivorian Constitutional Court considered, on an analysis of the pertinent texts, that it had no jurisdiction to issue an opinion on the difficulties of applying a constitutional provision relating to a procedure before the National Assembly. 'It follows that the Constitutional Court has no jurisdiction to give the requested opinion.'⁵⁸

Following the response of the Constitutional Court, and certainly to avoid encountering legal obstacles in future that would prevent it from proceeding with the desired constitutional amendments, the political majority in parliament (the dominant party) omitted the consideration phase from due process during the revision of the Constitution in 1998.

On this point, the Constitution of 2000 restored the *status quo*. The consideration phase is in the Constitution, once more, in article 125.

The failure to give proper consideration to the Constitution in Côte d'Ivoire is manifest in the frequent and untimely resort to constitutional amendments, in other words, there is a trend towards revisionism.⁵⁹ The Ivorian constitutional system has almost always

⁵⁴ B Chantebout *Droit constitutionnel et Science politique*. See also Burdeau (n 8 above) 275ff.

⁵⁵ Author's course, 'Droit constitutionnel' Université de Cocody Abidjan, 2007.

⁵⁶ This provided that 'to be taken into consideration, the draft or the revision proposal must be voted for by a majority of three-quarters of the members of the National Assembly'.

⁵⁷ See Bolle (n 43 above) 3ff.

⁵⁸ Constitutional Council, Decision L003/98 of 22 May 1998 relating to the opinion of the Constitutional Council on the application to decisions of art 72 para 1 of the Constitution.

⁵⁹ See author's study (n 1 above). See also Atangana Amougou (n 22 above) 63ff; M Prouzet 'Les procédures de révision constitutionnelle' in Conac (n 38 above) 281ff.

presented the image of a political system in which the Constitution is made, unmade, remade and again unmade. Especially during the period 1975 to 1986, with the prospect of a presidential vacancy and especially with President Felix Houphouët-Boigny's obsession to find the best form of succession to power⁶⁰ to his own satisfaction, constitutional amendments were adopted at breakneck pace, often within six months of each other.⁶¹ Such a wave of constitutional amendments is not peculiar to Côte d'Ivoire since – all things being equal – even a country with a longstanding constitutional tradition such as France, the former colonial power in the country, is equally exposed to this practice which comes close to assuming 'revisionist' proportions.⁶² These revisions have been criticised by some legal scholars, as much for their regularity as their merit or lack thereof.⁶³

This revisionist trend has become the flavour of the month everywhere else in Africa.⁶⁴ In Côte d'Ivoire, it has become particularly attractive since the advent of forcible seizures of power.

3 A cataclysmic phenomenon: Unmaking, remaking and again unmaking the Constitution

The two *coups* which confronted the Ivorian political system, first in the twilight of the twentieth century (in December 1999) and later at the dawn of the twenty-first (in September 2002), not only gave a dizzying pace to the process of constitutional change in Côte d'Ivoire, but also confirmed an idea that *coups*, at the dawn of the twenty-first century, only happened in the less developed countries of the world.⁶⁵ In fact, since the *coup d'état* of December 1999, the political changes in Côte d'Ivoire have become not only particularly violent, but also repetitive and chaotic. The *coup d'état* itself was a questioning of the old order – the Constitution of 1960 having been

⁶⁰ Andoh (n 27 above); Togba (n 27 above).

⁶¹ After the first constitutional revision of January 1963, there was some delay before the series of revisions that occurred from 1975 onwards. Thus, in 1975, there was a revision on 31 May and another on 22 October 1980, a revision on 1 September and another on 26 November 1985, a revision in October and, eight months later, a revision in June 1986.

⁶² Waline (n 48 above) 238. On the scope of the constitutional revisions and attempts at revisions in France, see C Bigaut (Combined documents and comments) *Les révisions de la Constitution de 1958*. Paris (2007).

⁶³ See C Bidegaray 'Sur une aporie française: La révision de la Constitution' in *Essays in honour of Georgios I Kassimatis* (2004) 361ff; P Fraisseix 'La Constitution du 4 octobre 1958 et ses revisions' (2002) *Revue du Droit public* 19ff; Waline (n 48 above) 235.

⁶⁴ Atangana Amougou (n 22 above); L Benazzi 'Le développement constitutionnel au Maghreb' (1998) 2 *Recht in Afrika - Zeitschrift der Gesellschaft für afrikanisches Recht* 137ff.

⁶⁵ B Chantebout 'L'armée et le pouvoir politique' in *Essays in honour of Georgios I Kassimatis* (n 64 above) 361ff.

suspended – and a failed attempt to build a new political and social environment with General Robert Guei repeatedly declaring that he had come to ‘sweep clean’. There has since been the sense of ceaselessly beginning again. The process of construction, deconstruction and reconstruction entailed by the exercise of the constitution-making power has increased. It is thus clear that, as in the past, constitutional changes alter the content of the text in force and take place on the margins of the latter but, in addition, they are, or are expected to be, made with an unusual frequency. In this way, the Ivorians were (i) led to dance the tango during the constitution-making process of 2000; and (ii) have been forced to dance the constitutional waltz since the armed rebellion of September 2002.

3.1 The tango of the 2000 Constitution

The authors of the *coup* of December 1999 pledged to ‘create the conditions necessary for the establishment of true democracy with a view to fair and transparent elections, for a return to normal constitutional life’.⁶⁶ It was to this end that a new constitution would be adopted, out of which the Second Republic would be born. The constitution-making process revealed (i) a reluctance on the part of the head of the junta and a calling into question of the agreed-upon principles regarding eligibility for the presidency of the Republic; and (ii) this led to calls for a constitutional change.

3.1.1 *The vacillation of General Robert Guei on the choice between ‘and’ and ‘or’*

Having set up the Constitutional and Electoral Consultative Commission (CCCE) in Côte d’Ivoire in 2000 which was tasked, amongst others, with preparing the draft Constitution of the Second Republic, the head of the ruling junta had promised not to interfere in the ongoing debates about the sovereignty of this constituent assembly.⁶⁷ But as the constitution-making operation unfolded, one question emerged as a central concern of the Ivorians – that of eligibility for the presidency of the Republic.

It is a fact that General Robert Guei intervened twice, in an authoritarian manner, to change the draft Constitution in respect of the conditions of eligibility for presidential election. On this issue, the debate crystallised primarily around the condition relating to the nationality of candidates to the point where one had the feeling that the interest in the draft Constitution was limited to this sole

⁶⁶ Proclamation of the National Committee on Public Health (CNSP) *Journal Officiel de la République de Côte d’Ivoire* No 1 (Special issue) Thursday 13 January 2000.

⁶⁷ See the government daily *Fraternité Matin*, 1 February 2000.

consideration. This debate pitted the supporters of the nationalist option, anxious to reserve eligibility only to those born of Ivorian parents, against those who argued that the position should be open to any person, on the sole condition of being an Ivorian national.

The preliminary draft submitted by the Sub-Commission contained the condition that the candidate for presidential election must 'be Ivorian born of a mother and father of Ivorian origin'. Relying on a number of arguments, relating in particular cultural diversity in the country and the opening of Côte d'Ivoire to foreigners, General Robert Guei decided to replace the conjunction 'and' by 'or' to allow those born of one parent to be a candidate. The draft Constitution was published in May 2000, both in the official Gazette⁶⁸ and in public places with the condition that anyone with one Ivorian parent could be a candidate for the presidential election.

The second intervention by the head of state in the drafting of the Constitution and the Electoral Code was to reverse this. The decision was made, after a tour through the different administrative regions of the country, to assess the sentiments of the population regarding the draft texts. To comply with the will of the majority to see their President of the Republic to be of fully Ivorian parentage, as he put it, General Robert Guei changed article 35 of the draft Constitution,⁶⁹ even though the draft had already been published in the official Gazette at least two months earlier and the electoral campaign for the referendum had been under way for eight days since 12 July 2000.⁷⁰

As we see, the procedure for adopting the draft Constitution had been rigorously adhered to and yet, this draft was 'revised' under these circumstances.

Compared to the Constitution of 3 November 1960, which had been adopted to the exclusion of the people and, moreover, as we saw previously, without respect for the procedures that apply to an initial constitution-making operation, it must be admitted that the Constitution of August 2000 has a certain legitimacy: It was thought up and written by Ivorians (not copied or imposed from outside); it had been prepared by a constituent assembly which had partly been

⁶⁸ See Decree 2000-383 of 24 May 2000 relating to the publication of the draft Constitution and draft Electoral Code, *Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire* No 5 (Special issue) of Friday 26 May 2000.

⁶⁹ See Decree 2000-497 of 17 July 2000 relating to the modification of the draft Constitution, *Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire* No 28 of Thursday 20 July 2000.

⁷⁰ Decree 2000-472 of 12 July 2000 relating to campaigns for the referendum on the Constitution and electoral reform, *Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire* No 27 of Thursday 13 July 2000.

established by democratic means; and, above all, it was adopted by referendum.

Despite all these elements in favour of the 2000 Constitution, one practically witnesses a *coup d'état* in the text. From the first moments of its application it was challenged, and in some quarters there were demands for it to be revised. There were muffled protests the day after it was adopted, even though, strangely enough, all the political parties, notably the most representative, had ostensibly urged people to vote in favour of the text.

Some old constitutions imposed a time limit before revision could be considered.⁷¹ Today, very few constitutions have a time limit for a constitutional revision. But it is reasonable to allow new institutions to consolidate themselves by avoiding constitutional revisions straight after the implementation of a new constitution.

To guard against untimely revisions – drawing on the lessons of the past – and without doubt to protect themselves against protests, the makers of the 2000 Constitution put more rigid conditions in place for revision. These conditions not only concern the provisions for voting on a draft amendment, but also special conditions for the modification of certain provisions of the Constitution.

With regard to voting, one notes that the consideration and final adoption of the text by the National Assembly, sitting as a constituent assembly, is subject to qualified majority voting and quorum numbers which take into account the number of members currently holding office. In the past, only the votes of members present in the Chamber were counted, which in practice gave rise to constitutional revisions acquired through a simple majority of the National Assembly. Constitutional amendments were thus effected under the same conditions as the adoption of ordinary laws.

The 2000 Constitution established a hierarchy of revisable constitutional provisions by distinguishing between those which could not be revised except by referendum and those which could be revised by referendum or by parliament sitting as a constituent assembly. The first set of provisions, which include those relating to the election of the President of the Republic, the serving of the presidential term, vacancies in the office of the President of the Republic, as well as the conditions for amending the Constitution,⁷² are obviously the most

⁷¹ Burdeau (n 8 above) 254.

⁷² The point relating to the modification by referendum of provisions regarding the constitutional revision was added, during the editing of the draft Constitution by the Secretariat-General of the government, so as to protect it from constitutional

important. The conditions relating to the head of state are those which, in Côte d'Ivoire, have always been the object of untimely constitutional revisions.

The legal barriers that were introduced visibly dampened the enthusiasm of those who wanted constitutional change. On the other hand, however, constitutional change was effectively achieved by the armed rebellion of 19 September 2002, with its demands for the establishment of a 'new political order' in Côte d'Ivoire. Then began a waltz of political settlements which inevitably affected the implementation of the Constitution.

3.2 The waltz of political settlements since the crisis of 19 September 2002

The armed rebellion of 19 September 2002, whose obvious goal was to build a new political order in Côte d'Ivoire, caused a disturbance in the legal and political order that was being established on the basis of the Constitution of August 2000. Several political settlements were adopted, whether by agreements between Ivorian parties, or through unilateral acts by international organisations involved in conflict resolution.⁷³ In these circumstances, there is a tension between law and politics, and every party, every protagonist of conflict, has recourse to whatever instrument seems to be best suited to promote its views and positions. Clearly there is an instrumentalisation of the law.⁷⁴ There is also constitutional uncertainty, and has been amplified by the growing number of political settlements which has resulted in new rules for the political game being drawn up alongside the 2000 Constitution (which is still in force). The new rules have different features: (i) Regarding some of these rules, there is an agreement amongst certain political players to change the constitutional requirements without modifying the text of the Constitution; (ii) Regarding other changes, one sees a true difficulty

fraud. Constitutional fraud is an operation which consists of surmounting the legal obstacles imposed by the limits on the constitutional revision (proceeding firstly with a revision of constitutional provisions relating to constitutional amendments before adopting in a second round the new provisions appropriate to the author of the said operation) or simply by ignoring these limits, to definitively adopt revisions which disregard the spirit of the Constitution in force. See the reference study of G Liet-Veaux 'La fraude à la Constitution. Essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes: Italie, Allemagne, France (1943) *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger* 116ff.

⁷³ The Lomé Accord of 1 November 2002; the Accord of Linas Marcoussis of 24 January 2003; the Accord signed on 30 July 2004 in Accra (third Accra Accord); the Pretoria Accord of 6 April 2005; Resolution 1633 of the Security Council of the United Nations adopted on 21 October 2005; Resolution 1721 of the Security Council of the United Nations adopted on 1 November 2006; the Ouagadougou Accord of 4 March 2007.

⁷⁴ J du Bois de Gaudusson 'L'Accord de Linas Marcoussis, entre Droit et Politique (2003) 206 *Afrique contemporaine*.

in defining the contours of the Constitution; there is an increase in uncertainty about the definition of the constitution of Côte d'Ivoire.

3.3 Changing the constitutional requirements without changing the Constitution?

This question arises because of the coexistence of the Constitution, which is still in force, and certain aspects of the settlements adopted since 2002 and which seem to be at odds with the text and spirit of the Constitution. The problem arises particularly in relation to one of the provisions of the Constitution which, although scheduled for revision under the framework for governance during the crisis, has to this day proved impossible to revise because of factual constraints (affecting the integrity of the territory) and the constraints of the revision procedure. It is well known that constitutional revision can be an effective means of resolving political crises.⁷⁵ However, the problem stems in fact from the unfortunate coincidence of two contradictory situations: On the one hand, the legitimate need to make the new Constitution more rigid, and heed the lessons of the country's history marked by excessive revisionism; on the other hand, the situation arising out of the armed rebellion of 19 September 2002.

It is not superfluous – and it is even legitimate for constitution makers, so as to avoid the repetition of past constitutional experiences considered to be unfortunate – to search for a new adaptation of the Constitution which is supposed to remedy the breakdown previously experienced. Yet it is obviously the case that those wanting to confer effective rigidity on the Constitution made revisions difficult or even impossible to carry out.⁷⁶ The Constitution of 2000 in fact not only incorporated the provisions of the 1960 Constitution with regard to limitations relating to the subject (prohibition of revision the republican form of the government) and to the circumstances (impossibility of proceeding with a revision when it jeopardises the integrity of the territory), but also added new conditions. The new conditions apply to those constitutional provisions that may be considered to be particularly important and which relate, as has been indicated, to the President of the Republic and the constitutional revision.

For those who remain attached to legal formalism, constitutional changes must only follow the path of the procedures prescribed by the Constitution itself; these are formal revisions. But most authors today recognise the existence of informal constitutional revisions;

⁷⁵ A Lamghari 'Droit constitutionnel et situations de crise' (2000) 18 *Publications de la Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement* 81ff.

⁷⁶ Bidegaray (n 64 above) 19ff.

constitutional changes which, without being contra-constitutional, are not achieved according to the procedures formally provided by the said Constitution. At the end of the day, this is a way of proceeding, which in practice regularly occurs in all political systems.

However, in Côte d'Ivoire, the issue goes far beyond informal revision. In this country we are faced with two strong and contradicting requirements: on the one hand, the legal requirement to conform to the procedure for constitutional amendment and to be subject to the limitations on the constitutional revisions; on the other hand, a political concern regarding the need to resolve the political crisis, which not only affects the country, but the whole West African sub-region. The Round Table of Linas Marcoussis, held in January 2003, had proposed that article 35 of the Constitution be revised, but even when the political players eventually agreed on the principle of this revision, the operation could not be successful as long as there was an attack on the integrity of the territory.

It was President Thabo Mbeki of South Africa, then mediator in the Ivorian crisis, who, when the Pretoria Accord of 6 April 2005 was issued, persuaded the Ivorian head of state, Laurent Gbagbo, to resort to the crisis powers (provided for by article 48 of the Constitution) to legislate.⁷⁷ This ingenious solution then allowed for the decision to be taken which, in an exceptional manner, authorised certain Ivorian political leaders, who would never otherwise have been able to do so because they did not comply with the conditions for eligibility determined by the Constitution, to present themselves for the presidential election envisaged for 2005. This was particularly true of Alassane Dramane Ouattara, the leader of the *Rassemblement des Républicains* (RDR), who a constitutional judge at the time of the 2000 elections had found not to satisfy the conditions for eligibility provided for by article 35 of the Constitution.⁷⁸

While waiting (and hoping) for the revision of article 35 of the Constitution to be effected, when – of course – the conditions that had been demanded were met, a 'political revision' of the Constitution was thus obtained, only for this particular circumstance, in other words the presidential election which was to take place in October 2005.⁷⁹ Thus, provisionally, a change in the provisions of the Constitution was effected without touching the text itself. This was

⁷⁷ This made it possible, amongst others things, to overcome the objections of the majority (*Front Populaire Ivoirien*), which did not want the Constitution modified, while satisfying the particular concerns of Mr Alassane Dramane Ouattara whose Ivorian nationality was challenged by some Ivorians.

⁷⁸ See Supreme Court Judgment E 01-2000 relating to the declarations of candidature for the election of President of the Republic, 6 October 2000, *Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire*, No 40 of Thursday 12 October 2000.

an experience which brought a new element of engineering to constitution-making operations.

In any case, all this was only temporary, and it remains necessary to reform the Constitution of 2000 so as to reflect the political and social needs which have already been observed.

On the issue of eligibility for the Presidency of the Republic, as with other questions, the political settlements have changed the reading of the provisions of the 2000 Constitution and, because there has been a series of such settlements, it is difficult to define the concept of the Constitution in Côte d'Ivoire today.

3.4 The uncertainties regarding the concept of the Constitution

These uncertainties have been perceptible from the beginning in conjunction with uncertainties regarding the system itself. Any study of the Second Republic in Côte d'Ivoire, born with the Constitution of 1 August 2000 and following on the military transition, raises a number of questions at the outset: Was this a normal system, a prolonging of the military transition, or a transitory Republic? In fact, although efforts should have been made to establish a normal system, a number of attitudes and facts suggested that the new system was torn between its moorings in the past and uncertainty as to the future.⁸⁰

⁷⁹ Moreover, as pointed out by a colleague at the University of Cocody, this suspension of art 35 is only valid for the signatories of the Accord of Linas Marcoussis; this means that for other candidates at the next presidential election (at present envisaged to be organised in 2008), art 35 will be the principal basis on which their eligibility will be assessed. MD Bleou 'La révision de la Constitution ivoirienne', paper presented at the Commemorative Conference marking the 15th Anniversary of the Constitution of the 3rd République of Mali, Grand Hôtel de Bamako, 21-24 February 2007.

⁸⁰ In some areas, certain provisional institutions put in place by the military transition have continued to function, without clear reason. In fact, there was an ambiguity that was tolerated for a while by the public authorities, which arose from the co-existence of two statutes. Circumstances later arose that made these statutes incompatible. One was the Ordinance of 9 June 2000 creating a Constitutional Chamber in the Supreme Court, which had been issued by General Robert Guei under the military transition regime; the other was the law of 5 June 2001 determining the organisation and functions of the Constitutional Council, which expressly repeals the ordinance quoted above. Since the members of the Constitutional Council were not appointed within the designated period (why?), the Constitutional Chamber, although established by a statute since repealed, had to exercise the responsibilities of the Council. This legal paradox stems from a political mystery (see the insightful analysis of this issue published in the Ivorian daily *L'Aurore* of Monday 28 and Tuesday 29 January 2002) which resulted, on the most positive view, in prolonging the institutional transition. It was only in August 2003 that the members of the Council were appointed. On the other hand, from October 2000, there were several real or supposed attempts to overthrow the regime; the most serious of these *coups* was the rebellion of 19 September 2002.

Since the start of the armed rebellion, a number of political instruments adopted one after another have coexisted with the Constitution of August 2000. One knows that, already in normal times, the influence of international relations on the political life of states, and even more so the pressure of international law on the development and application of constitutional law, are increasingly visible.⁸¹ This influence and pressure are even more evident in situations of internal political crisis. A controversy has thus arisen since the start of this period, amplified from outside and sometimes invoking arguments beyond law, which concerns relations between the Constitution on the one hand and some or all of these political settlements on the other. On a number of points the Constitution of 2000 has undergone changes in both its terms and in its spirit, without formal modifications being made. The modifications are such that one wonders today whether it was about a simple change in the system established in 2000 or whether it was about a change of political system. Certain of these modifications – those which are the product of political agreements – can without doubt be brought about by constitutional conventions; others – those resulting from resolutions of the Security Council of the United Nations – are changes which one might call authoritarian.

Regarding the issues surrounding the existence of a constitution, that is to say a collection of fundamental rules applicable to Ivorian political institutions, one must try to respond on the basis of the ideas of unity, of coherence and stability which must characterise these rules and these institutions. If by any chance one were to understand the relationship between the Constitution and the political settlements, the questions would remain; the uncertainties regarding the definition of the concept of the Constitution remain.

At first glance, retaining the assumption of the unity the Constitution of 1 August 2000 and its coherence with each or all the political settlements (Linass Marcoussis Accord, Pretoria Accord, resolutions of the Security Council of the United Nations), it is no doubt stimulating from the point of view of the legal method of seeking the idea of law which pervades the political system. But with this approach, one realises that grey areas exist: The Ivorian political forces often remain divided on the interpretation of settlements adopted and the international players show themselves to be incapable of proposing consistent and effective solutions.

⁸¹ J-F Flauss 'L'internationalisation de l'exercice de la fonction constituante: une nouvelle forme de constitutionnalisme?' in *Essays in honour of Georgios I Kassimatis* (n 64 above) 401ff; J-C Jobart 'Le droit international constitutionnel' in H Roussillon *et al Les nouveaux objets du droit constitutionnel* (2006) 303ff; D Maus 'L'influence du droit international contemporain sur le pouvoir constituant' in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac* (2001) 87ff.

Consequently, on essential points regarding the functioning of the institutions, the disagreement remains and is sometimes so serious that it causes the failure of the settlements concluded with such fervour. These questions focus chiefly on the status of the executive, whether they concern the extension of the term of the head of state or the designation and powers of the head of government. On the primary issue of the extension of the term of an elected head of state whose tenure has been disturbed by a political crisis caused by an armed rebellion — this being the case in point — a conflict remains about the proper legal standard. Does this question depend on the national constitution, and therefore on the Constitutional Court,⁸² this being one of its assignments, or does it depend on the decisions of inter-governmental bodies (Economic Community of the West African States, African Union, United Nations) which are involved in regulating this conflict? In other words, who has the power to decide on the survival of the political institutions in these circumstances? Where is the constitution-making power? The conflict in the determination of the constitution-making power obviously results in a lack of unity among the resultant constitutional norms.

The question relating to the designation and powers of the head of government arises strongly with regard to the nature of the Ivorian political system. In almost all political systems, there are differences inside the executive which depend on personalities and events.⁸³ During the current events in Côte d'Ivoire, a debate arose about the respective powers of the head of state and the prime minister. In fact, as we have a presidential system under the Constitution of 2000, one observes that the organisation of the government is the result of a balance of forces, and their powers are undetermined.⁸⁴ The successive political settlements have progressively given rise to a strong sense that the powers and prerogatives of the Ivorian head of state were being eroded by the appointment of the prime minister and the delineation of the responsibilities of the latter. While the Linas Marcoussis Accord (24 January 2003) provided that the prime minister's delegated powers would be in accordance with the Ivorian Constitution (paragraph 3E), Resolution 1633 of the Security Council of the United Nations (21 October 2005), building on this same accord, but without specifying whether the prime minister should act independently or on the basis of powers delegated to him by the head

⁸² See author's study 'De la prorogation du mandat des pouvoirs publics constitutionnels après octobre 2005, en Côte d'Ivoire : Deux décisions prévisibles du juge constitutionnel (2007) 38 *Revue ivoirienne de Droit* 161ff.

⁸³ R Rose 'Présidents et Premiers ministres : éléments de comparaison' (1987) 41 *Pouvoirs* 5ff.

⁸⁴ Author's paper 'Le Gouvernement dans la Constitution de Côte d'Ivoire', presented at the Commemorative Conference marking the 15th Anniversary of the Constitution of the 3rd Republic of Mali, Grand Hôtel de Bamako, 21-24 February 2007.

of state, established areas within which the powers of the latter had to be exercised.⁸⁵ The idea of power sharing was introduced at this stage, with the inclusion of a reference to ministerial counter-signature.⁸⁶ Resolution 1721 of the Security Council (1 November 2006) goes even further by giving legislative powers to the prime minister.⁸⁷

The dizzying expansion of the prime minister's powers meant that the Ivorian parliament no longer existed and, more importantly, that the head of state would have to be content with inaugurating chrysanthemums; the indications of these resolutions to the effect that the prime minister should have full authority without impediment, and act 'without any obstacle', 'nor any difficulty', were clearly aimed at President Laurent Gbagbo who remained attached to his powers and prerogatives as defined by the Constitution of 1 August 2000. And it was about this same idea of power sharing between the head of state and the prime minister that the most serious and frequent rifts have occurred in the Ivorian crisis.

In total, it can therefore be said that, based on the relationship between the Constitution and the political settlements, there is neither unity nor cohesion with regard to the constitutional order as a whole. At this rate, and with the absence of agreement between political players, the resolutions of the United Nations Security Council and the accords can be multiplied without reaching a fruitful

⁸⁵ Paras 8 & 9 of Resolution 1633 are important in this regard: 'The Security Council of the United Nations: (8) *Stresses* that the Prime Minister must have all the necessary powers according to the Linas-Marcoussis Agreement and all the governmental financial, material and human resources, particularly with regard to security, defence and electoral matters, to ensure the effective functioning of the government, to guarantee security and the redeployment of the administration and public services throughout the territory of Côte d'Ivoire, to lead the programme of disarmament, demobilisation and reintegration (DDR) and the operations of disarmament and dismantling of militias, and to ensure the fairness of the identification process and of voter registration, leading to the organisation of free, open, fair and transparent elections, with the support of the United Nations; (9) *Calls upon* all Ivorian parties to ensure that the Prime Minister has all powers and resources described in paragraph 8 above and faces no hindrance or difficulty in implementing his tasks.'

⁸⁶ See author's study 'Limitation du pouvoir et contreseing ministériel' *Débats - Courrier d'Afrique de l'Ouest* Revue mensuelle d'actualité sociale et politique éditée par le Centre de Recherche et d'Action pour la Paix (CERAP/ INADES) Abidjan, No 12, February 2004 15ff; by the same author, 'Le contreseing ministériel et la limitation du pouvoir dans les systèmes constitutionnels africains. *Cahiers Administratifs et Politistes du Ponant* (Publication of the Institut Français des Sciences Administratives – Section Ouest), Printemps-Été 2006 No 14 199ff.

⁸⁷ Para 8 of the said resolution, the Security Council '*Stresses* that the Prime Minister, for the implementation of the mandate set out in paragraph 7 above, must have all the necessary powers, and all appropriate financial, material and human resources, as well as full and unfettered authority, consistent with ECOWAS recommendations dated 6 October 2006 and must be empowered to take all necessary decisions, in all matters, within the Council of Ministers or the Council of Government, by ordinances or decree-laws'.

outcome. The Linas Marcoussis Agreement of 24 January 2003 and, even more so, the Ougadougou Accord of 4 March 2007, made an explicit reference to the Constitution.

Obviously, the alternative perspective, which regards stability as a characteristic of the Constitution and of institutions, is not tenable. The succession of political settlements in the framework under which the crisis has been managed since 2002 attests eloquently to a succession of constitutions.

4 General conclusion

The Ivorian constitutional system seems to have remained in the Stone Age of constitutional law in Africa, characterised by diverse forms of instability and armed *coups*.⁸⁸ At least, it is permanently under construction. It is like a field which is permanently ploughed and where the owner does not give the seeds enough time to flower and produce the expected harvest. The fact is that, since the advent of political pluralism in 1990, there has been a permanent state of political transition. The Constitution is made, unmade, remade and in certain circumstances again unmade and remade. It is almost a ceaseless process of beginning again. In times of crisis, the definition of the concept of the Constitution is elusive. In these circumstances, it would undoubtedly be more appropriate to speak not of the strengthening of constitutionalism, but of constitutional regression in Côte d'Ivoire, unless the agreement in Ougadougou on 4 March 2007 between the Ivorian head of state and the leader of the rebellion was finally an opportunity for the Ivorian political system to embark on political development, and to take its place within the general movement for constitutional revival in Africa.⁸⁹

⁸⁸ See P-F Gonidec '*Les systèmes politiques africains* (1978) 245ff.

⁸⁹ See Gicquel & Gicquel (n 15 above) 389ff.

6

THE NEW CONSTITUTION OF THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO: SOURCES AND INNOVATIONS

*Grégoire Bakandeja wa Mpungu**

1 Introduction

States of the modern world, with a few exceptions, have a constitution. Indeed, one of the priorities for a new state is to have a flag, an anthem, a currency and, in addition, a constitution. The constitution therefore possesses a symbolic, philosophical and legal value.

If recurrent crises (political, economic and social), which raged and to a lesser degree continue to rage in the Democratic Republic of Congo (DRC), sometimes created the impression of a lack of constitutionalism in this country, this is no longer the case today since the promulgation of the Constitution of 18 February 2006. The country has a Constitution, which was desired and adopted by the people by referendum on 18 and 19 December 2005 and so put an end a long period of political crisis.

It should be noted, however, that this situation of political crisis is not unique to the DRC. Hence it is of interest briefly to recall the context within which constitutions in Africa were developed in recent years. The main fact that emerges is that most African constitutions are the result of political and violent crises.¹

As can be seen, a number of African countries, from north to south, east to west, have experienced multiple crises and have not known lasting peace. They all adopted constitutions which were felt to be capable of contributing towards the resolution of their political governance problems. It can be noted here, by way of illustration,

* Dean of the Faculty of Law, University of Kinshasa; Visiting Professor at the University of Paris I Sorbonne.

¹ For a general socio-political background, see MK Balanda 'Les constitutions africaines: Esquisse d'une étude comparative' in B-B Sayeman *Pour l'épanouissement de la pensée juridique congolaise* (2006) 85ff.

that in North Africa, Algeria, Morocco and Libya all experienced and still experience periods of violence. In Southern Africa, South Africa has, since the end of the apartheid policy, begun afresh on the basis of a new constitution which strikes a balance within the branches of the state and between communities, in spite of the violent resistance of some supporters of the former regime. Besides this country, Zimbabwe and the Comores, to mention only two, have experienced internal crises which have impacted heavily on the economic, social and political climate in general. In Central Africa, Angola is emerging from a long fratricidal war, while in the Central African Republic and Chad there have been *coups d'état* followed by civil wars and rebellions. In Rwanda and Burundi, civil war and ethnic conflicts still cause death and destruction. Uganda and Sudan are fighting against rebels. In the Horn of Africa, Djibouti, Ethiopia, Somalia and Eritrea are regularly beset by violence, while in West Africa, the cycle of violence following civil war and rebellion seems to be continuing in the case of recent events in Togo and Côte d'Ivoire, and these two countries have adopted constitutions meant to resolve their crises.

Constitutional law is concerned with the legal framework for political phenomena. While in countries with a long tradition of democracy, the constitutionalisation of political life may have occurred in a climate of calm, we have seen that this was not the case in newly-decolonised states, almost all of which inherited constitutions from colonial powers. Since they became independent, the new states have sought to establish constitutions which meet new goals, taking into account their specific realities. In this quest for constitutions adapted to their socio-political context, each state has followed its own path.

As Ardant² noted about the institutionalisation of political life:

Everything that appears natural in the West today: an organised political life, participation of citizens in government, political parties, limited power – there are of course exceptions – is the product of tentative ventures in the government of men, where an indecisive history did not know where it was going or what it was doing. Political institutions were born and, in order to define their relationship and the place of the citizens, a constitutional law was developed.

It is clear that the constitution is the first step in the legal and political existence of the nation. It is at the top of the hierarchy of norms and is without doubt a culmination of all matters relevant to the legality of all actions that fall under it. In other words, the constitution has a philosophy: the rule of law. In terms of political philosophy, to have a constitution is to admit that state power is not

² P Ardant *Institutions politiques et Droit constitutionnel* (2003) 1.

unlimited, since the people and governments agree to impose limits on it. The idea of limiting power is behind the development of constitutions.

Moreover, the constitution establishes a legal system, which manifests as a set of legal rules organising political and social life as well as state power, and makes the latter subject to an obligation to respect certain forms and follow certain procedures which ensure that citizens participate in the choice of governments and in the making of certain decisions.

Broadly speaking, the development of constitutions generally follows a scheme which provides a framework for the initial wishes of the constitution makers, their basic intentions, and makes it possible to understand the written product. The Congolese Constitution of 18 February 2006 seems to be based on national and international sources which gave it a controversial content, as these sources were criticised by opponents who emerged from civil or armed groups which had chosen to remain outside the institutions. Less than a year after the adoption of this Constitution, the problem of its sources had become evident.

It should be noted that the constitutional changes introduced by the constitution makers of 2006 cannot be disassociated from the movement towards democratic transition observed in most Francophone African countries in the early 1990s. Organised according to the concept of presidential power until the end of the 1980s, constitutional law in this region has since seen a series of fundamental mutations that led to the re-establishment of a state structure based on the concepts of pluralism and the rule of law.

It is important to remember that the DRC is on the one hand a consumer of constitutions, but also a country that has had several wars and rebellions. The major cause of these was the democratic and institutional deficit. In fact, besides the fundamental law of 19 June 1960 which sets out the structures that the DRC inherited from the colonial power, one can officially count seven constitutions in 45 years, with 32 years spent under a single constitution that was continually revised, sometimes by the stroke of a pencil, sometimes merely by speeches, press releases or simply by silence.³

³ Reference should be made to the Constitution of 1 August 1964, the Constitution of 24 June 1967, the constitutional law of 15 August 1974, the harmonised constitutional law of 2 April 1993, the constitutional law of 9 April 1994, the constitutional decree of 27 May 1997 and the Transitional Constitution of 3 April 2003.

Therefore, dealing with the sources and innovations of the Constitution of 18 February 2006 implies researching the dominant ideas that constitute its foundation.

The new Constitution organises the functioning of institutions based on democracy (government of the people, by the people, for the people). It was adopted in a referendum by a large majority, 80% of voters in favour and 20% against, in a tense climate marked by violence. Its development took place in a context that was haunted by the last political transition. This gave rise to political negotiations that focused mainly on power sharing at all levels. It resulted in a transition marked by the construction of an unusual management system at executive level, (the 1+4 system, in other words a President of the Republic flanked by four Vice-Presidents representing the various factions that had contested the wars and other rebellions), with a parliament composed of two chambers (National Assembly and Senate), with no real powers of control over the executive, while the latter had no power to dissolve the legislature.

Many Congolese constitutionalists have insisted that this was a compromise constitution, designed to provide a means of escaping a long period of crisis, while at the same time attempting to offer a system of limited government and equilibrium among the branches of state, through separation of powers, certain mechanisms of co-operation, and the entrenchment of judicial independence which would guarantee due process as a building block of the rule of law.

The innovations introduced by the new Constitution are seen both in the development process and in the content of certain provisions. In fact, unlike the usual process of drafting constitutions in countries treated as models for the constitution (especially France), which established constitutional commissions consisting of experts who were led by politicians and guided by their speeches on broad questions of policy, the Congolese Constitution of 18 February 2006 is the work of the Senate, which was in charge of the process although it was assisted by domestic and international experts. Indeed, the Senate prepared the draft; this was submitted to the National Assembly for discussion and adoption. This may explain the difficulties in interpreting certain provisions, as the provisions drafted by the Senate were subjected to corrections and other alterations which complicate their reading.

The acceptance of the institutions of the Third Republic by the political families who took part in the last stage of the political transition, seems to have buried – at least temporarily – the in-fighting which had almost continually afflicted the political class.

Naturally, one can ask whether the Constitution of 18 February 2006 will be able to withstand the constant agitation of its detractors who have emerged not only from among the political families who contributed to its development, but also from all those who feel that both the draft and the final text were the work of representatives not elected by the sovereign people.

The purpose of this discussion is to examine the foundations of the new Congolese Constitution from a multi-disciplinary perspective, integrating legal, empirical, historical, comparative, sociological and anthropological methods.

As Mahiou stated,⁴ an approach that is limited to the analysis or interpretation of legal texts would be completely unsatisfactory, especially in the case of African political regimes. To characterise the political system of a state only by reference to constitutional text would be to project an abstract and empty pattern on a different reality never to be known. Amisssah criticises lawyers for their tendency to discuss constitutionalism without referring to economic and social conditions in the countries concerned, which leads to a poor assessment of the causes of success or failure of regimes.⁵

A historical approach helps one to better understand the meaning of events that led to the change in the established system. The use of comparative law is understandable in so far as the primary sources of inspiration of the Constitution are drawn from French and Belgian law, without forgetting the reliance on the experience of certain African states which have encountered the similar problems of political governance.

It is also necessary to appeal to legal anthropology which, according to Le Roy,⁶ favours an approach that allows one to break the opposition between universalism and particularism, as it seeks to place the focus on the human being – in their cultural and social context.

Ultimately, one can say that this is a constitution which (i) is still marked by the burden of the country's political history and the

⁴ A Mahiou *L'avènement du parti unique en Afrique noire: L'expérience des Etats d'expressions française* (1969) 12.

⁵ A Amisssah 'Constitutionalism and law in Africa' in D Rones (ed) *Democracy and pluralism in Africa* (1986) 41.

⁶ E le Roy 'Les fondements anthropologiques des droits de l'homme. Crise de l'universalisme et post modernité (1992) 1 *Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif* 44.

recurring socio-political crises; but (ii) nevertheless contains important innovations that fall, in the words of Kanté,⁷ within neo-African constitutionalism.

Our analysis will focus on these two central points.

2 A constitution marked by the burden of the political history of the country and the recurring socio-political crises

The Constitution of the DRC has the same foundations as those that preceded it. It originated from a political crisis that started early in 1994, just after the Rwandan genocide and after a long war, led to a Constitution which provided a balance of powers.

As far as sources are concerned, it is safe to say that one cannot affirm the existence of a rule and justify this assertion without indicating where this rule is to be found, how it was produced or discovered and expressed. Say, for example, that the President of the Republic is elected by universal suffrage, there must be a rule, introduced to this effect, in the Constitution. It should be emphasised that if one draws a distinction between the substantive and the formal Constitution, the issue concerns only the substantive Constitution; this is where we might find the origins of a rule that has as its goal the organisation of power. The sources will be drawn from history. The history of most constitutions is largely an account of the evolution of political institutions. In this case, the history runs from the period after the country gained independence and international sovereignty until the promulgation of this new Constitution. It is a matter showing how, amid much pain, what can be termed ‘institutional heritage’ was laid down, and each layer left its mark – whether positive or negative – by establishing certain doctrines that seem beyond challenge, such as the indivisibility of the state, national unity, national reconciliation and national solidarity. The latest Constitution was adopted to correct the excesses of the previous regime, which was characterised by authoritarianism. It is, therefore, above all, a reaction to the successive regimes which preceded it, but only a timid reaction to the law that developed in the context of a coalition government at the end of a long seven-year war which was one of the most devastating in terms of loss of life and property damage.⁸ The

⁷ See B Kanté ‘Le constitutionnalisme à l’épreuve de la transition démocratique en Afrique’ in CM Zoelhart *et al* *Constitutionnalisme: A quest for autochthonous principles* (1996) 17ff.

⁸ The Congolese civil strife may have claimed up to 3 million lives, according to different reports of human rights non-governmental organisations, confirmed by the United Nations.

Constitution of 18 February 2006 is thus considered, not without reason, as the Founding Act of the third Republic of Congo.

As Lavroff correctly notes:⁹

History is an excellent way to study politics. It provides information on how societies were governed and offers for discussion a set of varied experiences as well as the destiny experienced. Knowledge of the doctrines or ideas relating to the social organisation that emerged or were applied at a given time is very valuable in understanding the events taking place before our eyes. Knowledge of the past allows one to understand the present.

Delperée¹⁰ points out that if there is one area in which the DRC has excelled since its independence granted on 30 June 1960 by the Kingdom of Belgium, it is constitutional production. In 40 years of independence, the former Belgian colony has produced a number of constitutional texts that is beyond comparison with that produced by its former colonial power, Belgium, in 173 years.

Mampuya¹¹ recalls the main stages of political history of the DRC in which it was found that the institutions put in place proved powerless to find lasting solutions to political and institutional crises.

This historical data provides a better understanding of the institutional architecture established by the constitution-makers of 2006. This background will be examined by starting with the constitutional structure as it was (a) developed on 1 August 1964 and 24 June 1967 respectively, and then considering (b) changes as a result of protests that led to the Sovereign National Conference and culminated in the final transitional Constitution of 4 April 2003.

⁹ D Lavroff *Le Droit constitutionnel de la Vè République* (1999).

¹⁰ In 1831 the Constitution of Belgium created the Belgian state on a unitary model; from 1970 onwards the Constitution supported a framework that was inspired by federalist principles, which attained particular prominence in the Constitution of 17 February 1994. On any view, these reforms followed a period of continuity in constitutional matters of more than a century and a half. See F Delperée *Le droit constitutionnel de la Belgique* (2000) 6.

¹¹ A Mampuya Kanunk'a-Tshiabo *Espoirs et déception de la quête constitutionnelle congolaise. Clés pour comprendre le processus constitutionnel du Congo-Kinshasa* (2005).

2.1 From the Constitution of 1 August 1964 to that of 24 June 1967

2.1.1 *The Constitution of 1 August 1964: Establishment of a federal state in a presidential regime*

To put an end to the provisional Constitution granted by the Belgian colonists when the DRC became independent on 30 June 1960, the country had a Constitution adopted by referendum on 1 August 1964.

The Constitution of 1 August 1964 was prepared by a constitutional commission composed of Congolese experts assisted by experts from the United Nations (UN), representatives of political parties and social groups. The initial text, written by the Congolese, was primarily designed to put an end to institutional crises, most importantly those arising from the uncertain interpretation of some constitutional provisions, particularly with regard to the respective powers of the Prime Minister and the President of the Republic.

This Constitution was careful to call the country the Federal Republic of Congo, a designation which its content broadly reflected, in order to emphasise the idea of unity. It actually established a federal state. The system adopted was mostly presidential.¹²

Several reasons have been advanced to justify the institutional organisation of 1964. The first one, as has been said, was the need to end the rebellion and secessions. The second relates to the desire to maintain the unity of the country and at the same time to grant a broad measure of autonomy to the provinces to take charge of regional issues.

The Constitution of 1 August 1964 could not be implemented as a result of the military *coup* of Lieutenant-General Mobutu, who came into power on 24 November 1965. Naturally, all institutions of the Republic were put on hold. For more than a year, the new political authorities strove to prepare a constitutional structure to meet the declared objectives of achieving national unity, the re-establishment of peace and the economic development of the nation. The Constitution of 24 June 1967 was the result of this new vision of managing the country.

¹² The limitations of a parliamentary system of the British type, inherited from the colonial period, combined with the experience of rebellions and wars of secession, made it necessary to adopt a balanced system of political governance, while pursuing the paramount aim of reunifying the territory of the country.

2.1.2 The Constitution of 24 June 1967: The establishment of a centralised unitary state and a presidential political system

To mark the new political impetus, Lieutenant-General Joseph Désiré Mobutu intended to give a democratic form to his regime, a new constitutional text was put to the people, taking into account the new realities after the re-unification of a country torn by rebellion and political battles. The proposed text was adopted by referendum, which was more of a vote on the new strong man who intended to consolidate state power. Constitutionally, this institutional reform virtually established a two-party system¹³ which, according to its initiators, would resolve the problem of institutional instability.

Paradoxically, the American model exercises a considerable attraction on all continents while being almost impossible to replicate. The efficacy of its functioning in the United States of America is in fact contingent on the way in which constitutional mechanisms were adapted to suit a particular political and democratic culture based on a federal framework and a unique party system. The effective division of power in the United States between the states and the federal administration, the lack of party discipline and the reduced importance of politics in a society committed to a limited notion of the state prevent the phenomena of an enduring majority and the hegemony of one man or party.¹⁴

Indisputably, the separation of powers has not prevented the development of a co-operative exercise of power. It is precisely these political and social conditions, facilitating the collaboration between branches of state, which are most often missing in countries which choose to adopt a presidential system.¹⁵

The state is unitary with a strong centralisation of powers in the hands of the President of the Republic. The presidential regime that was established ended up degenerating into presidentialism, a deviant form of presidential regime that is in fact despotic authoritarianism. This was brought about through several successive constitutional reforms: the constitutional reforms of 15 August 1974 establishing the single party; the Popular Revolutionary Movement as supreme institution (the political embodiment of the Congolese nation); and those of 1977 and 1978 providing for the election of members by universal suffrage within the party-state.

¹³ Art 4 of the Constitution of 27 June 1967.

¹⁴ l Favoreu *et al Droit Constitutionnel* (2005) 347.

¹⁵ As above.

As an end that justifies the means, development is at the root of this concept of political power. In terms of political philosophy, President Mobutu was inspired by the philosophy of President Senghor who, in 1960, at the congress of his party, the Senegalese Progressive Union (SPU), forcefully asserted that:

[t]he role of the party is conceptualisation, organisation and control. This means its supremacy over other organs (parliament, government) whose role is essentially one of study, development and management. These put into practice the doctrine and programme of the party. In short, authority is indivisible. It is personified in the image of traditional leadership: For millennia, democracy in Africa has been a democracy with one hat on one head.¹⁶

The political revolt of 1978, combined with other political events, in an international context marked by the end of the Cold War and the collapse of the Soviet Union, eventually spelt the demise of authoritarian and despotic regimes. The return to the multi-party state, after the historic speech of President Mobutu on 24 April 1990, advocating a democratic opening, was enshrined in the Constitution of 10 July 1990. This Constitution, however, did not withstand the waves of the Sovereign National Conference.

The institutional tsunami that swept through the African continent at the end of 1989 with the wave of national conferences marks the end of totalitarian regimes established by the founding fathers of single states. It embodied the return to multi-party democracy.

Transition is a multi-dimensional phenomenon. As Massias wrote about the states of Eastern Europe:¹⁷

The study of these interactions is more complex than the multidimensionality of the concept of transition as it makes it necessary to specify the place of its various components, especially the state and the law. Transition is obviously a multiple phenomenon based on several pillars. As such, one can at the same time discuss political, economic and social transition. Therefore there is not one transition, but several transitions which each have a specific logic and which, although they might have the same trigger and the same direction, might equally be based on different and sometimes contradicting dynamics ... The multidimensionality of transition should not, however, call into question the importance of the state in this concept. While many authors determine extra-state criteria to measure the accomplishment of transition such as the existence of a political and economic civil society,

¹⁶ As quoted in J Gicquel *Droit constitutionnel et Institutions Politiques* (1999) 390.
¹⁷ JP Massias *Droit constitutionnel des Etats d'Europe de l'Est* (1999) 8

these elements cannot be effective without the presence of a sovereign and structured state.¹⁸

Without further developing this relationship between the state and transition, it is appropriate to note, in this case, the extreme importance of the state phenomenon in the Congolese transitions. We will briefly review the attempts at establishing democratic institutions and the results that were achieved but also the resistance observed thereafter.

2.2 Attempts to construct a constitutional law for the transition

The process of transition is based on two pillars. It involves both establishing new institutions and at the same time reforming the founding principles of the political regime. Indeed, since 1989, all African states have experienced very profound political changes which have led to the disappearance of old state structures and to the establishment of new regimes defined as 'democracies under the rule of law'. It is difficult to assess overall trends in Africa as the situations are different.

There seem to be two findings. Firstly, that of the importance of the road travelled. Almost everywhere the single-party state has been decisively abandoned and a break with the past achieved. Secondly, the intensity of the crises experienced – economic, political and social – characterised by the development of radical discourse, by the rise of nationalism and by other factors likely to slow down the progress towards democracy because of the resurfacing of old totalitarian thinking.

The organisation of national sovereign conferences, mainly in the francophone African countries, was aimed at the introduction of democratic political systems with a balance of powers within the state.¹⁹ One sees, however, in the Congolese context that the sovereignty of the national conference was greatly hampered by attempts to restore the *status quo*, mainly supported by those in the presidential camp. It is in this sense that one must understand the institutional and constitutional duality which followed. A constitutional and institutional framework was established by the National Sovereign Conference (NSC) in 1992 with a government and

¹⁸ Massias (n 17 above) 9.

¹⁹ See G Conac (ed) *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique* (1993); H Roussillon (ed) *Les nouvelles constitutions africaines: La transition démocratique* (1993).

a parliament, and another by the supporters of President Mobutu who adhered to the Constitution of July 1990.

This institutional imbroglio led to two different constitutional texts: the Constitutional Act Pertaining to the Transition of 2 April 1993 and the Act adopted on 2 August 1992 by the NSC, also containing constitutional provisions relating to the transition period. The first established a parliamentary regime, the second a semi-presidential regime (and thus a limited parliamentary system).

To resolve this crisis, the umpteenth in the history of the country, a compromise text was adopted after political negotiations, to separate the parties. This was the subject of the transitional Constitutional Act of 9 April 1994, which established a hybrid, half-parliamentary, half-presidential regime, otherwise described as semi-presidential.

This last Constitutional Act led to a temporary end to the political crisis between actors in the capital. A year and a half later, a war of liberation started in a particularly difficult economic context. Given the inability of the government in power to resolve yet another politico-military crisis, the transitional regime was removed and made way for the Alliance of Democratic Forces for the Liberation of Congo led by L.D Kabila. The latter acceded to state power on 17 May 1997. One notes, however, that a Constitution drafted by the NSC and adopted on 27 December 1996 introduced a Federal Republic (Federal Republic of Zaire). Without an act of promulgation by the head of state, this Constitution was not implemented. Like its predecessors, it would be swept away by the Institutional Revolution of 17 May 1997 which reinstated a political regime with a strong concentration of state powers in the hands of the President of the Republic.

2.2.1 The return to a strong presidential regime

The Constitutional Law Decree of 27 May 1997 established a presidential system with a strong concentration of state powers in the hands of the President of the Republic. It was in fact a 'political remedy' to the constitutional and institutional cacophony after the political transition from 1990 onwards.

A year after 17 May 1997, a new political and military crisis emerged. The country was again divided between several politico-military forces competing for power. Fifty percent of the national territory was under control of the legitimate government in Kinshasa, the other 50% being shared by rebel forces. To end this crisis, political negotiations were conducted with the active participation of the Organisation of African Unity (OAU) and countries in the region. These negotiations led to several agreements (the Ceasefire Agreement for

Peace among the States of the Great Lakes Region), the most important of which is still the Global and Inclusive Agreement signed in Pretoria on 17 December 2002 and adopted on 1 April 2003 at Sun City (near Pretoria in South Africa).²⁰ The terms of this agreement constituted the basis and substance of a transitional Constitution negotiated by the signatories, and promulgated on 4 April 2003. This agreement provided that the transition be followed by free, transparent and democratic general elections within the framework of a constitution to be developed and adopted by referendum.

This agreement between Congolese greatly inspired the mediators in the crisis in Côte d'Ivoire.²¹

2.3 The Constitution of 4 April 2003

There was a new institutional architecture after the Global and Inclusive Agreement of Sun City. As we will see, this architecture was imposed by the international community, which retained control. Finally we note that the Democratic Republic of Congo has become a constitutional project, in which various forms of political governance, which are far from reflecting the rule of law and democracy, are being tried out.²²

2.3.1 *The institutions of the Congolese transition*

There are ten transitional institutions. They fall into two categories: five institutions of the state and five institutions to support democracy. These were the apparent institutions.²³

²⁰ The Sun City agreement was the work of the entire Congolese political class: the warring powers which had divided the country into zones of influence; a range of other armed groups; the political opposition which included a range of political parties that had been active since the opening of democratic politics after 24 April 1990 and in the National Sovereign Conference; and finally civil society, represented by the church and liberal professions.

²¹ In relation to Côte d'Ivoire, it must be noted that political settlements were what brought together the opposing side in the crisis that followed the armed rebellion of 19 September 2002. These were the agreements of Lomé (1 November 2002); Linas Marcoussis (24 January 2003); Accra (30 July 2004); Pretoria (6 April 2005); and finally the Ougadougou agreement of 4 March 2007. The last two agreements were supported by Resolution 1721 of the UN Security Council, adopted on 1 November 2006. For more details, see J du B de Gaudusson 'L'Accord de Linas Marcoussis, entre Droit et Politique' (2003) 206 *Afrique Contemporaine*.

²² See G Bakandeja wa Mpungu 'Les Institutions de l'Etat de Droit et de la Démocratie en Afrique: L'expérience congolaise' in Sayeman (n 1 above) 52-83.

²³ In terms of the transitional Constitution of 4 April 2003, these institutions were the President of the Republic; the government; the National Assembly; the Senate; the courts and tribunals; the Independent Electoral Commission; the High Media Authority; the Truth and Reconciliation Commission; the Commission on Ethics and the Fight against Corruption; and the National Human Rights Monitoring Service.

Behind these institutions, there were private institutions in the wings, enjoying rights recognised by the Constitution. There were six warring institutions of the non-armed organisation of the opposition and of relevant civil society. It was the private organisations that had the greatest political input and the most choice over the persons appointed to the new institutions and state organs. This was the party system.

In addition, each organisation was given leadership positions which it administered, exclusively, throughout the transition. Any government reshuffle was internal. There was no transfer of posts from one organisation to another; sanctions were in the hands of the organisations. One might ask how these private organisations survived. One needs to understand the game, the motivations and the patterns of movement of the transition. Firstly, it must be said that they are sustained primarily on donations. The law authorises all sources – internal and external. There is no financing from the Congolese state, due to a lack of budgetary resources.

Secondly, these organisations also rely on compulsory contributions imposed on their members who hold important posts in state institutions and public enterprises. This led to a quarrel regarding the sharing of responsibilities between the public enterprises. Furthermore, the warring organisations receive tax monies and maintain armed forces in the territories that they control. This they do while waiting for or inhibiting the re-unification of the territory and the merger of the units into the republican army.

The apparent state institutions ultimately have only implementation tasks. They share the three classic powers: The executive is in the hands of the President of the Republic and the government. The Presidency includes the President and four Vice-Presidents. Each Vice-President has, under his direct authority, a number of ministers. There are five institutions supporting democracy, yet they do not seem to reflect the role bestowed on them by their creators.

The Electoral Commission is intended to be independent of government. However, it has to collaborate with the Ministry of the Interior. Furthermore, all the private organisations recognised by the Constitution, as well as the International Committee in Support of the Transition (*Comité international d'accompagnement de la transition* (CIAT)), sit on their general council.

The four institutions supporting democracy are duplicated by the governmental or parliamentary structures. The High Media Authority is duplicated by the Ministry of Communication and the press; the National Monitor of Human Rights by the Ministry of Human Rights; the

Commission on Ethics and the Fight against Corruption by the Inspectorate-General of Finance of the Ministry of Finance and also by the Court of Auditors of the National Assembly. The Commission for Truth and Reconciliation is duplicated by the Senate.

The performance of the institutions supporting democracy was such that on 18 February 2006 the Constitution only retained the Independent Electoral Commission. In fact, the other commissions do not have powers to hold hearings or powers of coercion. They did not convince the legislators of their relevance.

From this picture, it is clear that the control and power of sanction over state institutions are in the hands of a few. It is in the hands of the International Committee in Support of the Transition and of the private organisations recognised by the Constitution, mainly the warring organisations. The population is kept out of state affairs.

Such a power structure obviously results in both sides expressing divergent opinions about how responsibility for the rule of law is to be shared among the transitional institutions.

2.3.2 The objectives of the transition

The objectives of the transition are multiple. Some are obvious and are written and published. Others have been formulated as and when needed, according to a plan managed elsewhere. According to the press, others still figure on hidden agendas. The latter objectives are a matter of conjecture. We will not discuss them as we do not have knowledge of them.

There are five obvious objectives of the transition:²⁴

- the re-unification, pacification and reconstruction of the country, the restoration of territorial integrity and the re-establishment of the state authority over the entire Congolese territory;
- national reconciliation;
- the formation of a national army;
- the organisation of free and transparent elections on all levels to enable the establishment of a democratic constitutional regime;
- the establishment of structures to achieve a new political order.

To be clear, national reconciliation consists of the adoption of a law of amnesty affecting the belligerents. The war was not a civil war; it

²⁴ The Global and Inclusive Agreement on the Transition in the DRC, signed at Pretoria on 17 December 2002, sets out its objectives in art 1(2) of the Schedule to the Constitution of 4 April 2003.

was not one of people against people. Rather, it was a war between armies and militias, organised in the wake of the explosion of the political class. As a result, the population does not feel directly involved in the reconciliation process through the amnesty law.

In general, the population have not felt at all involved, or only very slightly, with the objectives of the transition. The objective of contributing to the improvement of daily life is not explicitly mentioned in the objectives of the Constitution. Neither is it mentioned anywhere that the transition should be a forerunner to implementing the rule of law.

The transition is not the work of the people. They are not aware that they are financing it because they finance it partially, but indirectly, by inflation and by consumer taxes. The population has no control over the transition; this seems to them to be the source of insecurity and increased poverty. They suffer from a lack of means and poor governance. In short, the transition is far from leading to a rule of law. This is undoubtedly the opinion of the population. And they are not wrong. On the subject of the economic policy implemented by the political leaders, Mbaya writes:²⁵

When the country gained independence on 30 June 1960, the hope of the people in the battle against the colonial system was to construct an alternative to the previous political and economic policies of the country and to promote human development. This other economic policy – the socialisation of development – is based on a change in the accumulation model, on a fully participatory political and social policy, and a process of economic growth and equity.

Among the objectives of the transition, there is also the organisation of general elections. It is clear that they must be democratic, free and transparent. These elections were supposed to lead to the adoption of a new constitution by referendum. The draft Constitution was the work of certain international experts. It became the object of attacks in the press, penned by national experts. The text was adopted by an assembly that was not elected, but designed by private organisations. They were not unanimous. The idea contained in the Global Inclusive Agreement to submit to referendum a text adopted by all the signatories of that agreement does not seem to have stayed on track – because of the fact that the draft did not meet unanimous approval. A question arose: whether, in the referendum debate, the constitutional text merited a referendum while there was a major

²⁵ J Mbaya *L'économie politique de la prédation au Congo-Kinshasa. Des origines à nos jours – 1885-2003* (2005).

debate between unitarians and federalists concerning the political regime and the form that the state should take.²⁶

On these two points, the 2006 Constitution has produced a mixed product, building an innovative constitutional law compared with the classic techniques inspired by Western models.

3 A constitution full of innovations

The process of drafting the Constitution of 18 February 2006 was extremely laborious. In accordance with the provisions of the transitional Constitution of 4 April 2003, it was the transitional Senate that had to prepare a preliminary draft for the Constitution of the Third Republic which it had to submit to the Transitional National Assembly for consideration and voting.

In fact, after consultations held in each province across the country, the Constitutional Commission of the Senate came to identify certain fundamental choices in the new Constitution.

After more than two years of preparation, the draft finally reached the National Assembly which examined it in record time (less than four months). It was adopted on 13 December 2005 by the National Assembly and subjected to referendum on 18 and 19 December 2005. The President of the Republic promulgated this Constitution on 18 February 2006. It should be noted, however, that this Constitution borrows several provisions of the Federal Republic of Zaire's Constitution, prepared by the National Sovereign Conference, but which was not published in the Government Gazette so as to be open to discussion by all.

The Constitution of 18 February 2006 defines, as does any constitution, the type of society intended for the DRC, the symbols which distinguish the country from other countries in the world, the form of the state, the mode of election at national and provincial level, the responsibility and functioning of justice and the institutions of the country. It includes 229 articles that make it one of the longest constitutions in the world.

The constitution makers wanted to go into detail in their concern for clarification, but this appears to have led to confusion or distortion of some terms in the legal vocabulary.

²⁶ It should be noted that the draft Constitution was approved in a referendum held on 30 December 2005 and was promulgated in the official journal on 18 February 2006 to govern the Third Republic.

The preamble refers to the establishment of a state based on the rule of law and which respects human rights and public freedoms, fraternity, solidarity, justice, peace and work. It refers to the Universal Declaration of Human Rights, to the African Charter on Human and Peoples' Rights, to the United Nations Conventions on the Rights of the Child and the Rights of Women, particularly the objective of parity in the representation of men and women in institutions of the country. It also refers to other international instruments relating to the protection and promotion of human rights. These texts, as well as the fundamental principles recognised by the laws of the Republic, form the core of constitutionalism. The establishment of a Constitutional Court is an innovation. It will have to verify, as a priority, the conformity of laws to the Constitution. It is accepted that an ordinary judge can also apply it directly during litigation.

This new Constitution of the third Congolese Republic was adopted to enable the country to emerge from a long crisis of more than 45 years and is marked by the search for a balance of power in the national executive. It is greatly influenced by a plurality of bases laid down by the Constitution of 1 August 1964 and the most recent transitional Constitution resulting from the Political Agreement of Sun City of 17 December 2002 which was promulgated into law on 4 April 2003.

The Constitution makers of 2006, essentially inspired by the concern to establish an effective political system, were preoccupied rather with restoring the authority of the state and the government, whilst being mindful of respecting human rights and elective democracy.

It would be inappropriate to examine all the provisions of this fluid Constitution here. Essentially the Constitution contains articles organising the Congolese institutions. One would then refer to the corresponding articles to understand their roles, their responsibilities and how they relate to each other.

Limitation and separation – these seem to be the key words of the new Congolese Constitution which determine the political regime instituted: (a) an atypical state form, and (b) one which contains important constitutional innovations in the implementation of a constitutional law adapted to historical and cultural Congolese realities.

3.1 Institution of an atypical state form and of a Congolese version of a limited parliamentary system (*parlementarisme rationalisé*)

3.1.1 An atypical state form²⁷

Wanting to avoid a chasm between the supporters of the unitary state form and those leaning towards a federalism form, the constitution makers of 2006 opted for a hybrid form, a symbiosis between unitarianism and federalism. Article 1(1) of the Constitution begins by declaring that the DRC is, within its boundaries of 30 June 1960, an independent legal state, sovereign, united and indivisible, social democratic and secular. The word 'united' can evoke the concept of a unitary state if one does not connect this paragraph with other provisions mentioned later. The position of the supporters of the greatly decentralised unitary state is supported by the provisions of article 2 which states that the DRC is composed of the city of Kinshasa and 25 provinces each with legal status. Article 3, however, includes characteristic elements of the unitary state in that it draws a distinction between the provinces and the new decentralised territorial entities which are the town, the commune, the sector and the chieftainship. But the reference to the National Equalisation Fund provided for in article 181(2), far from constituting a confirmation of the unitary form of state, is rather a sign of federalism.

The legal status accorded to provinces, which are governed by a set of local bodies enjoying autonomy, confirms federalism (article 3(1)). The constitutional distribution of competencies between the central state and the provinces in the provisions of articles 2 and 201 to 206 of the Constitution is an illustration of the rise of federalist ideas. To encapsulate the problem more effectively, it is necessary to explain the vertical division of power. This relates to organisational problems and state forms.

In fact, in a given state territory, there can be several ways of organising relations between the different territorial entities, between the central power and sub-national units and between the centre and the periphery. Decision-making or normative powers may be distributed according to the *unitary model* (a single centre of political decisions) or according to the *pluralist model* (the central state shares the normative power with the local authorities who are

²⁷ BM Mbata 'Perspective du constitutionnalisme et de la Démocratie en République Démocratique du Congo sous l'empire de la constitution du 18 février 2006' in Sayeman (n 1 above).

responsible for federated states, regions and autonomous communities).²⁸

Above all, the constitution makers wanted to avoid the victory of one camp over another. Thus, in its (apparent) form, the Republic is a united and indivisible state while, in its functioning, there are some of the mechanisms of unitary and federal systems. Amongst the elements linked to unitary model one notes that a single centre of political control, and the guardianship of the state over decentralised territorial states, have been maintained – as well as a single national police force,²⁹ a single hierarchical judicial authority³⁰ and the investiture of governors and deputy-governors by the President of the Republic.³¹

As we have noted, the elements linked to the federal system relate to the distribution of competencies between the central power and the provinces and the autonomous administration of provinces, using human, material and financial resources separate from those of the state.

The constitution makers of 2006 took care not to name the state form, as all their predecessors had done. However, despite this precaution, it seems that the federal form has gained the upper hand over the unitary form; federalism having in fact been a long term goal. This lack of foresight also influenced the political regime.

3.1.2 Implementation of a hybrid political regime – half-parliamentary and half-presidential

It is important to determine here the concept of political regime. Few authors address the definition. And those who strive to, like Duverger, sometimes suggest several.

Let us reject any definition limiting the subject to ‘a set of institutions’.³² This is because a regime is also ‘a certain combination of a party system, of a voting system, of one or more types of decision, of one or more structures of pressure groups’,³³ one can add: one or more types of public administration. And, let us remember, according to Duverger, the general formula which says that ‘in the broader sense, one gives the name of political regime to

²⁸ Favoreu *et al* (n 14 above) 381.

²⁹ Arts 182-185 of the Constitution of 18 February 2006.

³⁰ Arts 149ff of the Constitution of 18 February 2006.

³¹ Art 198(2) of the Constitution of 18 February 2006.

³² On the theory of comparative government, see the excellent study by J Blondel ‘Le comparatisme’ in M Grawitz & J Leca (eds) *Traité de Sciences Politiques, T II, Les régimes politiques contemporains*(1985) 1-25.

³³ M Duverger *Institutions politiques et Droit constitutionnel* (1990) 49.

a form that is taken on by a social group where there is a distinction between governors and those who are governed'. One proviso: This definition does not distinguish clearly the idea of a political regime from that of a political system, a distinction used, for example, by the American school of comparative politics.³⁴

As we know, the limitation and separation of powers constitute the pillars of the rule of law and democracy. In particular, they allow one to determine the nature of political regimes.

It will therefore be interesting to see how this separation is enshrined in the basic charter which, of course, will clarify the regime established by the constitution makers of 2006 in comparison with the classification of political regimes in general.

The Constitution of the Third Republic sought to strike a balance of power within the executive by limiting the powers of the President of the Republic and letting parliament play the role which is accorded to it in most political regimes. The aim was also to promote stable government by imposing a greater number of constraints on the parliamentary system. The logical consequence that flows from this quest is the establishment of an atypical political system, half-parliamentary, half-presidential. Title III of the Constitution relating to the organisation and the exercise of power confirms the special nature of the Congolese regime.

We will try to identify this regime through the cumulative analysis of certain provisions of Title III which specify the roles and responsibilities of the President of the Republic, the Prime Minister, the relationship between the President of the Republic and the judiciary.

A study of the executive, composed of the President of the Republic and the government, reveals the intimacy of the regime and its pace of development. Of course the executive power is vested both in the President of the Republic and the government, but the powers granted to the President of the Republic confer on him an eminent role in the functioning of the system.

In terms of article 69 of the Constitution, the President of the Republic is the head of state. He represents the nation and is the symbol of national unity. He monitors compliance with the

³⁴ G Almond & B Powell draw a contrast between the set of all politically-managed institutions – which they call the political regime – with a notion of system, which includes, besides political institutions, also economic and social structures, historical traditions, cultural context and values, that is 'all structures in their political aspects'; quoted by J-L Quermonne *Les régimes politiques occidentaux* (1986) 11.

Constitution. He ensures, through his arbitration, the proper functioning of public authorities and institutions, as well as the continuity of the state. He is the guarantor of national independence, territorial integrity, national sovereignty and respect for international treaties and agreements.

The President of the Republic appoints the Prime Minister from the parliamentary majority after consulting the latter. He relieves him of his duties when the Prime Minister informs him that the government has resigned.³⁵ The power to appoint the other members of the government and to terminate their duties are also his, although of course on the advice of the Prime Minister. Other functions assigned to him are the appointment of senior state officials, state enterprises and judges and public prosecutors. These articles combine the elements of the presidential and the parliamentary system.

The eminence of the role of President of the Republic led to a limited parliamentary system that is also reflected in the provisions of article 79 which provide that the President of the Republic convenes and presides over the Council of Ministers and, in the case of an impediment, delegates authority to the Prime Minister.

The government is headed by the Prime Minister³⁶ who assumes political responsibility before the National Assembly and his programme is developed in consultation with the President of the Republic. The provisions of article 91 of the Constitution are explicit on this subject. In fact, we read in paragraph 1 that 'the government shall, in consultation with the President of the Republic, define the national policy and assume responsibility for it'. Paragraph 2 adds that the government conducts the national policy. This borrowing from classic parliamentary systems is merely an expedient. The President of the Republic has enormous powers unknown to a head of state in the classic parliamentary system in which the head of state plays an honorary and ceremonial role. His election by direct universal suffrage in fact makes him a major player in the functioning of institutions. Pending an evaluation of the constitutional practice, it can be concluded that the President is not confined to the role of arbitrator.

³⁵ Art 78(1) of the Constitution of 18 February 2006.

³⁶ Art 90 of the Constitution.

3.1.3 An enhanced role of parliament: The confirmation of the parliamentary regime

In terms of article 100 of the Constitution, the legislative power is exercised by a parliament composed of two chambers, the National Assembly and the Senate.

Parliament is an organ controlling government action. It also controls state enterprises, public institutions and services (article 138). Members of parliament are elected by direct universal suffrage, while senators are elected indirectly by provincial assemblies, whose members are elected in the same way as national members of parliament by universal suffrage. The senators represent the provinces, but their mandate is national, like members of parliament.

Responsible to the National Assembly, the government depends for its stability on the combined support of the majority and the President of the Republic.

3.1.4 Establishment of a Congolese version of a limited parliamentary system (*parlementarisme rationalisé*)

The aim of a limited parliamentary system is, above all, to try to establish parliamentary majorities capable of supporting the government consistently. The various mechanisms put in place by the Constitution to circumscribe the parliamentary system contribute to the building and maintaining of majorities. The provisions relating to confidence votes, and the possibility for the government to demand a block vote, play a role in this.

An analysis of the relationships between the executive and legislature shows that the constitution makers, while trying to limit the powers of the President of the Republic in a presidential system, had to supervise the legislative power. The National Assembly elected by universal suffrage represents the nation as a whole. It passes laws and controls the action of government which is accountable to it. Only the National Assembly can act against the government by passing a motion of censure or no confidence.³⁷

The Senate, which is elected by indirect universal suffrage, represents the provinces. It cannot compel the government to resign. The constitution makers of 2006 did not impose on the Prime Minister the obligation to request the Senate to approve a policy statement, although he may do so.³⁸

³⁷ Arts 146 & 147 of the Constitution.

³⁸ Art 146(5) of the Constitution.

Regarding the limited parliamentary system itself, one notes, under ordinary legislative procedure, that the government can have the last word to the National Assembly in the case of a disagreement between the two chambers. However, the two chambers have an equal say in matters of constitutional amendment.³⁹

The Constitution reduces the powers of parliament by limiting the scope of primary legislation (article 123), and by establishing an effective control over the constitutionality of laws. It calls into question the traditional hierarchy of norms by clearly distinguishing the scope of primary legislation from that of regulations to prevent the assemblies from being all-powerful. The procedures adopted to establish a limited parliamentary system in 2006 also constrained the possibilities for government censure. A motion of censure can only be filed if it is co-signed by a quarter of the members of parliament (article 146). A motion of no confidence against a member of the government shall be admissible only if it is signed by a tenth of the members of the National Assembly.

The two motions can only be adopted by an absolute majority of members of the National Assembly and can only be put to the vote 48 hours after the filing. Only the votes in favour of the motion of censure are recorded.

Article 146(1) of the Constitution allows the Prime Minister, after deliberation with the Council of Ministers, to decide that the vote on a particular Bill, programme or policy statement will be treated as a confidence issue. In this case, the Bill is deemed to be enacted if no motion of no confidence was filed during the 48 hour period. This article was introduced to avoid any attitude of obstruction on the part of the parliamentary opposition. It also allows for the forcing of an issue in the face of a parliamentary majority which would have been divided or hesitant.

This Congolese version of a limited parliamentary system (*parlementarisme rationalisé*) is also evident in the personal power of the President of the Republic.

The President and the government (Article 78)

The Constitution of 2006 led to the institutionalisation of the parliamentary majority. Elected by direct universal suffrage, the President of the Republic has the support of a majority which can now be accurately counted. There is of course, a difference between the

³⁹ Contrary to the view of some members of the political class, mainly certain leaders of the unofficial opposition (*Rassemblement Congolais pour la Démocratie*).

presidential majority made up of voters who speak directly and the parliamentary majority composed according to the attitude of members, but they must be clear on the functions of the President.

According to the principle of the separation of powers, the President appoints the Prime Minister. He relieves the Prime Minister of his duties when the Prime Minister informs him that the government has resigned. The result of this asymmetrical structure is that, from a legal point of view, the Head of State appoints the Prime Minister and cannot revoke that appointment. Only a political arrangement (convention of the Constitution) can determine otherwise. This can be done by a majority in Parliament (National Assembly) if the Head of State has a political majority. This relates to his function as an arbitrator.

Even if the President does not have the discretionary power to dismiss the prime Minister, politically, he can invite him to resign in the case where a misunderstanding between the two persists (hypothesis where the President controls the majority in the National Assembly). Similarly, the President may, even if he does not have a majority in the National Assembly, cause the dismissal of government, if supported by influential parliamentary groups with whom he may be allied.

Ultimately, the stability of government depends on the on the reliability of the President and the majority.

The President and the Parliament (article 77)

This relationship is expressed through the power to address parliament and to dissolve the National Assembly, the latter being the key power of the President as arbitrator. The right to address parliament is a mode of institutional communication. The address does not give rise to ministerial responsibility of any kind. As for the dissolution, it is an act by which the head of state prematurely ends the legislature's term in the case where there is a persistent crisis in the parliamentary majority, in particular between the Prime Minister and the majority who brought him to power. It is a popular arbitration procedure to protect the regime.

The President and the Constitutional Court (article 69(2) and article 158)

Amongst the functions of the head of state, there are those to ensure compliance with the Constitution. Through his arbitration, the President ensures the proper functioning of public authorities and the continuity of the state. He is the guarantor of national independence,

territorial integrity, national sovereignty and respect for international treaties and agreements.

As custodian of the Constitution, the President cannot have a privileged relationship with the guarantor of the rule of law and public freedom represented by the judicial power vested in the courts and the Constitutional Court. Of the nine members of the Constitutional Court, the President can appoint three members, three members are appointed by a joint sitting of the two houses of parliament and three more members by the Superior Council of Judges.

Pending the findings of constitutional practice, one hopes that this Congolese version of a limited parliamentary system will be able to discipline the behaviour of the first elected members of parliament of the Third Republic. It is a first experiment, the results of which can eventually be evaluated at the end of the legislature's term.

However, the constitution makers also introduced some of their own innovations into the text adopted on 18 February 2006.

4 The innovations in the Constitution of 18 February 2006

Two innovations should be emphasised here: the limitation of presidential terms and provincial autonomy.

4.1 The limitation of presidential terms

Without going into the debate of the merits of the principle of limiting the number of presidential terms in office,⁴⁰ one may recall that a corollary of this principle is job rotation, in other words an obligation for the holder of a position to leave after a certain period.⁴¹

In the Democratic Republic of Congo, contrary to the various earlier constitutions that established the presidential term as a renewable period of seven years, with the exception of the

⁴⁰ See chapter on the presidential term limit in this book 'Presidential term limits and their impact on constitutionalism in Africa' by C M Fombad & N A Inegbedion.

⁴¹ This principle was both proclaimed and practised by ancient democracies, and revived by the founders of modern representative democracy. The idea of job rotation, of which the predominant modern version is to limit the number of terms of elected office, is deeply rooted in classical republican thought. In Athens, most duties that were not carried out by the assembly of the people were entrusted to candidates, who had to be citizens aged over 30 and were chosen by lot to serve for a term of one year renewable once. Rotation was also practised in Rome and in Venice and the city-states of the Renaissance.

transitional Constitution of 4 April 2003, which provided for a period of two years with the possibility of an extension for a period of six months, renewable once, the Constitution of 18 February 2006 bestowed the head of state with a personal term in office (article 69) limited to five years, renewable only once (article 70). In fact, the principle of limiting presidential terms is justified by the desire to limit the power which has in the past led to totalitarian excesses. Thus, the 2006 constitution makers drew on the lessons of three decades of presidentialism, described by some as modern chiefdom or the kingship of the Founding Father.⁴²

4.1.1 *The origin of the five-year term*

The attitude of the constitution makers of 2006 on this issue was, rather paradoxical. While in some countries, such as France, the five-year term had been rejected before the reform that abolished the seven-year term, on the grounds that it would lead to the institution of a parliamentary regime, the debates raised in the transitional Congolese parliament demonstrated that it was more because of the concern to avoid the establishment of a new dictatorship that such an option was chosen. The principle of limiting the number of terms is, however, the subject of controversy with regard to its merits. For certain authors, the justification of this principle is in the presidential or presidentialist context where there is a mechanical application. Linz⁴³ argues that in a parliamentary system, the prospect of the Prime Minister remaining in power throughout the course of several successive legislatures does not create as much hostility as the prospect of the indefinite re-election of a President of the republic in a presidential, semi-presidential or presidentialist regime. This is because, in a parliamentary system, a Prime Minister, who may face a confidence vote at any time, remains in power so long as he enjoys a parliamentary majority. Theoretically, his authority could be challenged at any moment and psychologically this produces a feeling of relative insecurity since he is not assured of remaining in power for the full duration of one, two or more legislatures. Such uncertainty does not exist in the presidential or presidentialist regime where the president is elected for a fixed term, which for him constitutes a vested right which he is assured of exercising, except in the case of high treason. Regarding the Constitution of the DRC, one could say that the supporters of the parliamentary regime and those demanding the presidential regime have reached a compromise in this respect, taking into account the necessity of having the presidential term

⁴² One thinks in this regard of the Second Republic instituted by President Mobutu Sese Seko.

⁴³ JJ Linz 'Democracy's time constraint' (1998) 19 *International Political Science Review* 25.

coincide with that of the members of parliament. Here the Constitution was inspired by the recent French experience following the last constitutional revision of 2002. Furthermore, this limitation could be justified by the need to ensure the renewal of the political class who had hidden motives regarding the thorny issue of fixing the minimum age requirement for a presidential candidate. Article 72 of the new Constitution fixes the minimum age of presidential candidates at 30 which allows potential candidates, whose maximum age is not determined by the Constitution, to submit to popular vote to gain power democratically. Certainly, the 32-year reign of President Mobutu was in everyone's minds at the time of this constitutional provision.

The custom initiated by George Washington in the United States (entrenched the 22nd Amendment of 1951) limited the Chief Executive to two four-year terms. It is a pity that the constitution makers did not fix the date so that the new election can take place at a practical time of year. With President Joseph Kabila having taken the presidential oath on 6 December 2006, one might wonder on which date the new presidential election will take place, especially since article 70(2) provides that at the end of his term, the President remains in office until the newly elected President has been effectively installed. This legacy of the transitional Constitution could be dangerous in a case of prolonged political crisis which may frustrate the spirit of article 70(1).

4.1.2 End of the presidential term

The presidential term may be terminated by death, resignation or permanent incapacity. It is therefore not possible to consider an early election on the initiative of the interim President, who in this case is the President of the Senate.⁴⁴ The power to hold new elections is vested in the National Independent Electoral Commission, which must do so between 60 and 90 days after the vacancy became open.⁴⁵

The head of state may be forced to retire in the case of permanent incapacity declared by the Constitutional Court (article 76(3)).

⁴⁴ Art 75 of the Constitution of 18 February 2006.

⁴⁵ Art 76(3) of the Constitution of 18 February 2006.

4.2 Provincial autonomy and the problem of territorial division

As with the legal form of the state, the constitution makers of 2006 avoided deciding between federal and a unitary system recognising the autonomy of the provinces and the need for territorial division.

4.2.1 Territorial division

Two views have emerged in this regard. On the one hand, there are those who champion an immediate subdivision of certain provinces considered too remote from the concerns of their population, and wish thereby to improve relations between the administration and those who are administered. On the other hand, there are those who support a more gradual process of division, taking into account the economic viability of the provinces to be created.

Ultimately, the option chosen was to spread the process of division over three years essentially for economic reasons. This was a compromise solution that satisfied the supporters of immediate action. The question that arises, however, is when to treat this period as starting, given the fact that the institutions provided for in the Constitution have not all been set up.⁴⁶

4.2.2 Provincial autonomy

In an attempt to once again conceal the tensions between supporters of the unitary state, who were willing to accept decentralisation, and those in favour of the federal state, the constitution makers of 2006 circumvented the difficulty by establishing provincial autonomy. It follows from the combined provisions of articles 2 and 3 of the Constitution, which give the 25 provinces legal status and autonomous powers to manage their economic, financial and technical resources.

The option chosen by the constitution makers in this regard appears to be a wise one because it was understood that federalism constituted the ideal to be achieved while maintaining elements of national unity. Elements of federal and unitary system will be singled out here in order to understand the constitution makers' position.

⁴⁶ Art 226, concerning transitional provisions, specifies that the division is to take place within 36 months after the effective establishment of the political institutions for which the present Constitution provides. So far only the national and provincial institutions have been inaugurated, and local elections still have to be organised in order to achieve the democratisation of those bodies.

Elements of federalism

The autonomy accorded to provinces seems very wide and is accompanied by the means to render it real and effective. This assertion can be supported by the following elements:

- The constitutional status conferred on the division of competencies between the central power and the provinces which contrasts with pure and simple administrative decentralisation. This is an important constitutional guarantee;
- The role of national and provincial representation through the Senate composed of senators indirectly elected by members of the provincial assemblies;
- The allocation of financial resources: Autonomy is reinforced by the provisions of article 175(2) which establishes an allocation of public resources: 'The part of national income allocated to provinces is set at 40%. It is deducted at the source';
- The election of members of the provincial executive (governors and deputy-governors of the provinces) by provincial members.

Elements of the unitary system

Amongst others, these include:

- The election of the President of the Republic through direct universal suffrage;
- The lack of constitution-making power on the part of the provinces;
- The proclamation in article 1(1) of the Constitution that the DRC is, within its borders of 30 June 1960, a legal state, independent, sovereign, united and indivisible, social, democratic and secular;
- National sovereignty belongs to the people. All power emanates from the people who exercise it directly through referenda or elections and indirectly through their representatives (article 5 of the Constitution);
- The existence of an equalisation fund to ensure national solidarity and to correct imbalances in the development between provinces and other decentralised territorial entities;
- The institution of the conference of governors with the purpose of giving opinions and making suggestions on policy and legislation to govern the state. This conference is composed of provincial governors, the President of the Republic, the Prime Minister and the Minister of the Interior. Any other member of the government can be invited;
- The national character conferred on the forces of law enforcement, national defence and security which are excellent instruments to guarantee order, security and territorial integrity;

- The necessity of national representation in the composition of government.

Nevertheless, the effective implementation of this autonomy requires the strengthening of managerial capacity for the newly-elected office holders of the provinces. The United Nations Development Programme (UNDP) has been actively involved here since the establishment of new institutions emanating from the last multi-party general elections.

5 Conclusion

The political and constitutional history of the DRC shows, in light of the foregoing, that, after 46 years of independence, the country is still looking for a constitution that would ensure its political and institutional stability, a prerequisite for the rebirth of the state and the Republic.

It must be noted that the functioning of the established political system largely depends on the provisions introduced by way of amendments to the Constitution of the Second Republic of 24 June 1967, on the reforms resulting from the National Sovereign Conference and the most recent transitional Constitution following the inter-Congolese dialogue held in Sun City near Pretoria, South Africa. That is why it is possible to consider that the DRC simultaneously has ‘at least four Constitutions’: that of 1 August 1964 (with a presidential regime and the restoration of the executive power); that of 1967 (with changes marking the start of presidentialism later confirmed by the institutionalisation of the single party); that of 9 April 1994 reflecting a compromise between political families who participated in the National Sovereign Conference (with the limited parliamentary system); and finally that of 4 April 2003 instituting an atypical regime with a President of the Republic flanked by four Deputy-Presidents and restoring a bicameral system with a National Assembly and Senate.

Although its objective is to lay the foundation for a new state and a new Republic, the Constitution of 18 February 2006 constitutes an exception both as far as its drafting and sources are concerned, as it did not follow the techniques most commonly used in modern constitution making. The unsettled political background to its development greatly contributed to this state of affairs.

For a constitution that does not have a single thread, it is important that its authors and users make good use of it so that it may be considered as a national heritage worth conserving for posterity. The question that arises is whether the ‘constitutional dictatorship’

of 2006 will be able to resist the diverse pressures emanating from political forces that did not participate in its construction and pressures resulting from difficulties encountered in the implementation of new political institutions.

TRADUCTION FRANÇAISE

1

LIMITES DU MANDAT PRÉSIDENTIEL ET LEURS IMPACTS SUR LE CONSTITUTIONNALISME EN AFRIQUE

*Charles Fombad**
*Nathaniel A Inegbedion***

1 Introduction

Les constitutions d'indépendance africaines n'ont limité en quoique ce soit le nombre de mandats présidentiels. Il était donc tout à fait normal pour un président de se présenter maintes fois aux élections et beaucoup d'entre eux se sont proclamés « président à vie ». ¹ Ils ont créé autour de leur personne un mythe d'indispensabilité, peu crédible vis-à-vis des réalités qui les entouraient. Ils se sont détachés du contact avec les citoyens ordinaires et ne rendaient de compte à personne. Toute opposition ou compétition au pouvoir fut étouffée et les ressources du pays furent pillées pour être par la suite converties en patrimoine familial. L'absence d'une succession paisible de gouvernement, liée au problème concomitant d'instabilité politique, se traduisant par des coups d'État ou des troubles civils, empêcha le développement d'une culture de constitutionnalisme. Pendant la première décennie d'indépendance, certains de ces chefs d'État ont souhaité se retirer paisiblement et avec grâce. Ceux qui échappèrent aux tentatives d'assassinat ou aux coups militaires, ² s'imposèrent à la

* Lic-en-Drt.(Un. de Yaoundé), LL.M, Ph.D (Un. de Londres), Professeur de droit et Chef de Département de Droit Public, Université de Pretoria, Afrique du Sud.

** LL.B. (Un. de Jos); LL.M. (A.A. U Ekpoma) Chargé de cours, Département de droit public Faculté de droit, Université du Benin, Benin City, Nigeria.

¹ Voir, par exemple, Jean-Bedel Bokassa de la République centrafricaine, (qui plus tard s'est lui-même proclamé « empereur » Francisco Macias Nguema de la Guinée Equatoriale, Kwame Nkrumah du Ghana, Hastings Banda du Malawi, Gnassingbé Eyadéma du Togo, Idi Amin de l'Uganda et Mobutu Sese Seko du Zaïre. Comme B O Nwabueze, dans *Le présidentielisme dans le Commonwealth africain* (1974) 1, le fait remarquer, le présidentielisme en Afrique s'est tourné vers la dictature et la tyrannie, non pas en raison de son grand pouvoir mais à cause de ses restrictions constitutionnelles, politiques et sociales insuffisantes sur ce pouvoir.

² Presque trois quart des leaders africains qui ont quitté le pouvoir dans les années 60 et 70 ont été violemment renversés, ont été victime de coups d'État ou ont été assassinés. Voir D N Posner & D J Young « *The Institutionalization of Political Power in Africa* » (2007) 18 *Journal of Democracy* 128-9.

fonction de président de manière autoritaire voire violente et mirent en place de nombreuses procédures afin d'éviter d'être destitué. En fait, depuis 1960, bien que plus de 180 présidents aient gouverné dans de différents pays africains, moins de 20% d'entre eux ont renoncé au pouvoir ou ont pris leur retraite volontairement.³ Avant 1990, lors d'une des rares occasions où l'on pouvait constater une succession politique, celle-ci se faisait souvent par le biais d'un coup d'état militaire résultant en un climat de violence et d'instabilité ou, dans certaines occasions, à la désignation d'un successeur trié sur le volet par un président souffrant. L'absence de limitation de mandats a souvent pour conséquence dangereuse d'élever le président à une figure de culte et d'institution et de transformer sa fonction en une succession familiale,⁴ empêchant ainsi le peuple de choisir ses dirigeants.

Une des innovations importantes apportées par la révolution des droits constitutionnels après 1990 sur le continent, fut la tentative de mettre fin « à l'exercice d'une fonction à perpétuité » en introduisant la limitation du nombre de mandats présidentiels. L'intention était de garantir qu'aucune personne ne pouvait monopoliser le pouvoir politique. A certains égards, cela pouvait être considéré comme faisant partie du mouvement sur les limitations de mandats qui s'est vite répandu prenant l'exemple des Etats-Unis et dans de nombreux autres pays depuis les années 90.⁵ Cependant, tout comme la transition vers une démocratie constitutionnelle, le respect des constitutions, l'adhérence à la règle de droit et au fonctionnement convenable des institutions publiques restent une problématique importante. Il est donc peu surprenant que les dispositions portant sur la limitation du nombre de mandats présidentiels aient été contestées dans de nombreux pays africains où un grand nombre de dirigeants se battent toujours pour prolonger leur emprise sur le pouvoir. Ce chapitre considère l'impact possible de la limitation du nombre de mandats présidentiels lors de la promotion d'une culture de constitutionnalisme en Afrique et comment celles-ci peuvent être rendues plus efficaces.

³ Julius Nyerere de la Tanzanie, Léopold Senghor du Sénégal, Nelson Mandela de l'Afrique du Sud et Quitt Masire du Botswana qui ont volontairement renoncé au pouvoir et préparé leur succession restent des exceptions. En revanche, il existe encore de nombreux présidents qui sont au pouvoir depuis plus de 20 ans et qui semblent peu enclins à y renoncer. Ils sont Paul Biya du Cameroun, Hosni Mubarak d'Egypte, Kadhafi de la Libye, Teodoro Nguema Mbasogo de la Guinée équatoriale, Lansana Conte de la Guinée, Robert Mugabe du Zimbabwe, mais le leader du groupe est Omar Bongo du Gabon, qui est au pouvoir depuis 1967.

⁴ BO Nwabueze *The presidential constitution of Nigeria* (1982) 201.

⁵ P Basham, « *Assessing the terms limits experiment. California and beyond* » *Policy Analysis No. 413, 31 August 2001*, <http://www.cato.org/pubs/pas/pa-413es.html> (17 mai 2008).

Nous commencerons par identifier les différentes formes d'existence de limitation de mandats dans les constitutions africaines modernes. Ensuite nous examinerons les différentes façons dont ces limites ont été mises en vigueur dans différents pays, en se penchant particulièrement sur ceux où les tentatives d'y passer outre ont échoué, et décider finalement quelles leçons peuvent être apprises. Cet article tient aussi compte de l'impact possible de la limitation du nombre de mandats présidentiels sur l'ancrage d'une philosophie de constitutionnalisme. Il est soutenu qu'en raison de leur importance croissante, les limitations de mandats présidentiels doivent maintenant être considérées comme un élément essentiel du constitutionnalisme. En dépit des dispositions constitutionnelles imposant la limitation des mandats, certains dirigeants africains ont montré leur forte intention de les ignorer. Il est donc nécessaire de les rendre plus efficaces pour contrecarrer cette situation. Il a été suggéré de les « fixer » tout spécialement dans la constitution d'une manière qui rendra leur modification très ardue et en y ajoutant des clauses contenant des privilèges spéciaux, tels que des conditions de mise en retraite avantageuses, certains privilèges diplomatiques et l'immunité limitée à l'égard de poursuites judiciaires criminelles afin d'encourager les « Grands Hommes d'Afrique » à renoncer au pouvoir volontairement. Les dispositions constitutionnelles qui encouragent des passations de pouvoir régulières et paisibles sont nécessaires si l'on veut que la démocratie et le constitutionnalisme aient une réelle attache sur le continent. Cet article montre que malgré quelques situations contraires, on dénote de nombreux signes encourageants qui laissent envisager un avenir fructueux pour les nouvelles vagues de réformes constitutionnelles en Afrique.⁶

2 Limitations du nombre de mandats présidentiels dans les constitutions africaines

Bien que dix-sept années se soient écoulées depuis que les limitations de mandats présidentiels sont devenues presque une norme dans les constitutions africaines modernes, certains pays persistent à esquiver ou tout simplement ignorer cette question. Un exemple typique de celui de l'Éthiopie, où le pouvoir exécutif est conféré par la Constitution au Premier ministre, alors que la fonction de président

⁶ La République du Bénin est un bon exemple. Après son indépendance en 1960, pas moins de 2 chefs d'état furent renversés par coup d'état mais depuis l'introduction d'une limite à deux mandats dans la Constitution des années 90, deux de ses récents leaders, Mathieu Kérékou et Nicéphane Soglo, se sont succédés au pouvoir après la défaite aux élections nationales. En 2001, Kérékou s'est retiré après avoir donné son accord sur le respect des limites à deux mandats dans la Constitution alors que Soglo décida de ne pas se présenter à nouveau pour un deuxième mandat en conformité avec la limite d'âge constitutionnel.

est réservée aux cérémonies. Cependant, bien que la Constitution limite la durée de la fonction présidentielle à deux mandats, aucune restriction similaire n'est imposée sur celle du premier ministre.⁷ Bien que la limite de mandat n'apparaisse pas dans le système parlementaire, elle est soumise à la manipulation ou à l'abus d'un premier ministre qui refuse de renoncer au pouvoir, particulièrement dans une Afrique dont la culture de constitutionnalisme reste à développer. Les constitutions du Cap Vert,⁸ d'Égypte,⁹ de la Guinée Équatoriale,¹⁰ de la Guinée Bissau,¹¹ du Lesotho,¹² de la Libye,¹³ de la Mauritanie,¹⁴ du Maroc,¹⁵ du Zimbabwe¹⁶ et même la constitution récemment adoptée du Swaziland, ne mentionnent pas la question de la limitation de mandats.¹⁷ À part ces déviants, les contraintes sur l'exercice de la fonction présidentielle prolongée se manifestent principalement par une limitation à deux mandats ou dans certains cas à trois mandats.

Les Constitutions africaines comportant une restriction du mandat présidentiel peuvent être divisées en deux groupes principaux. Le premier groupe se compose des constitutions qui limitent la durée de la fonction présidentielle à deux mandats. Celles-ci se différencient du point de vue de l'efficacité du langage dans lequel ceci est exprimé ainsi que la durée de chaque mandat. Dans la plupart des cas, la durée du mandat présidentiel est fixée à cinq ans.¹⁸ Certains pays l'ont fixé à quatre ans,¹⁹ six ans²⁰ ou plus de façon controversée, à sept ans.²¹

⁷ La Constitution d'Éthiopie du 21 août 1995.

⁸ La Constitution du Cap Vert dans la loi No. 1/IV/92 de septembre 1992.

⁹ Art 77 de la Constitution égyptienne du 22 mai 1980, après avoir déclaré que le mandat du président est de six années grégoriennes, il vient à préciser que le président de la République peut « être réélu pour d'autres mandats successifs » (emphase ajoutée).

¹⁰ Art 34 de la Constitution du 17 juillet 1996.

¹¹ La Constitution du 16 mai 1984.

¹² La Constitution du 2 avril 1993.

¹³ La Constitution du 11 décembre 1969.

¹⁴ L'article 28 de la Constitution du 12 juillet 1991, qui déclare tout simplement que le président de la République est éligible pour la réélection.

¹⁵ La Constitution du 7 Octobre 1996.

¹⁶ La Constitution de 1979.

¹⁷ Signée par le roi Mswati III le 26 juillet 2005. Entrée en vigueur le 8 février 2006.

¹⁸ Voir, par exemple l'article 74 de la Constitution algérienne de 1996; article 42 de la Constitution du Bénin du 11 décembre 1990; section 34(1) de la Constitution du Botswana de 1966 (modifiée en 1997); article 24 de la Constitution de la Guinée du 23 décembre 1990; section 2 de la Constitution du Kenya de 1969 (modifiée en 1997); article 30 de la Constitution du Mali du 25 février 1992; article 36 de la Constitution du Niger du 18 juillet 1999; article 75(1) de la Constitution de Sao Tome du 12 septembre 1990; et section 88(2) de la Constitution d'Afrique du sud de 1996.

¹⁹ Voir, par exemple l'article 66(1) de la Constitution du Ghana du 28 avril 1992 et la section 135(2) de la Constitution de 1999 du Nigeria.

²⁰ Voir, par exemple l'article 23 de la Constitution de la République centrafricaine du 14 janvier 1995 et l'article 23 de la Constitution de Djibouti de 1992.

²¹ Voir, par exemple l'article 7 de la Constitution du Burkina Faso du 11 juin 1991, article 6(2) de la Constitution du Cameroun de 1972 (modifiée en 1996), et l'article 57 de la Constitution de la République du Congo du 22 décembre 2001.

Le deuxième groupe est représenté par les pays qui prévoient une limitation à trois mandats. Par exemple, l'article 33 de la Constitution angolaise du 28 novembre 1990, après avoir déclaré que le mandat présidentiel est de cinq ans, précise que le Président sortant a droit à deux mandats de plus. L'article 45 de la Constitution de Madagascar du 18 septembre 1992 et l'article 52(1) et (de 2) de la Constitution seychelloise du 21 juin 1993, prévoient aussi un mandat présidentiel de cinq ans avec une limitation à trois mandats.

La seule différence significative entre ces deux groupes apparaît dans la Constitution du Mozambique du 2 novembre 1990. L'article 118(5) déclare que le président peut seulement être réélu à deux occasions consécutives mais l'article 118 (6) prévoit que le président qui a été élu à deux occasions consécutives peut se présenter de nouveau après une absence de cinq ans.

La possibilité de combiner deux mandats plus un troisième non consécutif fournit certainement ce qui s'assimile apparemment à un compromis raisonnable pour ceux qui estiment qu'imposer deux mandats dans toute une vie semblerait une solution trop extrême pour limiter ceux qui seraient incapables de résister à la tentation de perpétuer leur emprise sur le pouvoir. Cela étant dit, le mode d'application de ces limites de mandat déterminera en fait leur efficacité en tant qu'un des mécanismes modernes visant à limiter la haute propension à utiliser le régime personnel perpétuel et arbitraire qui a été en usage en Afrique durant des dizaines d'années.

3 Les limitations récentes de mandats présidentiels²²

Une évaluation complète de l'impact possible de la limitation du nombre de mandats présidentiels sur les constitutions africaines actuelles ne pourrait être effectuée intégralement que lorsque la première génération de dirigeants démocratiquement élus achèveront leur mandat constitutionnellement autorisé. Néanmoins, dans un grand nombre de pays, les détenteurs de la fonction présidentielle ont rempli leurs deux mandats et leurs expériences fournissent une indication raisonnable de ce qui arrivera probablement dans l'avenir. Il semble que de nombreux dirigeants

²² Voir aussi les études récentes de Posner & Young (n 2 ci-dessus), Bruce Baker, «*Outstaying one's welcome: The presidential third-term debate in Africa*» (2002) 8 *Contemporary Politics* 285; HK Prempeh «*Presidential Power in Comparative Perspective: The Puzzling Persistence of Imperial Presidency in Post-Authoritarian Africa*». http://www.works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=kwasi_prempeh (accédé le 21 décembre 2007) et S Perrot, «*Y a-t-il une vie après le pouvoir?*» (1996) <http://www.cean.sciencespo Bordeaux.fr/page%20perso/td51-52.htm> (accédé le 17 mai 2008).

politiques africains n'affectionnent pas particulièrement la limitation des mandats.²³ Ceci n'est pas surprenant car des études ont montré que même dans les pays développés comme les États-Unis, avec une expérience de limitation de mandats bien plus longue, une majorité de politiciens ainsi qu'un groupe d'intéressés qui dépendent des politiciens pour leur garantir un emploi, un parrainage et autres avantages s'y sont opposés.²⁴

La pratique africaine en ce qui concerne les limitations de mandats depuis 1990, indique qu'il est possible de diviser les différents pays en au moins quatre groupes. Le premier groupe se compose des pays où les présidents ont adhéré avec bonne volonté à la limitation du nombre de mandats. Le deuxième groupe se compose des pays où les présidents ont adhéré à la limitation du nombre de mandats seulement sous la pression du public et après que les tentatives d'ignorer ces limites aient avorté. Le troisième se compose des pays où les présidents ont réussi à passer outre les limites de mandat. Le groupe final se compose des pays où les présidents élus n'ont pas encore achevé leurs deux mandats. Nous nous concentrerons particulièrement sur certains dirigeants de cette catégorie, dont l'adhérence à la limitation est imprévisible.

Les évidences suggèrent que davantage de présidents africains semblent être disposés à prendre leur retraite volontairement. Comme nous l'avons montré plus tôt, plus de 180 présidents contrôlent le pouvoir dans différents pays africains depuis 1960, et moins de 20% se sont retirés volontairement. En fait, une enquête récente montre que ce chiffre est bien plus élevé. Selon cette enquête, sur les 204 présidents africains qui ont gouverné entre 1960 et 2004, plus de la moitié ont été renversés et seulement 25 d'entre eux ont pris volontairement leur retraite.²⁵ Ce qui est particulièrement significatif peut-être est le fait que parmi ceux qui ont pris la retraite, 17 d'entre eux l'ont pris entre 1990 et 2004 et huit d'entre eux, ou encore un tiers de tous ces départs volontaires de la fonction présidentielle ont eu lieu entre 2000 et 2004. Le premier fut Jerry Rawlings du Ghana, qui s'est saisi du pouvoir après un coup militaire en 1981 et a régné comme chef d'état militaire jusqu'à 1993 à la suite de quoi il a été élu président civil conformément à la Constitution de

²³ Bien qu'un bon nombre de dirigeants se soient retirés après avoir atteint la limite constitutionnelle autorisée de leur mandat, certains, comme Moi du Kenya, Mkapa de la Tanzanie et Rawlings du Ghana ont tenté d'entreprendre un troisième mandat mais y ont vite renoncé quand il est devenu évident que les forces de coalitions s'y opposaient vigoureusement.

²⁴ Basham (n 5 ci-dessus).

²⁵ NAI Newsletter 3 février 2006 « With focus on African rulers: more African rulers vacate their office alive » <http://www.nai.uu.se/press/newsletterpdf/0602.pdf> (accédé le 21 décembre 2007).

1992. Il se retira en 2001 après son deuxième mandat.²⁶ Un autre retrait après deux mandats est celui de Benjamin Mkapa de la Tanzanie qui fut le deuxième président au pouvoir de 1995 à 2005 à prendre sa retraite. En fait, la Tanzanie est un des rares pays africains à organiser régulièrement des élections présidentielles et parlementaires tous les cinq ans et ses présidents ont strictement respecté la limite de deux mandats depuis son introduction en 1985.²⁷ Tout récemment, Mathieu Kérékou, (qui comme Rawlings, est un ancien chef militaire devenu président civil conformément à une Constitution démocratique), s'est retiré après avoir servi deux mandats d'avril 1996 à avril 2006. Avant de se retirer, la question sur la possibilité de modifier la Constitution pour lui permettre de proroger son mandat lui a été posée. La réponse qu'il a donnée est intéressante. Selon lui, « si vous ne quittez pas le pouvoir, le pouvoir vous quittera ». ²⁸ Peut-être, afin d'éviter d'être remplacé de force ou de perdre le soutien du peuple et non le besoin de mettre sur le trône le constitutionnalisme, est ce qui l'a contraint à renoncer au pouvoir. Miguel Travoada de Sao Tome et Principe et Alpha Oumar Konte du Mali se sont aussi retirés après avoir servi deux mandats. En plus de ces dirigeants, il faut aussi prendre en compte au moins deux chefs d'État qui ont pris volontairement leur retraite à la fin de leur premier mandat présidentiel, Nelson Mandela en Afrique du Sud en 1999 et Joachim Chisinau au Mozambique en 2005. Cette tendance suggère que certains dirigeants africains sont maintenant disposés à se retirer de la scène politique avec honneur et de bon gré. Bien qu'il s'agisse d'un développement positif, cela reste l'exception. Il est aussi important de faire remarquer que certains de ces retraités volontaires ont dû s'opposer à la pression des milliardaires renégats opportunistes et ambitieux qui essayaient de les encourager à s'agripper au pouvoir à tout prix.²⁹

²⁶ En 1997, le parti de Jerry Rawling, le NDC, a envisagé de changer les limites de mandat dans la Constitution mais un barrage de la part de la société civile et les protestations des partis d'opposition les forcèrent à garder le silence et aucune démarche pratique ne fut même considérée pour changer ces limites.

²⁷ Après Julius Nyerere, Ali Hassan Mwinyi prit le pouvoir entre 1985 et 1995, il fut succédé par Benjamin Mkapa de 1995 à 2005. Jakaya Kikwete est au pouvoir depuis 2005.

²⁸ Il a de bonnes raisons d'être soupçonneux. Il a pris le pouvoir par un coup d'état militaire en 1972 et a déclaré le Bénin comme état marxiste-léniniste à parti unique. En 1990, après 18 ans au pouvoir, l'opposition le força à se retirer. En 1991, il essaya de nouveau de se faire élire lors d'élections libres, mais fut battu par Nicephore Soglo. Cependant il abandonna le socialisme et se présentât comme chrétien « né de nouveau et battu de peu Soglo aux élections de 1996. Voir « Le président du Bénin se retire » *afrol news* <http://www.afrol.com/articles/16820> (accédé le 17 mai 2008).

²⁹ Par exemple, en Tanzanie, les anciens présidents Nyerere, Mwinyi et Mkapa ont dû s'opposer à la pression qui voulait qu'ils restent au pouvoir. Voir J Warioba « Political Succession in East Africa » dans in CM Peter & F Kopsieker (eds), *Political Succession in East Africa. In Search for a Limited Leadership*, (2006), 5, 10-11.

La deuxième catégorie, composée des présidents devant prendre la retraite après que la pression les ait empêchés d'amender des dispositions constitutionnelles leur permettant de prolonger leur emprise sur le pouvoir, est particulièrement révélatrice des défis auxquels la démocratie, la règle de loi et le constitutionnalisme doivent faire face en Afrique. Frederick Chiluba de Zambie en 2001, Bakili Muluzi du Malawi une année plus tard et Olusegun Obasanjo du Nigeria en 2006 sont les trois exemples qui se détachent et illustrent le caractère particulièrement litigieux et extrêmement controversé de la question de la limitation du nombre de mandats présidentiels semant la discorde, la prise d'opinion et la potentielle déstabilisation. Tous les trois dirigeants ont accédé au pouvoir avec de grandes promesses, créant de nombreux espoirs et attentes mais ont finalement déçus leur peuple quant à la résolution de nombreux conflits. Ces trois chefs d'État semblaient suggérer que certains des « dirigeants démocratiques » de la soi-disant « troisième vague »³⁰ de la démocratisation perpétuent encore de nombreuses impulsions manipulatrices et exploiteuses des dictateurs des partis uniques de la période précédant les années 1990.

Frederick Chiluba, qui est d'habitude considéré comme une des figures de proue de la troisième vague de démocratisation en Afrique s'est lui-même décrit comme un vrai démocrate. En fait, lors du banquet d'adieu de Ketumile Masire, l'ancien président du Botswana, à Gaborone le 31 mars 1998, il a rendu des hommages excessifs à l'homme d'État sortant et a parlé avec un ton passionné de la nécessité pour les dirigeants africains de relayer la tradition de Masire en se passant le bâton de l'un à l'autre. Trois ans plus tard, il tournait le dos ouvertement à toutes les idées politiques qui l'avaient mené à une victoire convaincante et facile contre Kenneth Kaunda en 1991.³¹ Son obsession à conserver le pouvoir l'a mené initialement à invoquer les dispositions de l'Article 34(3)(a) de la Constitution zambienne de

³⁰ Samuel Huntington forgea l'expression dans *The third wave: Democratization in the late twentieth century* (1991), 15-16. Il définit « une vague de démocratisation » simplement comme « un groupe de transitions de régimes non démocratiques à des régimes démocratiques qui ont eu lieu dans le cadre d'une période de temps spécifique et qui dépassent largement les transitions dans l'autre sens durant cette période ». Il identifie deux précédentes vagues de démocratisation: une vague longue et lente de 1828 à 1926, et une deuxième vague de 1943 à 1962. La plupart considère que la « troisième vague » a commencé dans les années 1970, bien qu'elle n'ait atteint l'Afrique que tard dans les années 1980 et début 1990, dans ce que Larry Diamond et autres, tels Julius Ihonybere et Terisa Turner appellent « la deuxième libération » ou « la deuxième révolution ». (La présentation de L Diamond « Developing democracy in Africa: African and international perspectives » présentée lors de l'Atelier sur la démocratie en Afrique dans une perspective comparative, Université de Stanford (27 avril 2001) <http://democracy.stanford.edu/Seminar/DiamondAfrica.htm> (17 mai 2008). Voir aussi L Diamond « Is the third wave over? » (1996) 7 *Journal de la démocratie*, 20, et J. Ihonybere & Turner « Africa's second revolution in the 1990s » (1993) *Security Dialogue* 349-352.

³¹ Adoptée le 24 août 1991.

1991 pour exclure l'ancien président, Kenneth Kaunda des élections présidentielles de 1996 invoquant le fait qu'il n'était pas Zambien. Juste avant la fin de son deuxième mandat il entreprit de nouveaux changements de la Constitution pour lui permettre de remplir un troisième mandat, mais l'opposition opiniâtre à la fois de son propre parti (le Mouvement dirigeant pour la Démocratie multipartite)³² ainsi que les partis d'opposition et la société civile l'en ont empêché. Une année plus tard, au Malawi, Bailli Muluzi tenta la même démarche. Son accession à la présidence comportait beaucoup de similarités avec celle de Chiluba, car il avait remplacé « le président à vie », Dr Hastings Banda, qui avait régné pendant 30 ans. Vers la fin de son deuxième mandat, Muluzi essaya d'introduire un projet de loi, appelé le projet de loi sur le mandat ouvert dans le but de lever les restrictions sur le nombre de fois qu'un président peut participer aux élections présidentielles mais là aussi, il fut vaincu.³³ Les répercussions de la débâcle sur le troisième mandat résonnent encore au Malawi qui, aujourd'hui, se bat pour guérir des blessures causées par les divisions et l'instabilité politique qu'elles ont provoquées.³⁴ Dans les cas de la Zambie et du Malawi, les présidents et leurs partisans ont échoué malgré l'utilisation répandue d'intimidation, de chantage, de violence, de pots de vin et de corruption servant à neutraliser leurs adversaires. Le plus significatif peut-être dans les deux cas est le fait que la résistance ne venait pas seulement des partis d'opposition, mais aussi des rangs internes des partis dirigeants.

Peut-être la meilleure illustration du présent dilemme relatif à la limitation du nombre de mandats présidentiels et au tempérament imprévisible du groupe de dirigeants actuels est la débâcle récente au Nigeria, où les tactiques d'Obasanjo visant à modifier la constitution pour prolonger son règne ont échouées. L'expérience nigériane mérite une discussion détaillée. La tentative du gouvernement Obasanjo de prolonger son mandat au-delà de la limite constitutionnelle de deux mandats de quatre ans prévue par la Constitution n'est pas nouvelle dans l'histoire constitutionnelle du pays. Effectivement, trois tentatives similaires ont eu lieu lors des administrations précédentes. Toutes ont échoué. A chaque occasion, la tentative de prorogation du mandat a débouché sur la rupture soudaine des régimes en question: par coup d'état comme ce fut le cas avec le général Yakubu Gowon;

³² En fait, 15 membres seniors du Comité exécutif national du parti se sont ouvertement opposés à sa proposition d'amendement de la Constitution, et 59 membres du Parlement de son parti, dont plusieurs ministres de Cabinet et son propre vice président, ont signé une pétition dans laquelle ils s'engageaient à bloquer toute tentative d'un troisième mandat présidentiel.

³³ Il remporta presque la victoire car le projet de loi reçu les votes des deux tiers de la majorité nécessaire à l'amendement de la constitution.

³⁴ Certains rapports ont suggéré que Muluzi a fait part de son offre pour un troisième mandat non consécutif. Voir <http://www.topix.net/forum/world/africa/TNAAERS68DAEOGAKN>. (accédé le 21 décembre 2007).

par pression publique sur le général Ibrahim Babangida; et par la mort soudaine du général Sanni Abacha. Il était donc étonnant que le gouvernement d'Obasanjo ait essayé de nouveau de détourner le cours des événements. C'est encore plus surprenant quand on pense que la raison importante pour le renversement du régime du général Yakubu Gowon par le général Mohammed et le général Obasanjo était la rétractation de ce dernier sur sa promesse de remettre le pouvoir à un régime civil. Ce qui rend la situation doublement ironique est le fait que ce fut le président Obasanjo, à l'époque général dans l'Armée nigériane et chef d'Etat, qui a remis volontairement le pouvoir à Alhaji Shehu Shagari en 1979 dans l'accomplissement de son propre programme de transition.

La section 137(1)(b) de la Constitution nigériane de 1999 déclare qu'une personne ne pourra pas être désignée pour participer aux élections présidentielles si elle a été élue à une telle fonction lors de deux élections précédentes.³⁵ La seule condition permettant un tel cas de figure se trouve dans les sections 135 et 137(1)(b) qui autorisent la prorogation du mandat quand la nation est en guerre et le territoire nigérian physiquement impliqué. La première indication que le gouvernement envisageait de succéder à lui-même se manifesta lors d'une soi-disant conférence de réformes politiques qui se déroula dans la première moitié de 2005. Il faut se souvenir qu'après l'annulation des élections présidentielles par Babangida le 12 juin 1993, il y eut de fortes pressions sur l'établissement d'une conférence nationale souveraine et ces appels devinrent bien plus insistants quand le gouvernement Obasanjo prêta serment le 29 mai 1999. Le président Obasanjo cependant, avait écarté ces demandes sous prétexte que quelque soit les questions devant être résolues, ceci pourrait se faire dans le cadre démocratique de l'Assemblée nationale composée, telle quel, des représentants du peuple dans leur capacité de dépositaires de la souveraineté populaire. Ce fut donc à une nation surprise que dans son message de Nouvel an 2005, le président promit d'instituer un dialogue politique sous forme d'une conférence de réformes politiques dont la composition serait en grande partie dominée par les candidats gouvernementaux désignés. L'opposition jugea que le président avait des motifs ultérieurs lors de l'établissement de cette conférence. Durant la conférence l'ébauche d'une nouvelle constitution fut mise en circulation; elle recommandait *inter alia*, une durée de trois mandats pour le président. Bien que le gouvernement nie être à l'origine de ce document, il fut largement suspecté que le gouvernement ait fait circuler le document dans le but d'évaluer le climat politique. Finalement, le gouvernement lança la création d'un comité mixte de

³⁵ Voir aussi la section 182 de la Constitution, car elle traite de la disqualification des gouverneurs d'Etat.

l'Assemblée nationale sur la révision de la Constitution de 1999. Le comité avait pour tâche essentielle d'entreprendre la révision complète de la Constitution de 1999 avec pour objectif de la modifier pour illustrer ses besoins et préoccupations actuels.³⁶ Dans ses recommandations, le Comité préconisait entre autres, que la section 137 (1) (b) de la Constitution de 1999 devait être modifiée pour lever la limite sur les mandats. Le projet de loi sur la modification constitutionnelle fut présenté devant le Sénat le 11 avril 2006, qui la rejeta dans son ensemble le 16 mai 2006 après des discussions très intenses qui semèrent la discorde. Précédemment, dans la même journée, la Chambre des députés avait rejeté la clause qui cherchait à proroger le mandat présidentiel. La tentative d'Obasanjo de modifier la Constitution pour promouvoir un troisième mandat échoua, bien que son parti ait une majorité confortable à l'Assemblée nationale et que le président se donna beaucoup de mal, comme de dépenser de larges sommes de fonds publics pour corrompre certains parlementaires afin qu'ils soutiennent le projet de loi.³⁷

Un certain nombre de facteurs se combinèrent pour contrarier les ambitions d'Obasanjo dans son intention d'obtenir un troisième mandat. Tout d'abord, son vice-président, Atiku Abubakar,³⁸ qui avait sa propre ambition présidentielle, s'y était ouvertement opposé.³⁹ Il était épaulé par deux anciens chefs militaires, le général Buhari qui avait perdu les élections présidentielles de 2003 face au président Obasanjo et le général Ibrahim Babangida qui avait aussi joué un rôle important dans la sélection d'Obasanjo comme candidat présidentiel et sa victoire éventuelle en 1999 et ayant lui aussi ses propres aspirations présidentielles, qui eux aussi se sentaient menacés. Ces trois candidats à la présidence estimèrent qu'un troisième mandat mettrait fin à leur ambition présidentielle. Ils mobilisèrent donc leurs partisans au sein de l'Assemblée nationale pour contrecarrer la

³⁶ Pour une discussion détaillée sur les questions de la Constitution de 1999, voir NA Inegbedion & E Omoregie « Federalism in Nigeria - A Reappraisal » (2006) 4 *Journal de l'éducation en droit du Commonwealth* 69-83.

³⁷ Obasanjo est soupçonné d'avoir donné aux parlementaires nigériens des pots-de-vin de près de 50 millions de Nairas (approximativement US \$6,5 millions) (« Nigeria's elections: Big men, big fraud and big trouble » *Economist* 27 avril 2007 http://www.economist.com/world/displaystory.cfm?story_id=9070922 (accédé le 21 décembre 2007)).

³⁸ Le vice-président vient d'être inculpé par la Commission pour des crimes économiques et financiers (la EFCC) (la surveillance anti-corruption) et un comité administratif présidé par le procureur général de la Fédération est établi par le président afin de réviser le rapport de la EFCC sur les accusations de corruption et d'abus de pouvoir. Les partisans du vice-président sont d'avis qu'il n'est coupable d'aucun délit mais les allégations à son encontre faisaient partie d'une campagne de calomnies organisée par la présidence pour ternir sa réputation en raison de sa contribution envers le barrage du troisième mandat. Le vice-président a été déculpabilisé devant le tribunal fédéral.

³⁹ Voir les commentaires du vice-président sur la première page du journal *The Punch* vendredi 7 avril 2006 où il fit appel à une opposition organisée contre l'offre.

proposition. S'ajoutant au rôle joué par ces trois personnages originaires du Nord, se trouvait la compétition pour le pouvoir entre la partie Nord du pays et la partie Sud.⁴⁰ Un troisième mandat présidentiel représentait une menace importante pour la quête du pouvoir des régions nord et leurs habitants résolurent de s'y opposer. De plus, certains membres de l'Assemblée nationale craignaient que si le programme était accepté, la fragile équation géopolitique du pays serait violemment dénaturée, rendant pratiquement impossible pour certaines zones du pays de produire un président. Ce groupe refusa d'être influencé par les partisans du programme qui soutenaient le président en exercice avait besoin de plus de temps pour consolider son programme de réforme à renommée mondiale. Finalement, un facteur crucial qui contribua à l'échec de ce programme sur le troisième mandat, et par conséquent du processus entier d'amendement fut la large couverture médiatique accordée aux débats de l'Assemblée nationale à la télévision aux heures de grande écoute et dans les journaux quotidiens. La couverture médiatique rendit politiquement dangereux pour les membres de l'Assemblée nationale de s'exprimer en faveur d'un troisième mandat parce qu'ils savaient que l'électorat s'opposait à l'amendement proposé. En fait, il fut rapporté que dans certaines circonscriptions électorales, des groupes de militants avaient menacé de mort les membres de l'Assemblée nationale et de leurs familles et d'endommager leurs propriétés s'ils votaient en faveur de l'amendement.⁴¹

La proposition avortée sur le troisième mandat d'Obasanjo était, pour de nombreuses raisons particulièrement désastreuse. Premièrement, Obasanjo avait accédé au pouvoir en 1999 sur un raz-de-marée d'optimisme comme quoi il allait effectuer une rupture avec le passé et définir un nouvel itinéraire à suivre pour le pays. Deuxièmement, il avait réinstauré la démocratie dans le pays en 1979 et était donc considéré comme démocrate. Troisièmement, il était un chevalier anticorruption et avait passé un certain temps derrière les barreaux en raison de son opposition au régime militaire de feu général Sanni Abacha. Quatrièmement, Obasanjo, lors de son accès au pouvoir, s'était engagé dans la cause africaine. Il était parmi ceux qui étaient au premier rang des programmes du Nouveau Partenariat pour le Développement de l'Afrique (NEPAD), du *African Peer Review Mechanism (APRM)* et de l'Union africaine (AU) dont le but est de

⁴⁰ Depuis l'arrivée de la Constitution de 1999, il est devenu une sorte de convention pour le partage des postes politiques dans le pays d'être basé sur six zones géopolitiques artificiellement créées par les politiciens. Les zones sont le Nord-Ouest, le Nord-Est, le Centre-Nord, le Centre-Sud, le Sud-Est et le Sud - Ouest.

⁴¹ Voir *The Punch*, 7 avril 2006.

promouvoir la démocratie et la bonne gouvernance.⁴² L'idée d'un troisième mandat était donc en contradiction claire avec les programmes qu'il prétendait soutenir. Finalement, la position stratégique du Nigeria, en tant que pouvoir régional dicte qu'il devait jouer un rôle de premier plan, comme il l'a fait sur beaucoup de questions africaines. Seul un dirigeant démocratique crédible au Nigeria peut dissuader les autres dirigeants africains de pratiques non démocratiques et être pris au sérieux. Comme le célèbre romancier nigérian, Professeur Chinua Achebe dans son essai cinglant, « Le problème avec le Nigeria » opine,

le problème nigérian réside dans la réticence ou l'incapacité de ses dirigeants à se montrer à la hauteur de leurs responsabilités, au défi d'exemple personnel qui sont les marques de vrais dirigeants.⁴³

Ainsi, les plans de prolongation de mandat d'Obasanjo, Muluzi et Chiluba furent déjoués.

Cependant, il existe une troisième catégorie de pays dans lesquels les dirigeants ont réussi à amender leurs constitutions pour prolonger leur fonction présidentielle malgré la forte opposition de tous les segments de la société. Le premier exemple est celui de Sam Nujoma en Namibie. En novembre 1998, le parti de Nujoma, l'Organisation des Peuples du Sud-Ouest Africain (la SWAPO), a modifié l'article 29 (3) de la Constitution namibienne de 1990, qui imposait une limite de deux mandats, pour permettre à Sam Nujoma, le premier président du pays, de remplir un mandat supplémentaire.⁴⁴ L'argument principal utilisé par la SWAPO pour justifier cet amendement était que la règle de deux mandats devait s'appliquer seulement aux présidents directement élus, ce qui ne fut pas le cas pour Nujoma en 1990. Néanmoins, il fut démontré qu'il s'agissait bien d'un arrangement spécialement conçu pour accorder un troisième mandat à Nujoma.⁴⁵ À l'expiration du troisième mandat, il se retira de la fonction de président mais resta encore à la tête du parti auquel il renonça finalement le 29 novembre 2007.⁴⁶ Étant donné la domination de la SWAPO, rien n'empêche ce précédent de se renouveler dans l'avenir et une raison bien spécifique d'être concoctée pour permettre au

⁴² Voir CM Fombad, « The African Union, democracy and good governance » dans H Melber (ed) « AU, NEPAD and the APRM. Democratisation efforts explored » 32 *Current African Issues* (2006) 9-39.

⁴³ Cité par Calderisi, « Africa: Better off without us? » <http://www.newstatesman.com/200606260016> (accédé le 17 mai 2008).

⁴⁴ Voir Le premier amendement de la Constitution namibienne de 1998 (Loi 34 de 1998).

⁴⁵ Pour souligner le désir personnel de Nujoma de conserver le pouvoir, il a suggéré qu'il était prêt à se présenter à une troisième mandat, mais l'ancien président, âgé de 73 ans renonça au pouvoir à la fin de son troisième mandat après 15 ans comme chef d'État le 21 mars 2005.

⁴⁶ Voir Sam Nujoma <http://en.wikipedia.org/wiki/SamNujoma> (accédé le 21 décembre 2007).

président de remplir un troisième mandat. Il est possible que l'amendement constitutionnel n'ait pas versé trop d'acrimonie et de résistance dû aux circonstances particulières du pays comme nouvelle nation émergeant des ténèbres d'un système inhumain d'apartheid et du statut de Nujoma comme son père fondateur.

Le Tchad fournit un deuxième exemple d'un pays qui a choisi d'ignorer la limitation de mandats. Le 26 mai 2006, le Parlement tchadien, dominé par le parti dirigeant, le Mouvement Patriotique de Salvation (MPS), a approuvé un amendement à la Constitution de 1996, qui substituait la limitation à deux mandats à un mandat ouvert permettant au président Idriss Deby de se présenter un nombre illimité de fois comme candidat présidentiel. Ceci en dépit du fait que durant sa campagne présidentielle de 2001, il avait promis de se retirer à la fin de son deuxième mandat.⁴⁷ A l'époque, il avait déclaré:

Je m'engage publiquement: je ne serai pas candidat aux élections présidentielles de 2006. Je ne modifierai pas la Constitution... Ce qui me reste à faire dans mon dernier mandat, est de préparer le Tchad à un nouveau gouvernement.⁴⁸

L'opposition assiégée, avec seulement 45 sièges en comparaison aux 155 du parti dirigeant, était incapable de bloquer l'amendement. Bien qu'ils aient quitté le Parlement en signe de protestation et lancé un appel à la grève et voté « non » au prochain référendum, ils n'ont pas changé la situation. Au cours des deux élections présidentielles multipartites précédentes que Deby avait gagnées, tous les observateurs internationaux avaient déclaré que les élections étaient souillées par des irrégularités et des fraudes sérieuses. Les résultats du référendum furent publiés le 7 juillet 2004 et reflétaient une victoire claire pour le président avec 65.75% en faveur de l'amendement constitutionnel contre 34.25%. Le résultat positif du référendum était exactement ce dont Deby Idriss avait besoin pour participer aux élections présidentielles de 2006, et obtenir ainsi un troisième mandat.⁴⁹

Le Cameroun a suivi seulement récemment l'exemple tchadien quand le 10 avril 2008, l'Assemblée nationale, dominée par les dirigeants du Rassemblement Démocratique du Peuple Camerounais (RDPC) a ratifié massivement le projet de loi sur la modification de la loi 96/08 pour changer la Constitution et permettre au président de

⁴⁷ Voir « Le Parlement approuve le troisième mandat du président du Tchad » <http://www.afrol.com/articles/12772> (accédé le 21 décembre 2007).

⁴⁸ Voir *Le Monde* 9 juillet 2006 cité dans « le référendum constitutionnel du Tchad » http://en.wikipedia.org/wiki/chadian_constitutional_referandum%2c_2005 (accédé le 21 décembre 2007).

⁴⁹ Voir le référendum constitutionnel tchadien (n 48 ci-dessus).

se présenter maintes fois à des réélections. Le vote a eu lieu en dépit du fait que l'opposition, c'est à dire les représentants du Front Social Démocratique, comme dans le cas tchadien, aient quitté l'Assemblée en signe de protestation et seulement un mois après que les protestations antigouvernementales contre les changements constitutionnels proposés aient été violemment réprimées avec de lourdes pertes humaines.⁵⁰ Bien avant l'amendement constitutionnel, certains signes montraient que Paul Biya, le président camerounais avait l'intention de prolonger son mandat. Il avait auparavant consenti à une limite de deux mandats dans l'article 6(2) de la Constitution camerounaise amendée de 1996 seulement après avoir élevé la durée du mandat présidentiel de cinq à sept ans et s'être assuré que les pouvoirs de l'exécutif aient été considérablement augmentés tandis que ceux de la législature et du judiciaire furent réduits. Ce qui rend la situation camerounaise très unique n'est pas seulement le fait que Biya soit au pouvoir depuis 26 ans, avec encore quatre ans de son présent mandat devant lui, mais qu'il ait ignoré la pression locale et internationale de laisser la constitution intacte. Il s'est probablement dépêché de changer la constitution parce qu'il a remarqué que toute l'attention internationale est concentrée sur le Zimbabwe où Robert Mugabe qui visiblement a perdu les élections présidentielles, s'oppose à une forte pression internationale pour concéder la défaite et se retirer avec grâce.

Peut-être l'exemple le plus décevant de prolongation de mandat par le biais de l'amendement constitutionnel est celui de Yoweri Museveni d'Ouganda. Bien que promoteur du « système de démocratie sans parti » voué à l'échec, le président Museveni était jusqu'à récemment, un favori de l'Ouest et des institutions financières telles que le Fonds monétaire international (FMI) et la Banque Mondiale. Récemment décrit par un diplomate comme « une histoire de réussite africaine tournant au vinaigre »,⁵¹ Museveni semble confirmer les craintes générales portant sur les qualités, le caractère et le tempérament imprévisible de beaucoup de dirigeants africains. Initialement un réformateur populaire, charismatique et sincère, capable de mettre fin aux carnages et à la violence qui avaient détruit l'Ouganda pendant des décennies, il a été capable de transformer le pays et de retourner la situation, en gagnant les louanges et l'admiration pour ses accomplissements dans le domaine économique et de contrôler la propagation du virus VIH/SIDA. Peu de temps après sa prise de pouvoir en 1986, Museveni avait même déclaré qu'« aucun

⁵⁰ Voir la Constitution du Cameroun http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_of_Cameroon (accédé le 17 mai 2008).

⁵¹ Voir le discours de l'Ambassadeur Johnnie Carson, « Uganda - An African success story turning sour ». <http://209.85.129.104/search?q=cache:FbldFZGnk9oJ:www.wilsoncenter.org/topics/docs> (accédé le 21 décembre 2007).

chef d'Etat africain ne devrait être au pouvoir pour plus de 10 ans ». ⁵² Dans son livre, « Quel est le problème de l'Afrique ? », il avait soutenu correctement que plus longtemps le président resterait en fonction, plus il serait difficile de le remercier d'une manière ⁵³ qui soit démocratique. C'est à la fois ironique et tragique qu'en 2005, Museveni au pouvoir depuis 19 ans, était prêt à risquer la paix, la prospérité et la stabilité politique qu'il avait si difficilement établies en Ouganda et contrarier une majorité de la population ainsi que ses partisans de l'Ouest en amendement la Constitution ougandaise pour lui permettre de se présenter à un sixième mandat présidentiel consécutif. Les divisions profondes et l'amertume provoquée par les mesures extrêmes qu'il prit pour imposer la modification au Parlement contre la résistance même des membres de son parti dirigeant, le Mouvement de Résistance Nationale (NRM) ⁵⁴ ont été accentuées par la manière extrêmement controversée dont il a gagné par la suite les réélections en février 2006. Ce fut seulement sous la pression considérable de l'Ouest qu'il consentit à libérer son adversaire principal, Dr Besigye, de prison en attente de procès pour trahison et viol. Ce qui rend la situation ougandaise particulièrement menaçante est que depuis l'indépendance, il n'y a jamais eu de transfert paisible de pouvoir d'un dirigeant à un autre. Les coups militaires et les guerres civiles ont été la norme. Museveni aurait pu briser ce cycle vicieux mais en tant que dictateur africain post-1990, il ne pouvait résister à la tentation de changer la Constitution pour pouvoir prolonger son mandat.

Finalement, il y a un groupe d'états africains gouvernés par des démocrates « *born again* » (nés de nouveau) dont l'engagement à la démocratie et au constitutionnalisme est largement douteux. Ceux-ci se composent de monuments du « *standpartism* », comme René Lemarchand les décrit, ⁵⁵ tels qu'Omar Bongo du Gabon, Theodoro Obiang Nguema de la Guinée Équatoriale, Blaise Campaoré du Burkina Faso, Robert Mugabe du Zimbabwe, ⁵⁶ Lansana Conté de la Guinée et

⁵² Voir G. Ayittey, « The African equation » <http://freeafrica.org/wars.3html> (accédé le 21 décembre 2007).

⁵³ Oloka-Onyango, « Lettre ouverte au président Museveni » mardi 1 aout 2006 <http://www.openlettertom7.blogspot.com/> (accédé le 17 mai 2008).

⁵⁴ Certains rapports ont circulé comme quoi environ 200 membres du Parlement ont reçu chacun l'équivalent de 3000 US \$ pour les persuader de voter en faveur du projet de loi sur l'amendement de la Constitution. Voir « Our common interest » Rapport de la commission pour l'Afrique http://www.commissionforafrica.org/english/report/reactions/16-03-05_rr_john_patrick_mbabazi.pdf (accédé le 17 mai 2008).

⁵⁵ « African transitions to democracy: An interim (and mostly pessimistic) assessment » (1992) 22 *African Insight* 178-185.

⁵⁶ En décembre 2006, le parti dirigeant le Zanu-PF donna son accord pour retarder les prochaines élections présidentielles sous prétexte qu'elles coïncidaient avec les élections parlementaires et effectivement prolongeaient le mandat de Robert

de Hosni Mubarak de l'Égypte. Certains d'entre eux ont adopté à contrecœur certains symbolismes de la démocratie et du constitutionnalisme moderne, telle qu'une limitation de mandats présidentiels mais il reste douteux s'ils se retireront pacifiquement de la scène politique sans essayer de passer outre cette restriction. Leurs actions passées ne suscitent pas beaucoup d'optimisme.

4 Pourquoi la limitation des mandats

L'absence de limitation de mandats et d'un mécanisme constitutionnel transparent définissant la succession des gouvernements a non seulement permis aux dirigeants de rester en fonction trop longtemps, mais aussi de se détacher complètement des questions essentielles et de gouverner d'une manière qui était peu réceptive aux besoins et aux aspirations du peuple, encourageant le manque de responsabilité du gouvernement nécessitant dans beaucoup de cas leur enlèvement énergique du pouvoir par le biais de coup d'États. Beaucoup de ces dirigeants se sont enfermés dans un certain mythe, voire une illusion de leur propre valeur, aveuglés par le sentiment d'être indispensable et irremplaçable, sentiment qui ne faisait que croître tout au long de leur règne. Par exemple, les partisans de la modification des clauses de limitation de mandats en Ouganda ont décrit Museveni comme un dirigeant exceptionnel qui avait apporté la paix, la stabilité et le développement à son pays et qui avait besoin de plus de temps pour accomplir son programme.⁵⁷ Au Nigeria, Obasanjo s'était persuadé qu'il était le grand sauveur de la nation et que lui seul pouvait sauver le Nigeria de la catastrophe et donc avait besoin de plus de temps pour accomplir sa mission messianique.⁵⁸ Le premier ministre namibien, Hage Geingob, n'eut aucun scrupule lors de son adresse au Parlement en 1998 à déclarer

Mugabe de deux ans. Les élections présidentielles et parlementaires eurent lieu le 29 mars 2008. Les résultats montrèrent que le Mouvement pour le Changement Démocratique avait remporté les élections parlementaires avec une majorité écrasante mais Mugabe refusa de se considérer battu et contesta le résultat des élections, obligeant donc les comités électoraux de recompter les bulletins de vote. Les nouveaux résultats montrèrent une nouvelle fois que l'opposition avait gagné mais sans une majorité évidente. Un second tour fut fixé pour le 27 juin 2008. Entretemps, il y avait des rapports accusant le parti dirigeant, le Zanu-PF d'avoir recouru à la torture, la détention illégale de membres de l'opposition, des menaces d'assassinat, d'intimidation de l'électorat, tout cela pour assurer que le second tour sera en faveur de Mugabe. Voir http://www.newstin.com/us/ELECTIONS_IN_ZIMBABWE (accédé le 17 mai 2008); <http://hrw.org/doc/?t=africa&c=zimbab> (accédé le 17 May 2008) et <http://hrw.org/doc/?t=africa&c=zimbab> (accédé le 17 May 2008).

⁵⁷ http://www.radiorho.org/html_material/archiv/text/own/PART%20OF%20THE%20CRC%20DRAFT%20REPORT%20on%20Presidential%20Limits.pdf (accédé le 21 décembre 2007).

⁵⁸ J Ibrahim, «Legislation and the electoral process: The third term agenda and the future of Nigerian democracy », http://www.cdd.org.uk/pdf/NigeriaCrossroads_jun06meeting.pdf (accédé le 17 mai 2008).

que « la Namibie n'a aucune alternative à Nujoma ». ⁵⁹ Des sentiments similaires furent exprimés depuis l'indépendance dans les années soixante par presque tous les dirigeants africains et pourtant aucun pays ne s'est effondré parce qu'un « dirigeant indispensable et irremplaçable avait quitté la scène », avec évidemment, les cas exceptionnels de personnes comme Mobutu et Idi Amin, dont la mauvaise administration avait mené inévitablement à une telle débâcle. La démocratie exige que le pouvoir soit partagé et qu'aucun chef, quelque soit sa compétence et son efficacité, ne devrait se considérer comme indispensable. Le juge Joseph Sinde Warioba, avançant le fait que l'Afrique n'est pas à court de dirigeants capables et compétents, donne l'illustration éclatante suivante:

En Tanzanie en 1985 les gens n'ont pas voulu laisser partir Mwalimu Nyerere parce qu'ils pensaient qu'ils n'auraient pas un autre dirigeant de son calibre. Il prit quand même sa retraite et le président Mwinyi le remplaça. Dix ans plus tard, (sic) en 1995 certaines personnes voulaient que Mwinyi continue car il était un bon dirigeant. Même maintenant certaines personnes veulent que le président Mkapa continue pour les mêmes raisons. *Ceci montre bien que le pays n'est pas à court de bons dirigeants.* ⁶⁰

La rotation dans une haute fonction est un principe démocratique fondamental, devant encore être adoptée par un continent où, dans une ère supposée démocratique, la perpétuité au pouvoir et la réticence de la plupart des présidents de se défaire de leur pouvoir, même après avoir perdu les élections, reste encore la norme. ⁶¹

Le cliché selon lequel le pouvoir en général corrompt mais ce sont la possibilité et la peur de le perdre qui corrompent absolument, est particulièrement vrai en Afrique. ⁶² L'histoire récente montre une culture de corruption politique profonde, envahissante et endémique encouragée par des dirigeants probablement protégés par leur conviction que personne ne pourrait les en tenir responsables. La seule façon de briser les modèles de clientélisme et néo-patrimonialisme profondément enracinés qui ont dominé la politique africaine depuis l'indépendance et menacent aujourd'hui encore de

⁵⁹ V Williams, « Namibia: Namibia: Situation report » <http://www.unhcr.org/publ/RSDCOI/3ae6a6cb8.pdf> (accédé le 21 décembre 2007).

⁶⁰ Warioba (n 29 ci-dessus) 10-11 (emphase ajoutée).

⁶¹ Un bon exemple est celui de Robert Mugabe. Après avoir perdu les élections parlementaires du 29 mars, Mugabe et ses agents ont recouru à toutes sortes de tactiques pour garantir que son parti gagna le second tour contre le M.D.C. Voir la note 57 au-dessus. Similairement, une vague d'assassinats et d'émeutes se sont répandus au Kenya après que président Mwai Kibaki ait été déclaré vainqueur des élections de décembre 2007 alors que certains ont pensé qu'elles étaient sérieusement corrompues et gagnées par son opposant principal, Raila Odinga. Voir <http://www.nytimes.com/2008/01/world/africa/01kenya.html> (accédé le 14 mai 2008).

⁶² P Cook *Liberty of expression* (1990) 134.

saper l'avancée hésitante et fragile vers le constitutionnalisme et la démocratie est d'assurer un changement régulier de dirigeants aux périodes indiquées et que les anciens leaders assument leurs responsabilités. Bref, les limites de mandat fournissent une envergure bien plus vaste au renouvellement du pouvoir, à la véritable compétition politique et à la responsabilité.

Les limitations de mandats réduisent les barrières permettant d'accéder à la politique, facilitent le processus de développement d'une culture de compétition politique et améliorent les perspectives de développement politique et de consolidation démocratique. Une plus large compétition dans l'arène politique améliorera aussi les possibilités d'un éventail de choix bien plus satisfaisant. Par contraste, l'absence de mécanismes clairement énoncés prévoyant une succession de pouvoir pacifique et ordonnée entraînera des sentiments de frustration parmi ceux qui aspirent à occuper des postes de chefs d'État par le biais de moyens légitimes et pourraient les pousser à recourir à violentes méthodes pour d'accomplir leurs desseins comme ce fut fréquemment le cas dans les années pré-1990. Par exemple, quand Obasanjo accepta finalement que son offre d'amender la Constitution nigériane et d'assurer un troisième mandat soit rejetée, ceci ouvrit l'espace politique, jusqu'à présent clos, car certains concurrents au sein de son parti, aptes à revendiquer la fonction de dirigeant, n'avaient pas voulu l'offenser en annonçant leur candidature. Le trait le plus important fut cependant que la tension ethnique créée dans le pays en raison de la tentative de passer outre la limite du mandat constitutionnel se trouve considérablement réduites.⁶³

A l'heure actuelle, les limitations de mandats ne débouchent pas nécessairement sur un changement gouvernemental. La réalité présente consiste en ce que les partis dominants sont si profondément ancrés que la succession résulte d'habitude à un changement seul de président au sein du parti dirigeant, tandis que ce parti continue à jouir des avantages de l'exercice de la fonction. Quand ceci est combiné avec la tendance générale parmi les partis dirigeants d'encourager la fragmentation parmi les partis d'opposition et les coûts élevés des campagnes électorales, il en résulte une compétition politique très limitée. Les limites de mandat cependant fournissent

⁶³ Le Nigeria est un pays multiethnique avec au moins 250 groupes ethniques. Les tribus Hausa/Fulani, Yoruba et Ibo sont les plus importantes et se sont toujours disputées le pouvoir politique à l'exclusion des autres groupes minoritaires. La compétition pour le pouvoir était toujours une source de tension politique dans le pays, qui à plusieurs occasions a menacé l'existence des entreprises dans le pays avec une guerre civile de 1967 à 1970. Cette fois-ci, les mêmes forces ont estimé que si le président Obasanjo, un Yorubaman, était autorisé à remplir un troisième mandat, il empêcherait bien sur les groupes ethniques de tenter leur chance à la présidence durant leur vie ou pire mènerait le pays à une autre guerre civile.

une plate-forme importante sur laquelle un environnement politique réellement compétitif pourrait, avec le temps, être établi.

De pauvres exemples de gouvernance ont été la raison de nombreuses crises gouvernementales et d'apathie croissante dans le processus de transition démocratique en Afrique. Les limites de mandat fournissent un cadre qui non seulement empêchent une rétention excessive du pouvoir politique mais aussi le développement d'un culte de la personnalité autour de la personne du dirigeant. Une des conséquences certainement les plus importantes est que ceci garantira que la durabilité d'un gouvernement constitutionnel et de la démocratie dans le pays devrait entre autres, dépendre de la force et de la solidité du cadre constitutionnel régulant les pouvoirs et les devoirs du président plutôt que l'occurrence accidentelle d'élire d'un président qui soit qualifié et charismatique tel que Nelson Mandela ou même la bonne volonté et disposition bienveillante d'un tel dirigeant. Deux mandats devraient permettre aux dirigeants de démontrer leurs qualités de leader exceptionnel et d'accomplir leurs programmes ainsi que d'offrir à autrui l'opportunité d'afficher leurs propres qualités de leadership.

De nombreuses dispositions relativement libérales dans la plupart des constitutions d'indépendance africaines ont vite été abrogées ou compromises dû à l'impossibilité de limiter la capacité de certains dirigeants opportunistes de manipuler les constitutions. Bien que les changements constitutionnels après 1990 aient tenté de limiter la capacité de gouvernements opportunistes à manipuler certaines dispositions constitutionnelles pour leur propre avantage, cela n'a pas réussi à dissuader les politiciens africains de chercher à amender les dispositions portant sur les limitations de mandats. De cette manière ou du moins dans cette tentative, beaucoup ont entravé les constitutions et ont limité ainsi l'envergure de la consolidation du constitutionnalisme.

5 Limitation du nombre de mandat présidentiel et constitutionalisme moderne

Une constitution, selon la théorie constitutionnaliste générale et moderne, traite fondamentalement de la limite du pouvoir gouvernemental mise en vigueur pour parer aux maux créés par l'arbitraire et l'anarchie. Malgré l'importance de la limitation de mandats, la question de savoir si elles devraient être incluses dans la constitution et de surcroît si elles remplissent les conditions nécessaires pour être un des éléments de base du constitution-

alisme⁶⁴ moderne reste une affaire controversée. Comme nous l'avons remarqué ci-dessus, les politiciens qui tirent avantage du gouvernement n'aiment pas les limitations de mandats. Bien qu'occasionnellement de nombreux arguments aient été avancés contre ces limitations et leur impact potentiel sur l'établissement constitutionnel et démocratique et la consolidation, les arguments en leur faveur sont considérables.

Certains partisans du mandat ouvert ne manquent pas de souligner que l'Afrique s'est largement inspirée d'importants systèmes constitutionnels occidentaux et que la plupart d'entre eux, avec l'exception notable des États-Unis, ne comportent pas de limitation de mandats.⁶⁵ Selon ce courant de pensée, les limitations de mandats sont donc une imposition et une vitrine pour des normes à double tranchant pour l'ouest et les donateurs étrangers.⁶⁶ Cet argument est peu satisfaisant pour plusieurs raisons. Premièrement, les limitations de mandats ont de très fortes racines historiques qui remontent jusqu'à la démocratie athénienne au cinquième siècle B.C. et qui sont bien ancrées dans les modèles libéraux classiques de gouvernement démocratique limité.⁶⁷ Deuxièmement, dans la plupart de ces démocraties occidentales, il existe une forte culture de responsabilité et de tolérance politique qui promeut le partage du pouvoir et garantit que les dirigeants s'attardant dans leurs fonctions sont plutôt l'exception que la règle. Par exemple, au cours des années 90, la pression au sein du parti conservateur en place a forcé le premier ministre Margaret Thatcher, qui était restée au pouvoir trop longtemps, donnant de plus en plus souvent l'impression d'être détachée et hautaine, à démissionner. Plus récemment, la pression des membres du parti travailliste dirigeant a forcé le premier ministre, qui appréciait Margaret Thatcher, perçu comme ayant été au pouvoir depuis trop longtemps et de n'être plus en contact étroit avec les partisans et l'électorat en général, à se retirer en 2007. Par contraste, aux États-Unis, les limitations formelles de mandats ont seulement été introduites après que Président Franklin D. Roosevelt ait été considéré comme ayant enfreint une règle orale lorsqu'il se

⁶⁴ Pour une discussion sur la signification et les éléments de base du constitutionnalisme, voir CM Fombad « Challenges to constitutionalism and constitutional rights in Africa and the enabling role of political parties: Lessons and perspectives from Southern Africa » (2007) 55 *Journal américain du droit comparatif* 1-46.

⁶⁵ Pour de différentes vues sur les débats, voir HA Bailey, « Presidential tenure and the two-term tradition » (1972) 2 *Publius* 95-106 et KA Boeckelman « Term limitations, responsiveness, and the public interest » (1993) 26 *Polity* 189-205.

⁶⁶ B Ntuane, « Democratic forces must safeguard presidential term limits » (<http://www.mmegi.bw/2006/May/Monday22/236196386145.html> (accédé le 17 mai 2008)) et « Term limits for heads of state », <http://www.iss.co.za/pubs/Other/ahsi/HammerstadMono/Chap7.pdf> (accédé le 17 mai 2008).

⁶⁷ A H M Jones, *Athenian democracy* (1986), 105.

présenta à un troisième et quatrième mandat.⁶⁸ Donc, bien qu'il ait été élu président quatre fois et était généralement considéré comme compétent et populaire, les Américains virent le danger pour leurs futurs présidents de se transformer en monarques élus et ont donc amendé la Constitution pour imposer une limite à deux mandats conformément à l'amendement XXII. Il apparaît clairement dans les pays occidentaux, même dans le cas où les restrictions de mandat ne sont pas explicitement ou implicitement stipulées, qu'il existe des processus profondément ancrés en pratique visant à la succession régulière et sans conflit de gouvernement. Ceci ressort bien plus clairement dans le système américain, peut-être en raison de la domination du pouvoir exécutif qui combine les fonctions de chef d'Etat et de chef de gouvernement. Bien que le système parlementaire, tel qu'il est pratiqué en Grande-Bretagne diffère du système présidentiel américain, chacun ayant sa propre culture politique, il est douteux que les modes de vérifications établies dans le système parlementaire feront une différence en Afrique à moins que des dispositions explicites sur les limitations de mandats n'apparaissent dans la constitution. De ce point de vue, il peut être soutenu que les restrictions mandataires sont particulièrement nécessaires en Afrique, non seulement en raison de nos fragiles racines constitutionnelles et démocratiques sans culture, histoire ou tradition de politique compétitive, mais aussi à cause des pouvoirs étendus que nos présidents s'accordent ou s'arrogent généralement vis-à-vis du pouvoir judiciaire et du pouvoir législatif, leur permettant de manipuler ces faibles institutions et conserver le pouvoir à perpétuité.

Certains partisans du mandat ouvert soutiennent que l'imposition de limites de terme est non démocratique. À cet égard, ils sont corrects techniquement quand ils affirment que « nous avons déjà des limites de mandat – on les appelle les élections ».⁶⁹ Les élections donnent certainement l'occasion aux citoyens d'exprimer leur volonté sur qui devrait gouverner et pour combien de temps. Ces arguments soutiennent de surcroît qu'il est injuste d'imposer des limitations de mandats aux présidents alors qu'il n'existe aucune limite semblable dans toute autre fonction politique. Ces arguments, malgré leur attirance superficielle, restent très faibles et ne reflètent pas les

⁶⁸ Les limites de mandat limitant la durée de la fonction législative faisaient partie du premier document gouvernemental américain, les lois de la Confédération. Elles ont été omises de la Constitution après que certains membres se sont battus en 1784 pour le droit de garder leurs sièges indéfiniment. Cependant, les limites imposées par soi-même ont été soutenues par Washington, Jefferson et Lincoln, dans le cadre d'une tradition qui veut que les politiciens se retirent après deux ou trois mandats. Voir de surcroît « La fin du mandat » <http://www.adamsmith.org/80ideas/idea/61/htm> (accédé le 18 mai 2008).

⁶⁹ P Basham « Assessing the term limits experiment. California and beyond, » Cato Policy Analysis No. 413 <http://www.cato.org/pubs/pas/pa-413es.html> (accédé le 17 mai 2008).

réalités pratiques d'aujourd'hui. Les élections peuvent bien apparaître comme un moyen plus démocratique de limiter l'accès et l'utilisation du pouvoir, mais, comme Andréas Schedler l'a correctement observé, la plupart des élections en Afrique, même dans cette ère de démocratie multipartite, ont fourni simplement « rien de plus qu'une scène théâtrale pour leur propre représentation et reproduction du pouvoir ». ⁷⁰ Les présidents ont recouru à de nombreuses tactiques pour anticiper et réduire à néant toutes menaces potentielles dérivant des élections populaires. Certains dirigeants ont utilisé habilement la domination de leur parti politique au Parlement pour édicter des lois électorales qui les avantagent et les autorisent à exclure leurs adversaires de la compétition électorale. Par exemple, de nouvelles clauses de nationalité ont été insidieusement introduites dans les constitutions par les présidents en Côte d'Ivoire et en Zambie pour exclure les concurrents présentant un sérieux danger à la course présidentielle. Peu de présidents qui ont conservé le pouvoir l'ont fait par le biais d'élections libres et justes et seulement dix ont été évincés. En fait, en raison de régulières fraudes électorales, sur les dix des nombreuses élections qui ont eu lieu entre 1989 et 2000, seul un président a été évincé. ⁷¹ Depuis ce qui est maintenant considéré comme les élections fondatrices de la troisième vague de démocratisation sur le continent, de 1989 à 1995, les possibilités d'évincement d'un président sont de plus en plus minces. Bref, les avantages liés à une charge, qui existent dans toutes les démocraties, ont été particulièrement exploités par les dirigeants africains pour le contrôle et la monopolisation des médias publics, l'utilisation des ressources gouvernementales, les dépenses du Trésor public et la réalisation et la mise en vigueur de loi. Certains ont même créé un environnement leur permettant d'émerger victorieux des scrutins tout en établissant des entraves juridiques et politiques sur l'opposition, rendant tout impact positif appréciable aux sondages un mirage. Avec l'espoir réduit de voir des élections libres et équitables, il est illusoire de compter sur elles comme moyen de limitation des mandats des leaders politiques africains. Les limitations de mandats encouragent quelque peu les candidats ayant le plus de chance de gagner de se présenter aux élections et de cette manière promouvoir l'inclusion politique et le partage du pouvoir. Cela teinte la participation politique d'une atmosphère agréable et empêche le pouvoir politique d'être centré autour des dynasties semi royales avec « les riches » transmettant leurs privilèges à leurs enfants.

⁷⁰ « The menu of manipulation » (2002) 13 *Journal de la démocratie* 47.

⁷¹ N van de Walle « Africa's range of regimes » (2002) 13 *Journal de la démocratie* 70-71.

6 Leçons et perspectives futures

Bien que les présidents africains aujourd'hui se démettent volontairement de leur fonction bien plus souvent qu'auparavant, les manœuvres de dirigeants tels que Museveni d'Ouganda et Obasanjo du Nigeria montrent que les limitations de mandats n'ont ni diminué le désir perpétuel des dirigeants africains de monopoliser le pouvoir, ni minimiser la tentation de se succéder à soi-même. Les offres de prolongation de mandats de certains dirigeants africains posent d'énormes défis au développement du principe de limitation à deux mandats en tant qu'aspect du constitutionnalisme africain. Que doit-on faire alors pour renforcer ces limitations de mandats ? De la discussion précédente, on en a déduit qu'une disposition constitutionnelle limitant le mandat d'un président ne mettra un frein à la tentation d'un chef d'Etat de prolonger l'exercice de sa fonction. Néanmoins, un certain nombre de facteurs importants semblent apporter une solution à une mise en vigueur efficace et à l'établissement des limitations de mandats dans la loi fondamentale des états africains.

Tout d'abord, il y a l'évolution d'une culture de constitutionnalisme. En 1982, Robert Jackson et Carl Rosberg en sont arrivés à la conclusion qu'ils entrevoyaient peu de signes comme quoi les formes de gouvernement personnel souvent désastreuses céderaient bientôt la place à des systèmes de gouvernement d'état en Afrique davantage institutionnalisés. Ils ont remarqué de manière pertinente qu'

On devrait davantage recommander à l'étudiant curieux des politiques africaines de lire Machiavelli ou Hobbes plutôt que la « constitution », les plans officiels ou les programmes des partis de la plupart des gouvernements africains, si son intention est de comprendre leurs caractéristiques et dynamiques centrales.⁷²

C'est une conclusion avec laquelle Goran Hyden dans son livre de 2006, *African Politics in Comparative Perspective* (la Politique africaine dans la perspective comparative), est d'accord quand il écrit que « la notion que les normes et les principes constitutionnels responsabilisent les dirigeants politiques reste pour beaucoup encore douteuse ».⁷³ Daniel Posner et Daniel Young ont certainement raison, quand après avoir fait allusion à ces auteurs, ils concluent que « l'évidence récente suggère que le paradigme du régime personnel qui a été utilisé pour comprendre la politique africaine depuis les trente ans passés a besoin d'être repensé ».⁷⁴

⁷² R Jackson & C Rosberg *Personal Rule in Black Africa* (1982) 266.

⁷³ G Hyden *African Politics in Comparative Perspective* (2006)111.

⁷⁴ Posner & Young (n 2 ci-dessus) 36-137.

Un des développements les plus significatifs survenu avec les changements constitutionnels des dix dernières années est le fait que la passation du pouvoir politique aujourd'hui en Afrique s'effectue non pas par des moyens violents ou dans l'indifférence éhontée de la constitution, mais conformément aux dispositions de la constitution. Contrairement au passé où la loi fondamentale était négligemment exclue ou rejetée de manière arbitraire, aujourd'hui la plupart des dirigeants africains désirant prolonger leur mandat, s'efforcent de se conformer à la constitution. La tendance à respecter la constitution et les règles constitutionnelles s'affirme et est fortement soutenue par la communauté internationale en général et le programme de l'Union africaine en particulier sur la démocratie et la bonne gouvernance, qui depuis toujours a désapprouvé les changements inconstitutionnels de gouvernement.⁷⁵ C'est un pas important vers la réalisation de dispositions efficaces de limites de mandat.

Le deuxième facteur est l'existence d'une société civile vive et éclairée. Ceci est bien illustré par les circonstances selon lesquelles les programmes sur le troisième mandat en Zambie, au Malawi et au Nigeria ont échoué. Le rejet du programme dans ces pays était en grande partie dû à la forte résistance de la société civile, qui réussit à mobiliser la population pour rejeter les offres de prolongation de mandat. Cela démontre un fort engagement envers l'éthique démocratique, la bonne gouvernance et le respect pour la règle de loi. Ce qui était particulièrement impressionnant était le fait que tous les partis politiques, y compris les membres des partis dirigeants dans ces pays, étaient capables de mettre leurs différences politiques de côté et présenter une opposition unie malgré la campagne bien orchestrée de pot-de-vin, d'intimidation, de chantage et de violence, organisée par les présidents. La leçon devant être tirée de cette expérience est qu'il est possible pour une communauté déterminée à s'unir, se mobiliser, définir, formuler et protéger ses intérêts et de vaincre les tentatives de passer outre les limitations de mandats.

Le troisième facteur est la création de certains privilèges ou indemnités ou encore l'immunité contre des poursuites judiciaires de nature purement politique. Il est indispensable d'introduire dans les limitations de mandats, des mesures et des avantages qui apaiseront les inquiétudes quelquefois légitimes des présidents et les encourageront à se retirer calmement de la scène politique. Depuis l'indépendance, on a constaté que les anciens dirigeants, qu'ils aient été intègres ou perniciose, sans tenir compte des indemnités constitutionnelles et autres accords, ont été soumis à la marginalisation, au dénigrement, à l'humiliation, à la persécution

⁷⁵ Fombad (n 42 ci-dessus).

voire l'emprisonnement et la condamnation à mort.⁷⁶ Les dispositions des limites de mandat devraient donc garantir aux anciens dirigeants un niveau minimum de protection de leur personne ainsi que des avantages et des privilèges convenant à leur statut et leur rôle d'ancien président. Une de ces mesures est la protection contre de possibles persécutions politiques futures, venant non pas nécessairement d'un successeur d'un parti d'opposition, mais d'une personne venant du même parti. L'immunité criminelle, particulièrement concernant des délits moralement répréhensibles (*mala in se*)⁷⁷ n'est certainement pas acceptable, mais l'immunité sur des actions civiles, administratives ou exécutives jointe à certains avantages et privilèges serait certainement souhaitable. Bien que certains délits ne soient pas nécessairement moralement répréhensibles mais interdits par l'État (*mala prohibita*),⁷⁸ et un motif pour destituer le président en exercice, il est suggéré ici que de tels présidents devraient bénéficier de l'immunité judiciaire dans le cas de telles offenses. Ainsi, si l'on s'en tient à cette distinction, des dictateurs cruels et corrompus, comme Chiluba,⁷⁹ doivent rendre compte de leurs actions, alors que des dictateurs bénins, naïfs et malavisés, comme Kaunda, devraient bénéficier de l'immunité judiciaire,⁸⁰ au moins en ce qui concerne les délits qui ne sont pas moralement répréhensifs ou s'opposant aux normes de droits internationaux et fondamentaux de l'homme. Effectivement la Constitution namibienne confère l'immunité autorisée au président après qu'il ait démissionné de ses fonctions. L'article 31(3) énonce que,

⁷⁶ Voir « Institutionalization of democracy in Africa - Issues paper » GCA/PF/2/10/1999.

⁷⁷ Ceux-ci sont des crimes qui sont par nature immoraux tels que l'homicide illégal, l'incendie volontaire ou le viol et qui sont donc interdits par la loi. Les crimes définis conformément au Statut de Rome du Tribunal correctionnel international tels que le génocide, le crime contre l'humanité feront aussi partie de cette catégorie.

⁷⁸ Ces crimes de couverture ou délits sont appelés ainsi parce qu'ils sont aussi interdits par la loi bien que l'acte lui-même puisse ne pas être nécessairement immoral comme par exemple, les infractions au Code de la route.

⁷⁹ En fait, le 4 mai 2007, un tribunal britannique a déclaré Chiluba coupable d'avoir détourné 46\$ millions des fonds gouvernementaux et lui a ordonné de rembourser la somme entière. Le juge a fait remarquer que bien que l'ancien président avait gagné officiellement un salaire s'élevant au total à 105 000\$ au cours de ses 10 ans à la tête de l'Etat, il avait réussi à payer la somme de 1,2 \$millions à un magasin de tailleur exclusif à Genève, tout l'argent détourné des États-Unis. En réponse, Chiluba a décrit le jugement comme touchant au racisme et a déclaré qu'il était la victime d'une chasse aux sorcières organisée par Mwanawasa pour détourner de l'argent, dont une partie lui a été donnée sous forme de « cadeaux et de dons ». Il vaut la peine de noter que le gouvernement zambien a décidé de poursuivre le cas dans un tribunal britannique plutôt que sur son propre territoire car une grande partie des fonds détournés a été blanchie à Londres. Voir de surcroît: « Le tribunal britannique déclare l'ancien président zambien coupable de détourner 46 \$millions ».

⁸⁰ Tel qu'il l'est prévu dans l'article 43(3) de la Constitution zambienne adoptée le 24 aout 1991.

Une fois que le président ait démissionné de ses fonctions:

... (b) un tribunal civil ou criminel ne sera autorisé à entamer des poursuites à son encontre, concernant des actes de commission ou d'omission allégués perpétrés en tant que président, si le Parlement lors d'une résolution a destitué le président selon les motifs spécifiés par la Constitution et si une résolution a été adoptée par le Parlement décidant que toutes poursuites sont justifiées dans l'intérêt du public nonobstant tout dommage que de telles poursuites pourraient causer à la dignité du président.

Ainsi, le président qui a achevé son mandat, conformément à la Constitution namibienne bénéficie de l'immunité absolue judiciaire, sauf dans le cas où il a été destitué par le Parlement avant la conclusion de sa tenure. Même dans ce cas-là, le Parlement doit de nouveau adopter une résolution si c'est dans l'intérêt public de poursuivre l'ancien président. Conformément à la Constitution nigériane, l'immunité dont jouit le président contre toutes poursuites judiciaires se cantonne à la période durant laquelle il exerce ses fonctions.⁸¹ Les poursuites contre toutes offenses commises par lui durant son mandat ne peuvent être entamées qu'immédiatement après sa démission.⁸² Une protection similaire à celle de l'article 31(3) de la Constitution namibienne se trouve dans l'article 43(3) de la Constitution zambienne adoptée le 24 août 1991. Conformément à l'article 132(1) de la Constitution mozambicaine, le président bénéficie de l'immunité absolue civile et criminelle en ce qui concerne les actions prises lors de l'accomplissement de ses fonctions. Bien que la Constitution du Mozambique ne mentionne pas la mesure de sa responsabilité après que l'expiration de son mandat, la portée de l'article 132(1) est assez vaste pour lui accorder l'immunité absolue envers toutes poursuites judiciaires criminelles une fois qu'il ait démissionné de ses fonctions. À la différence des constitutions namubiennes et zambiennes, qui contiennent des clauses sur les poursuites contre le président, la protection constitutionnelle au Mozambique contre les poursuites judiciaires criminelles est absolue. Cette sorte de protection peut encourager un président africain réticent à prendre sa retraite, sachant qu'il ne sera pas pris dans l'enchevêtrement des persécutions politiques de son successeur. Finalement, la décision de poursuivre ou pas, comme c'est le cas en Namibie et Zambie, doit être prise par le Parlement, en tenant compte de l'intérêt public et du besoin d'éviter toute sorte de persécution politique. Bien qu'il existe des difficultés d'ordre pratique avec la mise en œuvre de cette disposition, par exemple, le Parlement pourrait être compromis, voici une suggestion digne d'être

⁸¹ Sec 308 de la Constitution de la République Fédérale du Nigeria de 1999.

⁸² Pour la portée de l'immunité législative selon la Constitution nigériane, voir *Alamieyeseigha v Teiwa* [2001] 33 WRN 144 (C.A.); *IMB v Tinubu* [2001] 45 WRN 1 (S.C.); et *Turaki v. Dalhatu* [2003]38 WRN 54 (C.A.).

prise au sérieux, car elle pourrait être la panacée contre la prolongation du mandat présidentiel. Les détails de cette suggestion devront être clarifiés.

En plus de l'immunité constitutionnelle pour certaines poursuites criminelles, les avantages et les privilèges pour les présidents devraient inclure de généreux forfaits de retraite qui leur garantissent un niveau de vie raisonnable.⁸³ Le fait que les forfaits alléchants et les promesses d'immunité n'ont pas persuadé certains comme Robert Mugabe du Zimbabwe de prendre sa retraite, ne signifie pas que de telles mesures seront toujours des avantages insuffisants.⁸⁴ Il a été aussi suggéré que les présidents puissent être amicalement persuadés de quitter leurs fonctions s'il a été prévu de leur octroyer des postes prestigieux bien rémunérés⁸⁵ au niveau régional ou international ou encore une récompense pour leurs

⁸³ Par exemple, au Botswana, la loi sur les présidents (retraites et avantages de la retraite) de 1998 prévoit que le président retraité a droit, entre autres, à une pension non taxable équivalente au salaire de base mensuel attaché à la fonction au moment de la retraite, ou 80 % du salaire présidentiel, peu importe laquelle est la plus élevée. Si le retraité recevait un salaire, toute retraite ou avantages serait temporairement suspendu. Il bénéficierait aussi des services de deux chauffeurs, un secrétaire privé, un secrétaire et un employé de bureau et un nombre non spécifié de gardes du corps. Un bureau entièrement équipé, une maison meublée dans Gaborone ou une allocation logement, deux domestiques et un jardinier lui seraient fournis. Une assurance médicale est prévue ainsi que les voyages par train ou par avion en première classe pour un maximum de quatre voyages internationaux par an pour lui et son épouse. Il a aussi droit à trois véhicules, des frais de divertissement et les frais de téléphone, d'eau et d'électricité sont pris en charge. C'est en tout cas un forfait retraite très généreux qui assurera le confort et le bien-être de tout retraité normal, même s'il s'agit de l'ancien président, pour le reste de ses jours. D'autres pays contenant des dispositions protégeant les anciens dirigeants sont la République Centrafricaine, la Tanzanie, Madagascar, le Mozambique et l'Afrique du Sud. Au Nigeria, la loi sur la rémunération des anciens présidents et chefs d'Etat (et autres affaires annexes) cap. R6 les lois de la Fédération du Nigeria 2004 prévoit que l'on doit verser à l'ancien président la somme de N350,00000 mensuellement comme allocation d'entretien. Il a aussi droit à deux membres du personnel, un maximum de quatre agents de police armés, un officier du service secret, trois chauffeurs - conduisant des véhicules qui doivent être remplacés toutes les quatre ans, un passeport diplomatique à vie, des services médicaux libres tant au Nigeria qu'à l'étranger (si nécessaire) pour lui et sa famille immédiate, trente jours de vacances annuelles dans et à l'extérieur du Nigeria, l'utilisation d'un logement de bureau entièrement meublé et équipé dans le lieu de son choix, l'utilisation d'une maison meublée de cinq chambres à coucher dans le lieu de son choix et une ligne téléphonique directe. Les membres de sa famille recevront aussi N1,000,000.00 par an. Cette somme sera utilisée pour l'entretien de l'épouse et l'éducation des enfants jusqu'au niveau universitaire.

⁸⁴ L'avantage supplémentaire de l'établir dans la Constitution est que cela empêchera un président d'utiliser une telle pension et autres immunités, comme l'ancien président Daniel Arap Moi du Kenya l'a fait, comme condition avant de se retirer.

⁸⁵ Cette suggestion a été faite par l'éminent universitaire africain, Professeur Ali Mazrui (R Southall « Presidential transitions and political accountability » dans *News from the Nordic African Institute* No. 1/2006 <http://www.nai.uu.se/newsfromnai/southalleng.html> (accédé le 21 décembre 2007). Southall a fait remarqué que l'idée avait été acceptée par l'Union africaine, qui de plus en plus

qualités de leader.⁸⁶ Aux États-Unis, ce fut seulement à partir de 1958 que les anciens présidents ont commencé à bénéficier d'une retraite généreuse. Avant cette date, les anciens présidents ne recevaient aucune assistance fédérale. En 1955, en raison des restrictions financières de l'ancien président Harry Truman, le congrès américain a proposé un projet de loi pour accorder une retraite aux anciens présidents. Le projet de loi fut adopté en 1958 sous le nom « Loi des anciens présidents » et depuis a été amendé pour pouvoir augmenter les retraites présidentielles et les allocations du personnel du cabinet de l'ancien président.⁸⁷ A l'heure actuelle, un ancien président des États-Unis a droit à une retraite de 186.600\$ par an. S'il s'agit d'un président qui a été destitué de ses fonctions par le biais d'une mise en accusation, alors cette loi ne s'applique pas. L'ancien président a aussi droit à un forfait de transitions pour couvrir ses frais pendant une période de sept mois calculé un mois avant l'inauguration du 20 janvier pour faciliter sa transition à la vie civile. À l'expiration de six mois calculés à partir du jour où il quitte ses fonctions, il aura droit à un poste et à un entourage personnel. L'ancien président a droit aussi à des frais de voyage incluant deux membres maximum de son équipe pour tout ce qui est de voyage officiel et frais rattachés. Les frais médicaux pour lui, son épouse, sa veuve et ses enfants mineurs, la protection des services secrets à vie et les bibliothèques

souvent désigne d'anciens présidents comme médiateurs pour résoudre les conflits entre les membres de certains pays ou au sein de certains pays. Cela dépendra certainement du passé et de la réputation de l'ancien chef en question. Il est difficile d'envisager comment certains dirigeants comme Robert Mugabe, Paul Biya et Omar Bongo, pourraient, une fois à la retraite et avec quelle crédibilité, être utilisés comme médiateurs ou gardiens de la démocratie sur le continent.

⁸⁶ En fait, le milliardaire soudanais, M. Mo Ibrahim, a établi le Prix Mo Ibrahim décerné par *Achievement in African Leadership Foundation* chaque année à un président ou à un premier ministre retraité qui a bien servi son pays. Sans précédent dans son échelle et sa portée, Le prix Mo Ibrahim s'élève à US\$5 millions sur 10 ans plus US\$200000 annuel pour le reste de sa vie. La somme supplémentaire de US\$200000 par an pour avoir encouragé des bonnes causes peut être accordée par la Fondation pendant les dix premières années. Un barème Ibrahim sur la bonne gouvernance, développé par Professeur Robert Rotberg de l'université d'Harvard École gouvernementale Kennedy, sera utilisé pour rassembler des données sur les progrès économiques et sociaux de chaque pays sur le continent. La Fondation est présidée par l'ancien Secrétaire général de l'ONU, Kofi Annan et ses membres du conseil d'administration incluent Salim Ahmed Salim, l'ancien Secrétaire général de l'OAU et ancien Premier ministre de la Tanzanie et Ngozi Okonjo-Iweala, ancien Ministre des Finances et Ministre des Affaires étrangères du Nigeria. Il est important cependant de noter que ce mouvement n'est pas sans critique, car certains estiment que le prix est déplacé parce qu'il contribue à la fortune de personnes qui ont déjà accumulé assez de richesse dans le cadre de leur fonction. Voir Kipkoeh Kumugor « Mo Ibrahim's prize for African achievers » à <http://www.timesnews.co.ke/22april07/insight/ins5.html> (accédé le 21 décembre 2007) et M Ramphela « Africa: Continent will reap reward of leadership » <http://allafrica.com/stories/200704050143.html> (accédé le 21 décembre 2007). Voir aussi <http://www.moibrahimfoundation.org/> (accédé le 17 mai 2008).

⁸⁷ S Smith « Former presidents: Federal pension and retirement benefit » <http://www.senate.gov/reference/resources/pdf/98-249.pdf> (accédé le 15 décembre 2007).

présidentielles établies au nom de l'ancien président et dirigées par les Archives Nationales et l'Administration des Archives font partie des autres avantages dont il bénéficiera.⁸⁸ Ces bénéfices tels qu'ils sont prévus au Botswana, au Nigeria et aux Etats-Unis peuvent largement encourager les dirigeants à prendre leur retraite.

Finalement, les dispositions portant sur les limitations de mandats ont besoin d'être imposées de manière à rendre leur amendement extrêmement difficile. Les difficultés liées au contrôle des changements constitutionnels fréquents et arbitraires qui étaient si répandu avant les années 1990 semblent avoir été la priorité récente des réformateurs constitutionnels. La plupart des constitutions émettent maintenant certaines restrictions sur leur amendement. Un certain nombre d'entre elles exigent que tout amendement à la constitution soit approuvé par le Parlement par une majorité spéciale de deux tiers ou de trois quarts.⁸⁹ Dans certaines constitutions, les amendements ne doivent pas seulement obtenir l'approbation d'une majorité parlementaire spéciale, mais doivent aussi être soumis à un référendum.⁹⁰ A l'égard des amendements constitutionnels, la Constitution ghanéenne distingue de ce qu'elle désigne les dispositions « établies » et les dispositions « non établies ». Celles-ci sont répertoriées dans l'article 290(1) et comprennent les dispositions traitant d'affaires considérées graves et qui, dans d'autres constitutions sont répertoriées dans soi-disant les dispositions « non modifiables ».⁹¹ Les dispositions établies au Ghana répertorient des affaires telles que les droits et les libertés fondamentaux de l'homme, certains aspects des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire et les clauses traitant de l'amendement de la Constitution elle-même. La procédure mise en place pour traiter de ces dispositions établies est assez lourde, rigide et complexe.⁹² C'est en opposition avec la procédure prévue pour modifier les dispositions non établies, qui,

⁸⁸ Comme ci-dessus.

⁸⁹ Voir par exemple, l'art 158 de la Constitution angolaise; l'art 135 de la Constitution du Niger; et l'art 116 de la Constitution du Gabon, qui de surcroît, exige que les propositions soient présentées au Conseil Constitutionnel pour une opinion, bien que l'objectif n'en soit pas très clair. Par exemple, une opinion défavorable signifiera-t-elle que l'on ne devrait pas permettre au Parlement de discuter de la proposition ou qu'elle ne devrait pas être soumise à un référendum ? L'art 116 de la Constitution du Gabon et l'art 135 de la Constitution du Niger exigent qu'en cas d'échec d'une telle majorité, l'amendement proposé soit soumis à un référendum.

⁹⁰ Voir, par exemple, la sec 89 de la Constitution du Botswana; l'art 178 de la Constitution de la République du Congo; et l'art 118 de la Constitution du Mali. Conformément à l'art 99 de la Constitution de la Mauritanie, le président peut éviter le dérangement d'un référendum en s'assurant qu'il obtienne les trois cinquièmes des votes du Parlement réunis au Congrès.

⁹¹ Voir, par exemple, l'art 178(4), (5) et (de 6) de la Constitution de la République du Congo; l'art 117 de la Constitution du Gabon; l'art 118, la stipulation 3 et 4 de la Constitution du Mali; l'article 99(3) de la Constitution de la Mauritanie et l'article 136 de la Constitution du Niger.

⁹² Art 290(2) de la Constitution du Ghana.

bien que rigide, reste cependant assez rigoureuses. Néanmoins, la rigidité générale du processus est telle qu'il est improbable que toute modification envisagée à la Constitution ghanéenne puisse se faire à la légère, sans notification, concertations compliquées et la participation pleine et active du peuple. En s'inspirant de la Constitution ghanéenne, il est souhaitable que les dispositions constitutionnelles traitant des limitations de mandats doivent être établies de manière à rendre leur amendement extrêmement difficile. Si les limitations de mandats ne sont pas spécifiquement établies dans les constitutions africaines pour garantir une succession de pouvoir, les chefs africains continueront à organiser des élections qu'ils continueront à gagner et à utiliser la démocratie et tout ce qu'elle symbolise comme un mirage particulièrement accommodant.

7 Conclusion

Dans l'analyse finale, les dispositions limitant le nombre de mandats qu'un président peut remplir doivent maintenant être considérées comme élément crucial dans les tentatives africaines d'institutionnaliser la vraie démocratie libérale, la bonne gouvernance et la règle de droit. Elles pourraient aussi être considérées comme les éléments de base du constitutionnalisme moderne. À cet égard, elles peuvent jouer un rôle important, celui d'un rempart possible contre les signes alarmants d'effondrement démocratique émergeant à l'horizon. C'est particulièrement le cas en ce qui concerne la nouvelle tendance qui se manifeste parmi les partis dominants, dont beaucoup se comportent de façon très similaire aux régimes à parti unique antérieurs aux années 90. Les prolongations de mandat non seulement menacent les bourgeons de la démocratie et du constitutionnalisme, mais souvent incitent les présidents à des actions extrêmes comme l'assassinat d'adversaires politiques et les détournements de fonds publics afin de financer leur base de partisans. Les expériences des dix dernières années ont montré que les limitations de mandats à elles seules, ne freineront pas la propension regrettable des leaders africains à se maintenir au pouvoir. Néanmoins, elles en sont clairement le point de départ. L'attitude des Zambiens, des Malawiens et assez récemment, des Nigériens montrent que l'avenir dépend autant à la nature que de la portée des stipulations des limites de mandat ainsi que de la volonté et la capacité de la communauté de prendre charge de leur destin et de s'opposer à la manipulation de la constitution par des postulants autolâtres à des fins égoïstes.

Peut-être la leçon principale à être tirée des limitations de mandats est qu'aucun chef d'État, aussi intègre ou exceptionnel qu'il soit, n'est ni indispensable ni irremplaçable. Deux mandats sont suffisants pour qu'un leader exceptionnel laisse son empreinte

indélébile sans semer les graines de la dictature. Cette période est assez longue pour permettre à un leader de laisser sa marque et assez courte pour que le peuple tolère un dirigeant déplorable.⁹³ Ainsi, la limite de trois mandats non consécutifs du Mozambique, malgré son attraction superficielle, est basée probablement sur la mésinterprétation que nous manquons de bons dirigeants. À cet égard, les limites de mandat non seulement ouvrent l'espace politique à une concurrence libre et loyale, mais encouragent aussi la responsabilité et la transparence, d'une manière qui renforcera et approfondira le constitutionnalisme et la démocratie en Afrique. À moins que ces dispositions ne soient soigneusement élaborées et établies dans les constitutions africaines et rigoureusement mises en vigueur comme outil d'articulation d'une culture politique de confiance, de tolérance et de modération, les revers actuels de la troisième vague de démocratisation s'accroîtront plutôt que de s'estomper. Quand on considère le programme du nouveau tour des révisions constitutionnelles sur le continent, la révision et le rajeunissement des dispositions des limitations de mandats doivent se faire en harmonie avec d'autres réformes urgentes comme de parer à la tendance générale vers la centralisation excessive des pouvoirs entre les mains des présidents «impériaux» d'Afrique qui, comme d'habitude leur facilite la manipulation des autres acteurs politiques et la perpétuation de leurs fonctions.⁹⁴ Ces réformes sont nécessaires pour empêcher les dictatures sanguinaires banalisées dans les années 60 et 70 de se reproduire.

⁹³ Warioba (n 29 ci-dessus) 10.

⁹⁴ Pour une discussion détaillée de la pratique inquiétante de ce qui a été décrit comme « la présidence impériale », « la suprématie présidentielle », « l'impérialisme présidentiel », « la présidence hégémonique », « la monarchie présidentielle, » et « la dominance présidentielle » dans la plupart des constitutions africaines post 1990, voir H.K Prempeh (n 22 ci-dessus).

2

EST-CE BIENTÔT LA FIN DE LA DOCTRINE DE LA QUESTION POLITIQUE AU NIGERIA?

*Enyinna Nwauche**

1 Introduction

La doctrine de la question politique qui a été en vigueur au Nigeria depuis bien longtemps semble maintenant exposée à de nombreux problèmes à la suite de la décision de la Cour Suprême dans l'affaire *Inakoju v Adeleke*¹ (*Inakoju*). Une décision ultérieure de cette cour dans l'affaire *Ugwu v Ararume*² (*Ararume*) semble avoir renforcé une nouvelle fois le doute sur la doctrine. En 1983 dans l'affaire *Onuoha v Okafor*³ (*Onuoha*) la Cour Suprême a appliqué deux principes permettant de déterminer la nature politique de certaines questions en se référant aux principes développés par la Cour Suprême américaine.⁴ Dans ce cas particulier, elle a interprété les dispositions de la laonstitution de 1979 de la République Fédérale du Nigeria⁵ modelée d'après la Constitution américaine. Dans l'affaire *Balarabe Musa v Auta Hamzat Hamzt*⁶ (*Balarabe Musa*) la Cour d'Appel a admis que la mise en accusation du gouverneur de l'État de Kaduna conformément à l'article 170 de la Constitution de 1979 est une question de nature politique et que, de surcroît, une disposition constitutionnelle rejetant le contrôle juridictionnel des cas de mise en accusation se rattachait au tribunal. Par conséquent, les tribunaux ne se livreraient à aucun contrôle juridictionnel.

Pendant la deuxième République (1979-1983), la restriction du pouvoir de contrôle des tribunaux s'est manifestée dans trois secteurs

* Professeur associé en droit, Département de Business Law, université de sciences et de technologie de l'état de Cross River, PMB 5080, Nkpolu Port Harcourt Rivers State, Nigeria; et directeur, Centre pour les études de droit africain, Plot 73 Andoni Road Eagle Island, P.O Box 7663, Port Harcourt Rivers State Nigeria.

¹ *Inakoju v Adeleke* (2007) All FWLR (Pt. 353) 3.

² *Ugwu v Ararume* (2007) 12 NWLR (Pt. 1048) 367.

³ *Onuoha v Okafor* (*Onuoha*) (1983) NSCC 494.

⁴ La Cour s'est basée sur *Baker v Carr* 369 US 186 (1962).

⁵ Ci-après la Constitution de 1979

⁶ *Balarabe Musa v Auta Hamzat* (1982) 3 NCLR 229.

d'activités constitutionnelles⁷ à savoir: les procédures de mise en cause,⁸ les élections primaires des partis politiques⁹ et les affaires internes du pouvoir législatif.¹⁰ Bien que la prise du pouvoir par l'armée en 1984 ait influencé sur le développement de la doctrine de la question politique, les conséquences politiques de la mise en cause ont été bien comprises,¹¹ surtout par la classe politique nigérienne et le pouvoir judiciaire. La discussion tout au long de cet article montrera que qu'après le deuxième république du régime militaire de 1984 à 1992 et une expérience de troisième république de courte durée de 1990 à 1992 la question de la doctrine politique était loin d'être réglée. A l'heure actuelle, environ deux décennies après son adoption, cette doctrine semble avoir été abandonnée par les tribunaux nigériens. Il serait injuste de conclure que la position de la Cour Suprême nigérienne basée sur le sentiment issu des États Unis à la suite de l'affaire *Bush v Gore*,¹² ait rendu cette doctrine inutile.¹³ Au contraire, l'abandon de la question politique au Nigéria est liée à la direction de la revue judiciaire et spécifiquement, comme le ténor d'*Inakoju* le suggère, la nécessité d'examiner la nature de l'incursion judiciaire dans des affaires des autres branches du gouvernement.

Dans la seconde partie de cet article, nous examinerons l'application de la doctrine de la question politique au Nigeria. Dans la troisième partie, nous étudierons en détail sa disparition. Dans la quatrième partie, nous situerons la doctrine dans le contexte de certains aspects pertinents de l'interprétation constitutionnelle de la Cour Suprême nigérienne. Les remarques conclusives trouveront leur place dans la cinquième partie.

⁷ Généralement C Okpaluba « Justiciability, constitutional adjudication and the « political question doctrine in the Commonwealth: Commonwealth: l'Australie, le Canada, le Nigeria et le Royaume-Uni » (2003) 18 *Loi publique sud-africaine* 149.

⁸ L' affaire *Balarabe Musa* (n 6 ci-dessus).

⁹ L' affaire *Onuoha* (n 3 ci-dessus).

¹⁰ *Alegbe v Oloyo* (1983) NSCC 315.

¹¹ Par exemple, les commentaires universitaires sur les procédures de mise en cause qui ont mené à *Balarabe Musa* s'inquiétaient de l'approche de la Court d'Appel. Voir M Nduaguibe « Impeachment and the ouster of judicial review » (1986) 1 *Calabar Law Review* 5; M Ikhariale « Impeachment proceedings and the political question doctrine: The Nigerian experience » (1990) 1 *LASU Law Journal* 45; BA Susu « Impeachment provisions in the 1979 Constitution and indirect judicial review » (1984) *Nigerian Current Law Review* 98.

¹² *Bush v Gore* 531 US 98 (2000).

¹³ Par exemple les commentaires universitaires américains à cet égard: E Chereminsky « *Bush v Gore* was not justiciable » (2001) 76 *Notre Dame Law Review* 1093; M Tushnet « Law and prudence in the law of justiciability: The transformation and disappearance of the political question doctrine » (2002) 80 *North Carolina Law Review* 1203; R Barkow « More supreme than court: The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy » (2002) 102 *Columbia Law Review* 237.

2 La doctrine de la question politique au Nigeria

Dans l'affaire *Onuoha*, la Cour Suprême a défini la doctrine de la question politique au Nigeria. Elle est faite de deux principes. L'un est « [l]e manque de critères satisfaisants (sic) pour la détermination judiciaire pour déterminer si une question est d'ordre politique ». ¹⁴ L'autre est « [la pertinence] d'attribuer une finalité irrévocable à l'action d'un organisme politique et des partis politiques dans le cadre de la Constitution nigérienne et du système gouvernemental ». ¹⁵ La Cour Suprême s'est basée sur l'affaire *Baker v Carr* pour soutenir ces deux principes. Cette attitude suggère que les tribunaux nigériens ont emprunté cette doctrine à la jurisprudence américaine, une conclusion renforcée par le fait que ceci ait été énoncé dans le contexte de la Constitution de 1979 de la République Fédérale du Nigeria qui est taillée sur la constitution présidentielle américaine. Sans toutefois la reconnaître ou la classer comme telle, les tribunaux nigériens ont cependant appliqué la doctrine politique bien avant l'adoption de la Constitution de 1979. Par exemple, durant la première république la Cour Suprême a conclu lors de l'affaire *le Procureur Général du Nigeria de l'Est v le Procureur Général de la Fédération* ¹⁶ que la détermination de la marge d'erreurs lors d'un recensement était du ressort du domaine politique.

Les pouvoirs judiciaires conformément à la Constitution de 1979 sont définis par l'article 6 (6)(b) comme s'étendant à

toutes les affaires entre personnes ou entre gouvernement ou autorité et toute personne au Nigeria et à toutes les actions et procédures qui s'y rattachent, pour déterminer les conflits portant sur les droits civils et les obligations de cette personne. ¹⁷

Cette clause semble envisager un contrôle juridictionnel illimité par les tribunaux. Comment les tribunaux nigériens l'ont-ils interprété ? L'interprétation constitutionnelle nigérienne lors de la deuxième république entre 1979 et 1983 peut être divisée en deux phases différentes. Durant la première phase, les tribunaux nigériens affirmaient qu'il était de leur devoir selon l'objectif constitutionnel de définir la loi. ¹⁸ Dans la deuxième phase, représentée par l'affaire *Onuoha*, les tribunaux changèrent d'attitude et se rangèrent derrière l'opinion selon laquelle leur pouvoir de contrôle était limité.

¹⁴ l'affaire *Onuoha* (n 3 ci-dessus) 507.

¹⁵ Comme ci-dessus.

¹⁶ *Attorney-General Eastern Nigeria v Attorney-General of the Federation* (1964) All NLR 218.

¹⁷ Emphase ajoutée.

¹⁸ Affaire *Alegbe* case (n 10 ci-dessus).

Durant la première phase, la Cour Suprême nigériane a affirmé que sous l'article 6(6), les pouvoirs judiciaires s'étendaient sur *toutes* les affaires. Par exemple, si par cette prérogative le pouvoir judiciaire débordait sur le domaine législatif, il était autorisé à le faire sans tenir compte du fait que ce débordement était en infraction avec le concept de la séparation des pouvoirs et ce, même si l'affaire était politique. Fatai-Williams CJN a dit dans le contexte de l'affaire *Alegbe v Oloyo* que:

Au Nigeria, quand on demande à une cour supérieure telle que la Cour Suprême, la Cour d'Appel fédérale, la Cour Suprême fédérale ou la Cour Suprême d'un état d'interpréter ou d'appliquer certaines dispositions de la Constitution, il ne s'agit donc pas d'une question politique même si le sujet de la dispute a des implications politiques. Une telle cour ... ne fait qu'exécuter les fonctions judiciaires que lui ont été conférées par ... la Constitution. De même, si cette cour est appelée à interpréter ou appliquer les dispositions de la Constitution d'une organisation concernant les droits civils et les obligations des membres de l'organisation, la cour ne fait qu'exécuter les fonctions qui lui ont été assignées par l'article 6(6) de la Constitution de la république fédérale du Nigeria. En effet, la cour est obligée de s'acquitter de cette fonction et le fait que cette organisation soit un parti politique ou une organisation culturelle, religieuse ou sociale reste sans importance.¹⁹

C'est cette attitude qui a entraîné la Cour Suprême à s'opposer à la question de la doctrine politique dans l'affaire *le Procureur Général de l'État de Bendel v le Procureur Général de la Fédération*.²⁰ La Cour Suprême a conclu que sa juridiction lui permettait de déterminer la manière dont le pouvoir législatif exerçait ses prérogatives de créateur de lois. Fatai-Williams CJN a déclaré que:

J'approuverais le principe général de la loi constitutionnelle selon lequel une des conséquences de la séparation de pouvoirs, que nous avons adoptée dans notre Constitution est que les tribunaux doivent respecter l'indépendance du pouvoir législatif et son autorité; ils doivent s'abstenir de se prononcer ou de déterminer la validité des procédures internes de la législature ou encore la façon dont elle exerce ses pouvoirs législatifs. Cependant si la Constitution institue une disposition quant à la manière dont le pouvoir législatif doit mener ses affaires internes ou quant à la façon dont il exerce son autorité, la Cour a le devoir d'exercer sa juridiction pour s'assurer que le pouvoir législatif se conforme aux exigences constitutionnelles. Les sections 52, 54, 55 et 58 de notre Constitution définissent clairement la manière dont l'Assemblée Nationale devrait mener ses affaires internes dans l'exercice de ses pouvoirs législatifs. Si tel est le cas, la Cour est tenue d'exercer sa

¹⁹ Comme ci- dessus, 341-342.

²⁰ *Attorney-General of Bendel State v Attorney-General of the Federation* (1982) 10 SC 1.

juridiction selon l'article 4(8) de la Constitution pour garantir que l'Assemblée Nationale se conforme aux articles de la Constitution.²¹

Les tribunaux nigériens ont donc établi une démarcation entre les affaires prescrites par la Constitution et les procédures législatives internes. Ils appliqueront certes le contrôle juridictionnel pour garantir que les prescriptions constitutionnelles soient bien respectées par les organes législatifs mais, ce contrôle ne s'étendra pas aux affaires internes de l'organe législatif.²² Ainsi la destitution d'un vice-président d'un organe législatif en infraction avec les exigences d'une majorité constitutionnellement spécifiée fut écartée par la Cour Suprême de l'état de Cross River.²³ Dans l'affaire *Ekpenkhio v Egbadon*²⁴ la Cour d'Appel a confirmé que le processus de destitution du vice-président de la Chambre des Représentants de l'État d'Edo était constitutionnel car la majorité requise avait voté selon les stipulations de la Constitution. Cette tendance s'est poursuivie même après la deuxième république, dans *Asogwa v Chukwu*.²⁵ Dans cette affaire, la destitution du vice-président de la Chambre des Représentants de l'État d'Enugu avait été votée par une majorité de deux tiers, qui, apparemment n'avait pas été correctement constituée car un membre à l'époque suspendu de ses fonctions, avait voté en faveur de la destitution. Le fait que le membre ait été ou non suspendu devint la pomme de discorde. La Cour d'Appel conclut que le statut du membre suspendu était une affaire du ressort de la du règlement intérieur de l'organe législatif et supposa qu'il avait été réintégré à la Chambre des Représentants étant donné qu'il avait voté. En conséquence elle refusa de contrôler la validité de la décision.

Pour assurer une conformité constitutionnelle, en accord avec ses pouvoirs étendus de contrôle, la Cour Suprême rejeta les dispositions d'exclusion *statutaire* dans l'affaire *le Procureur général de l'état de Bendel v le Procureur général de la fédération*.²⁶ Dans ce cas-là la Cour n'a pas tenu compte de l'article 2 de l'acte des actes d'authentifications de 1961 qui prévoit qu'un certificat du greffier de l'Assemblée Nationale est final et concluant quant à la conformité aux exigences constitutionnelles en vue de l'adoption d'un projet de loi. La Cour décidait que le certificat délivré par le greffier était soumis aux dispositions de la Constitution et que la Cour avait l'autorité d'outrepasser un tel certificat et accepter certains documents législatifs pour s'assurer que l'Assemblée Nationale s'est conformé aux

²¹ Comme ci-dessus, 52.

²² *Ume Ezeoke v Makarfi* (1982) 3 NCLR 663; *Okwu v Wayas* (1981) 2 NCLR 522.

²³ *Ndaeyo Uttah v House of Assembly* (1985) 6 NCLR 761.

²⁴ *Ekpenkhio v Egbadon* (1993) 7 NWLR (Pt. 308) 717.

²⁵ *Asogwa v Chukwu* (2004) FWLR (Pt. 189) 1204.

²⁶ *Le Procureur Général de l'État de Bendel v le Procureur Général de la Fédération* (n 20 ci-dessus).

dispositions constitutionnelles lors de l'adoption du projet de loi. La Cour d'Appel assumait que l'organe législatif avait les compétences nécessaires pour déterminer le statut d'un membre suspendu et accepta la décision du pouvoir législatif comme étant définitive au lieu de se livrer à une enquête pour savoir si un membre suspendu d'un organe législatif pouvait voter.

La volonté du pouvoir judiciaire à accepter l'exclusion *constitutionnelle* de sa compétence fut testée dans le milieu de la deuxième république. Accepter une exclusion constitutionnelle de sa compétence et en reconnaître l'irrévocabilité engageant les divisions coordonnées, c'est être fidèle au principe du contrôle juridictionnel étendu. De même est le constat que certaines affaires ne peuvent être soumises à la décision judiciaire. Un contrôle juridictionnel avec un pouvoir *illimité*, d'autre part, protège jalousement la juridiction d'un tribunal et même une exclusion constitutionnelle est soumise à un examen de conformité sur l'action contestée pour vérifier le strict respect des procédures avant que l'exclusion ne soit ordonnée. En outre, un tribunal s'engageant dans un contrôle illimité n'acceptera probablement pas qu'il puisse exister certaines actions qui ne peuvent pas être judiciairement déterminées.

Le test de fidélité à l'exclusion constitutionnelle de la compétence d'un tribunal et à l'indétermination judiciaire d'une cause d'action s'est présenté en 1982 dans l'affaire *Balarabe Musa*.²⁷ Dans cette affaire, le gouverneur de l'époque de l'état de Kaduna entama des procédures auprès de la Cour Suprême de l'État de Kaduna pour obtenir la permission de requérir une ordonnance interdisant les défendeurs (la Chambre des Représentants de l'état de Kaduna) de continuer les procédures en vue de sa destitution conformément à l'article 170 de la Constitution de 1979. Il soutint que les conditions précédant l'enquête n'avaient pas été remplies et que les défendeurs n'avaient aucune autorité pour la poursuivre. Ces manquements ont inclus le fait qu'aucun membre de l'organe législatif n'avait signé le préavis d'allégations de faute professionnelle; aucun détail précis portant sur la faute professionnelle n'avait été présenté comme l'exige l'article 170 (2) (b) de la Constitution; de plus, ces allégations ne furent pas examinées par les défendeurs dans les délais stipulés par l'article 170 (5). L'article 170 (10) prévoit qu'

[aucune] procédure ou décision de la commission ou de la Chambre des Représentants ou de tout autre affaire s'y rattachant ne sera prise en considération ou mise en doute par un tribunal quel qu'il soit.

²⁷ Affaire *Balarabe Musa* (n 6 ci-dessus).

Cette disposition a été considérée comme une clause d'exclusion de compétence et deux interprétations de son effet se présentaient au tribunal.

Premièrement, la Cour pouvait interpréter la disposition comme interdisant *absolument* le contrôle juridictionnel, en dépit de l'article 236 de la Constitution de 1979, selon le paragraphe 6(6), qui accordait la compétence illimitée à la Cour suprême. Il a aussi été soutenu que l'utilisation des termes « pris en considération » et « mise en doute » soulignait le caractère absolu de la disposition. Le caractère absolu de la disposition n'a ni été attaqué par le fait que la procédure de mise en accusation n'ait été suivie, ni par les allégations que les droits fondamentaux du gouverneur aient été bafoués. Cette interprétation soutient que quand il s'agit d'une procédure de destitution, le fonctionnaire impliqué ne bénéficie d'aucun droit personnel étant donné que les procédures sont politiques et non civiles. Deuxièmement, le tribunal aurait pu se fier aux pouvoirs inhérents de la cour établis dans l'affaire *Anisminic v la Commission de compensation étrangère*²⁸ avec pour conséquence qu'une fois qu'un tribunal a conclu qu'un organisme n'a pas agi selon les paramètres de l'étendu d'un statut d'habilitation, aucun terme de ce statut ne peut être utilisé pour exclure la juridiction de la cour pour contrôler l'organisme en question. Un organe législatif doit donc agir en stricte conformité avec l'article 170 de la Constitution de 1979 afin de jouir de sa protection.

Après avoir pris connaissance de la décision de la cour dans *Balarabe Musa*, Adenekan Ademola JCA conclut que l'objectif de l'article 170 de la Constitution de 1979 était d'éliminer toute interférence avec toutes les procédures de la Chambre des Représentants ou de la commission ou toute décision prise par la Chambre des Représentants ou la commission et qu'« aucun tribunal ne peut douter des procédures ou mettre en doute les décisions de la Chambre des Représentants ou celles de la commission ».²⁹ La Cour a affirmé que bien que le principe *Anisminic* convenait à une interprétation statutaire, il ne convenait pas à une interprétation constitutionnelle surtout quand il y avait preuve que la Constitution avait rejeté la juridiction du tribunal.³⁰ L'exclusion constitutionnelle

²⁸ *Anisminic v Foreign Compensation Commission* (1969) AC 147. Dans ce cas, la décision de la Commission des compensations étrangères a été considérée comme définitive. L'affaire *Anisminic* a été adoptée au Nigeria dans *Adejumo v Johnson* (1974) 5 SC 101 et *Barclays Bank of Nigeria Ltd v Central Bank of Nigeria* (1976) 6 SC 175 193.

²⁹ *Balarabe Musa* (n 6 ci-dessus) 245.

³⁰ La cour a fait référence à des exemples clairs de rejet de juridiction des tribunaux. Elle a tout d'abord fait référence à l'affaire *Enwenzor v Onyejekwe Obi of Onistsha* 1964 1 tout NLR 14, 16. Cette affaire concernait les dispositions de l'article 158(4) de la Constitution de 1963 du Nigeria. Cette disposition énonçait

d'une juridiction a aussi été largement discutée par Karibi-Whyte JCA qui en donna une opinion bien différente. Il a convenu qu'« à partir du moment où le pouvoir législatif entame des procédures de destitution selon l'article 170 (2), la juridiction du tribunal est exclue par l'article 170 (10) ». ³¹ On peut avancer le fait que la décision n'est pas basée sur la doctrine de la question politique étant donné que le tribunal s'est simplement conformé à l'article 170(10) traitant de l'exclusion de compétence. Cependant, une interprétation différente était possible et il est important d'apprécier le fait que l'exclusion constitutionnelle peut elle-même être basée sur le constat qu'il s'agit d'une question politique car elle est engagée dans une autre division.

Dans l'affaire *Balarabe Musa*, la Cour s'appuya sur la nature politique inhérente de la question pour prendre sa décision. Ademola JCA a déclaré que mis à part le fait que la compétence soit exclue, les procédures de mise en accusation sont *politiques* et par conséquent

quand un tribunal pénètre dans l'arène politique comme l'invitation à s'y rendre l'a indiqué clairement, ce serait à mon avis l'équivalent de recouvrir ses portes et ses murs de boue et le trône de la justice d'où ses jugements sont rendus avec de borbier. ³²

La nature politique de la dispute était telle que l'abstinence était est la « vertu que le tribunal devrait cultiver » ³³ et que l'intervention judiciaire n'était pas appropriée. Karibi-Whyte JCA n'a pas fait directement allusion à la question de la doctrine politique, même s'il a déclaré que la cour ne devait pas se mêler sur les fonctions des autres branches du gouvernement « non seulement parce qu'elle n'a aucune autorité à le faire, mais essentiellement parce qu'une telle investigation engendre des conflits insolubles ». ³⁴

L'affaire *Balarabe Musa* est un cas important car il établit deux principes. Tout d'abord, suivant le principe de la séparation des pouvoirs, un engagement constitutionnel d'une fonction à une autre

qu'aucune question traitant de chef de tribu ne serait prise en considération par les tribunaux. La Cour Suprême accepta le rejet de la juridiction de la cour selon cet article. La cour fit aussi référence au *obiter dictum* de Fatai-Williams CJN dans *Adesanya v President of the Federal Republic of Nigeria* *Adesanya v President of the Federal Republic of Nigeria* (1981) 2 NCLR 358 (*Adesanya*) où deux articles de la Constitution de 1979 furent considérés comme évinçant la juridiction des tribunaux nigériens. L'article 145 déclare que la commission fédérale de service civil, la commission fédérale de service judiciaire, la commission électorale et la commission nationale de la population ne seront pas soumises aux ordres et contrôles de toute autre autorité ou personne et l'article 7 accorde l'immunité contre toute poursuite durant la durée de leur mandat.

³¹ *Balarabe Musa* (n 6 above) 257

³² Comme ci-dessus, 247.

³³ Comme ci-dessus, 246.

³⁴ Comme-ci-dessus, 257.

branche du gouvernement sera respecté. En conséquence le pouvoir judiciaire ne peut pas se baser sur sa compétence inhérente de façon *Anisminic*, qui se prête à une interprétation statutaire et non constitutionnelle. Deuxièmement, elle a établi que certains litiges sont de nature politique et donc ne se prêtent pas à la décision judiciaire. Les principes énoncés dans l'affaire *Balarabe Musa* ont été confirmés dans l'affaire *Onuoha*. Dans ce dernier cas, le plaignant avait lancé une action pour contraindre son parti à le nommer et à le parrainer en vue de son élection à un siège sénatorial, au détriment du défendeur. Les deux partis étaient en compétition pour le choix du candidat de la liste électorale et le plaignant fut désigné. En se basant sur une pétition écrite par le défendeur, le comité décida que celle-ci rendait les élections invalides et décida de désigner le défendeur. La Cour Suprême déclara qu'elle n'interviendrait pas car la Constitution de 1979 tranche sur la désignation et le soutien d'un candidat uniquement lorsqu'il s'agit d'un litige politique au sein du parti politique concerné. La Cour a déclaré que les deux documents, l'Acte électoral et la Constitution de 1979 indiquent que le droit de démarchage électoral auprès des électeurs est sous le contrôle des partis politiques ainsi qu'implicitement le droit de soutenir ou de ne pas soutenir un candidat pour son élection. Selon la Cour, ce pouvoir est renforcé par les dispositions de l'article 30 (4) de l'Acte électoral qui accorde le droit à un parti de désigner un des deux candidats ou plus qui sont en compétition. De plus, la Cour refusa d'exercer sa compétence parce que la confirmation que le plaignant/défendeur était le candidat désigné par le parti « projetterait ou propulserait immédiatement le tribunal dans un secteur de juridiction traitant de la gestion des partis politiques ». ³⁵ La Cour ajouta :

La Cour peut-elle décider lequel des deux candidats peut représenter le mieux l'intérêt politique du NPP? En toute honnêteté, je crois que la Cour rendra son verdict sur un litige politique alors qu'elle n'est pas habilitée à le faire. ³⁶

Et

Il n'existe aucun critère ou standard selon lequel un parti politique doit désigner son candidat et le pouvoir judiciaire est incapable donc d'exercer ses compétences dans l'affaire. C'est une affaire sur laquelle il n'a aucune juridiction. ³⁷

L'affaire *Onuoha* peut être interprétée dans le but d'établir que seule la question du parrainage des candidats n'est pas du ressort des

³⁵ Affaire *Onuoha* (n 3 ci-dessus) 501.

³⁶ Comme ci-dessus.

³⁷ Comme ci-dessus, 504.

tribunaux.³⁸ Cette position clarifie l'incertitude concernant la portée de la juridiction du tribunal sur les affaires des partis politiques venant de deux décisions de la Cour suprême de l'État du Lagos. Dans l'affaire *Balarabe Musa v le Parti de la Rédemption du Peuple*³⁹ (une affaire datant de 1981), la Cour a déclaré que la conduite des affaires d'un parti politique n'était pas soumise à la juridiction d'un tribunal de justice sauf quand le parti est en infraction avec sa Constitution. Sur cette base la Cour a soutenu une décision du parti interdisant à ses gouverneurs en fonction d'assister à certaines réunions politiques. Suivant la même logique, dans l'affaire *Abubakar Rimi v Aminu Kano*⁴⁰ la Cour a déclaré qu'il était de sa prérogative d'intervenir étant donné que l'expulsion des membres d'un parti enfreignait la Constitution de ce même parti.

En examinant de près l'interprétation judiciaire de la doctrine de la question politique on constate que deux points semblent fatals au contrôle juridictionnel illimité. Le premier est propre à l'interprétation des clauses d'exclusion de compétence constitutionnelles et est la conséquence directe du manque d'observation de la procédure définie dans les clauses telles que l'article 170 de la Constitution. Le deuxième est le non respect des droits fondamentaux d'une personne. Il est possible par exemple le fonctionnaire mis en cause soutienne que son droit à un procès équitable n'ait pas été respecté et que l'exclusion de compétence d'un tribunal ne garantisse pas la protection de ses droits. Ces questions indiquent que comme il est nécessaire d'y faire face, un tribunal se doit d'assumer sa compétence dans tous les cas litigieux. Ils ont été traités seulement par Karibi-Whyte JCA dans l'affaire *Balarabe Musa* (1982).⁴¹ En ce qui concerne l'invitation de la cour à exercer ses pouvoirs inhérents à cause du manque d'observation aux conditions préalables pour l'application de l'article 170(10), le juge de la Cour d'Appel a convenu que l'occasion ne s'est pas présentée. Il a déclaré qu'il était davantage concerné par le fait que le pouvoir judiciaire devrait respecter les règles constitutionnelles concernant les pouvoirs et leur principe de séparation. Par conséquent, à moins que les pouvoirs de supervision de la branche judiciaire ne soient spécialement requis, elle ne doit pas se mêler sur la sphère d'influence du législateur et procéder à une investigation « sur la manière dont le parlement avait exécuté les fonctions qui lui ont été assignées selon les termes de la Constitution ». ⁴² Dans l'affaire

³⁸ *Davies v Mendes* (2007) All FWLR (Pt. 348) 883; *Okon v Bob* (2004) 1 NWLR (Pt. 854) 388; *Adegoroye v Alliance for Democracy* (2003) FWLR (Pt. 176) 604; *Ibrahim v Gaye* (2003) FWLR (Pt. 171) 1559 et *Dalhatu v Turaki* (2003) FWLR (Pt. 174) 247.

³⁹ *Balarabe Musa v Peoples Redemption Party* (1981) 2 NCLR 763.

⁴⁰ *Abubakar Rimi v Aminu Kano* (1982) 3 NCLR 478.

⁴¹ Affaire *Balarabe Musa* (n 6 ci-dessus).

⁴² Affaire *Balarabe Musa* (n 6 ci-dessus) 257.

Balarabe Musa v Kaduna State House of Assembly,⁴³ une décision tardive (1983), Karibi-Whyte JCA a de nouveau confronté la question de la non conformité aux conditions préalables de l'article 170(10) de la Constitution de 1979. Ici, le gouverneur mis en cause de l'État de Kaduna a sollicité le contrôle juridictionnel de la validité de sa mise en accusation. Plusieurs irrégularités ont été soulignées mais elles n'ont pas influencé la Cour d'Appel. Encore une fois, il semble que l'on ait passé l'éponge sur l'affaire. Dans un ton plus emphatique la Cour a déclaré que

la destitution du plaignant n'est pas du ressort du pouvoirs judiciaire; c'est une affaire qui relève entièrement du ressort du pouvoir législatif qui doit en déterminer la résolution et à mon avis, il ne s'agit pas d'un litige justiciable selon les dispositions de l'article 6(6)(b) de la Constitution. La Constitution à mon avis, a considéré la question de la destitution du demandeur, comme le contexte américain, comme une question politique, inappropriée à être résolue par la Cour.⁴⁴

L'autre question considérée par Karibi-Whyte JCA est l'allégation faite concernant l'infraction aux droits fondamentaux d'une personne. Il a été soutenu que l'infraction aux droits fondamentaux est un motif suffisant pour conférer la compétence aux tribunaux malgré les clauses constitutionnelles d'exclusion de compétence. Un examen des cas litigieux montre une réponse mixte des tribunaux nigériens. Dans la décision de 1982 dans l'affaire *Balarabe Musa*, Karibi-Whyte JCA a laissé entendre que les procédures de mise en accusation n'ont pas privé le gouverneur de ses droits fondamentaux mais qu'ils étaient protégés par la disposition de l'article 170(6) de la Constitution de 1979.⁴⁵ Une enquête sur d'autres cas nigériens révèle aussi une réponse mixte quant à la question de la dénégation des droits fondamentaux de l'homme. Dans l'affaire *Ndaeyo Uttah v House of Assembly Cross River State*,⁴⁶ la Cour s'est longuement attardée sur l'absence de procès équitable du vice-président au cours de sa procédure de destitution.⁴⁷ Dans l'affaire *Ekpenkhio v Egbadon*, Ogunbare JCA a déclaré que le droit à un procès dans le cas d'un président mis en cause de la Chambre des Représentants de l'État d'Edo n'était pas pertinent étant donné que selon la jurisprudence statutaire et la Constitution, la mise en accusation n'était pas justiciable. Dans l'affaire *Onuoha* la Cour Suprême a déclaré que les droits du candidat substitué n'avaient pas été enfreints étant donné qu'il n'existe aucune prérogative constitutionnelle, statutaire ou de droit commun traitant du parrainage d'un parti politique. La Cour n'a pas considéré s'il fallait examiner un droit de procédure bien qu'il ait

⁴³ *Balarabe Musa v Kaduna State House of Assembly* (1984) 5 NCLR 241.

⁴⁴ Comme ci-dessus 252.

⁴⁵ Affaire *Balarabe Musa* (n 6 ci-dessus) 253.

⁴⁶ *Ndaeyo Uttah v House of Assembly Cross River State* (1985) 6 NCLR 761.

⁴⁷ *Ekpenkhio v Egbadon* (n 24 ci-dessus).

été allégué que les membres de la commission d'enquête sur la pétition contre le plaignant/le défendeur aient été partiaux.⁴⁸

Il est clair qu'en prenant du recul, que l'approche aux questions de non-conformité à la procédure constitutionnelle lors d'une mise en accusation et aux allégations d'infraction aux droits fondamentaux de l'homme n'était ni concluante ni convaincant dans les cas discutés ci-dessus. Tous les deux ont montré qu'il était nécessaire d'envisager de nouveau la doctrine de la question politique. Dans la suite de cet article, je démontrerai comment ces deux questions ont contribué au retrait de la doctrine sur les questions politiques.

3 Le retrait la doctrine de la question politique: le retour du contrôle juridictionnel illimité

La quatrième république nigériane (qui a commencé en 1999-) a vu le retrait voire la disparition de la doctrine de la question politique. La Cour suprême a emprunté une nouvelle voie, se détournant des principes énoncés dans *Balarabe Musa* (1982) et *Onuoha*. On peut expliquer cette attitude par le fait que le pouvoir judiciaire nigérian de la quatrième république en est revenu à la position suprématiste de la deuxième république pré-*Onuoha* résultant d'une forte inquiétude envers les infractions aux clauses constitutionnelles encouragées par le fait que le pouvoir judiciaire semblait éviter certaines questions. Clairement un tribunal soucieux de sa compétence s'opposera probablement à toute tentative d'entrave. De plus, le développement de la jurisprudence de la deuxième république, période où la doctrine de la question politique a été formulée, a été coupé court par le coup d'état de 1984. Sous le régime militaire, les tribunaux nigériens se sont battus contre les dispositions militaires soutenant l'exclusion de compétence en se réfugiant derrière le principe *Anisminic*. Les tribunaux en sont revenus aux principes d'interprétation statutaire après un bref détour dans le domaine de l'interprétation constitutionnelle. À la fin du régime militaire en 1999, le confort de la *common law* était devenu réconfortant et difficile à abandonner. Retourner à une approche précédemment établie par les tribunaux nigériens, l'interprétation constitutionnelle, comme l'exigeait la Constitution de 1999 était difficile. Ceci était rendu encore plus ardu alors que l'effet de la doctrine de la question politique était évident. Les politiciens qui avaient mal compris les responsabilités émanant d'un manque de réponses judiciaires à certaines questions crurent que cela leur fournissait un marteau de forgeron à être utilisé contre leurs adversaires. Ces politiciens agirent comme « les rallonges » des

⁴⁸ Affaire *Onuoha* (n 3 ci-dessus) 501.

gouvernements militaires précédents et les tribunaux réagirent en ayant recours aux normes d'interprétation statutaire qui exigent une stricte conformité aux dispositions considérées comme conditions préalables à toute exclusion de compétence judiciaire.

Dans d'autres cas, le pouvoir judiciaire refusa de reconnaître que certains litiges n'étaient pas du ressort de la décision judiciaire. Dans cette catégorie le pouvoir judiciaire, en effet, intervenait dans les activités des partis politiques en confirmant la désignation des candidats qui les représenteront. Ceci entrainera des conséquences controversées, qui seront discutés plus bas.

Le contrôle juridictionnel dans les articles de mise en accusation de l'article 188 de la Constitution de 1999⁴⁹ exige une stricte

⁴⁹ L'article 188 déclare (1) que le gouverneur d'état ou le gouverneur adjoint peut être démis de leurs fonctions selon les dispositions de cet article (2) - quand une notification d'allégation par écrit signée par au moins un tiers des membres de la Chambre des Représentants - (a) est présentée par le président de la Chambre des Représentants de l'État; (b) déclarant que le titulaire de ce poste est coupable d'avoir commis de graves fautes professionnelles dans l'exercice de ses fonctions, dont les détails seront spécifiés, le président de la Chambre des Représentants de l'État devra, dans un délai de sept jours à partir de la réception de la notification, - s'assurer qu'une copie de la notification soit signifiée au titulaire du poste et à chaque membre de la Chambre des Représentants, et s'assurera aussi que toute déclaration en réponse aux allégations par le titulaire du poste, sera signifiée à chaque membre de la Chambre des Représentants. (3) Dans les quatorze jours à partir de la présentation de la notification au président de la Chambre des Représentants (indépendamment du fait qu'une déclaration ait été faite par le titulaire du poste en réponse à l'allégation contenue dans la notification), la Chambre des Représentants décidera à travers une motion, sans aucun débat, si les allégations doivent être examinées ou non. (4) Une motion de la Chambre des Représentants selon laquelle les allégations doivent être examinées, ne sera pas ratifiée à moins qu'elle ne soit votée par une majorité de deux tiers par tous les membres de la Chambre des Représentants. (5) Dans les sept jours de la ratification de la motion conformément aux clauses susdites de cet article, le juge suprême de l'État, sur la demande du président de la Chambre des Représentants, nommera un comité de sept personnes qui à son opinion sont d'une intégrité incontestable, n'étant membre d'aucun service public, d'organisme législatif ou de parti politique, pour enquêter sur les allégations comme prévu dans cette section. (6) Le titulaire du poste dont la conduite est sous examen doit sous cet article avoir le droit de se défendre en personne ou d'être représenté devant la commission par un praticien légal de son propre choix. (7) Une commission nommée sous cet article - (a) aura les pouvoirs et exercera ses fonctions conformément à la procédure telle qu'elle peut être prescrite par la Chambre des Représentants; et dans une période de trois mois, devra présenter le rapport de ses conclusions à la Chambre. (b) durant les trois mois de son mandat, présenter ses conclusions à la Chambre. (8) Dans le cas où la commission signale à la Chambre des Représentants que les allégations ne sont pas fondées, les procédures déboucheront sur un non-lieu. (9) Dans le cas où le rapport de la commission prouve que les allégations sur le titulaire du poste sont fondées, alors dans les quatorze jours à partir de la réception de ce rapport, la Chambre des Représentants prendra connaissance de ce rapport et si la Chambre des Représentants, soutenue par les deux tiers de ses membres, décide d'accepter le rapport de la commission, alors le titulaire du poste devra démissionner de ses fonctions à partir de la date d'acceptation du rapport.

conformité avec l'article 180(1) - (9) avant que le paragraphe 10 puisse prendre effet. On peut soutenir qu'appliquer les effets du paragraphe (10) c'est être fidèle à la doctrine de la question politique. Après tout, le tribunal se plie finalement devant l'engagement constitutionnel d'irrévocabilité d'une division coordonnée. Ce n'est pas cependant aussi simple que cela. La question clé est la détermination de stricte conformité. Quand les conditions préalables sont des points de procédures telles qu'une majorité exigée ou des périodes de temps bien définies, la révision est facile et peu de problèmes surgissent. Cependant, quand les conditions préalables exigent des jugements de valeur, un examen approfondi sur la conformité peut avoir pour résultat une incursion dans la sphère de la législature, rendant absurde l'irrévocabilité implicite de l'article 180(10). C'est un point sur lequel je reviendrai plus tard.

Pour se familiariser avec le contexte de ma discussion dans cette section, je commencerais avec certains commentaires universitaires réagissant à l'affaire *Balarabe Musa* (1982). Ikhariale déclare que:

L'interprétation que la cour a donnée à l'article 170(10) ne s'accorde pas avec les objectifs et les buts de la Constitution nigériane et elle a dû largement contribué au naufrage de la deuxième république. Il est donc nécessaire de conclure que la prochaine république pourrait être épargnée de l'agonie de procédures irrégulières de mise en accusation si les tribunaux sont disposés à abandonner leur position initiale comme l'a montré la décision finale de l'affaire *Balarabe Musa*.⁵⁰

Le Professeur Nwabueze conclut que les allégations sur lesquelles étaient basées les procédures de mise en accusation dans *Balarabe Musa* (1982) étaient calomnieuses.⁵¹ Un autre auteur déclare que:

La doctrine de la question politique ne justifie pas l'exclusion totale et absolue du contrôle juridictionnel et elle serait plus rejetable comme base de manque de contrôle juridictionnel quand, comme il semble être davantage le cas au Nigeria qu'ailleurs, la mise en accusation est utilisée comme une arme pour intimider et soumettre la branche exécutive aux dictats d'un législateur qui lui est hostile. A part certains aspects du contrôle de la mise en accusation ... le contrôle juridictionnel des tribunaux sur des décisions de destitution est un détonateur potentiel de conflit national.⁵²

(10) Aucune procédure ou décision de la commission ou de la Chambre des Représentants ou toute affaire se rapportant à de telles procédures ou à une décision ne sera questionnée ou mise en doute par un tribunal. (11) Dans cette section - « grave faute professionnelle » veut dire violation grave ou infraction aux articles de cette Constitution ou une négligence d'une telle nature que la Chambre des Représentants la qualifie de faute professionnelle grave.

50

51

52

Ikhariale (n 11 ci-dessus) 54.
B O, Nwabueze *The Presidential constitution of Nigeria* (1982) 143.
Musdpaher JSC dans l'affaire *Inakoku* (n 1 ci-dessus) 146-147.

Une telle critique évidente dans le traitement judiciaire des clauses de destitution durant le régime militaire d'après la deuxième république et la troisième république de courte durée reflète un mouvement contraire à celui de *Balarabe Musa*. Dans un certain nombre de cas, les tribunaux nigériens ont interprété strictement les clauses de destitution contenues dans les décrets militaires.⁵³ Ils ont appliqué la clause d'exclusion seulement quand ils ont été satisfaits que les dispositions du décret avaient été suivies à la lettre. Pendant la troisième république, les tribunaux conservèrent la même attitude envers les clauses de destitution dans les cas de mise en accusation. Dans *Ekpo v Calabar Local Government*,⁵⁴ la Cour d'Appel a interprété l'article 11(1) du décret du gouvernement local qui est semblable à l'article 188(10) de la Constitution de 1999. La Cour a jugé que pour que la clause d'exclusion soit mise en vigueur, la Cour doit garantir la stricte adhérence aux conditions préalables de l'article. C'est aussi l'interprétation qu'elle a donnée dans *Jimoh v Olowole* où l'article 26 de la loi du gouvernement local de l'État de Kwara (une autre clause d'exclusion), identique à l'article 188(10), était la cause de litige.⁵⁵

Un retour à un contrôle juridictionnel suprématisiste et illimité se manifeste clairement dans la décision de la Cour suprême dans *Attorney-General of the Federation v Attorney-General of Abia State*.⁵⁶ En réponse à une objection préliminaire selon laquelle la détermination de la limite côtière d'un état littoral dans les confins de la République Fédérale du Nigeria déclencha un litige politique et devait être résolue exclusivement par l'organe législatif qui s'est vu attribué l'affaire par la Constitution de 1999), seul Karibi-Whyte JSC, qui avait eu des échos de *Balarabe Musa* (1982), avait convenu que le conflit faisait partie du domaine de la doctrine de la question politique et devait être résolue par le biais d'actions législatives et exécutives. Uwais CJN (pour le reste de la cour) déclara que les articles 232 (1) et 6 (1) de la Constitution de 1999 montrent que la Cour suprême « a la juridiction d'interpréter ... toutes les clauses ... de la Constitution soit sur appel, soit dans l'exercice de sa juridiction originale ». ⁵⁷ Clairement la Cour Suprême avait dévié de son chemin.

Dans le premier cas, *Abaribe v The Speaker Abia State House of Assembly*,⁵⁸ l'article 188 de la Constitution de 1999 traitant de la mise en accusation litigieuse d'un vice-gouverneur d'État et il aurait pu être

⁵³ *Wilson v Attorney-General of Bendel State* (1985) 1 NWLR (Pt 4) 572; *Nwosu v Imo State Environmental Sanitation Authority* (1990) 2 NWLR (Pt 135) 668; *Okoroafor v Miscellaneous Offences Tribunal* (1995) 4 NWLR (Pt 387) 59; *Garba v Federal Civil Service Commission* (1998) 1 NWLR (Pt 71) 449..

⁵⁴ *Ekpo v Calabar Local Government* (1993) 3 NWLR (Pt. 281) 324.

⁵⁵ *Jimoh v Olowole* (2003) 10 NWLR (Pt. 828) 307.

⁵⁶ *Attorney-General of the Federation v Attorney-General of Abia State* (2001) FWLR (Pt. 64) 202.

⁵⁷ Comme ci-dessus, 251.

⁵⁸ *Abaribe v The Speaker Abia State House of Assembly* (2000) FWLR (Pt. 9) 1558.

plausible de conclure que les tribunaux emploieraient les principes d'interprétation statutaire pour interpréter les dispositions constitutionnelles. Cependant, dans un jugement qui a présagé l'incertitude de la voie à suivre, cela ne s'est pas fait. Le jugement d'Ikongbeh JCA accentue le dilemme entre suivre des normes d'interprétation constitutionnelle ou d'interprétation statutaire. Réagissant à la suggestion que l'article 188(10) devrait être interprété d'une manière statutaire, il a dit:

Bien que le gouvernement militaire ait gouverné conformément à la loi dans le sens où ils créaient une jurisprudence, souvent après l'événement, pour soutenir leurs actions, ils n'ont pas nécessairement gouverné conformément aux principes de la règle de droit qui exige que chaque acte gouvernemental doit être basé sur les règles et procédures prédéterminées par la loi. Ils ont ratifié des lois *ad hominem* avec force rétroactive pour poursuivre des transgresseurs soupçonnés. Les tribunaux ont par conséquent dû être vigilants et veillé à ce que l'armée dans son empressement de se défaire de ce qu'elle percevait comme les maux de ses prédécesseurs ne piétine pas inutilement les droits de son peuple. Pour cette raison je ne partage pas l'opinion selon laquelle les décisions basées sur l'interprétation des dispositions d'exclusion de compétence dans ces décrets soient favorables à l'interprétation des dispositions d'une Constitution qui limite le pouvoir des tribunaux. Dans un régime civil, l'autorité gouvernementale dérive de la Constitution. Il ne peut pas y avoir de plainte légitime si la Constitution retire un pouvoir particulier d'un organe de gouvernement pour en favoriser un autre ... Je préfère aborder le contenu de l'article 188(10) de la Constitution d'une différente perspective. En fait je ne crois pas que le terme « clause d'exclusion » soit une description appropriée pour les dispositions de cette section.⁵⁹

La Cour d'Appel a conclu que les dispositions de l'article 188(10) étaient absolues et que les stipulations sur la mise en accusation relevaient de la politique, que la Constitution en toute sagesse, léguait à l'organe législatif car elle permet au peuple de destituer celui qu'il a élu. La cour a jugé que le tribunal de première instance avait raison de ne pas examiner les allégations selon lesquelles certaines des conditions préalables contenues dans les sections 188(2) - (3) n'avaient pas été respectées. Cependant, l'incertitude de la cour fut évidente lorsqu'elle lança une enquête sur la conformité à la Constitution des actions de la Chambre des Représentants de l'Etat d'Abia sans tenir compte de sa conclusion sur l'article 188(10). Elle conclut que la Chambre des Représentants de l'Etat d'Abia s'était bien conformée aux dispositions pertinentes de l'article 188. Cette décision a provoqué une telle fente dans l'armure du tribunal que la Cour d'Appel⁶⁰ et la Cour Suprême dans *Inakoku* ont établi que *Abaribe*

⁵⁹ Comme ci-dessus 1582; aussi Pats-Acholonu JCA à 1574.

⁶⁰ Ogebe JCA dans *Adeleke v la Chambre des Représentants de l'état d'Oyo* (2007) tout FWLR (Pt. 345) 211, 255-256 et Tobi JSC dans *Inakoku* (n 1 ci-dessus) 89.

et *Balarabe Musa* (1982) étaient bien distincts car dans ces deux cas la question de non-conformité aux conditions préalables contenues dans l'article 188(10) ne faisaient pas partie du litige. Ce n'est pas le cas. Ma revue des deux cas montre que la question de non-conformité *faisait bien partie du litige*. Les tribunaux dans *Balarabe Musa* (1982) et *Abaribe* choisirent de suivre la voie de l'interprétation constitutionnelle.

C'est une forte conviction en la témérité et l'impunité législative qui est au cœur du choix de la Cour de se fier à l'interprétation statutaire. C'est une contre-mesure. Tobi JSC, pour la majorité dans l'affaire *Inakoju* a dit:

On s'attend à ce que l'organe législatif respecte les dispositions de la Constitution. Donc quand le législateur, est responsable des profanations et des abus des clauses de la Constitution en terme de violation et d'infraction évidente, la société et son peuple en sont les victimes qui souffrent ... Heureusement la société et son peuple ne sont pas complètement impuissants car le pouvoir judiciaire dans l'exercice de ses fonctions selon l'article 6 de la Constitution, est là pour vérifier les actes d'infraction et d'indiscrétion de la part du législateur. C'est ce que *moi, j'ai fait dans ce jugement*.⁶¹

Dans ce contexte, il n'est donc pas étonnant que la Cour Suprême ait interprété les dispositions de l'article 188 dans leur ensemble et conclut qu'elle avait la juridiction pour veiller à la conformité constitutionnelle des actions de la Chambre des Représentants de l'État d'Oyo lors de la procédure de destitution du gouverneur Ladoja.⁶² Tobi JSC a tenu une chronique des infractions⁶³ qui ont débouché en grande majorité à l'éviction de la mise en accusation par le tribunal. Il est évident que la Cour utilisait la norme d'interprétation statutaire quand elle a déclaré que:

Les stipulations relatives à l'exclusion de compétence sont généralement considérées comme les antithèses de la démocratie car le système judiciaire les considère comme inhabituels et sympathisantes. Quand les dispositions d'exclusion de compétence sont énoncées dans les statuts, les tribunaux invoquent l'article 6 comme le baromètre pour régenter leur constitutionnalité ou constitutionnalisme. Les tribunaux deviennent impuissants quand la Constitution elle-même prévoit des clauses d'exclusion de compétence, telle l'article 188. Dans une telle

⁶¹ Affaire *Inakoju* (n 1 ci-dessus) 123. Mon emphase.

⁶² Voir aussi *Dapialong v Dariye* (2007) 8 NWLR (Pt. 1036) 332. Dans ce cas, la Cour Suprême a rejeté la mise en accusation du gouverneur Dariye sur le motif qu'en accord avec l'article 188 de la Constitution de 1999, la mise en accusation peut seulement se faire si elle est approuvée par les deux tiers de *tous* les membres. Etant donné qu'un certain nombre de législateurs avaient rejoint un autre parti et donc perdant leur siège législatif, la mise en accusation n'a pas pu se faire car tous les membres de la Chambre n'étaient pas présents lors de la procédure.

⁶³ Affaire *Inakoju* (n 1 ci-dessus) 95.

situation, les tribunaux baissent la tête de désespoir. Ils peuvent seulement aboyer mais ils ne peuvent pas mordre. De par leur autorité, ils doivent appliquer la clause d'exclusion de compétence parce que c'est ce qui est écrit dans la Constitution. C'est en tenant compte de cette situation malheureuse des tribunaux, les défenseurs de la règle de loi, que les partis ne devraient pas les forcer à interpréter certaines sections de la Constitution comme des clauses d'exclusion de compétence sur leur propre juridiction alors que ce n'est pas le cas ... Je suis d'avis que la mauvaise procédure adoptée ne fait pas partie de la clause d'exclusion de compétence de l'article 188 (1) et je m'y tiens.⁶⁴

Comme le montre le paragraphe précédent, on peut revendiquer que la stricte approche adoptée par le tribunal *Inakoju* garantit le respect à la finalité de l'engagement constitutionnel sur la procédure de mise en accusation de l'organe législatif. Au moins à partir du jugement, il apparaît clairement que la Cour indirectement a répudié tout lien de son approche à la doctrine de la question politique. En réponse à la contestation du demandeur selon laquelle la Constitution des Etats-Unis n'autorise pas l'examen du contrôle juridictionnel sur la mise en accusation dans le cadre de la doctrine de ce qui relève de la politique, Tobi JSC a soutenu que les clauses de mise en accusation des Constitutions de 1979 et de 1999 ne furent pas calquées sur le processus américain de mise en accusation étant donné que l'article 188 de la Constitution de 1999 différait de l'article 1(13) de la Constitution des Etats-Unis; le terme « mise en accusation » apparaît dans la clause américaine mais n'est pas présente dans la Constitution nigériane et le quorum nécessaire à la destitution du titulaire d'un poste est différent dans les deux Constitutions. Il a donc jugé que les exemples américains cités par le demandeur n'engageaient aucunement les tribunaux.

La raison pour laquelle l'examen de conformité dévie de la doctrine de la question politique est due à la nature de l'examen de conformité de *Inakoju*. J'ai déjà souligné ci-dessus que l'examen de conformité qui évalue les étapes des procédures ordinaires renforce le processus s'il est fidèle à la Constitution. Cependant quand des jugements importants confiés à l'organe législatif sont évalués, il est peu probable que les conclusions de l'examen débouchent sur une situation de non conformité. Donc quand le pouvoir judiciaire développe des directives de performance spécifiques, comme la Cour Suprême l'a fait dans *Inakoju*, il est plus facile pour les tribunaux de contrôler la conformité de la conduite de l'organe législatif par rapport à ses propres standards qui pourraient avoir une fondation constitutionnelle douteuse. Tobi JSC s'est largement étendu sur le processus décrit dans l'article 188 de la Constitution de 1999 et a établi des directives pour chaque étape du processus de mise en

⁶⁴ Comme ci-dessus 93-94.

accusation. Quelques exemples sont nécessaires. Tout d'abord, alors que l'article 188(1) de la Constitution prévoit que l'organe législatif déterminera ce qui, à son avis, constitue une «faute professionnelle grave », la Cour Suprême elle aussi, a défini ce qui constituait, à ses yeux, une faute professionnelle grave.⁶⁵ Deuxièmement, alors que l'article 188(5) déclare que les membres de la commission doivent être des personnes de toute intégrité et non des membres d'un service public, d'une chambre législative ou d'un parti politique, la

Tobi JSC dans son jugement final (ci-dessus) 85-86 a largement défini ce qui constitue une « faute professionnelle grave »: « Par définition, une violation ou infraction à la Constitution ne mène pas à la destitution d'un gouverneur ou d'un gouverneur adjoint. Seule une faute professionnelle grave peut mener à la destitution d'un gouverneur ou de son adjoint. Grave dans ce contexte ne veut pas dire profaner une tombe, mais veut dire: sérieux, substantiel et lourd.

IV. Les points suivants à mon avis constituent une violation ou effraction importante à la Constitution:

- (a) Interférence avec les fonctions constitutionnelles du pouvoir législatif ou du pouvoir judiciaire par une manifestation évidente et inconstitutionnelle du pouvoir exécutif;
- (b) Abus des dispositions fiscales de la Constitution;
- (c) Abus du Code sur la conduite des fonctionnaires publics;
- (d) Rejet et infraction au chapitre IV Constitution sur les droits fondamentaux de la Constitution;
- (e) Interférence avec les fonds gouvernementaux locaux et détournement ou puisage dans les fonds, comme par exemple les subventions mensuelles pour gain personnel ou pour le confort ou l'avantage du gouvernement de l'état;
- (f) instigation d'un gouvernement militaire;
- (g) Toute autre conduite subversive directement ou indirectement hostile à la mise en œuvre d'autres importants domaines de la Constitution.

V. Les points suivants sont, d'après moi, certains des actes qui, selon la Chambre des Représentants, peuvent constituer de graves fautes professionnelles;

- (a) Refus de remplir des fonctions constitutionnelles;
- (b) Corruption;
- (c) Abus de son titre ou de son pouvoir;
- (d) Harcèlement sexuel (je pense que je devrais clarifier ce point car l'interprétation chauviniste de la société ne fait référence qu'au sexe masculine). La faute professionnelle peut venir d'un gouverneur ou de son adjoint homme ou femme, quelque soit le cas);
- (e) Un ivrogne dont la conduite en état d'ivresse est exposé au regard et à la désapprobation du public, conduite peu séante au titulaire d'un mandat de gouverneur ou de gouverneur adjoint;
- (f) Utiliser, détourner, convertir, siphonner des fonds gouvernementaux locaux ou étatiques pour élire un gouverneur, un gouverneur adjoint ou toute autre personne;
- (g) Falsification de certificats et racket (que ce soit directement connecté, lié ou tracé à l'obtention de la fonction de gouverneur ou gouverneur adjoint, le fait que la faute professionnelle ait eu lieu avant la désignation au poste n'est pas important. Une fois que la faute professionnelle pénètre la fonction, elle devient une faute professionnelle grave car cette même faute lui a permis d'accéder à la fonction. Une telle personne, selon moi, n'est pas digne pour remplir les fonctions de gouverneur ou de gouverneur adjoint. Cela revient tout simplement à dire qu'un gouverneur ou un gouverneur adjoint qui est impliqué en faux et racket durant son mandat a commis une faute professionnelle grave. Destituer un gouverneur ou un gouverneur adjoint afin d'accomplir un objectif politique ou une vengeance organisée n'est pas un exercice légal ou légitime de la fonction constitutionnelle sous l'article 188 de la Chambre de l'Assemblée, et n'a rien à voir avec la faute professionnelle grave. L'article 188 ne peut pas tout simplement être invoquée parce que la Chambre n'aime pas l'apparence ou

Cour Suprême a introduit sur cette liste des questions relatives aux qualifications professionnelles, à l'âge et au sexe.⁶⁶ Par la suite, la Cour a précisé les caractéristiques psychologiques d'une personne de « toute intégrité ».⁶⁷ En formulant ces critères qui semblent être destinés à guider le processus de contrôle, la Cour Suprême a mis en doute le statut du pouvoir législatif comme branche coordonnée du gouvernement. Elle s'est égarée dans l'enclos de la branche législative de par sa conviction en l'incompétence législative.

Comme s'il était déterminé à démolir la doctrine de la question politique, le juge Niki Tobi a présidé et lu le jugement final de la Cour Suprême du Nigeria dans *Ararume*.⁶⁸ Le procès *Ararume* établi que le Parti Démocratique des Peuples (PDP) ne s'était pas conformé à l'article 34(2) de la loi électorale de 2006 qui exige des partis désirant substituer ses candidats de présenter des raisons convaincantes et vérifiables. Le PDP avait substitué le nom du sénateur Ifeanyi Ararume à celui de l'ingénieur Charles Ugwu pour les élections au rang de gouverneur de l'État d'Imo. La Cour a établi deux distinctions entre *Ararume* et *Onuoha*. Tout d'abord, le premier traitait de l'interprétation de la loi électorale de 2006 alors que le dernier traitait de la loi électorale de 1982.⁶⁹ Ensuite, la loi de 1982 ne

l'attitude du gouverneur ou du gouverneur adjoint lors d'une situation précise ou encore parce que le gouverneur ou le gouverneur adjoint a refusé de répondre avec un sourire bon enfant à la législature de la Chambre ou lors d'une visite de courtoisie au titulaire du poste.

⁶⁶ A 81-82. Le paragraphe mentionne seulement l'intégrité des personnes, il ne mentionne pas la vocation professionnelle, l'âge, le sexe et le reste. A mon avis, aucune profession ne disqualifie une personne à devenir membre de la commission. Cependant étant donné que le processus d'enquête selon la Constitution traitera en grande partie d'affaires de loi, il me semble qu'une personne de droit, soit un juge ou un avocat à la retraite ou encore un avocat à la Cour Suprême, préférablement ayant le statut de senior au barreau du Nigeria devrait être nommé président. Les autres groupes professionnels qui devraient faire partie de la commission dépendront largement des allégations faites contre le gouverneur ou le gouverneur adjoint. Donc une recommandation de confort ne sera pas faite. Il faut cependant faire remarquer qu'une allégation impliquant des affaires fiscales ou des falsifications de comptes bancaires ou de chiffres exigera certainement l'expertise d'un comptable. Je pense que je peux m'arrêter ici en ce qui concerne ce point contentieux. Bien qu'il n'y ait pas de restriction d'âge, le juge suprême se tournera certainement vers de adultes. Les jeunes seront utiles si le gouverneur ou le gouverneur adjoint est lui-même jeune. Le sexe est la question la plus délicate dans la société nigérienne contemporaine. Bien que la Constitution ne fournisse aucune directive concernant la représentation homme/femme au sein de la commission, cette question ne sera pas déplacée si le juge en tient compte lors de la Constitution de la commission. Je ne veux pas paraître dogmatique dans cette question relativement délicate dans notre société contemporaine. Le juge suprême est un homme de loi et de bon jugement et on devrait se fier aux décisions qu'il prend avec un regard égalitaire.

⁶⁷ Affaire *Ararume* (n 2 ci-dessus).

⁶⁸ Comme ci-dessus.

⁶⁹ Tobi JSC dans l'affaire *Ararume* (n 2 ci-dessus) 451: « Alors que *Onuoha* fut décidé durant un précédent acte électoral ... ce qui impliquait dans cet appel est l'acte électoral de 2006 ».

contenait pas de disposition équivalente à la disposition litigieuse de la loi de 2006. De plus, l'article 2 de la Constitution du PDP a expressément déclaré que le parti était soumis aux clauses de la Constitution du Nigeria (1999) et qu'il n'existait pas d'équivalence à l'article 2 dans la Constitution du Parti des Peuples Nigériens, le parti politique cité dans l'affaire *Onuoha*. En dépit de ces différences et du fait que le nom du sénateur Ifeanyi Ararume ait été soumis à Commission électorale nationale indépendante (INEC) avant la substitution, les faits dans les deux cas sont similaires et je dirais même indistincts, surtout quand le nom du candidat victorieux lors des primaires a été changé par leur parti dans chaque cas.

C'est une similarité importante qui a assuré que d'un seul coup la Cour déclara qu'elle n'appliquerait pas ni ne rejeterait le cas *Onuoha* et dans la foulée, elle réfuta la pierre angulaire de l'affaire *Onuoha*. Par exemple, la défense au nom des répondants a demandé de manière rhétorique comment est-ce que l'INEC pouvait vérifier la revendication d'un parti politique selon laquelle un candidat qui gagne les primaires ne peut pas gagner une élection. En réponse, Tobi JSC déclara que la dispute était en totale contradiction avec les exigences des primaires dans la Constitution du PDP et les directives électorales pour les primaires de 2006 pour le PDP,⁷⁰ qui avaient été élaborées comme directives pour ces élections. Certains membres du procès *Ararume* furent encore plus directs dans leur refus de suivre le cas *Onuoha*. Par exemple, Oguntade JSC dit:

Mon humble opinion sur la décision prise dans *Onuoha v Okafor ...* est qu'elle a cessé d'être une torche dans la perspective de l'état présent de notre vie politique. Je n'ai aucun doute que le raisonnement dans ce cas a été utile au moment où la décision a été prise. Il me semble cependant, qu'étant donné les faits actuels de la scène politique, il est nécessaire de réviser cette décision (sic) ou en quelque sorte de la modifier. Si les partis politiques dans leur sagesse avaient inclus dans leur constitution que leurs candidats électoraux se distingueraient à partir des primaires, il serait inacceptable que le tribunal se détourne de ses devoirs qui sont de renforcer la conformité à la constitution des partis ... Un observateur de la scène politique nigérienne actuelle découvre facilement que les échecs des partis à assurer une démocratie interne au parti et à respecter les dispositions de leurs constitutions concernant l'émergence des candidats en vue des élections est une des causes majeures des sérieux problèmes freinant la mise en place d'un gouvernement représentatif dans ce pays.⁷¹

⁷⁰ Le concept des élections primaires pour les parties politiques nigériens est la sélection des candidats du parti. Il suit le principe que le premier arrivé est le gagnant.

Le problème dans *Ararume* était la nécessité d'avoir « des raisons convaincantes et vérifiables ». La Cour Suprême jugea qu'un parti politique qui dit avoir agit par « erreur » n'avait pas une raison convaincante et vérifiable au sens de l'article 34(2) de la loi électorale de 2006. Bien que la Cour réalise la difficulté d'expliquer «convaincant» et «vérifiable», elle définit ces deux termes. Tobi JSC définit convaincant comme « puissant, concluant »,⁷² « fortement et clairement exprimé d'une manière qui influence ce que les gens pensent »⁷³ et capable de « persuader ou de créer une croyance ».⁷⁴ Oguntade JSC a défini les termes comme « une raison démontrant elle-même la vérité et qui peut être vérifiée et considérée comme vraie ».⁷⁵ Muhammad JSC déclara que les termes « convaincant » et « vérifiable » veulent dire que

les raisons devant être présentées par un parti politique à l'INEC avant que celui-ci puisse effectuer une substitution doivent être réelles, convaincante, concluantes et persuasives. Elles ne doivent pas être légères ou évidentes.⁷⁶

Ces dicta ont mené à la conclusion que le tribunal effectuera une évaluation objective de ou des raisons et qu'il ne se reposera pas seulement ou entièrement sur les assertions du parti politique. Par exemple, il peut s'avérer difficile pour un parti d'affirmer avec succès que le candidat désigné ne gagnera pas les élections. Si l'on considère le test *Ararume*, les tribunaux demanderont davantage de détails ou d'explication. Ceci pourrait expliquer la raison pour laquelle la Cour a rejeté la simple revendication à l'« erreur » dans *Ararume*. En fait, la Cour est parvenu à prouver qu'il n'y avait pas d'erreur étant donné que le candidat était le quatrième candidat pour les primaires. Oguntade JSC a exprimé ce point clairement:

Etant donné que le deuxième défendeur a remporté 36 votes contre le plaignant qui en a remporté 2,061 lors du troisième primaire des défendants, comment est-ce que la raison présentée par le 3ième

⁷¹ l'affaire *Ararume* (n 2 ci-dessus) 461; aussi Muhammed JSC à 497 où il a été déclaré qu'il semble que (i) le législateur a trouvé des défaillances ou des lacunes dans les dispositions de l'article 83(2) de la loi électorale de 1982 selon laquelle l'affaire *Onuoha v Okafor ...* et l'article 23 de la loi électorale de 2003 selon lequel *Dalhatu v Turaki ...* furent respectivement décidés. Ces articles dans les lois électorales de 1982 et de 2002 ont laissé la question de la substitution des candidats entièrement dans les mains des partis politiques sans entraver leurs décisions. Mais quand le législateur a réalisé que les partis politiques abusaient en toute liberté de leurs pouvoirs de « faire » et « défaire » des candidats possibles en vue des fonctions politiques à pouvoir lors des élections, il fut alors décidé de redéfinir les dispositions traitant de la substitution des candidats aux fonctions électives.

⁷² Affaire *Ararume* (n 2 ci-dessus) 440.

⁷³ Comme ci-dessus, 440- 441.

⁷⁴ Comme ci-dessus 441.

⁷⁵ Comme ci-dessus, 465.

⁷⁶ Comme ci-dessus, 512.

défendant comme « erreur » peut être qualifiée de « raison convaincante et vérifiable ». A mon avis, la raison avancée pour la substitution par le troisième défendant est si fautive et évidente qu'elle mérite d'être totalement ignorée.⁷⁷

Il est tentant d'assumer que la substitution avec le deuxième candidat durant les primaires puisse être qualifiée de « convaincante et vérifiable ». Il semble cependant que la Cour demandera des détails sur cette substitution. Alors que les motifs de décès, retrait du candidat désigné ou son inhabilité à remplir les conditions générales telles qu'elles sont énoncées dans les articles 66, 107, 137 et 182 de la Constitution de 1999 semblent suffisantes, il est difficile d'imaginer les raisons qu'un parti politique pourrait donner et qui répondraient à ces critères surtout si le parti politique compte sur son jugement. Une évaluation objective de la Cour lui octroie un large pouvoir de discrétion pour décider de ce qui est « convaincant et vérifiable ». Cette évaluation objective apparaît clairement dans l'affaire *Amaechi v Independent National Electoral Commission*,⁷⁸ dont les faits sont similaires à l'affaire *Ararume*.

Dans l'affaire *Amaechi* la Cour Suprême a conservé la même interprétation c'est-à-dire que « l'erreur » n'est pas une raison convaincante et vérifiable si on se réfère à la manière dont elle est énoncée dans l'article 34(2) de loi électorale de 2006. L'appelant dans *Amaechi* avait gagné les élections au poste de gouverneur mais sa candidature fut par la suite substituée à celle d'un candidat qui n'avait pas participé aux primaires. Le parti déclara que la substitution eut lieu car la candidature de l'appelant avait été une « erreur ». Oguntade JSC qui rendit le jugement final de la Cour, fit le commentaire suivant:

La question qui se pose est: quelle « erreur » fut possible pour qu'un non candidat aux primaires du PDP soit désigné comme candidat du PDP au lieu des huit candidats qui ont participé et parmi lesquels Amaechi est sorti vainqueur? Il semble évident que les raisons avancées par le PDP pour la substitution de Omehia à Amaech étaient (sic) de toute évidence fausses et certainement invérifiables.⁷⁹

Il est clair que la question de la substitution des candidats a glissé de l'emprise exclusive des partis politiques vers le contrôle de la Commission électorale et finalement vers les tribunaux. La Cour Suprême aurait-elle dû conserver la même position que celle adoptée dans *Onuoha* ? En déclarant que les deux cas sont différents, il semble

⁷⁷ Comme ci-dessus 465.

⁷⁸ *Amaechi v Independent National Electoral Commission* non reporté, compte-rendu no. SC/252/2007. Par la suite *Amaechi*. Le jugement du tribunal fut rendu le 25-10-2007. Les raisons pour le verdict du tribunal furent données le 18 Janvier 2008 et furent publiées dans *The Beam* le 22-28 Janvier 2008, 8.

⁷⁹ Comme ci-dessus.

que la Cour se soit tournée vers le moule réglementaire de la loi électorale de 2006 plutôt que de considérer la Constitution de 1999 comme son autorité. Aux yeux de la Cour, il s'agissait tout simplement d'un cas d'interprétation légale. Mais remarquons que ce fut aussi le cas dans l'affaire *Onuoha* où en l'absence de toute exclusion légale ou constitutionnelle, la Cour Suprême décida de ne pas intervenir dans la question des parrainages des partis. Puis la Cour se référa à la Constitution de 1979 et l'article 83 de la loi électorale) de 1982 qui accordèrent aux partis politiques le droit de décider lequel des deux ou plus candidats en compétition ils désigneraient et qu'elle n'interviendrait pas dans le choix du parti. Cette décision peut aussi être révisée tout comme la conformité aux « raisons convaincantes et vérifiables ».

Le cas *Ararume* ne devrait pas nous surprendre. Après *Inakoju*, il devint apparent que les tribunaux étaient moins enclins à refuser le contrôle des affaires qui apparemment exigeraient aussi une forme d'interprétation. La réaction du PDP à l'affaire *Ararume* fut de destituer le Sénateur Ifeanyi Ararume, d'annuler sa candidature au poste de gouverneur⁸⁰ et de désigner un autre candidat.⁸¹ Ceci peut être considéré soit comme un affront à la règle de droit soit comme une confirmation des difficultés inhérentes de l'implication judiciaire dans la sélection du candidat d'un parti politique. Cette dernière explication semble plus plausible étant donné que le parti était déterminé à résister aux interférences dans ses affaires internes surtout en sachant que la Constitution de 1999 permet aux partis de présenter aux élections seulement des candidats désignés.⁸² N'est-ce pas ce que le tribunal de *Onuoha* cherchait à éviter? Le tribunal n'a-t-il pas prévenu qu'interférer dans de telles affaires serait équivalent à « projeter ou propulser le tribunal dans la sphère de juridiction qui gère les partis politiques »?⁸³ D'un autre côté, il me semble qu'un parti refusant de respecter les règles de la justice naturelle, par exemple, n'est pas prêt voire capable de s'engager de manière significative dans la gouvernance. Si ce même parti corrompt son candidat lors d'une élection, alors l'électorat ne lui apportera pas son soutien car sa conduite devrait être un avertissement ce qu'il serait capable de faire quand il est au pouvoir. Sa conduite le dérobe de la légitimité qu'un parti politique doit avoir s'il veut se qualifier pour de réelles élections.

⁸⁰ *The Guardian* 11 Avril 2007, 1.

⁸¹ « How PPA captured Imo-Obasanjo » *Punch* 25 Mai 2007, 1.

⁸² En réaction à l'expulsion du chef Ararume, la commission nationale électorale indépendante a initialement déclaré qu'il ne peut pas lui-même se promouvoir lors des élections juste conclues au poste de gouverneur. Voir *The Guardian* 12 Avril 2007, 1. Finalement, il participa aux élections en tant que candidat désigné pour le parti.

⁸³ Affaire *Onuoha* (n 3 ci-dessus) 501.

Est-ce qu'un tribunal doit rester à l'écart des cas relatifs aux droits de l'homme des membres du parti ou toute autre affaire interne sous prétexte qu'il est difficile de développer des critères maitrisables? Je ne pense pas. Je m'étendrai davantage sur les critères relatifs à l'examen judiciaire dans ce domaine. Est-ce que la difficulté est liée au niveau du contrôle? Pour ce qui est du respect des droits de l'homme, les principes développés au cours de l'interprétation du droit en question peuvent être utilisés pour mesurer la conformité du parti politique. A cet égard, les questions à caractère politique délicat ne sont pas différentes des autres. Peut-être la difficulté provient des conséquences suivant les décisions. Par exemple, dans le cas *Ararume* la hiérarchie du parti n'a pas approuvé ni accepté le résultat de la décision de la Cour Suprême. Le parti autorisa son candidat à participer aux primaires. En sélectionnant un certain nombre de candidats le parti garantit de manière implicite que n'importe lequel d'entre eux pouvait être son propre candidat. C'était encore plus le cas pour le candidat qui gagna les primaires. Le mandat des membres fut mis de côté pour permettre aux dirigeants du parti de promouvoir un autre candidat. En ré instituant le candidat, on peut tout aussi bien dire que le tribunal confirmait le mandat associé aux membres du parti. Voici donc un des plus importants objectifs du contrôle juridictionnel dans ce domaine car il permet à certains segments du parti d'exprimer ses inquiétudes. Si ce n'était pas le cas et si les mécanismes internes du parti étaient les seules options pour recours, les membres ordinaires du parti n'auraient aucune réelle option. C'est d'autant plus le cas pour les partis politiques nigériens où la désignation des candidats semble être l'ordre du jour. Dans un pays où la hiérarchie des partis reflète souvent l'émergence d'une ethnie ou d'une certaine classe financière particulière, il est impensable de croire que les litiges puissent être réglés de manière interne, car les soumettre à une hiérarchie qui est au cœur de ce conflit c'est établir son hégémonie.

Le cas *Ararume* représente une forte tendance au contrôle juridictionnel des activités des partis politiques. Elle semble en accord avec la tendance visible dans le système judiciaire nigérian de refuser de déférer les décisions à la branche exécutive lorsqu'il s'agit d'affaires politiques. En dépit des cas précédents dans la décision du pouvoir exécutif concernant les critères des candidats des partis politiques, la Cour Suprême du Nigeria a démuné l'INEC d'importantes prérogatives dans le domaine de l'éligibilité à participer aux élections. Dans *Action Congress v Independent National Electoral Commission*⁸⁴ les plaignants/défendeurs) cherchaient entre autres à obtenir une déclaration stipulant que le pouvoir de disqualifier tout

⁸⁴ *Action Congress v Independent National Electoral Commission* (2007) 12 NWLR (Pt. 1048) 222.

candidat désigné par un parti politique est exclusivement du ressort du tribunal selon l'article 32(5) de la loi électorale de 2006.⁸⁵ Le jugement de la Cour Suprême fédérale selon lequel, seuls les tribunaux avaient l'autorité de disqualifier des candidats a été rejeté par la Cour d'Appel. La Cour d'Appel a maintenu que le devoir et l'autorité de l'INEC conformément à l'article 15 du troisième programme de la Constitution de 1999 d' « organiser, de se charger et de superviser toutes les élections » permet à la commission électorale d'assurer la conformité aux dispositions de l'article 137 de la Constitution décrivant les qualifications des candidats aux élections. Ce pouvoir inclut l'autorité non seulement de passer en revue les candidats désignés par les partis politiques, mais aussi d'éliminer le nom de tout candidat qui ne répond pas aux critères énoncés par la Constitution sans qu'il soit nécessaire d'entamer des poursuites.⁸⁶ La Cour a de plus décidé que le pouvoir accordé au tribunal de loi par l'article 32(5) de la loi électorale permet à toute personne d'y déposer une plainte à la lecture de l'affidavit accompagnant le certificat de conformité constitutionnelle. Par conséquent, la Cour a jugé qu'il serait absurde pour la commission de se présenter devant les tribunaux pour faire une demande de déclaration avant d'examiner les informations fournies à cet effet. La décision de la Cour d'Appel semble être digne de soutien dans la mesure où la commission électorale n'a pas recherché le droit exclusif de passer en revue les candidats. Il semble bien plus logique que la commission électorale remplisse ses fonctions et que celles-ci soient contrôlées par la Cour. Cependant, l'approche de la Cour d'Appel n'a pas été bien reçue par la Cour Suprême qui a rejeté sa décision. La Cour Suprême a jugé que l'INEC n'avait pas l'autorité suffisante pour disqualifier un candidat qui lui a été présenté par un parti politique sans une ordonnance valide de la Cour. Rejeter le jugement de la Cour

⁸⁵ L'article 32 de l'acte électoral de 2006 stipule que

(1) Tout parti politique soumettra dans une période de 120 jours avant la date arrêtée pour les élections générales suivant les clauses de cet acte soumis à la Constitution et selon les formulaires prescrits, la liste des candidats que le parti envisage de présenter aux élections.

(2) La liste sera accompagnée d'un affidavit auquel chaque candidat aura prêté serment devant la Cour Suprême, indiquant qu'il a rempli toutes les conditions constitutionnelles en vue des élections à ce poste.

(3) La commission publiera dans les 7 jours à partir de la réception des renseignements personnels du candidat, ce même document dans la circonscription où le candidat a l'intention de se présenter.

(4) Toute personne ayant des doutes raisonnables sur la véracité des informations fournies par le candidat, peut déposer une plainte auprès de la Cour Suprême ou de la Cour Suprême fédérale contre cette personne pour obtenir une déclaration selon laquelle les informations contenues dans cet affidavit sont fausses.

(5) Si la Cour détermine que les informations contenues dans cet affidavit sont fausses, la Cour publiera une ordonnance disqualifiant le candidat des élections.

(6) Un parti politique soumettant à la Cour le nom d'un candidat qui n'a pas rempli les conditions stipulées dans cette section, commet une infraction et est passible d'une amende d'un montant pouvant s'élever jusqu'à N500.000.00.

⁸⁶ La Cour d'Appel s'est basée sur l'affaire *Ajadi v Ajibola* (2004) 16 NWLR (Pt. 898) 16.

d'Appel a pour effet de démunir la commission électorale de toute réelle autorité. Il faut rappeler que l'INEC avait été impliquée dans de sérieux litiges avec de nombreux candidats de l'opposition qu'elle avait disqualifiés lors des élections de 2007. Ces candidats ont accusé la commission électorale d'être un instrument du parti dirigeant et ont affirmé que leur disqualification était politique. Parmi ces candidats se trouvait le vice-président du Nigeria, Alhaji Atiku Abubakar qui s'était querellé avec Président Olusegun Obasanjo allant jusqu'à démissionner du parti pour lequel ils avaient gagné les élections présidentielles.⁸⁷ En remplissant des fonctions qui normalement appartiennent au pouvoir exécutif, dû à un manque apparent de confiance en la crédibilité de la commission électorale, la Cour suprême a refusé de s'incliner devant la décision de la commission électorale et s'est assurée ainsi que les partis politiques avaient la possibilité de désigner leurs candidats dans la poursuite de leur prérogative d'association.

4 La question de la doctrine politique et l'interprétation constitutionnelle au Nigeria

L'argument dans cette section est basé sur les positions de la Cour Suprême dans l'affaire *Inakoju* selon lesquelles la doctrine de la question politique en est « à son stage embryonnaire au Nigeria. Ne la poussez pas trop fort pour éviter la possibilité d'un enfant mort-né ». ⁸⁸ Il est nécessaire d'envisager avec prudence si la doctrine est morte, mourante ou toujours en vie. Il est peut-être encore trop tôt pour prendre position. La conception constitutionnelle et le jugement rendent peut-être inévitable le fait que la doctrine et autres restent pertinentes ou non selon les différentes époques de l'histoire judiciaire d'un pays. ⁸⁹ Ce point de vue s'aligne sur l'opinion de la Cour qui considère que la conformité en termes de procédure avec l'article 188 de la Constitution de 1999 devrait exclure la jurisprudence de la Cour. Sur ce point la doctrine reste forte puisque finalement l'engagement textuel accordant à l'organe législatif le dernier mot est respecté. Mais, comme je l'ai déjà dit dans la section précédente, une révision soumise aux critères énoncés dans l'affaire *Inakoju* est

⁸⁷ La Cour Suprême du Nigeria a déclaré que le président en fonction doit plaider allégeance à son pays et non au parti politique qui l'a mis au pouvoir. Donc il n'est pas démis de ses fonctions s'il rejoint les rangs d'un autre parti politique étant donné que la Constitution de 1999 n'envisage la destitution qu'en cas de mise en cause. voir *Attorney-General of the Federation v Abubakar Atiku* (2007) All FWLR (Pt 375) 405.

⁸⁸ Affaire *Inakoju* (n 1 ci-dessus) 91.

⁸⁹ C'est la situation actuelle aux Etats-Unis où la doctrine a joui d'une prééminence mélangée. Par conséquent même après le procès *Bush v Gore* (n 12 ci-dessus) il serait précipité de déclarer la disparition de la doctrine. Voir JH Choper «The political question doctrine: Suggested criteria » (2005) 54 *Duke Law Journal* 1457.

essentielle et débouchera probablement sur le possible rejet de la procédure de mise en accusation. Si tel est le cas, la doctrine peut être considérée comme menacé au Nigeria, du moins en ce qui concerne les procédures de mise en accusation.

La direction que la Cour Suprême sera bientôt confirmée quand elle décidera du bien fondé des cas de mise en accusation qui lui sont présentés. L'examen de conformité constitutionnelle en particulier sur la récente mise en accusation de M. Femi Pedro, ancien gouverneur adjoint de l'État de Lagos⁹⁰ peut fournir une telle opportunité. Il semble que la Chambre des Représentants de l'État de Lagos ait continué les procédures dans l'esprit que les conditions de procédure de l'article 188 étaient adéquates et non les critères mis en place par le procès *Inakoju*. Dans un développement similaire, on peut demander à la Cour d'en arriver à une décision sur le bien fondé du rejet des procédures de mise en accusation.⁹¹ Clairement si l'engagement textuel d'irrévocabilité de l'organe législatif est soutenu par la Cour Suprême, il est probable que l'organe législatif soit tentée de rejeter elle-même les procédures de mise en accusation étant donné que sa décision ne sera pas remis en cause

Un autre point critique qui souligne que le débat sur la doctrine de la question politique est toujours pertinente est le fait que dans d'autres domaines de sa compétence, la Cour Suprême nigériane a refusé sans justification constitutionnelle ou statutaire de se livrer au contrôle juridictionnel pour ce qui peut être au mieux décrit comme l'absence ou la difficulté de développer des critères gérables pour l'action judiciaire. Par exemple dans deux cas récents, *Esiaga v University of Calabar*⁹² et *Magit v University of Agriculture Makurdi*⁹³ la Cour a déclaré qu'elle ne se livrerait pas à un contrôle des litiges académiques se rapportant aux notes des examens et aux remises de diplômes. Dans l'affaire *Esiaga*, la Cour a déclaré que:

Une université est une institution qui accorde des diplômes mais qui ne peut ... ni déléguer sa prérogative d'attribution de diplômes ni être bousculée et forcée à remettre ces diplômes quand elle ne le juge pas nécessaire. Si un tribunal s'appuyait sur son autorité magistrale pour

⁹⁰ Voir « Lagos Assembly Impeaches Pedro » *The Guardian* 11 Mai 2007, 1. Une dimension intéressante dans cette affaire est que le gouverneur adjoint a démissionné de ses fonctions avant que la Chambre des Représentants ne le mette en cause.

⁹¹ Un nombre de rejet de cas de mises en cause ont été acceptées par les Chambres des Représentants de l'Assemblée durant la quatrième république. Le cas le plus marquant fut celui de Dr Oley, à l'époque gouverneur adjoint de l'état d'Anambra. Récemment la Chambre des Représentants de l'état de Ekiti a révoqué un certain nombre de mises en cause dont celles des deux gouverneurs adjoints à savoir Mme Abiodun Olujinmi et M. Abiodun Aluko. Voir « Ekiti Assembly Reverses Olujinmi's Impeachment » *The Guardian* 27 Mai 2007, 1.

⁹² *Esiaga v University of Calabar* (2004) All FWLR (Pt. 206) 381.

⁹³ *Magit v University of Agriculture Makurdi* (2006) All FWLR (Pt. 298) 1313.

contraindre une université à décerner un diplôme particulier, cela signifierait en fait que le tribunal s'est lui-même doté de l'autorité nécessaire pour vraiment pouvoir apprécier les nuances qui sont prises en considération lors de la distribution des diplômes universitaires ... Une université est un lieu d'apprentissage et de recherches. Je serai très concerné et inquiet le jour où la Cour s'immergera elle-même dans la masse des questions académiques alors que c'est un domaine dans lequel elle n'a aucune capacité de compréhension. Il serait alarmant effectivement pour un tribunal digne de ce nom de chercher à savoir pourquoi une université a refusé de décerner un diplôme à un étudiant particulier ... C'est à mon avis le droit incontesté de l'université de décerner ou de différer la récompense d'un diplôme et le tribunal n'a pas à questionner ses motifs et surtout pas l'obliger à décerner un diplôme alors que l'université a décidé que le bénéficiaire n'est pas habilité à le recevoir ... Elle seule détient l'autorité de décider si un travail particulier est au-dessous de la norme ou pas ... Est-ce que le tribunal va remplacer ses critères à ceux de l'université? Je ne le pense pas.⁹⁴

La décision de la Cour dans les affaires *Esiaga* et *Magit* trouve des échos dans l'affaire *Onuoha*. Dans une certaine mesure, on peut faire valoir que la Cour peut considérer les affaires pour reconnaître ses limitations dans l'exercice de son contrôle comme elle l'a fait dans la sphère scolaire. Dans la sphère religieuse il existe suffisamment de *dicta* pour conclure qu'il s'agit d'un domaine dans lequel la Cour n'exercera pas son contrôle.⁹⁵

A moins que la Cour Suprême nigérienne ne subisse aucune pression, il est important de faire remarquer que la fidélité à la conception constitutionnelle qui fait partie de la fondation de sa suprématie risque d'entraver ses pouvoirs de contrôle. Même si la jurisprudence est sommaire et que le litige ne soit pas bien débattu et discuté, il est facile de voir que la Cour doit être prudente dans ces interventions alors qu'un pouvoir discrétionnaire considérable touchant à la politique est réservée au pouvoir exécutif et au pouvoir législatif. Dans de tels cas, la Cour fait bien de s'incliner devant les décisions prises par les divisions coordonnées.⁹⁶ Un bon exemple est celui où les tribunaux se sont inclinés devant la décision du procureur général d'un état qui avait l'autorité de suspendre les poursuites

⁹⁴ Affaire *Esiaga* (n 92 ci-dessus) 1344, aussi (n 91 ci-dessus); mon emphase.

⁹⁵ Voir par exemple, *Shodeinde & Others v Registered Trustees of the Ahmadiyya Movement-In-Islam* (1983) 2 SCNLR 284, 323 quand le tribunal a déclaré que « les questions de foi sont rarement de la compétence des tribunaux ».

⁹⁶ La déférence est un élément essentiel de la pression prudente de la doctrine sur les questions politiques aux Etats-Unis. Voir par exemple «The Supreme Court, 1960 Term Foreword: The passive virtues » (1961) 75 *Harvard Law Rev* 40 and L Henkin « Is there a political question doctrine? » (1976) 85 *Yale Law Journal* 597.

criminelles.⁹⁷ Dans *l'État v Ilori*,⁹⁸ Eso JSC lors de son interprétation de l'article 191(3) de la Constitution de 1979, qui est semblable à l'article 211(3) de la Constitution de 1999, a estimé que la décision « de l'intérêt public, de l'intérêt de la justice et la nécessité de prévenir les processus juridiques abusifs » repose sur le pouvoir discrétionnaire unique et finale du procureur général. Il a dit:

L'appelant a maintes fois ressassé la possibilité d'abus de ses pouvoirs par un procureur général à qui est accordé l'opportunité de décision discrétionnaire absolue. J'ai déjà fait remarqué que la sanction réside dans la réaction de la personne qui l'a désigné mais aussi dans l'opinion public ... Sa solution n'est pas de demander au tribunal de mettre en question ou de réviser l'autorité du procureur général.⁹⁹

Un autre cas est la désignation des ministres par le président.¹⁰⁰ Bien qu'un certain nombre de conditions pour la désignation soient vérifiables tels que de remplir les conditions nécessaires pour pouvoir se présenter à certaines élections telles que celle désignant les membres de la Chambre des députés et le fait que le président devrait nommer au moins un ministre de chaque état de la fédération, la Cour

⁹⁷ L'article 211 de la Constitution de 1999 prévoit que:

(1) Le procureur général d'un état aura le pouvoir de :

(a) d'instituer et d'entreprendre des procédures criminelles contre toute personne auprès de tout tribunal du Nigeria à l'exception de la cour martiale pour délit créée par ou selon les lois de la Chambre des Représentants.

(b) de reprendre et de poursuivre des procédures criminelles qui ont été instituées par une autre autorité ou personne ;

(c) d'abandonner à tout moment avant que le verdict ne soit prononcé, toutes procédures criminelles qui ont été instituées par lui ou par toute autre autorité ou toute autre personne.

(2) Les pouvoirs conférés au procureur général d'un état selon le paragraphe 1 de cet article peuvent être exercé par lui ou par les substituts de son département.

(3) Dans l'exercice de ses pouvoirs selon cet article, le procureur général d'un état prendra en considération l'intérêt public, l'intérêt de la justice et le besoin de prévenir les procédures juridiques abusives.

⁹⁸ *State v Ilori* (1983) 1 SCNLR 94.

⁹⁹ Comme ci-dessus, 111.

¹⁰⁰ Ceci est prévu par l'article 147 de la Constitution de 1999 qui énonce que:

(1) Le président créera des postes de ministres gouvernementaux fédéraux.

(2) Toute désignation au poste de ministre du gouvernement fédéral, si cette nomination est confirmée par le Sénat, sera faite par le président.

(3) Toute désignation selon le paragraphe (2) de cet article par le président sera en conformité avec les clauses de l'article 14(3) de cette Constitution: sous condition que les clauses mentionnées ci-dessus soient appliquées, le président désignera au moins un ministre de chaque état, qui sera lui-même originaire de cet état.

(4) Lorsqu'un membre d'une Chambre des Représentants de l'Assemblée sera désigné à la fonction de ministre gouvernemental, il devra avoir démissionné de son mandat à l'Assemblée Nationale ou de la Chambre des Représentants avant de prêter son serment de ministre.

(5) Aucune personne ne sera nommée ministre du gouvernement fédéral à moins qu'il ne soit qualifié pour les élections en tant que membre de la Chambre des Représentants.

(6) En cas de non réponse au Sénat dans un délai de vingt-et-un jours ouvrables à la nomination par le Sénat aux postes mentionnées ci-dessus, celle-ci sera abandonnée.

devrait être réticente en choisissant un des nombreux candidats sélectionnés. Alors que l'organe législatif peut refuser d'accepter un candidat pour des raisons politiques, il serait prudent pour un tribunal de s'abstenir de contrôler une désignation ministérielle sous prétexte qu'une section (s) particulière d'un état a monopolisé le créneau ministériel. Pourtant d'autres exemples illustrent les litiges sur lesquels la Constitution préfère garder le silence, comme par exemple le portefeuille des Affaires étrangères, responsabilité mise dans les mains du Gouvernement fédéral en vertu de l'article 26 de la partie 1 du deuxième programme de la Constitution. Sans recours aux dispositions constitutionnelles) un tribunal peut apparaître comme circonspecte dans son contrôle de la tenue du portefeuille des Affaires étrangères par le pouvoir exécutif.¹⁰¹

Certaines situations confirment que le pouvoir judiciaire nigérian, surtout la Cour Suprême, a employé un nombre de principes de justice pour éviter des questions qui peuvent avoir un caractère politique. *Adesanya v President of the Republic of Nigeria*¹⁰² illustre parfaitement la nécessité d'établir un *locus standi*. Même après la clarification des affaires suivantes du *NNPC v Fawehinmi*¹⁰³ et *Owodunni v Registered Trustees of the Celestial Church*¹⁰⁴ ce *locus standi* signifie l'exigence d'un intérêt suffisant, concept un peu plus libéral que l'intérêt personnel (évident dans *Adesanya*), ce concept présente une technique crédible permettant aux tribunaux de s'écarter des questions politiques. Le fait que de nombreux cas refusent le contrôle sur la base du manque de *locus standi* indiquent une large discrétion exercée par le tribunal dans la détermination d'intérêt suffisant.¹⁰⁵

Une autre technique employée par la Cour suprême est d'exercer sa juridiction seulement sur l'existence « d'un droit protégé par la loi ». Une fois de plus la décision d'un tribunal quant à cette exigence lui laisse une large marge de manœuvre. Dans les affaires *Attorney-General of the Federation v Attorney-General of Imo State*¹⁰⁶ et *Attorney-General Ondo State v Attorney-General of the Federation*,¹⁰⁷ où la compilation du registre des votants était sous litige, la Cour Suprême a refusé d'exercer sa compétence en raison du

¹⁰¹ Il faut savoir que le portefeuille des Affaires étrangères est de plus en plus souvent soumis à la révision des tribunaux. Voir par exemple la Cour constitutionnelle sud-africaine dans *Kaunda & Others v President of the Republic of South Africa & Others* 2005 (4) SA 235 (CC).

¹⁰² *Enwenzor v Onyejekwe Obi of Onistsha* (n 30 ci-dessus).

¹⁰³ *NNPC v Fawehinmi* (1998) 7 NWLR (Pt 559) 598.

¹⁰⁴ *Owodunni v Registered Trustees of the Celestial Church* (2000) FWLR (Pt.9) 455.

¹⁰⁵ Voir par exemple *Thomas v Olufosoye* (1986) 1 NWLR 669.

¹⁰⁶ *Attorney-General of the Federation v Attorney-General of Imo State* (1982) 12 SC 147.

¹⁰⁷ *Attorney-General Ondo State v Attorney-General of the Federation* (1983) 2 SCNLR 269.

fait que les affaires ne présentaient pas de litige à caractère juridique.

La nécessité de trouver des solutions politiques à certains problèmes même après le contrôle juridictionnel se manifeste dans le processus politique ultérieur à la décision de la Cour suprême nigérienne dans l'affaire *Attorney-General of the Federation v Attorney-General of Abia State*.¹⁰⁸ Egede montre que

immédiatement après la décision de la Cour suprême qui présentait de sérieuses implications financières défavorables à certains États) littoraux, le gouvernement fédéral s'est engagé dans ce qu'il a appelé un « solution politique » au problème.¹⁰⁹

Un comité organisé par le gouvernement fédéral a recommandé une solution qui a annulé efficacement la décision de la Cour suprême. Alors que la Cour suprême avait exigé que les ressources minérales trouvées dans les territoires marins appartenassent au gouvernement fédéral, la recommandation du comité, devenue par la suite la base d'un acte de l'Assemblée nationale¹¹⁰ fut que les ressources minérales trouvées dans les territoires marins des États littoraux étaient la propriété de l'État et non du gouvernement fédéral. Cette solution politique aurait pu avoir été atteinte plus rapidement si l'objection préliminaire selon lequel l'affaire avait des relents politiques dû à un manque de critères pour la juger efficacement, avait été soutenue par la majorité de la Cour Suprême. Il semble douteux, étant donné les décisions récentes de la Cour suprême, que les leçons tirées de ce cas aient été intériorisées. Ceci, évidemment, ne signifie pas qu'elles ne planent pas en arrière-fond comme voie crédible à suivre.

5 Remarques conclusives

Il me semble que le débat sur la doctrine de la question politique au Nigeria soit loin d'être clos. Comme je l'ai démontré ci-dessus, il est fort possible qu'en ce qui concerne le respect des procédures de mise en accusation, la doctrine soit bien vivante car les enquêtes de conformité bien agencées entraîneront les tribunaux à respecter la clause d'exclusion constitutionnelle. Cependant cette situation ne se prolongera probablement pas en ce qui concerne le contrôle

¹⁰⁸ *Attorney-General of the Federation v Attorney-General of Abia State* (n 56 ci-dessus).

¹⁰⁹ E Egede « Who owns the Nigerian Offshore Seabed: Federal or States? An examination of the *Attorney-General of the Federation v Attorney-General of Abia State & 35 Others* case » (2005) 49 *Journal of African Law* 73, 91. Voir aussi KSA Ebeku « Nigerian Supreme Court and ownership of oil » (2003) 27 *Natural Resources Forum* 291.

¹¹⁰ *The Allocation of Revenue (Abolition of Dichotomy in the Application of the Principle of Derivation) Act 2004*.

juridictionnel des activités des partis politiques. On semble réaliser que pour éviter des conflits liés aux partis politiques, le prix à payer est l'échec du projet démocratique au Nigeria.

Il est important de reconnaître un danger inhérent – que le pouvoir judiciaire peut rabaisser les autres branches gouvernementales, ignorer les impératifs de la conception constitutionnelle et la doctrine de la séparation des pouvoirs pour imposer son opinion sur les autres branches de l'État. Il est possible qu'avec un organe législatif et un cadre mieux déterminés à soutenir la Constitution, la doctrine se fortifiera et l'examen de conformité deviendra simplement une formalité ou encore disparaîtra complètement. Quelque soit le cas, il est important pour les tribunaux nigériens d'examiner une nouvelle fois si les normes d'interprétation statutaire sont appropriées à l'interprétation constitutionnelle. Il est important aussi de clarifier le statut des clauses sur les dispositions protégeant les droits fondamentaux de l'homme dans la Constitution de 1999 pour déterminer si elles s'appliquent à toutes les activités constitutionnelles ou s'il s'agit d'un leurre, car elles sont limitées par les autres parties de la Constitution.

Pour finir il vaut la peine de noter que les tendances suprématistes du pouvoir judiciaire nigérien sont encouragées par l'immense popularité dont il jouit. Le fait que les juges situent leur légitimité dans le peuple peut les rendre moins prudents, encourageant une collision frontale avec d'autres branches du gouvernement. Un certain nombre de conséquences dont l'interférence superflue dans le processus de désignation du personnel de la justice ou la diminution de la plénitude des pouvoirs judiciaires sont des réponses possibles que pourraient mettre en avant les branches coordonnées du gouvernement. Il n'y a aucun doute que par égard au système, la modération est une vertu qui doit aller de pair avec le contrôle juridictionnel illimité.

3

L'INDÉPENDANCE DU PARQUET: L'EXPÉRIENCE DU MALAWI

*Mabvuto Herbert Hara**

1 Introduction

Le parquet joue un rôle essentiel dans l'administration de la justice. La décision de poursuivre ou ne pas poursuivre implique l'exercice de la discrétion et c'est dans l'intérêt de la justice que le parquet exerce cette discrétion de manière libre, impartiale et indépendante de toute influence ou interférence. Cet article étudie l'expérience du Malawi et l'indépendance de son parquet. En toile de fond, il fournit une vue d'ensemble du concept de cette indépendance. Ensuite il examine l'expérience du Malawi du point de vue des principes fondamentaux de l'indépendance du parquet. Il retrace les origines historiques et constitutionnelles de la Constitution de 1994, avant de se pencher sur la question relative à l'indépendance du parquet conformément à cette Constitution. Il étudie les structures du parquet ainsi que la culture de l'Etat de droit et prend en considération leurs rapports sur l'indépendance du parquet.

2 L'indépendance du parquet - vue d'ensemble

Il a été remarqué que pour compléter un pouvoir judiciaire indépendant, un système juridique basé sur le respect des règles de droit a besoin de procureurs fermes, indépendants et impartiaux, dont la motivation absolue est d'entamer des procédures sur tout acte criminel possible commis contre des êtres humains, même si ces actes criminels ont été commis par des personnes agissant dans le cadre de leurs fonctions.¹ Si les procureurs, tout comme les juges et les

* Malawi Law Society.

¹ *Human rights in the administration of justice: a manual on human rights for judges, prosecutors and lawyers* (2002) 116. Les droits humains dans l'administration de la justice: un manuel sur les droits humains pour les juges, les magistrats et les avocats.

avocats, ne peuvent exercer leurs missions professionnelles de manière libre, indépendante et impartiale, l'Etat de droit s'effritera inexorablement, et avec elle, la protection efficace des droits de l'individu.² Mais alors, qu'entend-t-on par « l'indépendance du parquet » ? Ce terme a été défini de la manière suivante:

En exerçant leur droit de décider de l'opportunité de poursuite, les magistrats doivent être indépendants de toute influence, pression ou persuasion de ceux qui trouvent un intérêt personnel dans le résultat de la décision. Ils doivent non seulement être indépendants des gouvernements, mais aussi des services de police, des agences d'investigation, des tribunaux et des victimes ou de leur famille. Il est aussi essentiel qu'ils soient perçus comme étant indépendants.³

Le droit de décider de l'opportunité de poursuite exercé par le procureur implique la décision d'engager ou de ne pas engager de poursuites, de faire appel, d'indemniser un témoin ou de lui donner une garantie ou une assurance et, dans certaines juridictions, de prendre des décisions conformes aux clauses statutaires spécifiques comme par exemple l'accord du directeur des poursuites publiques pour entamer des procédures. On fait communément allusion au « droit d'opportunité de poursuite ».

Il a été démontré que l'indépendance du parquet dans les prises de décision de poursuivre ou non, et lors de l'élaboration de politiques relatives aux poursuites judiciaires, est un principe constitutionnel important en Angleterre, au Pays de Galles, au Canada et, généralement dans tous les pays du Commonwealth.⁴ Déjà en 1792, le Procureur général d'Angleterre, John Scott (devenu plus tard Lord Eldon), revendiquait l'indépendance complète du procureur général dans sa décision de déclencher l'action publique. Son successeur, Charles Denman (par la suite Lord Denman) s'y opposa. Il reconnut le droit du gouvernement d'entamer des procédures. Alors, commença une controverse qui émergeait par intermittence lorsque la question se présentait dans des cas particuliers.⁵ Cette question fut soulevée dans l'affaire *Campbell*⁶ en 1924, entraînant la chute du Parti Travailleuse. En résumant brièvement les faits, le Procureur général, Patrick Hastings, autorisa les poursuites judiciaires contre JR Campbell, accusé d'avoir publié un article qui cherchait apparemment à distraire les membres des forces armées de leur fidélité à la Couronne. Quelques jours plus tard, les poursuites

² Comme ci-dessus, 117.

³ D Bugg « Responsabilité, indépendance et éthiques dans les pratiques de poursuite en justice » sur www.cdpp.gov.au/media/speeches. 6.

⁴ BA MacFarlane « *Sunlight and Disinfectants: Prosecutorial Accountability and Independence through Public Transparency* » sur <http://www.canadiancriminallaw.com/articles> 7.

⁵ Comme ci-dessus.

⁶ ECS Wade & AW Bradley *Constitutional and Administrative Law* (1985) 357 - 356.

judiciaires furent abandonnées dans des circonstances qui suggéraient une pression politique abusive exercée sur le Procureur général. Il fut remarqué que les comptes rendus des réunions du Cabinet ont noté une décision du Cabinet du 6 août 1924 selon laquelle « aucunes poursuites judiciaires publiques à caractère politique ne devraient être entamées sans le consentement préalable du Cabinet ». Ce dernier accepta aussi la ligne de conduite adoptée par le procureur général c'est-à-dire d'abandonner les poursuites judiciaires. Le fait suivant fut souligné:

Il n'y a aucun doute que la décision du Cabinet ... cherchait à affirmer le droit d'intervenir dans les décisions du parquet, droit qui était erroné, inconstitutionnel et vague.⁷

La décision fut rapidement abrogée par le Cabinet suivant. Le Premier Ministre proclama qu'une instruction du Cabinet adressée au procureur général lui ordonnant d'abandonner des poursuites judiciaires était « inconstitutionnelle, subversive à l'administration de la justice et dérogoire envers le bureau du procureur général ».⁸

En 1925, Le vicomte Simon, Procureur général de l'Angleterre fit cette déclaration:

Pour moi, le devoir du Procureur Général est le suivant : Il a le devoir de refuser absolument de recevoir des instructions du Premier ministre, ou du Cabinet et de toute autre personne qu'il doit poursuivre. Son premier devoir est de s'assurer que personne n'est poursuivi avec toute la rigueur de la loi à moins que le Procureur général, en tant que chef du paquet, ne soit satisfait que les poursuites judiciaires s'adressent bien à cette personne. Il ne devrait recevoir d'instructions de qui que ce soit.⁹

Les relations entre le procureur général et le gouvernement ainsi que le rôle légitime ou l'influence du gouvernement dans les décisions de poursuites en justice restent, au Royaume-Uni, un sujet de controverse, comme le montre la décision récente du Queens Bench dans l'affaire *Queen on the Application of Corner RE Research and Campaign Against Arms Trade v The Director of the Serious Fraud Office Office*.¹⁰ Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'en décidant de suspendre l'enquête dans une affaire de corruption, le directeur du bureau des fraudes graves s'était « plié sans trop de résistance »

⁷ Comme ci-dessus, 358.

⁸ HC. Débats (UK) Vol. 179, cols 354-5 - Dec. 11 1924 - cité par by BA Macfarlane (n 4 ci-dessus) 7-8.

⁹ J L I J Edwards *The Law Officers of the Crown* (1964) 215, 222-223 cité par BA MacFarlane (n 4 ci-dessus) 8-9.

¹⁰ [2008] EWHC 714 (Admin). Et voir « le rôle du procureur général dans les poursuites en justice peut être restreint » *The Guardian* 29 Octobre 2007 disponible sur <http://www.guardian.co.uk/uk/2007/oct/29/constitution.politics/print>.

devant une menace sur le système juridique et sur l'Etat de droit.¹¹ La Cour admit que le gouvernement avait bien précisé que la décision reposait sur le directeur mais ajouta que la manière vigoureuse utilisée par le gouvernement pour exprimer son opinion sur l'affaire n'avait pas rendu facile la tâche du directeur qui devait démontrer qu'il avait, effectivement, exercé son pouvoir discrétionnaire de façon indépendante.¹²

La proposition générale fut généralement bien acceptée au Canada en tant que convention constitutionnelle reconnue. En 1968, le juge en chef McRuer déclara:

[Le Procureur Général] « doit être responsable devant le pouvoir législatif et il est préférable qu'il assume ses responsabilités en tant que ministre de la Couronne. Toutefois, il doit par nécessité occuper une position politique différente de tous les autres ministres de la Couronne. En tant que ministre de la Reine il occupe une fonction comportant des attributs judiciaires et au sein de cette fonction, il est responsable devant la Reine et non devant le Gouvernement. C'est à lui de décider s'il est nécessaire d'entamer ou d'abandonner des poursuites judiciaires. Lors de la prise de telles décisions, il n'est pas assujéti à la juridiction du Cabinet et de telles décisions ne doivent pas être influencées par des considérations politiques. Ce sont des décisions prises en tant que ministre de la justice de la Reine, et non comme membre du gouvernement présent.¹³

En 1977, les Ministres de Justice du Commonwealth lors d'une conférence à Winnipeg, Manitoba, au Canada, ont publié un communiqué, qui, en partie et sous le titre « le rôle moderne du procureur général », déclarait:

Ces dernières années, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du Commonwealth, l'attention publique s'est fréquemment centrée sur la fonction du ministère public. Les ministres ont endossé les principes déjà observés dans leurs juridictions selon lesquels la discrétion dans ces affaires devrait aussi être appliquée en accord avec les larges considérations de l'intérêt public et sans égard aux considérations de nature politique d'un parti, restant libre de tout contrôle ou direction que ce soit. Ils ont estimé, cependant, que le maintien de ces principes reposait en fin de compte sur l'intégrité irréprochable de la personne remplissant ces fonctions quelque soit les garanties constitutionnelles précises dans l'État concerné.¹⁴

La nécessité de mettre en place des autorités judiciaires qui soient fortes, indépendantes et impartiales pour maintenir les règles de

¹¹ EWHC 171.

¹² Comme ci-dessus 167-168.

¹³ MacFarlane (n 4 ci-dessus) 8 -9.

¹⁴ Comme ci-dessus, 10.

droit et les normes relatives aux droits de l'homme a été largement approuvée en 1990, lorsque le huitième Congrès des Nations Unies sur la prévention des crimes et le traitement des contrevenants, a adopté les directives relatives au rôle des procureurs dont le but était d'assister les États membres ayant pour tâche de se mettre au service et de promouvoir l'efficacité, l'impartialité et le sens de la justice des procureurs lors des poursuites judiciaires.¹⁵

Le document fournit 24 directives couvrant les points suivants: les diplômes, la sélection et la formation, le statut et les conditions de service, la liberté d'expression et d'association, le rôle dans les poursuites judiciaires, les fonctions discrétionnaires, les alternatives aux poursuites judiciaires, les relations avec les autres agences gouvernementales ou institutions, les procédures disciplinaires et enfin la conformité aux directives. Le dernier paragraphe du préambule énonce que les directives:

doivent être respectées et retenues par les gouvernements dans le cadre de leur législation et pratique nationales et devraient être présentés aux procureurs, ainsi qu'à d'autres personnes, tels que les juges, les avocats, les membres de l'exécutif et du législatif et au public en général.

L'adoption de ces directives par les Nations Unies est très importante car elles fournissent des normes auxquelles la législation et les pratiques nationales peuvent être évaluées par rapport à l'indépendance du parquet.

La création de l'Association internationale des procureurs en juin 1995 au siège des Nations Unies à Vienne fut aussi un événement conséquent, officiellement inaugurée en septembre 1996 lors de la Réunion Générale à Budapest.¹⁶ Un des objectifs les plus importants de cette Association identifié dans sa constitution est de: promouvoir et améliorer ces normes et principes qui sont généralement reconnus mondialement comme étant essentiels aux poursuites judiciaires acceptables et exemptes de fautes.¹⁷

Le 23 avril 1999, l'Association a adopté des normes de responsabilité professionnelle et une Déclaration des fonctions et des droits essentiels des procureurs.¹⁸ Les normes traitent de points importants telle que la conduite professionnelle, l'indépendance, l'impartialité, le rôle dans les poursuites judiciaires, la coopération et le pouvoir. L'avant-propos, en partie, déclare que la Déclaration

¹⁵ <http://www.cap.nl.com/stand2.htm>.

¹⁶ <http://www.ohchr.org/english/law/prosecutors.htm>.

¹⁷ Article 2.3 de la constitution.

¹⁸ Comme ci-dessus.

sera le point de référence international pour la conduite professionnelle des procureurs individuellement et du parquet. Notre intention est qu'il ne s'agisse pas simplement d'une déclaration audacieuse, mais plutôt d'un document de travail destiné au parquet lui permettant de développer et renforcer ses propres normes.

Il est important de noter qu'au cours de ces dernières années, au niveau mondial, l'indépendance du parquet est devenue un concept qu'il faut protéger. Bien qu'il soit tout à fait acceptable de tenir compte de son importance, la question suivante se pose: comment pouvons-nous garantir cette indépendance et rassurer la communauté que le procureur opère indépendamment du gouvernement, de la police, d'organismes de régulation, des victimes et de leur famille? On a pu remarquer que

de nombreuses voies mènent à l'indépendance du parquet. Certains pays ont choisi, avec plus ou moins de succès, un modèle structurel basé sur la législation en place. Cette approche a débouché dans certains cas sur des questions concernant la responsabilité publique, quelquefois trop zélée, de la part du parquet. Finalement, chaque nation a besoin d'aborder cette question de manière appropriée au contexte de son propre cadre législatif et constitutionnel, ainsi qu'à ses traditions, ses pratiques et son système juridique.¹⁹

À ceci, on doit ajouter que seule la structure juridique d'un pays ne garantit pas cette indépendance – une culture entière de l'Etat de droit aura une forte influence sur l'indépendance du parquet. En acceptant cette nécessité d'indépendance, il faut aussi reconnaître qu'afin d'accomplir le maintien efficace des règles de droit et des normes portant sur les droits de l'Homme, le parquet doit aussi prendre ses responsabilités. Une brève incursion sur la notion de responsabilité est donc essentielle.

2.1 Responsabilité

Il a été noté que

Le niveau de responsabilité octroyé à un parquet au sein d'un système de judiciaire pénal et la continuité des libertés conférées au procureur lui permettant de maintenir cette responsabilité exige de ce procureur d'agir de façon responsable dans la manière dont il applique son droit de poursuites.²⁰

Le Procureur est responsable de ses actions devant « les parties intéressées »: les tribunaux, la communauté, les représentants

¹⁹ MacFarlane (n 4 ci-dessus) 6.

²⁰ Bugg (n 3 ci-dessus) 6.

communautaires, le Parlement, les victimes, la police et l'accusé.²¹ Chaque pays emploie des mécanismes différents pour garantir cette responsabilité. Par exemple, dans les juridictions où le procureur général est aussi une personne politique (voire un membre du gouvernement) et détient un pouvoir résiduel pour entamer des poursuites judiciaires, ou en être responsable devant le Parlement, le législateur peut faire en sorte que le directeur des poursuites publiques soit responsable de ses actions devant le Procureur Général.²² Il se peut que le directeur des poursuites publiques doive présenter au Procureur Général un rapport annuel général ou s'entretenir avec lui sur des affaires relatives à sa fonction. Le directeur peut aussi être soumis aux instructions ou aux directives du Procureur Général. Il peut être exigé que ces instructions soient rédigées et publiées dans le Journal Officiel.²³

Il doit être noté dans ce contexte que les relations entre le Procureur Général et le directeur des poursuites judiciaires publiques sont d'importance cruciale. Un rapport hostile ou méfiant est pour le moins inutile ; mais tout rapport ou entendement doit aussi être conscient de la nécessité d'éviter le risque d'être critiqué pour son « intimité politique ».²⁴

La communauté, le Parlement, la police et les victimes ont besoin de comprendre pourquoi certaines décisions ont été prises. Fournir des explications concernant une décision particulière mettra en exergue la transparence de l'exercice de la discrétion et atténuera toute plainte contre le secret. Certainement une des plus grandes innovations dans ce secteur est l'adoption des directives relatives aux poursuites pénales.²⁵

Bien que les directives des Nations Unies sur le rôle des procureurs ne reconnaissent pas de manière explicite la nécessité de la responsabilité des procureurs, elles n'exigent pas non plus que ceux-ci travaillent dans l'isolement. Ainsi la directive 20 met l'accent sur la nécessité pour le parquet et les autres institutions gouvernementales de coopérer. Elle énonce:

²¹ Comme ci-dessus et dans l'article 7 du Directeur des poursuites publiques (Commonwealth) 1983 d'Australie.

²² Article 8 de la loi sur le directeur des poursuites publiques du (Commonwealth) 1983 d'Australie; Sec 3(1) de la loi relative aux poursuites sur les actes d'infraction 1985 d'Angleterre; Sections 2, 3, 4, 5, et 20 de la loi nationale de poursuite 1998 d'Afrique du sud.

²³ Article 8 de la loi sur le directeur des poursuites publiques du (Commonwealth) 1983 Australie (n 22 ci-dessus).

²⁴ Bugg (n 3 ci-dessus) 7.

²⁵ En Australie, les directives de poursuites furent adoptées en 1989/90; voir aussi D Damian (n 3 ci-dessus) 7.

Afin de garantir l'impartialité et l'efficacité des poursuites, les procureurs doivent s'efforcer de coopérer avec la police, les tribunaux, les professions judiciaires, les défenseurs publics et autres agences gouvernementales ou institutions.²⁶

La directive 13(d) portant sur les décisions d'assignation tient compte des conditions sociales:

Dans l'exercice de leurs fonctions, les procureurs doivent tenir compte des opinions et des inquiétudes des victimes quand leurs intérêts personnels sont affectés et leur assurer qu'elles seront tenues informées de leurs droits conformément à la Déclaration des principes fondamentaux de justice pour les victimes de crimes et d'abus de pouvoir.²⁷

Les « normes de responsabilité professionnelle et la déclaration des fonctions essentielles et les droits des procureurs » adoptées par l'Association des procureurs, contiennent aussi une déclaration sur « la coopération » selon les termes suivants:

Afin de garantir l'impartialité et l'efficacité des poursuites judiciaires, les procureurs doivent: coopérer avec la police, les tribunaux, les professions judiciaires, les avocats défenseurs, les défenseurs publics et autres agences gouvernementales, que ce soit au niveau national ou international.²⁸

3 L'indépendance du parquet: l'expérience du Malawi

La Constitution actuelle de la République du Malawi a été adoptée en mai 1994. La Constitution a été rédigée dans le contexte d'une longue histoire politique et constitutionnelle. Il sera utile, donc, de fournir une brève toile de fond historique pour pouvoir comprendre l'expérience de la nation sur l'indépendance du parquet. Le Malawi était un Protectorat britannique à partir de 1891 jusqu'à ce qu'à son accession à l'indépendance en 1964. En 1966 le Malawi est devenu une république. La république a adopté un système de parti unique jusqu'en 1993 quand, lors d'un référendum, les Malawiens ont voté en faveur d'une démocratie à multi partite. Le 18 mai 1994, des élections multipartites ont eu lieu et une nouvelle constitution a été adoptée.

²⁶ Directives de l'ONU sur le rôle des procureurs.

²⁷ Comme ci-dessus.

²⁸ « Normes de responsabilités professionnelles et déclaration sur les fonctions et droits essentiels des procureurs » déclaration numéro 5 sur <http://www.iap.nl.com/stand2.htm>.

3.1 La période coloniale

Le Malawi actuel a été proclamé Protectorat britannique par le Bureau Colonial à Londres le 14 mai 1891. Entre cette date et 1907 le pays s'appelait l'Afrique Centrale britannique. Durant cette période, l'ordre constitutionnel du pays était basé sur l'Africa Order-in-Council de 1889. Cependant, le 11 août 1902, une nouvelle Constitution autonome pour l'Afrique Centrale britannique est entrée en vigueur. C'était le British Central Africa Order-in-Council de 1902 et à des fins pratiques, c'était la première constitution écrite du Malawi.²⁹ Le trait le plus important de cette constitution est qu'elle personnifiait l'essence du concept de séparation entre pouvoirs. Elle a créé, pour la première fois, « une administration » dirigée par un Commissaire et un « Court of Record » ou Court suprême.³⁰ La Cour Suprême avait « pleine juridiction », civile et criminelle, sur les personnes et sur toutes les affaires à l'intérieur du Protectorat. La Cour exercerait sa juridiction civile et pénale,

dans la mesure où les circonstances le permettent, en accord avec la substance de la loi à l'époque appliquée en Angleterre et avec les pouvoirs conférés et selon la procédure et la pratique observées par et devant les tribunaux de justice et les juges de paix en Angleterre ..., à moins que la jurisprudence n'en décide autrement.³¹

Le Secrétaire d'État ou le Commissaire, à condition de respecter les directives relatives à la fonction, détient l'autorité pour désigner des administrateurs publics. Il a le pouvoir « à condition d'avoir selon lui, des raisons suffisantes » de suspendre de ses fonctions un administrateur public.³²

Le stade suivant du développement constitutionnel du Malawi prit place en 1907 lors de l'adoption du Nyasaland Order-in-Council.³³ Conformément à cette constitution, le nom du Protectorat changea d'Afrique Centrale Britannique à « Nyasaland ». ³⁴ Le concept de la séparation des pouvoirs fut renforcé par la création d'un Conseil législatif se composant du Gouverneur et d'au moins deux autres personnes.³⁵ La fonction de cet organisme était de légiférer au nom du Protectorat. Cependant, il devait respecter toutes les conditions,

²⁹ M Chigawa « *Fundamental Values of the Malawi Constitution* » (Mars 2006) présenté lors de la conférence constitutionnelle nationale pour la révision de la Constitution du Malawi.

³⁰ Art 4 et 15 du British Central Africa Order-in-Council, 1902.

³¹ Comme ci-dessus, art 15(2).

³² Comme ci-dessus, art 10(1) et (2).

³³ Le premier et principal ordre fut adopté le 6 juillet 1907. Puis un autre, le *Nyasaland Order-in-Council* (No.2) qui fut adopté le 21 décembre 1907. Voir Chigawa (n 29 ci-dessus).

³⁴ Article 11 du Nyasaland order in Council, 1907.

³⁵ Comme ci-dessus.

les clauses et les restrictions prescrites par tout instrument régi par le Signe Manuel et le sceau de Sa Majesté. De plus, le Gouverneur eut le droit d'utiliser son droit de veto lors de la réalisation et l'approbation de telles ordonnances.³⁶ Le Gouverneur avait l'autorité de désigner des administrateurs publics qui « rempliraient leurs fonctions selon le plaisir de Sa Majesté ».³⁷

Durant cette période la législation ne fit état ni de l'indépendance du parquet ni de la sécurité relative du mandat. Cette situation était bien semblable à celle d'Angleterre et du Pays de Galles. Un directeur de poursuites publiques désigné selon les stipulations du Code de procédure pénale de 1929³⁸ était soumis à la supervision du procureur général, dont le poste n'avait pas non plus été créé dans « la Constitution ». En pratique, la majorité des cas étaient initiée par la police.³⁹

À l'exception d'amendements constitutionnels et de changements mineurs dans la représentation, l'ordre constitutionnel de 1907 resta en place jusqu'en 1953, époque où la Fédération de Rhodésie et de Nyassaland fut imposée. L'ordre fédéral fut contesté par le peuple de Nyassaland jusqu'en 1961. Durant cette année, la Conférence Constitutionnelle de « *Lancaster House* » accorda un gouvernement responsable à Nyassaland. Ceci ouvrit la voie pour un éventuel gouvernement autonome en février 1963 et pour l'indépendance vis-à-vis du Royaume-Uni le 6 juillet 1964. La situation en ce qui concerne les activités du parquet resta la même, comme sous le BOrder in Council de 1907 durant la période fédérale.

3.2 La période de 1964 - 1966

Une fois l'indépendance obtenue, une nouvelle constitution entra en vigueur (1964) et conserva les trois organes de l'État, le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. La Reine d'Angleterre resta Chef d'État mais l'organe exécutif fut dirigé par le premier ministre. Un des traits les plus importants de cette constitution fut la création d'un poste constitutionnel de directeur des poursuites publiques,⁴⁰ qui devait être une fonction publique. Le directeur se vit octroyé le pouvoir d'

institer et d'entreprendre des poursuites judiciaires contre toute personne devant un tribunal quelque'il soit, autre qu'une cour martiale,

³⁶ Comme ci-dessus.

³⁷ Comme ci-dessus.

³⁸ Le Code est substantiellement le même que le Code de procédure et preuve criminelles de 1968 en application à l'heure actuelle. Cf section 76 - 79 incluse.

³⁹ Wade & Bradley (n 6 ci-dessus) 356 - 357.

⁴⁰ Sec 70(1).

pour relancer et continuer toutes poursuites judiciaires intentées par lui-même ou bien par une autre personne et abandonner toutes procédures intentées par lui-même ou une autre personne.⁴¹

Ces pouvoirs pouvaient aussi être exercés par un substitut du directeur.⁴² Cependant, le pouvoir de relancer des procédures, ou de les abandonner, pouvait seulement être exercé par le directeur en personne.⁴³ Dans l'exercice du pouvoir conféré à sa fonction, le directeur était à tout moment soumis aux directives générales ou spécifiques du Procureur Général; dans le cas où le procureur général n'était pas ministre, alors le ministre de la justice pouvait à tout moment exiger qu'une affaire ou qu'un ensemble de cas « lui soit soumis avec pour intention d'indiquer si, en effet, les poursuites judiciaires devaient être intentées ou abandonnées ».⁴⁴

Cette clause transgressait le statut d'indépendance du directeur – le ministre exerçait la question d'opportunités c'est-à-dire de décider d'intenter ou de ne pas intenter une procédure, tâche habituellement réservée au directeur. Il est important aussi de remarquer que, bien que la Constitution ait attribué au gouverneur général⁴⁵ la prérogative de désigner ou de renvoyer le directeur, elle n'a pas défini la durée de l'assignation à la fonction ni les conditions de destitution. Ceci semble indiquer que le directeur occupait la fonction selon le bon plaisir du Procureur Général. Il a été suggéré que le manque de raisons valides pour la destitution se limitant à l'incompétence, la faute professionnelle et l'incapacité, pouvait compromettre l'indépendance du Directeur. D'un autre côté, la Constitution prescrit un très haut standard de compétences pour accéder à la fonction - les mêmes que celles qui étaient requises pour la désignation d'un juge.⁴⁶

En juillet 1965, le premier ministre annonça que le Malawi deviendrait une république en 1966.⁴⁷ Il organisa un comité constitutionnel qui proposa une ébauche de propositions pour la prochaine phase de développement constitutionnel. Ces propositions constitutionnelles furent basées sur trois considérations essentielles. La première était que selon les systèmes africains traditionnels, il était inhabituel d'avoir un dirigeant possédant des pouvoirs purement formels et cérémoniaux et un autre dirigeant détenteur de la véritable autorité exécutive. Cela se traduisait par le fait que la nouvelle constitution accorderait les pouvoirs de chef d'État et de chef de

⁴¹ Sec 70(2) (a), (b) et (c) de la Constitution de 1964.

⁴² Art 70(3) de la Constitution de 1964.

⁴³ Comme ci-dessus, art 70(4).

⁴⁴ Comme ci-dessus, art 70(6).

⁴⁵ Comme ci-dessus, art 96 (1).

⁴⁶ Comme ci-dessus, art 96 (2).

⁴⁷ Chigawa (n 29 ci-dessus).

gouvernement à la même personne. La deuxième considération était qu'un président exécutif élu renforcerait la nature démocratique et représentative du gouvernement du Malawi. La troisième concernait la nécessité d'avoir un dirigeant exécutif fort qui détiendrait de tels pouvoirs constitutionnels pour garantir l'unité. Le comité remarqua que:

Il est nécessaire dans un pays relativement peu développé et inexpérimenté dans le statut national d'établir une forme de gouvernement qui permettra le degré nécessaire d'unité, de résolution et de stabilité pour permettre l'accomplissement maximum des ressources humaines et physiques de ce pays dans une période la plus courte.⁴⁸

Le Comité recommanda par la suite que la constitution républicaine ne contienne pas de Déclaration des droits de l'homme. Il avait été remarqué que les clauses constitutionnelles sur les droits et les libertés fondamentaux avaient tendance à entraîner un conflit et une tension entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire.⁴⁹

Les ébauches de propositions à l'égard de la constitution républicaine furent présentées et adoptées par la Convention annuelle du Congrès parti du Malawi (le parti qui avait conduit la nation vers l'indépendance) en octobre 1965. Ces ébauches de proposition devinrent le cadre pour un ordre constitutionnel qui restera en place pour presque une génération à venir.⁵⁰

3.3. La période entre 1966 - 1994

Le 6 juillet 1966, une nouvelle Constitution républicaine entra en vigueur. Elle conserva les trois organes de l'État – le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. Cependant, le thème principal de cette constitution fut celui d'un pouvoir exécutif fort conféré au président. Selon les termes de la section 8(i):

Il y aura un président qui sera le chef d'État, *l'autorité exécutive suprême de la République* et le Commandant en chef des forces armées (emphase ajoutée).

Le président avait entre autres « de créer des postes pour la République, désigner des personnes à ces postes et dissoudre ces mandats ». La section 8(3) protégeait le libre cours du président selon les termes suivants:

⁴⁸ *Propositions pour la constitution républicaine du Malawi Rapport No 002 1966* cité par Chigawa (n 29 ci-dessus) 3.

⁴⁹ Chigawa ci-dessus.

⁵⁰ Comme ci-dessus.

A l'exception d'un éventuel acte de Parlement, le président jouira de sa propre discrétion dans l'exercice de ses fonctions et ne sera aucunement obligé de suivre des conseils offerts par toute autre personne.

Le rôle du Cabinet (gouvernement) fut de conseiller le président en ce qui concerne les politiques gouvernementales et les autres affaires que le président leur adressa. Le président était libre de s'octroyer certaines responsabilités pour quelques affaires que ce soit, incluant l'administration d'un portfolio gouvernemental.⁵¹ La concentration de pouvoirs dans la personne du président était en pratique soulignée par le fait que la Constitution déclarait que le chef d'État serait président à vie.⁵²

La constitution conserva le poste de directeur des poursuites publiques.⁵³ Les clauses de la constitution relatives à la désignation et aux pouvoirs du directeur⁵⁴ et à l'autorité du Procureur Général et du ministre de la justice à l'égard du directeur,⁵⁵ étaient exactement dans les mêmes termes que celles de la constitution de 1964.

Le pouvoir de désigner et de limoger le directeur fut confié au président.⁵⁶ La clause se rapportant aux qualifications requises pour cette fonction fut identique à celle de la constitution de 1964.⁵⁷ La constitution de 1966, comme celle de 1964, ne fournit aucune précision concernant le limogeage du directeur. Ici encore, il peut être argué qu'en omettant de fournir des détails sur la destitution du directeur et ses raisons, la constitution ne garantit pas l'indépendance du directeur, surtout par rapport à un président exécutif en place conformément à une constitution qui lui remettait tous les pouvoirs.⁵⁸ La fonction du directeur perdit encore plus de son indépendance par la clause constitutionnelle qui permit au président de s'octroyer la responsabilité de tout portefeuille gouvernemental.⁵⁹ Le président s'octroyait selon son gré le portefeuille de la justice et utilisait cette fonction en tant que telle pour introduire au Parlement une législation limitant la discrétion du parquet. Cette situation, comme le montreront les événements, compromit sérieusement l'indépendance du directeur du ministère public.

Les tribunaux du Malawi opérèrent alors sous un double réseau c'est-à-dire la Cour suprême et les systèmes établis par les tribunaux de justice coutumière, chacun ayant sa propre hiérarchie d'appels

⁵¹ Art 54 de la constitution de 1966 du Malawi.

⁵² Art 9.

⁵³ Art 58(1).

⁵⁴ Art 58.

⁵⁵ Art 58(6) de la constitution de 1966.

⁵⁶ Comme ci-dessus art 88(1).

⁵⁷ Comme ci-dessus art 88(2) comme ci-dessus.

⁵⁸ Comme ci-dessus art 58(3) comme ci-dessus.

⁵⁹ Comme ci-dessus art 54 comme ci-dessus.

exclusive de l'autre système. Bien que ces réseaux aient été complètement séparés l'un de l'autre, en général, à l'exception du droit coutumier, ils administraient la même législation. Cette séparation fut officialisée par un arrêté (modification) de 1969 sur les tribunaux locaux, qui, non seulement confirma la séparation des deux systèmes mais favorisa aussi les pouvoirs juridiques des tribunaux locaux (tels qu'ils étaient dénommés à l'époque). Jusqu'à cette période, il existait une voie d'appels à partir des tribunaux locaux vers la Cour de cassation.⁶⁰ Les tribunaux traditionnels furent établis selon le bon vouloir du ministre de la justice, par un mandat et la juridiction de ces tribunaux était déterminée dans ledit mandat même. La juridiction s'étendit aux affaires criminelles dans le cas où le défendeur était Africain.⁶¹ L'intervention de praticiens légaux avait été expressément défendue à moins qu'elle ne fût autorisée par une ordonnance du ministre.⁶²

Peut-être un des événements capitaux concernant les tribunaux coutumiers fut la création des tribunaux coutumiers régionaux en 1970. Le contexte est très important. En 1969 une série de meurtres survint dans la ville de Blantyre (« les meurtres de Chilobwe »). Environ 27 personnes furent tuées de sang-froid. Les rumeurs répandues prétendaient que le gouvernement était responsable de ces meurtres. Celui-ci fut alors déterminé à identifier les coupables et à s'innocenter. La police lança une enquête minutieuse et procéda à l'arrestation d'un suspect qui fut présenté devant la Cour suprême. À la fin de la plaidoirie de l'État, la défense suggéra un non-lieu et le tribunal fit de même. Ceci fit enrager le chef d'État et le gouvernement. Le président déclara alors que si le juge avait une conscience, il était de son devoir de démissionner. Le juge démissionna et tous ses collègues juges le suivirent par solidarité. Le chef d'État et son gouvernement partageaient clairement la même opinion c'est-à-dire que les juges expatriés (européens) exaspéraient le gouvernement car leurs notions de justice n'étaient pas en harmonie avec les notions de la justice africaine.⁶³ Dans cet esprit la loi de 1969 (amendement) sur les tribunaux locaux fut adoptée et en 1970 les tribunaux coutumiers régionaux furent établis. L'importance de ces tribunaux peut être mesurée par le fait qu'ils avaient juridiction pour toute audience relative à des cas d'homicide et de trahison impliquant des Africains.⁶⁴ Chaque tribunal coutumier régional comprenait trois chefs traditionnels, un président du tribunal traditionnel qui remplissait aussi la fonction de chef et un avocat qui

⁶⁰ D Newman *Procédure criminelle et preuve au Malawi* (1982) 6.

⁶¹ Art 3(1) de la loi sur le tribunal traditionnel (Cap. 3:03 des lois du Malawi).

⁶² Comme ci-dessus, art 24(1).

⁶³ Malawi Hansard *Rapport sur les débats de la septième session du Parlement* (1969) 50 - 57.

⁶⁴ L'ordre des tribunaux coutumiers régionaux (juridiction pénale).

participait en tant que magistrat local. Les règles de procédure dans ces tribunaux furent définies par la jurisprudence des tribunaux coutumiers.⁶⁵ Les poursuites judiciaires furent intentées par un juge d'instruction mais aucune représentation juridique n'était autorisée même dans le cas des délits les plus sévères.⁶⁶ Il n'existait non plus aucune restriction sur les jugements délivrés par ces tribunaux.⁶⁷

La décision de savoir si un cas devait être entendu par un tribunal de seconde instance (selon le système de la Cour suprême) ou par un tribunal coutumier était prise par le juge d'instruction qui déclenchait l'action publique au nom de l'État dans tous les tribunaux coutumiers et dans la plupart des débats de la Cour suprême.⁶⁸ Dans le cas de délits plus sérieux, devant être jugés par la Cour suprême ou les tribunaux coutumiers régionaux, le procureur général ou le procureur général en chef (le directeur des poursuites publiques) décidait où le procès aurait lieu.⁶⁹ En tout cas, l'accusé n'avait aucun droit à la parole pour décider du tribunal ou système législatif de son choix.

La création des tribunaux coutumiers régionaux avec leur compétence pénale exclusive pour les délits sérieux tels que les homicides, les trahisons⁷⁰ et les délits contre l'autorité gouvernementale eut pour conséquence que tout cas d'homicide et de trahison impliquant des Africains pendant la période 1966 à 1994 furent jugés par les tribunaux coutumiers. Étant donné que les tribunaux étaient clairement conçus pour administrer une forme de justice qui était acceptable pour le gouvernement, que la majorité des juges des tribunaux étaient amateurs, que la représentation juridique était exclue et que le procureur était un représentant de la police judiciaire soumis à des ordres supérieurs et à un gouvernement dominé par la forte présence du président exécutif, il est difficile de dire que le ministère public (parquet) était indépendant. Le système était clairement conçu pour permettre au parquet d'arriver à des décisions qui convenaient au gouvernement. Le régime juridique lui laissait trop peu de liberté pour qu'il puisse exercer son indépendance, et encore bien moins ainsi quand on réalise que pendant la presque totalité de ses 31 ans de règne, le premier président s'est attribué le poste de ministre de la justice.

Voici donc le contexte de l'ébauche de la présente constitution (1994) de la République du Malawi (1994).

⁶⁵ Art 40 de la loi sur les tribunaux traditionnels (Cap. 3:03 des lois du Malawi).

⁶⁶ Art 24(1) de la loi sur les tribunaux coutumiers.

⁶⁷ Comme ci-dessus, art 14 - 16.

⁶⁸ Newman (n 60 ci-dessus) 7.

⁶⁹ Comme ci-dessus.

⁷⁰ Ordre des tribunaux régionaux coutumiers (juridiction pénale) (n 64 ci-dessus).

3.4 L'expérience sous la constitution de 1994

Le Malawi a fonctionné sous un gouvernement de parti unique dirigé par Dr Banda pendant 30 ans. Cependant en 1993 sous la pression intérieure pour un changement politique, le gouvernement pensa qu'un référendum national déterminerait si la nation devait adopter le multipartisme ou demeurer avec le parti unique. Le 14 juin 1993 la majorité de l'électorat vota pour le multipartisme. Le 18 mai 1994 une constitution de transition fut adoptée pour une période de 12 mois.⁷¹ En mai 1995 la constitution de transition et ses amendements furent adoptés.

3.4.1 *Le cadre constitutionnel*

La fonction du directeur des poursuites publiques est définie par la section 99 de la constitution de la manière suivante:

(1) Un directeur des poursuites publiques sera nommé et sa fonction sera une fonction publique.

(2) Le directeur des poursuites publiques exercera son pouvoir dans toute affaire criminelle s'il le juge souhaitable.

(a) instituera et déclenchera l'action publique contre toute personne auprès d'un tribunal (autre qu'une cour martiale) concernant un quelconque délit soupçonné commis par cette personne;

(b) reprendra et poursuivra toute action publique déclenchée ou intentée par toute autre personne ou autorité ;

(c) en accord avec le paragraphe 5, classera sans suite à tout moment avant que le jugement soit déclaré toute action publique qu'il aura lui-même déclenchée ou intentée ou toute autre personne ou autorité.

(3) En accord avec l'article 101(2), les pouvoirs du directeur des poursuites publiques selon le paragraphe (2)(b) et (c) lui seront conférés à l'exclusion de toute autre personne ou autorité et quand ils sont exercés à tout moment quelconque, les raisons pour l'exercice de ce pouvoir devront être présentées au Comité des affaires législatives de l'Assemblée Nationale dans un délai de dix jours:

À condition qu'aucune autre personne ou autorité ait déclenché l'action publique, rien dans ce paragraphe n'interdira le classement sans suite par ou sur l'action de cette personne et ce avec la permission de la Cour.

(4) Conformément à cet article, tout appel à partir d'un jugement sur toute action publique devant tout tribunal, ou toute affaire déclarée ou tout conflit juridique réservé à un autre tribunal relatif à cette action publique, sera considéré comme faisant partie de cette action publique.

(5) Le directeur des poursuites publiques n'exercera pas le pouvoir décrit dans le paragraphe (2)(c) pour classer sans suite les poursuites

⁷¹ Sec 212(1) de la constitution de 1994.

relatives à tout appel d'une personne accusée d'infraction ou toute affaire déclarée ou toute question juridique réservée sur la requête de cette personne.⁷²

La Constitution prévoit ensuite que le directeur des poursuites publiques doit exercer son autorité « indépendamment de la direction et du contrôle de toute autorité ou personne ». ⁷³ Clairement, l'intention est d'exclure principalement toute autre influence politique et générale externe sur le directeur dans l'exercice de sa discrétion de déclencher ou non l'action publique. L'indépendance de sa fonction est de plus renforcée par la clause constitutionnelle qui protège son mandat, lui garantissant un poste d'une durée de cinq ans avec possibilité de renouvellement⁷⁴ et restreint les motifs de destitution à l'incompétence, être compromis dans l'exercice des devoirs de ses fonctions et l'incapacité.⁷⁵

S'ajoutant à la fonction de directeur, la constitution prévoit aussi sa responsabilité. Le directeur est directement responsable de ses actions devant la Commission des affaires juridiques de l'Assemblée Nationale pour l'exercice de ses pouvoirs en général⁷⁶ et spécifiquement pour le pouvoir de déclencher une action publique.⁷⁷ On doit cependant remarquer que la constitution ne prévoit pas de clause relative à la notion de responsabilité. La constitution accorde à la Commission des affaires juridiques du Parlement l'autorité de le convoquer. Cela signifie-t-il que la responsabilité repose sur la Commission des affaires juridiques exerçant son pouvoir de convocation? La clause est considérée par certains comme insuffisante pour garantir cette responsabilité. Une clause exigeant du directeur de présenter régulièrement à la Commission, un rapport couvrant des exigences largement définies, garantirait une plus grande responsabilité. Il peut aussi être soutenu que le pouvoir de convocation peut être exercé de manière capricieuse, si l'on juge que les partis politiques sont préoccupés avec les travaux de la constitution.

On peut soutenir que la constitution cherche aussi à garantir cette responsabilité en soumettant le directeur aux instructions générales ou particulières du procureur général. Au Malawi, du point de vue de la Constitution, le Procureur Général est « le principal conseiller juridique du gouvernement ». ⁷⁸ La fonction du Procureur Général peut être celle d'un ministre ou d'une fonction publique. Quand le

⁷² Emphase ajoutée.

⁷³ Sec 101(2) de la constitution de 1994 telle qu'elle fut rédigée en 1994.

⁷⁴ Comme ci-dessus sec 102 (1).

⁷⁵ Comme ci-dessus sec 102(2).

⁷⁶ Comme ci-dessus sec 100(2)(a).

⁷⁷ Comme ci-dessus, Sec 99(3).

⁷⁸ Comme ci-dessus, art 98(1).

gouvernement se voit tenter un procès, il est poursuivi en justice au nom du Procureur Général; quand il tente un procès, il tente ce procès aussi au nom du procureur général. La constitution cependant ne confère pas au Procureur Général le pouvoir de poursuites.

L'article 101(2) qui, comme à l'origine en 1994, prévoyait que le directeur exerce les pouvoirs conférés par sa fonction « indépendamment de la direction et du contrôle de toute autorité ou personne, » fut amendée en 1997 en sorte que le directeur, dans l'exercice de ses pouvoirs, obéisse aux « instructions générales ou particulières du Procureur Général ». ⁷⁹ La clause soulève alors la question suivante : pourquoi serait-il nécessaire pour le directeur d'obéir aux instructions du Procureur Général, quand, en fait, il est directement responsable de ses actions devant le Parlement. On peut comprendre une telle disposition dans un système juridique tel qu'en Angleterre ⁸⁰ ou en Australie, ⁸¹ où le Procureur Général rend compte devant le Parlement de l'exercice par le directeur de l'autorité conférée à sa fonction. En 1979 Michael Havers, Procureur Général d'Angleterre, a expliqué la situation de la manière suivante:

Ma responsabilité envers la supervision des devoirs du directeur n'exige pas de moi d'exercer un contrôle quotidien et une approbation spécifique de chaque décision qu'il prend. Le directeur prend beaucoup de décisions dans l'exercice de ses fonctions, décisions dont il ne me rend pas compte mais néanmoins je suis toujours responsable de ses actions dans le sens où je dois répondre devant le ministre de ses actions. Supervision veut dire que je dois avoir regard sur la politique générale des poursuites judiciaires qu'il traite. Dans le cadre de cette relation, je requière d'être informé à l'avance des affaires les plus importantes ou difficiles, et du point de vue du public des plus graves car si cela était nécessaire, je suis à même d'exercer mon pouvoir ultime de direction. ⁸²

Un certain débat au Malawi soulève aussi la question concernant la nature des instructions que le Procureur Général peut donner au directeur. Le procureur général peut-il imposer au directeur la façon dont il exerce la question d'opportunité?

Qui doit finalement décider s'il faut poursuivre ou ne pas poursuivre dans une affaire particulière? La réponse est simple dans un system juridique où le Procureur Général détient le pouvoir exprès

⁷⁹ Comme ci-dessus art 101(2).

⁸⁰ Art 9 de la loi sur les poursuites contre délits, 1985 [Angleterre].

⁸¹ Art 33 de la loi sur le directeur des poursuites publiques (Commonwealth) 1983. [Australie] (n 22ci-dessus).

⁸² Débats de la Chambre des Communes, 13 Décembre 1979, cité par MacFarlane (n 4 ci-dessus) 17.

de poursuivre et décide d'exercer son pouvoir, comme en Australie.⁸³ La Cour suprême du Malawi a décidé que le Procureur général n'a aucune autorité à se manifester et à intenter des poursuites judiciaires au pénal conformément à la Constitution car il s'agit là de la fonction constitutionnelle du directeur des poursuites publiques.⁸⁴ L'opinion de la Cour semble être en harmonie avec le thème général de la constitution: les fonctions du Procureur Général et du directeur, telles qu'elles sont définies, ne confèrent pas au Procureur Général le pouvoir de poursuites.⁸⁵

Il peut aussi être soutenu que du point de vue de la Cour, le pouvoir du Procureur Général d'instruire le directeur sur des décisions de poursuites dans les cas individuels semble difficile à justifier. En tout cas, la clause a le potentiel de créer une tension entre le directeur et le Procureur Général en cas de désaccord.

Le pouvoir du Procureur Général de donner des instructions devient problématique quand on réalise que ce dernier Général peut aussi être ministre.⁸⁶ Les instructions données peuvent en fait provenir du Cabinet. La possibilité d'un abus de pouvoir du procureur général est renforcée par le fait que la clause ne définit pas la nature des instructions reçues par le Procureur Général. Le système adopté dans certains systèmes juridiques permettent de définir la nature de ces instructions bien qu'en accordant un pouvoir général, est bien plus sûr. En Australie le directeur des poursuites publiques est « soumis à de telles instructions ou directives énoncées par le Procureur Général, après consultation avec le directeur, et ce par écrit. » Ces instructions ou directives se rapportent aux « circonstances dans lesquelles le directeur devrait instituer ou continuer des poursuites judiciaires»; ou encore « les circonstances dans lesquelles les instructions peuvent être données » aux personnes par le directeur comme par exemple le fait de déclencher l'action publique etc.⁸⁷

Une mesure de sauvegarde supplémentaire contre l'abus de pouvoir en Australie est que chaque instruction ou directive dictée par le procureur général doit être publiée dans le journal officiel et présentée au Parlement.⁸⁸ Cette procédure garantit que le procureur général est imputable devant le Parlement de *chaque instruction ou*

⁸³ Article 10(1) de la loi sur le directeur des poursuites publiques (Commonwealth) 1983 [Australie].

⁸⁴ *Dr. Cassim Chilumpha vs. Yusufu Matumula & Rashid Nembo*, Misc. Criminal Application No 228 de 2006.

⁸⁵ Constitution de 1984, art 98.

⁸⁶ Comme ci-dessus, art 98(5).

⁸⁷ Art 8(1) et (2) loi sur le directeur des poursuites publiques (Commonwealth) 1983 (n 22 ci-dessus).

⁸⁸ Comme ci-dessus, art 8(40).

directive qu'il donne au directeur. Il ne dépend pas du Parlement de convoquer le procureur général selon son gré.

On peut aussi débattre l'idée que si le directeur est inéluctablement responsable de ses actions devant le procureur général, alors l'arrangement devrait être plus limitatif en ce qui concerne la question d'opportunité qu'il ne l'est à présent. Plutôt que d'avoir une clause autorisant le procureur général de donner des instructions au directeur, la constitution pourrait, par exemple, envisager une simple consultation entre le Procureur général et le directeur.

Une telle clause préserverait l'indépendance décisionnelle du directeur en permettant au Procureur Général de discuter des affaires d'intérêt public avec le directeur, qui lui-même doit en être bien informé, étant donné que le Procureur Général est naturellement proche du Cabinet (Gouvernement) ce qui veut dire que par convention il peut y participer sur invitation s'il n'a pas le statut de ministre. La nécessité pour le directeur de s'entretenir avec ses collègues (quand le Procureur Général a le pouvoir d'entamer des poursuites pénales), est largement reconnue. Hartley Shawcross, en 1951, l'a énoncé ainsi:

Je crois que la vraie doctrine est qu'il relève du devoir du Procureur Général de décider de poursuivre ou de ne pas poursuivre, de se familiariser avec tous les faits pertinents, en incluant, par exemple, l'effet que les poursuites judiciaires, réussies ou infructueuses selon le cas, auraient sur l'ordre et la morale publique ainsi qu'avec toutes autres effets sur la politique publique.

Pour se tenir informé, il peut, bien que je ne pense qu'il y soit obligé, s'entretenir avec certains de ses collègues dans le gouvernement; et effectivement, comme Lord Simon l'a déjà exprimé, il serait dans certains cas un imbécile de ne pas le faire. D'autre part, l'assistance de ses collègues doit se restreindre à l'informer de considérations particulières qui pourraient affecter sa propre décision et ne doivent en aucun cas lui imposer une décision. La responsabilité de la décision finale appartient au Procureur Général et il ne doit aucunement se sentir influencé par ses collègues dans cette affaire.

Le procureur général ne doit pas non plus se décharger de ses responsabilités sur le dos de ses collègues. Si les considérations politiques, dans le sens le plus large du terme, affectent dans l'abstrait le gouvernement, il revient au Procureur Général, usant de sens de jugement, d'être le seul juge de ces considérations.⁸⁹

⁸⁹ *House of Commons Debates* (UK) January 1951 (Débats de la Chambre des Communes (UK) Janvier 1951) cité par MacFarlane (n 4 ci-dessus).

Ainsi dans le contexte du Malawi, où le Procureur Général n'a pas autorité pour intenter l'action publique qui est du ressort du directeur, ce dernier gagnerait à s'entretenir avec lui. Bien sur, un rapport de pure consultation pour l'aider à déterminer l'« intérêt public » respecterait son indépendance davantage qu'un rapport d'instructions.

On doit cependant noter que selon la constitution actuelle du Malawi, le directeur a un délai de dix jours pour notifier la Commission des Affaires Juridiques de l'Assemblée Nationale de sa décision de « reprendre ou de continuer les poursuites criminelles instituées ou intentées par toute autre personne ou autorité, ou d'abandonner les procédures instituées par lui-même ou par toute autre personne. Elle prévoit aussi qu'une personne autre que le directeur ayant institué des procédures peut les abandonner seulement sur le consentement de la Cour. La Constitution permet au Directeur de déléguer ses pouvoirs à ses substituts⁹⁰ ou à d'autres personnes juridiquement qualifiées agissant sur ses instructions.⁹¹ Le directeur est « responsable de ses actions devant la Commission des affaires juridiques de l'Assemblée Nationale » pour des pouvoirs conférés sur lui dans l'exercice de son mandat.⁹² Le président a l'autorité de désigner le directeur à condition que son choix soit confirmé par le Comité Parlementaire de Désignation.⁹³ Le candidat désigné doit répondre

aux exigences quant à la compétence de la personne ainsi désignée pour remplir les devoirs de cette fonction et quant à la capacité de cette personne d'entamer des poursuites judiciaires de façon indépendante.⁹⁴

3.4.2 Les procureurs aux affaires judiciaires

Bien qu'au niveau constitutionnel le directeur des poursuites publiques soit finalement responsable de l'action publique au Malawi,⁹⁵ d'autres « personnes » ont aussi l'autorité de poursuivre des crimes au Malawi. Le ministre chargé de l'administration de la justice a le pouvoir de désigner des personnes dénommées « procureurs publics ». ⁹⁶ Le directeur des poursuites publiques peut aussi nommer un avocat ou une personne employée dans le service public comme procureur public en vue de toute affaire.⁹⁷ Ces procureurs publics

⁹⁰ Constitution de 1994, art 100(1)(a).

⁹¹ Comme ci-dessus, art 100(1)(b).

⁹² Comme ci-dessus, art 100(2)(a).

⁹³ Comme ci-dessus, art 101(1).

⁹⁴ Comme ci-dessus, art 101(1).

⁹⁵ Comme ci-dessus, art 99(2).

⁹⁶ Sec 79(1) of the Criminal Procedure and Evidence Code [cap.8:01 of the Laws of Malawi].

⁹⁷ Comme ci-dessus, art 79(3).

intentent des poursuites sur les instructions du directeur.⁹⁸ Ils sont présents aux audiences et plaident sans autorité écrite devant le tribunal où l'affaire est présentée.⁹⁹ Une personne en sa capacité privée peut aussi intenter une action en justice avec l'accord de la Cour.¹⁰⁰

Il existe à l'heure actuelle seulement 26 avocats et huit fonctionnaires juridiques travaillant au parquet, alors qu'en fait, le conseil de la magistrature exige un contingent d'au moins 65 avocats.¹⁰¹ Les 26 avocats sont uniquement basés dans les grandes villes comme Blantyre et Lilongwe. Les procureurs aux affaires judiciaires sont déployés à travers le pays et traitent environ 80% de toutes les poursuites judiciaires.¹⁰² Ils s'occupent de toutes sortes de délits sauf les plus sérieux qui sont jugés à la Cour suprême.¹⁰³

3.4.3 Le bureau anti-corruption

Selon la loi sur les pratiques frauduleuses,¹⁰⁴ le bureau anticorruption a le pouvoir, avec l'accord¹⁰⁵ et sur les instructions du directeur des poursuites publiques, d'enquêter et de poursuivre des délits. Le bureau anticorruption est une agence qui a été créé par une loi du 15 février 1996. Il n'existait pas sous l'ordre constitutionnel de 1966.

3.4.4 Une vue d'ensemble de l'expérience du Malawi

Comme nous l'avons remarqué ci-dessus, l'ensemble des poursuites judiciaires au Malawi est réalisé par les procureurs de la police judiciaire.¹⁰⁶ Ceci influence fortement l'indépendance du parquet. Les procureurs de la police judiciaire forment une branche des services de la police; ils font partie de l'entière structure des services de police; ils peuvent même se voir assignés d'autres tâches au sein de la police; ils sont soumis aux ordres supérieurs; le niveau minimum d'éducation pour être formé au parquet est l'équivalent du G.C.E. O (BEPC plus niveau seconde); la formation offerte par l'Institut du développement du personnel gouvernemental et le Collège de la police, varie entre six semaines et six mois.¹⁰⁷

⁹⁸ Comme ci-dessus.

⁹⁹ Comme ci-dessus, art 80.

¹⁰⁰ Comme ci-dessus, art 82(2).

¹⁰¹ Entretien privé avec M. W Kayira le directeur en fonction des poursuites publiques Avril 2007.

¹⁰² Comme ci-dessus.

¹⁰³ Comme ci-dessus.

¹⁰⁴ Sec 42(1) of the *Corrupt Practices Act [cap.7:04 of the Laws of Malawi]*

¹⁰⁵ Comme ci-dessus sec 10 (1) (f).

¹⁰⁶ Entretien privé avec Kayira (n 101 ci-dessus).

¹⁰⁷ Comme ci-dessus.

Il apparaît clairement que l'indépendance du parquet au niveau de la police reste dans une position très précaire en ce qui concerne la question d'opportunités et peut être influencé par de simples ordres venant d'une autorité supérieure. De tels ordres peuvent être des directives ministérielles ou du Cabinet publiées par ou à travers le ministère responsable de la Police (actuellement le Ministre de l'intérieur,) destinées à l'Inspecteur Général (qui est le chef de la Police) et à qui il rend compte de ses actions du point de vue de la Constitution. De telles directives peuvent être purement politiques. De plus, la situation n'offre aucune séparation entre les autorités chargées des enquêtes et du parquet. Ceci compromet l'indépendance du parquet car la question d'opportunités devient la prérogative des mêmes personnes (les services de police) responsables d'enquêter sur le crime et d'arrêter le contrevenant. Dans ce genre d'arrangement, le degré d'objectivité dans la prérogative de la discrétion du parquet devient très diminué. La situation devient encore plus inquiétante quand on sait que certaines enquêtes criminelles et arrestations peuvent être politiquement motivées. C'est peut-être la raison pour laquelle la Constitution cherche à restreindre la prérogative de poursuites de la police par le biais d'un arrêté parlementaire qui cependant n'a pas été ratifié.¹⁰⁸

Les poursuites judiciaires pour délits selon la loi sur les pratiques frauduleuses du Bureau anti corruption¹⁰⁹ restent un sujet de nombreuses controverses dans la question de l'indépendance du parquet au Malawi. Le Bureau peut poursuivre seulement sur consentement du directeur des poursuites publiques. Celui-ci a été attaqué à de nombreuses occasions pour refuser de donner son consentement au Bureau. Cette attitude a largement été perçue comme étant politique – le directeur a été soupçonné de recevoir des ordres d'autorités politiques l'intimant à refuser son consentement à poursuivre certaines personnes au sein du gouvernement ou associées au parti dirigeant. Un cas extrême fit celui de *Rep. v Cassim Chilumpha*.¹¹⁰ L'affaire s'est produite lorsque le gouvernement perdit 187 millions de kwacha à travers des contrats douteux de construction d'établissements scolaires. Après que le comité parlementaire des comptes publics ait révélé cette escroquerie, un certain nombre de suspects furent arrêtés. Chilumpha, à l'époque ministre, fut alors accusé par un fonctionnaire d'être impliqué dans des affaires de corruption tel qu'il l'est défini dans la section 24(1) de la loi sur les pratiques frauduleuses. Le Bureau demanda l'autorisation d'engager des poursuites. Le directeur des poursuites

¹⁰⁸ Constitution de 1994, art 100(2)(b).

¹⁰⁹ Sec 42(1) of the *Corrupt Practices Act [cap.7:04 of the Laws of Malawi]*.

¹¹⁰ Affaire criminelle No. 63 de 2001 CRM (non reportée) citée par TJ Ngwira « *Constitutionalism and Democratic Accountability in Malawi and South Africa: Ten Years after Change* » (Juillet 2003).

publiques refusa. L'accusé ensuite demanda que tous les chefs d'accusation fussent abandonnés et annulés. Le tribunal renvoya l'accusé. Il fut dit que le directeur des poursuites publiques avait refusé de donner son consentement au Bureau de poursuivre un certain nombre de politiciens. Il fut aussi dit que le Bureau avait révélé que US\$67 millions avaient disparu en 7 ans par le biais d'affaires impliquant des ministres et des hauts fonctionnaires que le directeur des poursuites publiques avait refusé de poursuivre en justice.¹¹¹

L'indépendance du Bureau fut de plus menacée par l'interférence du Procureur Général qui apparemment adressa une lettre au directeur du Bureau anticorruption exigeant de lui qu'il s'adresse au procureur général pour rechercher assistance pour chaque décision qu'il devait prendre. La Cour suprême eut l'opportunité de commenter au sujet de cette correspondance:

A l'exception des anomalies entourant cette affaire, nous constatons par la lettre du 2 mars 2000, que le procureur général essaie d'intimider le directeur de l'BAC. Il lui intima que quoiqu'il fasse selon la loi sur les pratiques frauduleuses, il doit solliciter son assistance légale. Je ne suis pas d'accord avec cette idée.¹¹²

L'indépendance du parquet au Malawi a été aussi affectée par la conduite de la présidence. Comme nous l'avons déjà mentionné, le régime de Muluzi était très souvent accusé de contrôler les poursuites judiciaires afin de protéger ses loyalistes contre toute action publique. Les relations entre le successeur de Muluzi et le parquet ne furent pas non plus fructueuses. Peu après sa prise de fonctions en mai 2004, le président Mutharika résilia le mandat de M Fahad Asani, à l'époque directeur des poursuites publiques, sans en préciser la raison malgré les directives de la Constitution et, le 12 juillet 2004, il nomma Ishmael Wadi à la place d'Asani.¹¹³ En juillet 2006, le directeur du bureau anticorruption, Gustave Kaliwo, arrêta l'ancien Président de la République Bakili Muluzi, sur charges de corruption. Le président suspendit immédiatement Kaliwo, sans donner de raisons, bien qu'elles soient exigées par la loi sur les pratiques frauduleuses.¹¹⁴ Quatre jours après l'arrestation de l'ancien président, le directeur des poursuites publiques abandonna les chefs d'accusation du bureau anticorruption. Le 10 août 2006, dans une déclaration publique, le Président demanda la démission du directeur

¹¹¹ *Inter Press Service News Agency*. [http:// www.ips.org](http://www.ips.org).

¹¹² Kumange J dans *Secucom International Holdings Ltd. vs. ACB* Civil Cause No 225 de 2000 (Cour Suprême) (non présenté) cite par TJ Ngwira (n 110 ci-dessus) 13.

¹¹³ Constitution de 1994, art 102(2) et *The Daily Times* (journal) vendredi 11 aout 2006.

¹¹⁴ *The Nation* (journal) 14 septembre 2007.

des poursuites publiques dans les prochaines vingt-quatre heures.¹¹⁵ Le 13 août 2006 on annonça que le gouvernement avait scellé les bureaux du directeur des poursuites publiques.¹¹⁶ Le 15 août 2006 on annonça également que la Présidence et le Cabinet (Gouvernement) avaient demandé au directeur des poursuites publiques de démissionner,¹¹⁷ ce que ce dernier fit éventuellement.

Faute de raisons justifiant la suspension du directeur du bureau anticorruption, il semblait que celui-ci avait mécontenté le Président car il avait arrêté son prédécesseur. Il est fort possible que l'arrestation n'ait pas convenu au Président politiquement, en dépit de sa campagne de zéro tolérance pour la corruption.

La demande du Président au directeur des poursuites publiques (DPP) de démissionner fut aussi déconcertante car elle donna l'impression que le Président écartait le DPP pour pouvoir mettre fin aux poursuites contre l'ancien Président, poursuite lancée par le directeur du bureau anticorruption et pour laquelle ce même directeur avait été apparemment suspendu de ses fonctions. Là encore, il est possible que le Président s'attendait à ce que les décisions prises par les directeurs soient approuvées par lui et que ses actions aient simplement reflété son mécontentement. Effectivement, concernant la suspension du directeur du bureau anticorruption et la demande de démission du directeur des poursuites publiques, le Président aurait demandé: Comment est-ce que le directeur du bureau anticorruption et le directeur des poursuites publiques prétendent être indépendants de la personne qui les a désignés?¹¹⁸ Cette déclaration offre une indication quant à l'attitude du pouvoir exécutif envers le parquet. Cette attitude semble démontrer que le parquet ne peut pas être indépendant du chef d'État qui le désigne bien que la législation en garantisse l'indépendance. Cette attitude, bien sur, est évocatrice de la longue histoire de la désignation aux fonctions publiques « selon le bon vouloir du président ». L'indifférence flagrante aux clauses évidentes de la loi protégeant l'indépendance du parquet révèle qu'une culture de l'État de droit n'a pas encore été totalement acceptée par les dirigeants politiques.

Peut-être une des faiblesses du parquet au Malawi est l'absence de directives sur les poursuites judiciaires. Cela non seulement rend difficile la tâche pour le Procureur d'exercer sa discrétion de poursuite mais crée aussi une situation où le public reste ignorant des raisons pour lesquelles le directeur des poursuites publiques décide ou

¹¹⁵ *The Daily Times* (journal) vendredi 11 août 2006 (n 113 ci-dessus).

¹¹⁶ *The Nation* (journal) mercredi 2 août 2006.

¹¹⁷ *The Nation* (journal) 15 août 2006.

¹¹⁸ Comme ci-dessus.

non de poursuivre en justice une personne particulière. Il devient alors facile pour le public de spéculer lorsqu'un suspect n'est pas poursuivi alors qu'un autre l'est, surtout dans les cas où les effractions ont retenu l'attention du public. Il a été indiqué que des directives bien définies en termes de poursuites reflétant fermement, justement et efficacement les valeurs de base d'un procès quand il y a suffisamment de preuves pour envisager une tentative de condamnation et, quand il s'agit de l'intérêt public d'agir ainsi, promouvraient l'indépendance du parquet.

4 Conclusion

L'indépendance du parquet est devenue un principe largement accepté pour la promotion de l'Etat de droit au niveau mondiale. La Constitution actuelle du Malawi a été rédigée sur fond d'une longue histoire de manque d'indépendance du parquet. La période 1966 - 1993 a été caractérisée par un ministère public très largement contrôlé par le pouvoir exécutif. La Constitution de 1994 a été rédigée avec la ferme intention de protéger l'indépendance et de garantir la responsabilité du parquet. L'expérience, cependant, montre qu'en dépit des clauses clairement énoncées dans la Constitution et la loi protégeant l'indépendance du parquet, cette indépendance a été sapée et compromise, en grande partie par le pouvoir exécutif. L'absence d'un service de poursuites judiciaires non lié à la police, la carence en formation des procureurs et les ressources limitées, nuit aussi à l'indépendance du ministère public. L'expérience au Malawi révèle aussi que l'indépendance structurelle du parquet n'est pas suffisante; une culture de l'Etat de droit est fondamentale à son indépendance.

4

LA POLITIQUE DE L'ÉLABORATION DE LA CONSTITUTION EN ZAMBIE: OÙ SE SITUE LE POUVOIR CONSTITUANT?

*Melvin LM Mbaó**

1 Introduction

La République de la Zambie, autrefois protectorat britannique de la Rhodésie du Nord, est devenue un État indépendant le 24 octobre 1964.¹ De 1964 à novembre 1991, la Zambie a été gouvernée par le Parti Unifié de l'Indépendance nationale, le parti principal dans la lutte pour l'indépendance, sous le leadership du président Kenneth Kaunda.²

La Constitution de l'indépendance a prévu une démocratie multipartite avec un président exécutif. Cette Constitution a été amendée en 1969 suite à un référendum national pour « mettre fin à tous les référendums ». ³ Elle a été finalement abrogée et remplacée par une nouvelle Constitution en 1973, en introduisant ce qui était connu généralement comme « une démocratie participative uni partite » ou un État à parti unique.⁴ En 1990, la situation économique détériorant et l'opposition de plus en plus forte envers son gouvernement a forcé finalement le Président Kaunda à céder aux demandes pour la restauration d'un système de multipartisme.⁵ Une

* LLB, (UNZA), M.Phil, PhD (Cantab). Je suis très reconnaissant à mon collègue, le Docteur Patrick Matibini de la Faculté de droit de l'Université de Zambie pour ses encouragements et son appui. Je suis également reconnaissant aux réviseurs anonymes pour leurs commentaires. Cependant, moi seul répondrai de mes péchés par action et par omission.

¹ L'acte d'Indépendance de la Zambie, 13 et 14 Eliz 11, C 65; Assemblée pour l'entrée en vigueur de l'indépendance de la Zambie, 1964.

² R Hall *Zambia* (1965); A Roberts *A History of Zambia* (1976). Voir aussi, D Mulford *The Politics of Independence, 1957-1964* (1977). Kenneth Kaunda devient Premier ministre en janvier 1964, puis le 24 Octobre 1964 à minuit, la Zambie devint une république indépendante avec Kaunda comme président. Il devait demeurer en fonction pendant 27 ans.

³ Constitution de la Zambie (Révision) Acte No 3 de 1969.

⁴ Constitution de la Zambie (Révision) Acte No 5 de 1972 No 27 de 1973.

⁵ Constitution de la Zambie, Loi de 1991, acquiescement du 24 Août 1991

Constitution transitionnelle a été dévoilée, abrogeant la Constitution de 1973 et facilitant un retour à la démocratie multipartite. Cette Constitution a été radicalement amendée en 1996. Comme si ce n'était pas assez, un autre projet de réforme constitutionnel a été lancé en 2003.⁶ Aujourd'hui, presque 43 ans depuis l'accession à l'indépendance, le pays se trouve encore piégé dans le projet d'élaboration d'une nouvelle Constitution.⁷

Au cœur de la discussion actuelle la question primordiale est celle du mode ou de la méthode la plus appropriée pour adopter la nouvelle Constitution envisagée. Comme nous le verrons l'histoire de la réforme constitutionnelle de la Zambie montre que le besoin d'encourager le consensus et la participation populaire d'une part et la nécessité de garantir l'autorité du gouvernement d'autre part ont souvent créé des tensions. Au cours des dernières années, depuis la publication du rapport de la Commission de révision constitutionnelle Mun'gomba en 2005, la méfiance entre le gouvernement et les citoyens sur les règles de base de l'élaboration constitutionnelle a débouché sur une impasse et une instabilité politique.⁸ Comme Simutanyi l'a correctement observé, les expériences passées ont laissé le peuple zambien peu convaincu de la sincérité de son gouvernement.⁹

Dans cet article, quand on s'interroge sur les jalons du développement constitutionnel de la Zambie, on tire des leçons de l'histoire. Le modèle américain de Philadelphie en 1787, enseigne que la Constitution d'un pays peut être adoptée par le biais d'une convention constitutionnelle, qui débat et établit un projet de Constitution du pays, et que suivirent, l'adoption et la ratification par les corps législatifs des états rassemblés en fédération. Ce projet a légué une Constitution qui perdure depuis presque trois cents ans. Un autre exemple serait la Constitution sud-africaine de 1996, qui a été adoptée par une Assemblée constituante élue au suffrage universel après débat public et adoption. Ce processus, qui dans son ensemble, inclut la sagesse populaire d'une majorité écrasante de la population sud-africaine se termina par l'approbation de cette Constitution par la

⁶ La commission de révision constitutionnelle Mun'gomba fut nommée en 2003, voir l'instrument légal 40 de 2003 tel que remanié par les instruments légaux 42 de 2003, 86 de 2003, 98 de 2003, 134 de 2003 et 56 de 2004. Un rapport intermédiaire a été soumis en juin 2005 et un rapport final en Décembre 2005.

⁷ Loi n° 19 sur l'Assemblée nationale constituante de 2007.

⁸ Voir aussi les exigences « LAZ demands Constituent Assembly » *The Post News paper* du 3 janvier 2003 « *Speaker Cautions MPs over NCC Act* » *Zambia Daily Mail* 21 Novembre 2007; « *Calls for Amendment to NCC Act Rejected* » *Times of Zambia* » *Times of Zambia* 23 Novembre 2007.

⁹ N Simutanyi « The politics of constitution-making in Zambia's third republic: Lessons for Africa », communication présentée à l' OSSREA 9ème congrès et conférence internationale sur l'Afrique au 21ème siècle, Cadres pour un nouvel ordre du jour, le Cap, 17-19 décembre 2007.

Cour constitutionnelle de ce pays.¹⁰ Dans le cas de la Zambie, les projets constitutionnels précédents ont été dominés par l'exécutif. Les gouvernements successifs se sont servis des *Inquiries Act* (des textes légaux sur les enquêtes) pour désigner les commissions de révision constitutionnelle.¹¹ Leurs limites de compétence étaient déterminées par le président qui réservait au gouvernement le pouvoir d'accepter ou de refuser soit l'une des recommandations émises par ces commissions, soit toutes. Bien qu'il y ait eu engagement public à travers la présentation de propositions et de recommandations par des pétitionnaires comparissant devant la Commission, nombre de ces propositions ont été rejetées, et dans certains cas, substituées par les opinions gouvernementales par l'entremise de livres blancs.¹² Bien qu'il soit généralement admis que la Zambie soit une démocratie à base de représentativité, dans laquelle les dirigeants élus sont légitimement choisis pour décider ce qui est bon pour le peuple, une acceptation sélective des recommandations renforce l'opinion que l'Assemblée nationale n'est pas l'organe le plus qualifié pour approuver la nouvelle Constitution. Donc cet article soutient le point de vue que la nouvelle Constitution doit être adoptée par une Assemblée constituante avec une large base électorale et suivie d'une approbation par un référendum national. Ainsi que la commission de révision constitutionnelle Mun'gomba l'a pertinemment remarqué:

Une Constitution n'est pas une pièce législative ordinaire. C'est le droit souverain et inaliénable du peuple de déterminer la forme de gouvernement du pays, en se donnant à lui-même une Constitution qui soit sa propre création.¹³

L'engagement populaire dans une Assemblée constituante a pour conséquence que les gens eux-mêmes élaborent leur Constitution et lui impriment leur sceau. En effet, ainsi que le Garde des Sceaux sud-africain Ismail Mahomed l'a pertinemment observé:

... toutes les Constitutions s'efforcent d'articuler à différents degrés dans l'ampleur et le détail, les aspirations communes au sein d'une

¹⁰ L'affaire re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996 (4) SA 744 (CC); aussi IM Rautenbach & EFJ Malherbe Constitutional Law (2004) 18- 20.

¹¹ Report of the National Commission on the Establishment of a One-Party Participatory Democracy in Zambia (1972) (the Chona Commission); Le Livre blanc gouvernemental 1 de 1972; Report of the Mvunga Constitutional Review Commission (1991); Livre blanc gouvernemental 1 de 1991; Report of the Mwanakatwe Constitutional Review Commission (1995). Voir également *Inquiries Act*, Cap 41 of the Laws of Zambia (la loi sur les enquêtes, Cap 41 du droit zambien).

¹² Sous l'empire du « *Inquiries Act* » (la loi sur les enquêtes), le gouvernement se réserve le pouvoir d'accepter ou de rejeter soit l'une quelconque des recommandations soit toutes et d'opérer toutes autres modifications. Celles qui sont acceptées sont publiées dans un livre blanc gouvernemental.

¹³ Mun'gomba *Constitutional Commission Review Report* (2005) 493.

nation, les valeurs qui lient les gens entre eux et qui disciplinent leur gouvernement et leurs instances nationales, le génie national qui définit et règle leur exercice et la direction morale et éthique que cette nation a choisi pour son avenir.¹⁴

C'est en réaction contre cet arrière-plan, que maintenant nous nous tournons vers l'histoire de l'élaboration constitutionnelle de la Zambie, afin d'identifier les forces politiques et sociales qui guident les projets constitutionnels. De cette façon, on espère que ce document constituera une modeste contribution au débat en cours sur le pouvoir constituant et l'engagement public dans la préparation, le débat, l'adoption et la promulgation de la nouvelle Constitution.¹⁵

2 Le développement constitutionnel de 1964 à nos jours

Tel que souligné, ci-dessus, la Zambie a connu deux changements constitutionnels majeurs et adopté deux Constitutions nouvelles: récemment, le gouvernement a donné force de loi à la Conférence constitutionnelle nationale par la loi 19 de 2007, afin de permettre, entre autres choses, l'examen et l'adoption d'une nouvelle Constitution.¹⁶ Dans la discussion qui suit, nous plaçons ce jalon au sein d'un processus historique, dont les germes ont été semés en 1964.

2.1 La première république, 1964-1972.

La Zambie a obtenu son indépendance, sous l'autorité d'une Constitution votée par le parlement britannique, conformément à un accord négocié entre d'une part le gouvernement colonial finissant, et d'autre part les partis nationalistes, notamment le *United National Independence Party* (UNIP) (Parti Unifié de l'Indépendance nationale) dirigé par Kenneth Kaunda, et le Congrès National Africain, dirigé par Harry Nkumbula.¹⁷

¹⁴ *S v Makwanyane and Others* 1995 3 SA 391, para 267. D'autre part, Coel Kirby a soutenu que « la participation populaire n'est toutefois pas nécessairement bonne. Il n'y a guère de preuve empirique d'un lien entre la participation populaire et la légitimité constitutionnelle en Afrique ». Voir C Kirby « Linking popular participation and democratic representation in constitution-making in Eastern and Southern Africa », présentation à la conférence de l'IACL, Athènes, Grèce, juillet 2007, non publiée à 4.

¹⁵ M Ndulo *Constitution-making in Africa: Assessing both the process and the content* (2001). Voir aussi, Simutanyi (n 9 ci-dessus).

¹⁶ Sect 3 du *National Constitutional Conference Act 19 of 2007*; aussi J Mwanakatwe « Constitution-Making Process » *The Post Columns* disponible sur <http://www.post.co.za/mwanakatwe.html> (accessed 4 octobre 2007).

¹⁷ Le Parti Unifié de l'Indépendance Nationale (UNIP) a gagné les premières élections législatives en Zambie, obtenant 55 des 75 sièges. Le Congrès National Africain obtint 10 sièges et le Parti Progressif National obtint les 10 sièges réservés aux blancs. Voir Roberts (n 2 ci-dessus).

En tant qu'instrument négocié, la Constitution de l'indépendance n'était pas parfaite. Il est évident que le peuple n'avait pas été associé ni directement ni activement à son élaboration. Néanmoins, cela a facilité le passage à l'indépendance et l'établissement d'un État. A partir de ces débuts augurant mal de l'avenir, cette Constitution a fourni la structure fondamentale d'un gouvernement dans une démocratie multipartite. Même si l'UNIP de Kenneth Kaunda détenait 55 sièges à l'Assemblée nationale, on a généralement été d'accord sur le fonctionnement relativement satisfaisant d'une démocratie libérale dans un régime présidentiel.¹⁸ Le président était la tête du corps exécutif et le Chef de l'Etat. Il combinait ainsi les prérogatives de l'exécutif en tant que chef du gouvernement et les prérogatives honorifiques du Chef de l'Etat. Il y avait un pouvoir législatif issu du suffrage populaire et un pouvoir judiciaire indépendant.¹⁹

En 1968, Kaunda fût réélu sans opposition comme président. Ensuite, la première réforme constitutionnelle majeure se produisit l'année suivante lorsque la Constitution de l'indépendance fût modifiée pour en retrancher des dispositions indésirables. Sous l'empire de la Constitution de l'indépendance, toute loi se proposant de modifier la Constitution devait suivre une procédure particulière, requérant une majorité qualifiée. Elle devait être publiée au Journal Officiel, au moins trente jours avant la première lecture par l'Assemblée nationale, et de surcroît, devait, en seconde et troisième lecture, obtenir un soutien en voix, non inférieur aux deux tiers de l'ensemble des membres. Certaines dispositions de la Déclaration des Droits, comprenant des chapitres garantissant l'indépendance du pouvoir judiciaire et la procédure de modification de la Constitution, en avaient été spécialement retranchées. En sus des procédures particulières, et de la majorité qualifiée, la modification de ces dispositions exigeait le soutien d'un référendum national à la majorité de tous les électeurs inscrits en vue de scrutins parlementaires.²⁰ Le 17 juin 1969, par un vote favorable, acquis à une majorité de 85,02%, le gouvernement Kenneth Kaunda obtint le soutien nécessaire pour modifier la Constitution lui permettant de retrancher les dispositions sur le référendum.²¹ Le résultat incontestable fût que l'Assemblée zambienne recevait désormais le pouvoir de modifier la Constitution à la majorité des deux tiers, en recourant au processus législatif ordinaire prévu par la Constitution de 1972, sans renvoi au référendum. Ainsi la Constitution de Zambie, (*Amendment Act no 3*)

¹⁸ J M Mwanakatwe *End of Kaunda Era* (1994) 42-43.

¹⁹ Comme ci-dessus. Constitution de Zambie, 1964, sec 31.

²⁰ Voir *the third schedule to the Zambia Independence Order-In-Council, 1964*, sec 72 de la Constitution indépendante du pouvoir constituant pour modifier la Constitution. Constitution de Zambie (modification) Loi 3 de 1969. Voir aussi, S Mubako « Zambia's single-party Constitution: A search for unity and development » (1973) 5 *Zambia Law Journal* 67; La Constitution de Zambie 1964.

²¹ Constitution de Zambie (modification) loi 3 de 1969.

de 1969, rendait cette Constitution plus souple et à son tour, accordait davantage de pouvoir au corps législatif. Ce fût sous l'influence de cette procédure « simplifiée » que la Constitution de l'indépendance fût abrogée et remplacée par une Constitution d'Etat à parti unique en 1973.

2.2 La démocratie participative uni-partite (1973-1991)

Le Président fondateur de la nation Kenneth Kaunda et son gouvernement lancèrent des changements essentiels dans la philosophie et le système de gouvernement en 1972. Le 25 Février 1972, Kaunda informa la nation dans une conférence de presse majeure, qu'il allait désigner une commission d'enquête, pour envisager, entre autres choses, des changements dans la Constitution du pays et dans la structure gouvernementale fondamentale, de façon à l'adapter au système à parti unique de gouvernement proposé.²² Dans sa déclaration, Kaunda insista sur ce que l'objectif de création d'un État à parti unique correspondait au besoin essentiel de préserver l'unité nationale et fortifier et accélérer le développement de la liberté et de la justice.²³

On donna à la Commission compétence en de très larges termes, sur la forme que le parti unique devait prendre dans un contexte d'humanisme philosophique et de démocratie participative;²⁴ on enjoignit aux Commissaires s'acquittant de leur mandat, de prendre en considération et de faire leurs certains principes, comprenant:

- (a) le maintien de la suprématie de la règle de droit et de l'indépendance du corps judiciaire,
- (b) la protection des droits fondamentaux et des libertés individuelles,
- (c) l'investiture du peuple dans le pouvoir suprême, pour son exercice direct partout où cela était possible et de façon indirecte à travers des institutions démocratiques représentatives,
- (d) le besoin d'un gouvernement fort et résolu et une nation unie pour l'accomplissement de sa révolution, et
- (e) la situation de la Zambie comme élément d'un mouvement indépendantiste de dimension continentale et de liquidation de

²² L'annonce présidentielle eut lieu le 25 février 1972. Voir le *Times of Zambia* 26 février 1972. La Commission fut officiellement mise en vigueur le premier mars 1972. Voir l'instrument statutaire 46 de 1972.

²³ Voir l'instrument statutaire 46 de 1972. Voir aussi Mubako (n 20 ci-dessus).

²⁴ Comme ci-dessus; aussi Mubako (n 20 ci-dessus) 3-4 ; aussi *the third schedule to the Zambia Independence Order-In-Council 1964*; aussi Mwanakatwe (n 18 ci-dessus) 84-87; *Report of the National Commission on the Establishment of a One Party Participatory Democracy in Zambia (1972)* (Rapport de la Commission nationale sur l'établissement d'une démocratie participative uni-partite en Zambie (1972)).

l'impérialisme, du colonialisme, du racisme et de l'exploitation étrangère.²⁵

Ce dernier principe doit être considéré au sein de l'impératif plus large de l'unité nationale et dans le contexte de la situation du pays en tant qu' « État de la ligne de front » dans un environnement régional hostile, en association avec son appui aux mouvements de libération nationale régionaux. La Zambie a soutenu les forces d'opposition au gouvernement colonial ou à domination blanche en Afrique du Sud. Le gouvernement Kaunda a soutenu l'Union Nationale pour l'Indépendance Totale de l'Angola (UNITA) pendant la guerre d'indépendance et la guerre civile qui a suivi dans ce pays. L'Union du Peuple africain au Zimbabwe (ZAPU) en Rhodésie du sud et l'Organisation du Peuple du Sud Ouest d'Afrique (SWAPO) dans leur lutte pour l'indépendance en Namibie. Les régimes minoritaires de Rhodésie du sud et d'Afrique du Sud lancèrent en représailles des actions militaires en Zambie avec pour conséquence des pertes matérielles et humaines.²⁶

Les détracteurs de Kaunda vis à vis de sa décision d'introduire le système à parti unique mettent l'accent sur des motivations politiques importantes, en particulier la consolidation du pouvoir à travers l'élimination de toute opposition politique.²⁷ L'un des terribles défis que Kaunda a affronté durant la seconde décennie de son gouvernement fût de s'occuper de divisions tribales ou ethniques profondément ancrées et de clivages au sein de son propre parti, l'UNIP. D'abord, deux politiciens influents qu'il avait précédemment démis de leurs fonctions ministérielles invoquèrent des griefs de corruption et de tribalisme contre d'autres ministres.²⁸ Le tumulte qui en résulta atteignit son apogée avec la démission de Simon Kapwepwe vice-président du pays et de l'UNIP qui, avec ses partisans, constituèrent un nouveau parti politique, le Parti Progressiste Unifié (UPP). Dans le sillage de ces développements, non seulement les fidèles restants de l'UNIP exigèrent la dissolution du nouveau parti l'UPP, mais demandèrent aussi l'introduction immédiate du Système de Parti Unique.²⁹

²⁵ Comme ci-dessus.

²⁶ Roberts (n 2 ci-dessus) 7-8. Voir aussi B O Nwabueze *Presidentialism in Commonwealth Africa* (1974).

²⁷ Nwabueze (ci-dessus). Voir aussi L Zimba « The origins and spread of one-party states in commonwealth Africa - their impact on personal liberties: a case study of the Zambian model » dans M Ndulo (ed) *Law in Zambia* (1984) & Mwanakatwe (n 19 ci-dessus) 86-88, 94-95.

²⁸ Hon. Justin Chimba & Hon. John Chisata. Voir également A Sardanis *Africa Another Side of the Coin* (2003); *Report of the Commission of Enquiry into the allegations made by Justin Chimba and John Chisata* (May 1972).

²⁹ Mubako (n 20 ci-dessus) 2-3; Mwanakatwe (n 18 ci-dessus) 84-87.

Les défis de Kapwepwe à la prépondérance politique de Kaunda furent ensuite mis en évidence par son élection à l'Assemblée nationale à partir d'une circonscription électorale au sein du cœur politique de l'UNIP, dans le Copperbelt.³⁰ L'irruption de Kapwepwe dans les rangs de l'opposition avec l'éventualité que son UPP se prévale du soutien de deux à trois provinces, celles de la Copperbelt, du Nord et du Luapula, base traditionnelle du soutien de l'UNIP, associée à la prépondérance de Nkuumbula dans les provinces de l'Ouest et du Sud, signifiaient que pour la première fois depuis l'indépendance, Kaunda était confronté à la perspective de perdre le pouvoir.³¹ L'instabilité politique dans le pays fût de surcroît accentuée par la violence politique entre les soutiens du parti au pouvoir l'UNIP et ceux de l' UPP, aboutissant en fin de compte à l'interdiction de l' UPP et à la mise en détention de ses dirigeants sans jugement.³² En fin d'analyse, on peut soutenir avec une force extrême que la décision cruciale d'introduire l'État à parti unique fut mise en œuvre, entre autres choses, par d'étroits intérêts partisans et de survie.³³ Cet argument est épaulé par le fait que la commission ne fût pas mandatée pour prendre en considération l'opportunité, ou autre chose, d'un système de gouvernement à base de parti unique mais plutôt la forme qu'il devait prendre. De plus, bien que la commission ait fait le tour du pays et reçu des conclusions écrites et orales sur les changements que le peuple voulait voir introduire dans une Constitution à parti unique, le gouvernement Kaunda avait le dernier mot par le biais d'un livre blanc.³⁴

Avant de conclure cette partie de cet article, il est intéressant de noter que la décision du gouvernement de former la Commission de Chona ainsi que ses termes de référence fut, un succès, débattu dans l'affaire décisive de *Nkumbula v The Attorney-General*³⁵ Nkumbula, le chef du parti d'opposition à l'Assemblée nationale, le Congrès National Africain, s'est opposé à la tendance vers un système à parti unique, en affirmant que ses droits et libertés fondamentaux, en particulier ses libertés de rassemblement et d'association, garantis dans la Constitution d'indépendance, seraient enfreint par les changements constitutionnels envisagés. Il a aussi été soutenu que la

³⁰ Comme ci-dessus.

³¹ Comme ci-dessus. Aux élections parlementaires du 19 décembre 1968, l'UNIP de Kaunda obtint 87 sièges, l'ANC de Nkumula en eut 23 et il y eut un seul représentant indépendant du Parlement.

³² Mubako (n 20 ci-dessus) 2-3. Voir aussi dans l'affaire *Kapwepwe & Kaenga* 1972 ZR 248.

³³ Comme ci-dessus. Mwanakatwe (n 18 ci-dessus) 91-92. Voir aussi M Ndulo « Constitution-making in Africa: Assessing both the process and the content » (2001) *Administration publique et développement* 106.

³⁴ The Chona Commission (n 11 ci-dessus); Le livre blanc du gouvernement 1 de 1972.

³⁵ *Nkumbula v The Attorney-General* 1972 ZR 204; voir aussi le jugement No 6 de 1972 de la Cour d'Appel.

Commission de Chona excédait ses pouvoirs en violation de la Constitution et de la loi sur les enquêtes (*Inquires Act*) parce que ses termes de référence excluaient la Commission d'entendre les preuves et les arguments quant à la désirabilité d'un système gouvernemental à parti unique.

La Haute Cour et la Cour d'Appel de l'époque furent toutes les deux unanimes en rejetant l'affaire Nkumbula, décrétant que ses libertés n'avaient pas été en fait amputées matériel étant donné qu'aucune mesure exécutive ou administrative n'avait été prise à son égard. La Cour d'Appel, à juste titre, fit remarquer qu'elle n'avait aucun pouvoir pour empêcher ou mettre en doute la validité du projet de loi, surtout un projet de loi cherchant à amender la Constitution avant qu'il ne devienne loi même si son objectif était de supprimer les droits et les libertés fondamentaux de l'homme. On a cru de surcroît que dès que le gouvernement aurait amendé de manière valide la Constitution, aucun des droits de Nkumbula ne serait enfreint sauf ceux de la nouvelle Constitution.³⁶

À la suite de la publication du livre blanc, le projet de loi sur la Constitution de la Zambie fut ratifié selon les procédures légales et acceptées par le Président Kaunda. La Constitution de l'indépendance fut abrogée et remplacée par une nouvelle Constitution, introduisant un changement paradigmatique dans la forme et la substance du gouvernement sous le système appelé « démocratie à parti unique ».³⁷

Les activités politiques libres furent sévèrement réduites; l'UNIP devint l'unique facteur politique dans le pays. L'article 4(1) de la Constitution de la loi 27 de 1973 de la Zambie, proclamait qu'« il doit y avoir qu'un seul et unique parti ou organisation politique en Zambie, à savoir le Parti Unifié de l'Indépendance nationale ». La Constitution centralisa et monopolisa le pouvoir politique dans les mains de l'UNIP, déclarant que:

Rien de contenu dans la Constitution ne sera interprété comme autorisant une personne à former ou essayer de former légalement un quelconque parti ou organisation politique autre que le Parti ou d'appartenir, de se rassembler ou de s'associer, ou exprimer des opinions ou faire toute autre chose sympathisant avec tel parti politique ou une organisation.³⁸

Sous le système de parti unique, la philosophie de voûte devint celle de la suprématie du Parti unique « comme la principale force

³⁶ Cour d'Appel Jugement No 6 de 1972; 1972 ZR. 204.

³⁷ Constitution de Zambie (modification) Loi 5 de 1972; Constitution de Zambie loi 27 de 1973.

³⁸ Sec 4(2) Constitution de Zambie loi 27 de 1973.

politique ... » dans le pays.³⁹ L'initiation et la formulation de politiques gouvernementales devinrent les fonctions exclusives du Comité Central du Parti et du Conseil national. Le Cabinet devint l'organisme consultatif. La Constitution de l'UNIP déclara qu' « au cas où une décision du Comité Central entre en conflit avec une décision du Cabinet concernant des questions de politique gouvernementales ou du Parti, la décision du Comité Central prévaudra ». ⁴⁰ Dans ces circonstances, selon la philosophie suprématiste, le Parti a été perçu « comme l'incarnation de la Nation ... le parti est (selon la conception) au-dessus des organes du gouvernement, étant donné que le gouvernement n'est qu'un instrument ou un agent et non une incarnation du peuple ». ⁴¹ Dans le même esprit, Mwanakatwe a remarqué que,

quand le système étatique à parti unique a été établi, la suprématie du parti a été confirmée dans la Constitution de l'UNIP. Les intentions des architectes de la Constitution de l'UNIP étaient de démontrer que dans le nouvel ordre des choses, l'UNIP était détentrice de l'autorité. Implicitement les autres organes étatiques devaient se plier aux ordres et souhaits de l'UNIP. ⁴²

En fait, la Zambie était gouvernée par la dictature 'bienveillante' de Kenneth Kaunda. ⁴³ Cela ne minimise pas le fait que sous un système de parti unique, le pouvoir de l'État est fortement centralisé dans les mains du président selon le moule du présidentielisme africain. ⁴⁴

3 Retour à la démocratie multipartite

La transition vers la démocratie multipartite fut la culmination d'un certain nombre de développements, à l'intérieur du pays aussi bien qu'à l'étranger. Les facteurs internes exigeant le changement peuvent être résumés comme suit:

(a) Entre 1975 et 1990, l'économie de la Zambie se détériora ou chuta d'environ 30%, à la suite de l'effondrement du prix du cuivre, la source principale de revenus. ⁴⁵

³⁹ Ceci a été déclaré dans le Préambule de la Constitution de l'UNIP dont la Constitution accompagnait la loi 27 de 1973 de la Constitution de Zambie.

⁴⁰ Art 12(3) de la Constitution de l'UNIP.

⁴¹ Nwabueze (n 26 ci-dessus) 242.

⁴² Mwanakatwe (n 18 above) 104.

⁴³ Rapport d'observation sur les droits humains *Zambia: Elections et droits de l'homme dans la troisième république* (1996) Vol 8 No 4 (A) 8 disponible sur <http://hrw.org/reports/1996/Zambia.htm> où les auteurs ont correctement observé que bien que la Zambie n'ait pas subi les violations massives aux droits de l'homme qui ont été infligés sur certains de ses voisins, le régime de Kaunda était cependant autoritaire ; aussi Mwanakatwe (n 9 ci-dessus) 93-112.

⁴⁴ Nwabueze (n 26 ci-dessus) 242.

⁴⁵ « History of Zambia » Wikipedia , 7 citant la Zambie - Histoire économique, Biz/ed. Accédé le 2006-10-11; aussi Mwanakatwe (n 18 ci-dessus) 113-141.

(b) Plusieurs grèves paralysèrent le pays en 1981. Kaunda a riposté en faisant arrêter et en détenant plusieurs dirigeants de syndicat, dont le président du Congrès des Syndicats de la Zambie, Frederick Chiluba.⁴⁶

(c) En 1986 et 1987, le pays connut de nouvelles manifestations de mécontentement dans les principales régions urbaines de Lusaka et du Copperbelt. Elles furent suivies par de sérieuses émeutes causées par le manque de nourriture en 1990 - 1991 au cours desquelles au moins trente personnes furent tuées. Une tentative de coup d'État militaire durant lequel les gens dansaient dans les rues,⁴⁷ révéla l'ampleur du mécontentement populaire envers le gouvernement de Kaunda.

L'effondrement dramatique du communisme en Europe de l'Est et dans l'ancienne Union Soviétique entraîna de nouvelles « vagues de changements » qui s'étendirent alors sur l'Afrique. Sous la pression de tous ces facteurs, Kenneth Kaunda admit qu'une réforme était nécessaire. Il promit un référendum portant sur la question de la démocratie multipartite. D'un autre côté, le mouvement démocratique de masse, mené par le mouvement travailliste, les étudiants universitaires et les collégiens, la société civile, les associations religieuses et professionnelles tels que l'Association Légale de la Zambie et l'Association des Économies de la Zambie, exigèrent une simple modification de la Constitution de 1973 par la suppression de l'Article 4 qui définissait la Zambie comme Etat à parti unique.⁴⁸

En novembre 1990, le président Kaunda désigna une Commission de révision constitutionnelle présidée par l'avocat et universitaire respecté, Professeur Patrick Mvunga, dont la tâche était de rechercher, déterminer et recommander un système de politique pluraliste qui garantirait la séparation des pouvoirs législatif, exécutif judiciaire dans le but d'améliorer le rôle de ces organes et d'examiner la composition et les fonctions des différents organes de l'État et de recommander des modalités concernant leur fonctionnement.⁴⁹ Rapidement Kaunda accepta un accord de compromis avec l'opposition naissante et un amendement constitutionnel fut ratifié, éliminant l'article 4 de la constitution et en ouvrant ainsi la voie à la formation de partis politiques.⁵⁰ Entre-temps la Commission de Mvunga organisa des audiences publiques dans la plupart des centres importants du pays. Certains des pétitionnaires qui apparurent devant cette Commission, suggérèrent que la méthode d'adoption de la Constitution devait être considérée comme un facteur essentiel dans la détermination de sa légitimité. Ils proposèrent donc que la

⁴⁶ Comme ci-dessus.

⁴⁷ Comme ci-dessus.

⁴⁸ Mwanakatwe (n 18 ci-dessus) 205-207.

⁴⁹ La Commission Mvunga fut nommée le 30 novembre 1990.

⁵⁰ Mwanakatwe (n 18 ci-dessus).

Constitution soit débattue et adoptée par une Assemblée constituante ou une convention nationale.⁵¹

Dans son rapport, la Commission a conclu qu' « une Assemblée constituante n'était pas nécessaire car une Assemblée nationale légitime et légalement constituée était déjà en place ». ⁵² La Commission recommanda donc que la Constitution soit adoptée et mise en vigueur par le Parlement. ⁵³ Sur ce point, l'administration Kaunda rejeta la plupart des recommandations de la Commission. Les forces émergentes de l'opposition, particulièrement le Mouvement pour la Démocratie Multipartite (MMD) nouvellement formé, et le mouvement travailliste n'acceptèrent pas l'élaboration constitutionnelle attachée au rapport de la Commission. ⁵⁴ On doit admettre en sa faveur que Kenneth Kaunda était disposé à accepter un texte constitutionnel sur lequel ils avaient transigé et qui fut ratifié lors d'un dialogue entre les dirigeants de l'UNIP et le MMD. Ces pourparlers furent négociés par les organismes religieux les plus importants sous la présidence de l'évêque Stephen Mumba de l'Église anglicane. Ces pourparlers furent soutenus par un groupe d'experts interpartis, formé le 25 juillet 1991. ⁵⁵

Le document adopté lors des pourparlers inter parti fut finalement promulgué texte de loi lors de l'entrée en vigueur de la loi sur la Constitution de la Zambie, le 30 août 1991. Cette Constitution fut perçue comme un document transitionnel, ayant pour objectif d'adresser les pressions immédiates de l'époque. Comme Simutanyi l'a observé correctement, « elle ne reflétait pas les aspirations populaires ... l'intention était de la réviser une fois que le MMD accéderait au pouvoir ». ⁵⁶ Il faut ici noter que l'ébauche et l'adoption de cette Constitution transitionnelle n'étaient pas une réserve du gouvernement du jour par une Assemblée nationale dominée par ce gouvernement. L'intention n'est pas de minimiser le fait qu'il y eut peu de participation populaire au-delà du « consensus biparti » entre l'UNIP et le MMD. ⁵⁷

Au cours des élections présidentielles et parlementaires qui suivirent, Frederick Chiluba, l'ancien dirigeant de syndicat et candidat présidentiel du principal parti d'opposition, le MMD, remporta 76% des votes présidentiels. Le MMD obtint 125 des 150

⁵¹ *Report of the Mvunga Commission* (n 11 ci-dessus). Ces propositions furent réitérées dans *Mun'gomba Commission Report de la révision Constitutionnelle* (n 13 ci-dessus) 493.

⁵² Comme ci-dessus.

⁵³ Comme ci-dessus.

⁵⁴ *Mwanakatwe* (n 18 ci-dessus) 221.

⁵⁵ Comme ci-dessus.

⁵⁶ Comme ci-dessus.

⁵⁷ *Simutanyi* (n 9 ci-dessus) 9.

sièges à l'Assemblée nationale, alors que l'UNIP de Kaunda conservant 25 sièges.⁵⁸ Le président Kaunda concéda défaite et Chiluba devint le deuxième président de la Zambie. Ce paisible transfert de pouvoir mena la Zambie à être « citée comme modèle démocratique en Afrique ».⁵⁹

En accédant au pouvoir Chiluba promit, entre autres, un gouvernement démocratique, transparent et responsable. Ces questions n'avaient pas été suffisamment prises en considération dans la Constitution de 1991. Par conséquent, une révision de la Constitution 1991 fit partie des réformes politiques promises dans le programme d'élections du MMD.

En 1993, le gouvernement Chiluba constitua la Commission de révision constitutionnelle Mwanakatwe, présidé par l'avocat respecté et ministre chevronné de la première et seconde république, John Mwanakatwe, SC.⁶⁰ La Commission se vit attribuée de très larges responsabilités:

(a) « garantir que la Zambie soit gouvernée de façon à promouvoir les principes démocratiques d'élections justes et régulières, la transparence et la responsabilité, parant à la réémergence d'une forme de gouvernement dictatoriale »;

(b) « prévoir des cadres appropriés à la consolidation et la protection des droits de l'homme, la règle de droit et la bonne gouvernance ..., la compétence, l'impartialité et l'indépendance du pouvoir judiciaire; et réviser la Constitution de 1991 ».⁶¹

Il fut aussi demandé à la Commission qu'elle recommande l'adoption de la Constitution par l'Assemblée nationale ou par une Assemblée constituante, par un référendum national ou toute autre méthode permettant la modification d'une partie quelconque.⁶²

La Commission Mwanakatwe sonde l'opinion d'une population très diverse dans le pays. Certains des commissaires se rendirent dans plusieurs pays pour étudier les différents modèles constitutionnels. Pour les besoins de cet article, il est important de noter que les pétitionnaires de la Commission de Mwanakatwe « ont suggéré en masse que la constitution devait être adoptée par une Assemblée

⁵⁸ Base de données africaines; voir aussi L'histoire de la Zambie.

⁵⁹ Rapport d'observation des droits humains (n 43 ci-dessus) 1. L'État francophone du Bénin fut le premier à retourner à une politique de multipartisme en 1990.

⁶⁰ La Commission de révision constitutionnelle Mwanakatwe fut nommée le 22 novembre 1993. La période qui suivit immédiatement après l'indépendance, 1964-1972 est appelée la première république alors que la période de parti unique, 1973-1991 est normalement connue comme la deuxième république.

⁶¹ Instrument statutaire 151 de 1993. Ces termes de compétence ont été reproduits dans le rapport final, 1995.

⁶² Comme ci-dessus.

constituante suivi d'un référendum national ». ⁶³ Ils soutinrent que l'adoption de la Constitution par le législateur de l'époque « serait risquée car le parlement était dominé par un parti ». ⁶⁴ La Commission Mwanakatwe alla jusqu'à recommander la composition d'une Assemblée constituante, comprenant tous les députés, un représentant de chaque district, les représentants des partis politiques non représentés au parlement, les organisations de société civiles, les organismes universitaires, les associations civiles et professionnelles, les chefs traditionnels, les organisations religieuses de femme et autres organisations religieuses. ⁶⁵ Selon la Commission, cette recommandation « sur le mode d'adoption avait pour objectif d'adresser « les vues du peuple et le besoin d'une constitution légitime et durable ». ⁶⁶

Le gouvernement de Chiluba rejeta la plupart des recommandations de la Commission. ⁶⁷ Sur la question du mode d'adoption le plus approprié de la Constitution, le gouvernement Chiluba fit les observations suivantes concernant ce qu'il percevait comme « des restrictions juridiques et pratiques » dans les recommandations. Elles sont reproduites mot pour mot ci-dessous dans leur intégrité:

(a) Les clauses de l'Article 62 dans la présente Constitution rendent impossible l'abdication du pouvoir législatif du parlement en faveur d'un organisme subalterne tel que l'Assemblée constituante dans ces circonstances. Le concept de la Souveraineté parlementaire et de sa légitimité dans une démocratie en fait une trahison de confiance de l'électorat si le Parlement renonce à son autorité à légiférer;

(b) L'article 79 de la Constitution actuelle est non équivoque dans ses clauses portant sur les procédures de changement, de modification, de re promulgation ou de remplacement ou de suspension d'une ou plusieurs clauses ou partie d'une clause de la constitution. Il n'est pas permis constitutionnellement d'adopter une procédure autre que la procédure prévue dans la constitution actuelle, avant la modification de l'article 79;

(c) En tant que genèse des efforts d'amendement extra constitutionnels, l'instrument légal sous la loi sur les enquêtes envisagé pour la création de l' « Assemblée constituante préliminaire » violerait expressément les dispositions de l'article 79 de la constitution existante et deviendrait donc nul en raison de son inconsistance avec les clauses de l'Article 79 (voir aussi l'Article 80(3) de la constitution actuelle);

⁶³ Rapport sur la Commission de révision constitutionnelle Mwanakatwe Lusaka (1995) cité dans le rapport de la Commission Mun'gomba (n 13 ci-dessus) 494.

⁶⁴ Rapport Mwanakatwe (n 11 ci-dessus) cité dans le rapport de Mun'gomba (n 13 ci-dessus) 494.

⁶⁵ Comme ci-dessus.

⁶⁶ Comme ci-dessus.

⁶⁷ Livre blanc gouvernemental du rapport de la Commission Mwanakatwe, (1995).

(d) L'Assemblée constituante préliminaire ne se livrerait à aucune « enquête », dans le sens qui lui est attribuée dans la loi sur les enquêtes. L'instrument légal et par la suite l'Assemblée constituante préliminaire seraient illégaux car ils ne sont pas contenus dans cette loi;

(e) La réelle signification de l'article 79 de la constitution actuelle existante quant à ses impératifs juridiques, logistiques, financiers et matériels est malheureusement restée ignorée. Pour amender ou éliminer l'article 79, il est nécessaire de:

- organiser un recensement national pour déterminer le nombre de personnes « autorisées à prendre part aux élections présidentielles et parlementaires », ie toutes les personnes doivent avoir plus de 18 ans;
- La condition ci-dessus est essentielle pour déterminer avec précision le seuil numérique constitué de cinquante pour cent (50%) plus un, exigé pour la ratification d'une modification, le retranchement ou l'élimination de l'Article 79 par le référendum national;
- Le temps nécessaire pour organiser les exigences logistiques et financières pour le lancement du (référendum), excède, par de nombreuses années, le cadre temporel envisagé par la Commission;
- La possibilité d'échec face aux exigences rigoureuses de modification ou de remplacement de l'article 79 de la Constitution actuelle,
- En arrivant aux décisions ci-dessus, le gouvernement souhaite souligner qu'une Assemblée constituante est une mesure de transition nécessaire si un Parlement n'est pas constitué universellement par la majorité de citoyens, comme ce fut le cas en Namibie et en Afrique du sud. La question sur l'Assemblée constituante ne se pose donc pas en Zambie où le parlement a été constitué à travers un suffrage adulte universel.⁶⁸

En invoquant l'omni-compétence législative du parlement comme énoncé dans l'article 62 et dans la procédure de modification constitutionnelle de l'article 79 de la constitution de 1991, l'acte d'amendement de la Constitution fut ratifiée par le parlement le 22 mai 1996 après sa seconde lecture; 121 membres du MMD votèrent en sa faveur, 2 députés du Parti national s'y opposèrent et 22 députés de l'UNIP quittèrent les lieux en signe de protestation. Le 28 mai 1996, le président Chiluba donna son accord à la modification et le projet de loi sur la constitution de la Zambie devint la dix-huitième loi de 1996.⁶⁹

L'acte amendé introduit trois modifications essentielles.

⁶⁸ Ces « contraintes » ont été reproduites verbatim dans le rapport de la Commission Mun'gomba (n 13 ci-dessus) 494.

⁶⁹ Elle est maintenant appelée la Constitution de Zambie (modification) Loi 18 de 1996. Voir aussi le rapport d'observation sur les droits de l'homme (n 43 ci-dessus) 11.

(a) Tout d'abord, le Préambule de la Constitution fut révisé pour inclure les dispositions déclarant la Zambie comme nation chrétienne.

(b) Dans une deuxième étape, des dispositions se rapportant aux critères des candidats présidentiels et basés sur l'origine ou la naissance de leurs parents y furent ajoutées. Cette modification radicale, contenue dans l'Article 34(3) qui exigeait, entre autres, que les candidats à la présidence soient des citoyens de la Zambie nés de parents zambiens de naissance ou par descendance et non chef de tribu. Ces conditions semblaient avoir été envisagées pour empêcher précisément certains chefs de l'opposition de participer aux élections présidentielles, en particulier l'ancien Président Kenneth Kaunda, dont les origines étaient partiellement du Malawi et le candidat et vice-président de l'UNIP, le Chef Inyambo Yeta, chef de tribu.⁷⁰

(c) Troisièmement, il précisa que toute personne ayant déjà remplie deux mandats présidentiels ne pourra se présenter pour un troisième (visant une nouvelle fois Kenneth Kaunda qui avait annoncé son retour à la politique et son intention de se présenter aux élections présidentielles de 1996).⁷¹ Il devrait être noté ici que conformément à l'article 35(2) de la Constitution de 1991 toute personne ayant rempli deux mandats présidentiels de cinq ans ne serait autorisée à briguer un troisième mandat. Le paragraphe 3 précisait bien que la période de deux mandats de cinq ans devrait être calculée à partir du commencement de cette Constitution (le 30 août 1991). Il est bien évident que ce ne fut pas le cas en qui concerne le régime de Kaunda, entre 1964-1991. La modification constitutionnelle de 1996 retira la mention à la date de commencement en déclarant simplement que « toute personne élue deux fois comme président ne serait autorisé à briguer un troisième mandat » (Voir l'article 35(2) de la Constitution 1996).

Les partis politiques de l'opposition, les associations civiques, les ONG pour les droits de l'homme et les groupes féministes se sont vigoureusement opposés à la décision du gouvernement MMD de rejeter la proposition de la Commission Mwanakatwe cherchant à établir une Assemblée constituante en vue de l'adoption de la nouvelle Constitution suivie de son approbation par le biais d'un référendum. Au lieu de cela le gouvernement exigeait que la modification ne soit pas négociable, le Président Chiluba soulignant que

... les récentes modifications constitutionnelles qui viennent d'entrer en vigueur et les procédures qui suivirent ont été traitées dans le contexte des dispositions de la Constitution actuelle, et toutes les stipulations contenues dans cette Constitution ont été respectées à la lettre.⁷²

⁷⁰ Projet no 18 de modification de la Constitution de Zambie de 1996; Rapport d'observation des droits de l'homme (n 43 ci-dessus) 3-4.

⁷¹ Rapport d'observation des droits de l'homme (n 43 ci-dessus) 2. Voir aussi *Chitala v The Attorney General* 1996-97 ZR 89.

⁷² Cité par le *Citizen Newspaper* Vendredi 21 Juin 1996 21.

Cette attitude rigide du gouvernement entraîna la détérioration des relations avec les partis de l'opposition, les organismes religieux, les ONG et les autres parties de société civile.⁷³ Les partis d'opposition et les autres groupes s'opposant aux politiques gouvernementales ne furent pas considérés comme ayant des opinions différentes mais comme les ennemis de l'État.⁷⁴ Le 28 octobre 1997 une tentative de coup d'État contre le gouvernement de Chiluba fut écrasée par ses fidèles soldats. Un certain nombre de dirigeants de l'opposition furent arrêtés, dont Kenneth Kaunda et Dean Mungomba, le candidat présidentiel du Congrès Démocratique de la Zambie (ZDC) qui avait perdu les élections de 1996.⁷⁵

Précédant les élections présidentielles et parlementaires de 2001, Chiluba tenta de modifier la Constitution pour lui permettre de briguer un troisième mandat. Cependant son propre parti (le MMD) ne le suivit pas. De surcroît le peuple zambien était fortement opposé à l'idée d'un « troisième mandat ». Finalement il se retira après en avoir servi deux.⁷⁶

Le président Mwanawasa, qui succéda à Chiluba aux termes d'élections très serrées, promit, entre autres, de rétablir un gouvernement de lois, et non d'hommes et de réviser la Constitution. En 2003 Mwanawasa constitua la Commission de révision Constitutionnelle Mun'gomba, en utilisant de nouveau la loi sur les enquêtes avec la lourde tâche de recueillir l'opinion des Zambiens résidant en Zambie ainsi que ceux vivant à l'étranger sur le type de Constitution que la Zambie devrait promulguer et préconiser une Constitution qui honorerait, fortifierait et promouvoir efficacement la protection juridique et constitutionnelle des droits et les libertés fondamentaux de l'homme et ce de manière durable.⁷⁷

Etant donné la centralité du mandat de la Commission et les recommandations sur l'impasse existante sur le processus d'adoption de la Constitution proposée par la Commission il est urgent de

⁷³ Rapport d'observation des droits de l'homme (n 43 ci-dessus) 2-4; les débats publics sur les propositions de la Commission de révision constitutionnelle Mwanakatwe furent étouffés. Le 5 février 1996 Chiluba censura sur l'édition 401 du *Post-News paper* qui contenait un article sur les changements constitutionnels envisagés. Le 17 juillet 1996, se référant à la section 53 du Code pénal, Chiluba interdit d'autres débats publics sur l'ébauche constitutionnelle.

⁷⁴ A la suite de la fameuse saga Black Mamba, les dirigeants du parti de l'opposition UNIP furent arrêtés et comparurent devant la Cour suprême de Lusaka où ils furent accusés de haute trahison et de meurtre.

⁷⁵ Rapport d'observation des droits de l'homme (n 43 ci-dessus) 3-4; Sardanis (n 28 ci-dessus).

⁷⁶ Rapport d'observation des droits de l'homme (n 43 ci-dessus) 2-4.

⁷⁷ Voir instrument statutaire 40 de 2003 modifié par les instruments statutaires 42 de 2003, 86 de 2003, 98 de 2003, 134 de 2003 et 56 de 2004. La Commission fut constituée le 17 Avril 2003.

récapituler ou réitérer certains des termes clés de compétences de la Commission

- Préconiser une Constitution qui honorerait, fortifierait et promouvoir de manière efficace la protection juridique et constitutionnelle des droits fondamentaux et résisterait à l'épreuve du temps.
- Examiner et aviser sur la désirabilité de la peine de mort.
- Préconiser un système gouvernemental qui promouvra une gouvernance démocratique et empêchera l'émergence d'une forme dictatoriale de gouvernement.
- Réviser le système électoral pour s'assurer que la conduite des élections présidentielle, parlementaires et locales soit équitable.
- Préconiser des dispositions pour assurer la compétence, l'impartialité et l'indépendance du pouvoir judiciaire et l'accès du peuple à la justice.
- Etudier et préconiser la composition et les fonctions des organes gouvernementaux en vue de renforcer les freins et contrepoids et de sécuriser autant que possible leur indépendance.
- Etudier et préconiser des méthodes effectives pour assurer la participation de toutes les tranches sociales dans les processus politiques du pays, y compris l'administration des provinces et des districts.
- Examiner le système de gouvernement local et préconiser une approche pour atteindre un système de gouvernement local démocratique tel qu'il est spécifié dans la Constitution.
- Aussi essentiel parmi les termes de compétence étaient ceux qui enjoignent la Commission à recommander des méthodes adéquates en vue de la modification et de l'adoption de la Constitution.⁷⁸

D'août 2003 à septembre 2004, la Commission organisa des audiences publiques dans toutes les circonscriptions électorales parlementaires du pays. Elle accepta des propositions tant orales qu'écrites des Zambiens, y compris de ceux qui vivaient à l'étranger. Les taux de participation à toutes les séances furent massifs. S'ajoutèrent des séances extraordinaires organisées pour les autres parties prenantes, comme le pouvoir judiciaire, l'Assemblée nationale, la Commission anticorruption, la Commission des droits de l'homme, le Congrès zambien des syndicats, la Fédération des syndicats de libre-échange, les différents organismes religieux, les partis politiques, l'association juridique de Zambie et les membres de l'armée et des forces de sécurité. En outre, la Commission entreprit des voyages d'études comparatives en Afrique du Sud, en Ouganda, au Kenya, en Éthiopie,

⁷⁸ Rapport de la Commission Mun'gomba (n 13 ci-dessus) 15.

au Nigeria, en Suède, au Danemark, en Norvège et en Inde pour tirer inspirations de ces pays.⁷⁹

Un nombre écrasant de pétitionnaires a suggéré que la Constitution devait être adoptée par une Assemblée constituante, une Conférence constitutionnelle ou un organisme à large représentation. Les arguments en faveur d'une Assemblée constituante ou d'un autre organisme populaire étaient, entre autres, que le parlement n'était pas assez représentatif de tous les différents intérêts sociaux à travers le pays et que la formulation d'une nouvelle constitution devrait représenter et inclure dans le plus large sens du terme les différents couches et sexes et encourager la participation des citoyens afin de conférer un caractère légitime au processus d'élaboration de la Constitution.⁸⁰ La Commission préconisa que la Constitution soit adoptée par une Assemblée constituante suivi d'un référendum national.⁸¹ Elle alla même jusqu'à recommander que l'Assemblée constituante soit composée de

- 2 représentants de chaque district, un homme et une femme, avec un total de 48 représentants.
- Tous les membres du Parlement (150).
- Un représentant de chacun des partis politiques inscrits à l'Assemblée nationale.
- 3 représentants de l'Association juridique de Zambie.
- 2 représentants de l'Association des sciences économiques de Zambie.
- 4 représentants de l'Association du gouvernement local de Zambie.
- 3 représentants du Congrès des syndicats de Zambie.
- 2 représentants de la Fédération des syndicats libres de Zambie.
- 2 représentants de la Fédération des employeurs de Zambie.
- 2 représentants de l'Association des Chambres de Commerce et d'Industrie de Zambie.
- 3 représentantes élues des organisations de femmes.
- 10 représentants parmi des personnes éminentes désignés par le président, y compris les anciens présidents et les présidents des Commissions de révision constitutionnelle passées.

⁷⁹ Rapport intérimaire de la Commission Mun'gomba (Juin 2005) et Rapport final (n 13 ci-dessus).

⁸⁰ Comme ci-dessus et rapport final ci-dessus (n 13 ci-dessus) 496 (2,166 pétitionnaires).

⁸¹ 3,119 propositions furent reçues à ce sujet, avec une demande écrasante pour l'adoption à travers l'Assemblée constituante. Voir *le Rapport de la Commission*, 500.

- 8 représentants d'organismes religieux (2 du Conseil des églises de Zambie, 2 de la Conférence épiscopale de Zambie, 2 de l'Association évangélique de Zambie, et 2 des églises indépendantes de Zambie).
- 4 représentants de l'Association des média de Zambie.
- 6 représentants des syndicats étudiants.
- 2 représentants des Organisations de la Jeunesse.
- 4 représentants d'organisations représentant des personnes handicapées.
- 1 représentant de l'Association islamique de Zambie.
- 1 représentant de l'Association hindoue de Zambie.
- 4 représentants de NGOs non spécifiées.
- 10 représentants des Services de l'Armée et de la Sécurité et la Commission des Services publics.
- 2 représentants de l'Institut des experts-comptables zambiens.
- 2 représentants du Conseil médical de Zambie.
- 2 représentants de la Commission des droits de l'homme.
- 18 pétitionnaires sélectionnés au hasard pour la Commission de révision constitutionnelle.⁸²

La Commission fut unanime dans ces recommandations. On était unanime que l'adoption de la constitution par l'Assemblée nationale ignorait la volonté souveraine du peuple lors du processus d'élaboration constitutionnelle. Les visites de la Commission dans les 150 circonscriptions d'élections parlementaires furent applaudies par de nombreuses personnes qui perçurent cette intervention comme une opportunité d'exprimer leurs vues sur le sujet.⁸³

La principale recommandation de la Commission était que le peuple devait définir le processus d'élaboration de la constitution et que celle-ci devait représenter la volonté souveraine du peuple. Elle devait être élaborée et modifiée par le biais d'un mandat populaire et non pas par l'acte des enquêtes; pour que la constitution résiste à l'épreuve du temps elle doit être le résultat de la volonté du peuple exprimée directement par le peuple. La constitution adoptée par l'Assemblée constituante et approuvée par le peuple à travers un référendum national serait alors promulguée par le parlement.⁸⁴

⁸² La Commission fut unanime dans ses recommandations, soulignant que le processus d'élaboration de la Constitution devrait dans le plus large sens du terme représenter et inclure tous les citoyens et citoyennes afin de donner à la Constitution sa légitimité essentielle. Voir le rapport sur la Commission Mun'gomba (n 13 ci-dessus) 500-501.

⁸³ Comme ci-dessus 494-500.

⁸⁴ Comme ci-dessus 500-501.

Finalement la Commission préconisa la promulgation d'une loi votée par le parlement qui définirait les processus et les procédures, allouerait les ressources nécessaires et énoncerait la composition et les fonctions de l'Assemblée constituante⁸⁵ La motivation de ces recommandations n'apparaissait pas clairement dans le rapport. Mais, il est probable que la Commission se soit inspirée d'autres pays, surtout du Kenya où les délibérations de la Conférence constitutionnelle s'étaient avérées peu concluantes car le président Mwai Kibaki finalement, ignora la Conférence et imposant sa propre ébauche de Constitution par le biais du Parlement.⁸⁶

Il est aussi intéressant de noter que la Commission Mun'gomba préconisait que la constitution devait « bien préciser dans le Préambule aussi bien que dans la partie en vigueur que le peuple adoptera et promulguera la constitution pour son bénéfice ».⁸⁷

La Commission Mun'gomba soumit son rapport final en décembre 2005. Cependant, entre 2005 et 2007 le processus d'élaboration aboutit à une impasse, principalement à cause des désaccords entre le gouvernement Mwanawasa d'une part et les partis d'opposition et les organismes de sociétés civiles d'autre part. Comme nous l'avons mentionné dans l'introduction, la nécessité de garantir que cette fois-ci le processus d'élaboration de la constitution était dirigé par le peuple et non dominé par le pouvoir exécutif était au cœur du dilemme.

Le gouvernement Mwanawasa avait auparavant montré une attitude contradictoire. Initialement il avait opté pour que l'adoption de la future Constitution soit faite par le parlement, citant des obstacles techniques, logistiques et juridiques dans le processus recommandé par la Commission Mun'gomba. Le gouvernement était surtout préoccupé par les coûts et les contraintes liés à l'organisation d'un référendum national qui devait décider si en effet la Constitution serait adoptée par une Assemblée constituante suivie par l'approbation d'un texte lors d'un référendum national et une promulgation ultérieure par le parlement. Mais bien que le gouvernement acceptait à contrecœur l'idée d'un référendum, le

⁸⁵ Comme ci-dessus 501. Il est important de noter que la Commission recommandait que le résultat de l'Assemblée constituante soit final et immuable, selon le résultat du referendum national et la mise en œuvre d'une résolution de l'Assemblée constituante.

⁸⁶ Kirkby (n 14 ci-dessus) 20.

⁸⁷ Rapport de la Commission Mun'gomba (n 13 ci-dessus) 76. La Commission prit note de l'exemple de la Constitution d'Uganda qui exprime bien dans son Préambule que l'adoption et la mise en vigueur de la Constitution se fera dans une Assemblée constituante spécialement créée avec l'intention d'adopter et de mettre en vigueur la Constitution.

président Mwanawasa déclara à la nation qu' ... « il voterait contre une Assemblée constituante ». ⁸⁸ Sans atteindre le large consensus avec les autres parties prenantes, le gouvernement dressa un plan d'action s'étendant sur une période de presque cinq ans selon lequel tous les processus administratifs, techniques et juridiques préparatoires nécessaires seraient administrés pour aboutir à l'adoption et la promulgation d'un document constitutionnel par une Assemblée constituante. D'autre part, les groupements de société civils sous la large couverture du Forum Oasis restaient inflexibles: la nouvelle Constitution devait être adoptée par une Assemblée constituante suivi de son approbation par le biais d'un référendum national dans une période relativement plus courte. Pour un accès facile aux références, l'État complet des deux plans d'action est reproduit ci-dessous.

Processus d'élaboration constitutionnelle

RÉSUMÉ DES PLANS D'ACTION RÉVISÉS PROPOSÉS PAR LE FORUM OASIS			PLANS D'ACTION GOUVERNEMENTAUX		
ÉTAPE	ACTION	PÉRIODE	ÉTAPE	ACTION	PÉRIODE
1	Mise en vigueur de la loi sur l'Assemblée constituante Processus inclut les préparations du projet de loi, la présentation à l'Assemblée nationale et l'accord du président	12 semaines	1	Travaux du processus de révision constitutionnelle Comité de mise en vigueur - le Comité devrait conduire le processus de révision constitutionnelle au nom du gouvernement. Il est suggéré qu'un Secrétariat soit établi	87 semaines
2	Présentation d'instruments légaux Établir le Secrétariat de l'Assemblée constituante et désigner l'équipe	8 semaines	2	Décision du Cabinet sur les plans d'action - une décision du Cabinet sera requise pour approuver le rapport du Comité	4 semaines

⁸⁸ Simutanyi (n 9 ci-dessus) 11.

3	Désignation et nomination de l'équipe de l'Assemblée constituante selon les recommandations de Mung'omba* NB : les étapes 1, 2 & 3 se déroulent parallèlement	4 semaines	3	Présentation d'instruments légaux Lancer le referendum - Dérivant de la décision du Cabinet, le président émettra un arrêté statutaire par le biais d'un instrument légal pour lancer le referendum	1 semaine
4	Présentation d'instruments légaux par le président établissant une Assemblée constituante en accord avec les dispositions de la loi sur l'Assemblée constituante	1 semaine	4	Il est nécessaire de déterminer le nombre de personnes autorisées à être inscrites sur les listes électorales en vue du referendum	48 semaines
5	Assemblée constituante doit organiser des sessions pour ensuite adopter la nouvelle constitution	24 semaines	5	Organisation du referendum - il est nécessaire à la modification de l'article 79 de la constitution	24 semaines
6	L'Assemblée constituante est dissoute en accord avec les clauses de la loi sur l'Assemblée constituante.	1 semaine	6	Décision du Cabinet sur la modification de l'article 79 et les projets de loi sur l'Assemblée constituante - pour établir une Assemblée constituante, le Cabinet doit prendre une décision sur le projet de loi en vue de la modification de l'article 79 pour établir une Assemblée constituante.	12 semaines
7	Présentation des instruments légaux par le président Lancement du referendum	1 semaine	7	Annnonce dans le Journal Officiel de la modification de l'article 79 et de l'ébauche du projet de loi sur l'Assemblée constituante - une annonce dans le Journal Officiel pour informer le public du projet de loi sur le projet de modification de l'article 79 de la constituante et une autre pour l'établissement de l'Assemblée constituante.	4 semaines

8	Processus de lancement du referendum (les annonces, l'inscription des électeurs et le referendum)	16 semaines	8	Mise en vigueur de l'article 79 et des projets de lois sur l'Assemblée constituante - en suivant les étapes (6) et (7), le Parlement doit mettre en vigueur la modification à l'article 79 et à l'Assemblée constituante	5 semaines
9	L'Assemblée nationale doit mettre officiellement en vigueur la nouvelle constitution de la Zambie approuvée par le peuple	4 semaines	9	Présentation des instruments légaux pour établir le Secrétariat de l'Assemblée constituante - le Ministère de la Justice doit publier un instrument légal pour établir le Secrétariat de l'Assemblée constituante	1 semaine
10	Le président donne son accord sur la nouvelle constitution de Zambie	14 semaines	10	Nommer l'équipe du Secrétariat de l'Assemblée Constituante Le Cabinet doit seconder le Secrétariat de l'Assemblée constituante	3 semaines
	Durée totale	71 semaines	11	Travaux du Secrétariat - il entame les travaux de sessions du pré Assemblée constituante	40 semaines
NOTES SUR LES PLANS D'ACTION PROPOSÉS PAR LE FORUM OASIS			12	Elections de l'Assemblée constituante - les élections de l'Assemblée constituante seront lancées	24 semaines
1	Notre plan d'action exclue les étapes 1 et 2 du plan d'action du gouvernement parce nous pensons que nous n'avons besoin que d'un secrétaire au service de l'Assemblée constituante		13	Sessions de l'Assemblée constituante - le président donnera ensuite son accord sur les sessions de l'Assemblée constituante	8 semaines
2	RECENSEMENT Le dernier recensement a eu lieu en 2000. Selon la loi sur le recensement et les statistiques, un recensement est valide pour dix ans. Donc, les statistiques sont toujours valides et peuvent être utilisées jusqu'en 2010		14	Accord sur et lancement de la constitution - l'Assemblée nationale mettra en vigueur la loi de la Constitution de Zambie, sur laquelle le président donnera son accord.	

	<p>REFERENDUM A la page 805 du Rapport de la Commission de révision Mung'omba, il est préconisé que la Constitution actuelle soit abrogée et remplacée par la nouvelle constitution adoptée par l'Assemblée constituante. Cela veut dire que la constitution actuelle n'est pas modifiée si l'on se réfère aux clauses de l'Article 79 qui exige un referendum. Il s'agira d'une toute nouvelle constitution.</p> <p>Le seul referendum qui sera nécessaire aurait lieu après que l'Assemblée Constituante ait adopté l'ébauche de la Constitution avant qu'elle ne soit adoptée par l'Assemblée nationale et acceptée par le président</p>		Durée Totale	269 semaines
4	<p>DÉSIGNATION ET NOMINATION DES MEMBRES DE L'ASSEMBLÉE CONSTITUANTE</p> <p>Nous sommes d'avis que chaque organisation devrait désigner ses représentants pour l'Assemblée constituante en utilisant leurs propres procédures internes. En ce qui concerne les deux représentants de chaque district, nous sommes convaincus que des élections ne seront pas nécessaires. Chaque district a déjà élu des représentants qui sont conseillers. Chaque Conseil pourrait en désigner deux parmi ses membres, un homme et une femme, à moins qu'il n'y ait pas de conseillers homme ou femme. Si tel est le cas, le district sera représenté par deux personnes du même sexe.</p>			

Source: Ces plans d'actions ont gracieusement été rendus disponibles par Dr Patrick Matibini de la Faculté de Droit, Université de Zambie, Lusaka le 26 Septembre 2007.

Ces plans d'actions furent publiés au début de 2007. Environ six mois plus tard, les processus sur l'élaboration de la constitution furent très lents voire non existants.

Cependant en juillet 2007, « à la suite d'une réunion des partis politiques représentés au parlement dans le cadre du Centre zambien pour le dialogue interpartis, il fut décidé qu'au lieu d'avoir une Assemblée constituante, une Conférence nationale constitutionnelle adoptera ... la Constitution.⁸⁹ A la suite de cette décision, la loi 19 de 2007 sur la Conférence nationale constitutionnelle fut mise en vigueur et promulguée le 31 August 2007. Dans la section 3 de la loi, la Conférence nationale constitutionnelle est décrite comme « un forum pour l'examen, le débat et l'adoption de propositions en vue de la modification de la Constitution ». Les fonctions de la Conférence ont été clairement stipulées dans la section 13. Ces fonctions et les options disponibles à la Conférence peuvent être paraphrasées de la façon suivante:

- (a) Considérer et délibérer sur les dispositions du rapport de la Commission Mun'gomba en vue de la révision constitutionnelle (section 13(1)(a)).
- (b) Adopter une ébauche de Constitution ou une partie et soumettre chaque ébauche au ministère pour être présentée au parlement en vue de l'application des clauses de la Constitution qui n'exigent pas de referendum (section 13(2)).
- (c) Adopter une ébauche de Constitution ou une partie et la présenter au ministère pour qu'elle soit soumise à un referendum national si une des dispositions prévoit une modification du projet de loi ou de la clause constitutionnelle de modification de l'article 79 de la Constitution actuelle (sections 13(1)(c) et 13(2)(b)).
- (d) Adopter et soumettre une ébauche de Constitution au ministre pour qu'elle soit soumise à un referendum national « si l'ébauche de la Constitution contient des stipulations relatives aux possibilités de dispute entre les membres de la conférence » (sections 13(1)(c) et 13(2)(b)).
- (e) Décider si l'ébauche entière de la Constitution devrait être soumise à un referendum national (section 13(2)(b)).

En s'acquittant de leur mandat, les membres de la Conférence sont encouragés à:

- (a) assumer leurs responsabilités face au peuple de la Zambie (s 13(4)(a)).

⁸⁹ Simutanyi (n 9 ci-dessus) 11-12. Le Centre pour le dialogue interpartis a été établi par un acte de fiducie et inscrit sous la loi *the Land (Perpetual Succession) Act Cap 186 of the Law* de la Zambie (voir sec 2 de la loi de 2007 sur la Conférence constitutionnelle nationale (NCC).

(b) reconnaître l'importance d'établir des relations de confiance, engendrant un climat de confiance et développer un consensus national en vue du processus d'adoption (s 13(4)(b)).

(c) assurer par le respect aux principes mentionnés dans la section 14 que le processus d'adoption:

(i) donne aux membres l'opportunité de participer activement, en toute liberté et sincérité à la génération et participation aux propositions de débats en vue de modifier la Constitution décrite dans l'ébauche constitutionnelle;

(ii) soit, en accord avec l'acte, dirigé de manière ouverte;

(iii) soit guidé par le respect aux principes universels des droits de l'homme, de l'égalité des sexes et de la démocratie;

(iv) assure que le résultat final du processus d'adoption reflète loyalement les aspirations du peuple zambien.

La section 14 met en vigueur ce qui a été décrit comme «les principes pour [un] processus sûr et démocratique » Selon ces principes de l'article 41, « le gouvernement, la conférence, les partis politiques, les organisations non gouvernementales et le peuple de Zambie » doivent:

(a) reconnaître les pouvoirs législatifs accordés au Parlement ...

(b) éviter la discorde, la violence ou les menaces de violence ou tout autre acte de provocation durant les débats et le processus d'adoption;

(c) s'engager à ne pas nier ou interférer avec les droits d'une personne d'organiser un rassemblement public ou une Assemblée, le droit à la liberté personnelle et la liberté d'expression et de conscience durant le processus d'adoption, à moins que ce ne soit à l'encontre de la loi;

(d) assurer que la police veille à la sécurité de toutes les personnes participant aux réunions ou qui exercent d'autres droits;

(e) assurer que les réunions de la conférence se déroulent en paix;

(f) respecter l'indépendance des membres;

(g) se désister de toute action politique ou administrative qui aura un effet néfaste sur l'opération ou le succès du processus d'adoption.

Il est important de mentionner la composition de la conférence pour établir des parallèles avec des expériences similaires, en particulier celles du Kenya ou d'Uganda. Selon les termes de l'article 4 de la loi, une très large tranche de la société zambienne sera représentée par approximativement 500 délégués venant des catégories suivantes:

(a) Tous les membres de l'Assemblée nationale (158).

(b) Six représentants de chaque parti politique et le forum d'autres partis qui sont membre du Centre zambien pour le dialogue inter- partis.

(c) Trois représentants, un de la Conférence épiscopale zambienne, un du Conseil des églises de Zambie, un de l'Association évangélique de la

Zambie et tout autre venant d'un organisme religieux central inscrit sous la loi des sociétés, Cap 119 des lois de la Zambie et qui est en existence depuis au moins cinq ans.

(d) Deux représentants pour chacun des organismes professionnels suivants: l'Association juridique de Zambie; l'Association des sciences économiques de Zambie, l'Association des Chambres de Commerce et d'Industrie de Zambie; l'Institut d'ingénierie de Zambie, l'Association du gouvernement local de Zambie, l'Institut zambien des experts-comptables, le Conseil médical de Zambie et le Conseil général en soins médicaux.

(e) Deux représentants des guérisseurs traditionnels.

(f) Dix-huit chefs traditionnels représentant la Chambre des Chefs.

(g) Deux représentants pour chaque organisation médiatique privée; organisations médiatiques publiques; le Conseil d'Organisation non gouvernementale; la Commission anti-corruption; la Commission électorale; la Commission anti-drogue et la Commission des Droits de l'homme.

(h) Sept représentants du Congrès des syndicats de Zambie.

(i) Trois représentants de la Fédération des syndicats libres de Zambie.

(j) Trois représentants de la Fédération des employeurs de Zambie.

(k) Trois représentants des syndicats affiliés au Congrès des syndicats de Zambie.

(l) Trois représentants des syndicats affiliés à la Fédération des syndicats libres de Zambie.

(m) Deux représentants des deux universités d'État et de deux universités privées reconnues.

(n) Deux représentants des deux universités d'État et du Syndicat national des étudiants.

(o) Cinq représentants de collèges et d'autres institutions d'enseignement supérieur.

(p) Deux représentants de la Commission du service judiciaire, de la Commission de service public, des Commission de la Police et des prisons et la Commission du service de l'enseignement.

(q) Deux représentants de l'Armée zambienne, de l'Aviation zambienne, du Service National zambien, de la Police zambienne, des Services d'incarcération zambiens et du Service de la Sécurité et des Services de renseignements.

(r) Trois représentants des organismes suivants: le judiciaire, le département du greffe de l'Assemblée nationale, les associations des handicapés inscrites au registre de l'Agence pour les personnes handicapées de Zambie, ..., le Conseil des Arts Nationaux de Zambie; les Chambres de Commerce et d'Industrie de Zambie et l'Agence pour les personnes handicapées de Zambie ...'.

(s) Un Zambien, éminent de chaque province qui s'est distingué dans le domaine d'une entreprise, d'une spécialisation ou d'une profession.

- (t) Un citoyen du troisième âge, de chaque province, qui a rempli un mandat public et qui a au moins cinquante-cinq ans.
- (u) Dix fonctionnaires d'un certain âge.
- (v) Trois représentantes des organisations de femmes qui ne sont pas membres du Conseil d'organisations non gouvernementales.
- (w) Deux représentants d'organisations de la jeunesse reconnues.
- (x) Deux représentants de l'Association islamique et de l'Association hindoue.
- (y) Dix représentants d'organisations non gouvernementales non inscrites.
- (z) Un partisan de la liberté, de chaque province, qui a participé dans la lutte pour l'indépendance et qui a au moins soixante-six ans.
- (aa) un conseiller pour chaque conseil local dans le pays.⁹⁰

4 Pronostic pour le futur

Dans la section ci-dessus nous avons reproduit la profondeur et la largeur de la représentation pour permettre aux étudiants en droit constitutionnel de Zambie de comparer quel genre de représentation a été préconisé par la Commission de Mun'gomba et ce qui est contenu dans la loi. Il faut se rappeler que la Commission Mun'gomba a recommandé que le processus d'élaboration de la Constitution ait une base large, inclusive et représentative pour accorder à la Constitution sa légitimité nécessaire. Au premier abord, la composition de la Conférence telle qu'elle a été élucidée ci-dessus va bien plus loin que ce qui avait été recommandé par la Commission Mun'gomba. Il est important donc de reconnaître que pour la première fois dans l'histoire de l'élaboration de la Constitution en Zambie, un réel effort a été fait pour impliquer une large représentation de la société zambienne. Il devrait pouvoir répondre à la réclamation du peuple zambien d'une participation populaire à l'élaboration de leur propre Constitution. L'engagement populaire par le biais de la Conférence répond aussi à la nécessité que pour avoir une Constitution qui résiste à l'épreuve du temps, elle doit résulter de la volonté du peuple qui est exprimée directement par les participants à ce processus. Ainsi du point de vue de la représentation, de l'inclusion et du mandat populaire la conférence répond aux deux points de référence critiques qui sont la responsabilité et la durabilité du produit final de la Conférence.

En même temps il est important de faire remarquer qu'étant donné que le gouvernement n'a pas atteint un large consensus avec le parti d'opposition principal à l'Assemblée nationale, le Front

⁹⁰ Sec 4 de la loi sur la NCC.

Patriotique (avec 44 députés) et le Forum Oasis, la couverture de l'organisation de société civile,⁹¹ qui s'est battue pour une Assemblée constituante à base large, il est possible que si la Constitution est produite par la Conférence, elle ne sera pas considérée comme légitime aux yeux des parties prenantes les plus importantes lors du processus d'élaboration. Car, comme Ndulo l'a justement fait remarquer:

Les structures d'élaboration de la Constitution doivent être ouvertes aux vues et aux opinions de toutes les parties prenantes à qui l'on doit donner de réelles opportunités leur permettant d'exprimer leurs opinions ... Une Constitution qui est perçue comme ayant été imposée à la population ou adoptée à travers la manipulation du processus par une des parties prenantes ne gagnera pas probablement de légitimité suffisante ou ne résistera à l'épreuve du temps.⁹²

Le besoin d'inclure toutes les parties prenantes importantes était le sujet de discussion intense à l'Assemblée nationale avant même que la Conférence n'entame ses délibérations. Le portefeuille de la Commission sur les affaires juridiques, le gouvernement, les droits de l'homme et l'égalité entre les sexes, dans son rapport de 2006 a recommandé l'abrogation et le remplacement de la Commission actuelle par un organisme plus populaire, faisant remarquer que « la mise en vigueur d'une nouvelle Constitution était extrêmement importante pour une bonne gouvernance ».⁹³ Cependant, l'Assemblée nationale, dans un sondage fermement contesté a voté 63 voix contre 61 contre le rapport, alors que le gouvernement soutenait que l'acte NCC ne pouvait pas être ramené au parlement pour être modifié dans les six mois suivant sa ratification du fait qu'il avait déjà reçu l'approbation du président et que le gouvernement avait atteint un stade très avancé dans ses préparations pour le NCC, qui était irréversible.⁹⁴

Bien évidemment, l'argument que la l'acte du NCC ne pouvait pas être modifié est fallacieux. Le Parlement peut modifier et abroger toute loi, à condition de respecter les formalités prescrites.⁹⁵ Tout au moins, les partis d'opposition au parlement pouvaient se mettre ensemble pour supporter la modification d'une loi. L'Assemblée nationale compte actuellement 150 membres directement élus par le

⁹¹ Simutanyi (n 9 ci-dessus) 11-12. Voir aussi les articles de presse cités (n 8 ci-dessus). Le Front Patriotique a menacé de discipliner ses membres parlementaires de participer à la Conférence, voir *The Post* 21 décembre 2007 20.

⁹² Cité par Simutanyi (n 9 ci-dessus) 4.

⁹³ Hon. Joseph Kasongo, Membre du Parlement pour le Front Patriotique pour Bangweulu et président intérimaire du portefeuille de la Commission, *Times of Zambia* 23 Novembre 2007 (Veuillez noter que Hansard n' était pas disponible au moment de la rédaction).

⁹⁴ Times Reporter *Times of Zambia* 23 Novembre 2007 1.

⁹⁵ Art 62 de la Constitution de la Zambie (modification) acte 18 de 1996.

peuple et 8 membres supplémentaires nommés par le président. A l'heure actuelle, le parti dirigeant, le Mouvement pour la Démocratie multipartite détient 74 sièges alors que l'opposition combinée en a 76.⁹⁶ Il est tout à fait possible qu'un projet de loi de membres de l'opposition soit ratifié par l'Assemblée nationale avec la coopération de certains députés renégats du MMD. Cependant, cette possibilité mathématique ne recevra probablement pas l'accord présidentiel, étant donnée sa détermination à agir seul.⁹⁷

Le deuxième défi à la loi vint du dirigeant d'un des plus petits partis d'opposition non représenté à l'Assemblée nationale, Godfrey Miyanda du Heritage Party.⁹⁸ Il a adressé une pétition à la Cour suprême pour déterminer la constitutionnalité de la loi sur la NCC. Miyanda cherche une injonction de la cour, déclarant que les sections 4, 14, 17, 21 et 32 de la loi sont discriminatoires, allant à l'encontre de la démocratie et inconstitutionnelles. Ses arguments peuvent être résumés ainsi:

(a) La section 4(1)(b) qui prévoit la représentation des partis politiques membres du Centre du dialogue interpartis zambien est discriminatoire et en effraction avec l'article 21 de la Constitution qui protège les libertés de rassemblement et d'association du fait que des partis politiques comme le sien, qui ne sont pas membres du Centre du dialogue interpartis de la Zambie, ne sont pas autorisés à désigner des délégués au NCC.

(b) La section 14(a) de la loi est inconstitutionnelle parce qu'elle limite le mandat du NCC sur les changements ou les modifications de toutes dispositions de la Constitution, dont l'article 62 (sur le pouvoir législatif du Parlement).

(c) La procédure de désignation des membres au NCC est peu précise et vague « et autorise une marge de spéculation et de manipulation », comme par exemple la section 4 dont le paragraphe (5) qui fait allusion à des « Zambiens éminents », le paragraphe (t) faisant allusion aux « personnes du troisième âge », le paragraphe (s) faisant allusion aux « fonctionnaires d'un certain âge » et (aa) aux « défenseurs de la liberté ». En bref, l'argument de Miyanda est le suivant: comment est-ce que ces représentants doivent être identifiés et nommés?

(d) La cette section 21(1) de l'acte interdisant la publication de, ou la divulgation de renseignements à des personnes non autorisées ne soutient pas les valeurs de démocratie, transparence, responsabilité et

⁹⁶ Base de données des élections africaines. 7.

⁹⁷ Times Reporter *Times of Zambia* 23 Novembre 2007, 4 citant le ministre de la Justice George Kunda selon lequel le gouvernement est à un stade très avancé dans ses préparations pour la NCC qui était irréversible et devait démarrer en décembre 2007.

⁹⁸ J Konayuma « Miyanda Petitions Court over NCC » *Zambia Daily Mail* 15 Novembre 2007. Je tiens de nouveau à remercier Dr Matibini qui a mis à ma disposition le résumé de la pétition.

bonne gouvernance; elle est en effraction avec l'Article 20(1) de la Constitution qui protège la liberté d'expression.

La pétition de Miyanda était à la Cour suprême au moment de la rédaction de cet article. Sans anticiper le résultat de cette affaire, il faut respectueusement admettre que les opinions de Miyanda ont une force considérable. L'exclusion des partis politiques inscrits qui ne sont pas représentés à l'Assemblée nationale et qui ne sont pas membres du Centre zambien pour le dialogue inter-partis favorise l'opinion selon laquelle le processus n'est pas assez inclusif. Après avoir bien réfléchi, la meilleure approche serait d'adopter la formule recommandée par la Commission de révision constitutionnelle Mwanakatwe, de 1995; pour remédier à cette situation, chaque parti politique reconnu mais non représenté à l'Assemblée nationale doit avoir un représentant à l'Assemblée constitutive.

Une autre caractéristique inquiétante de la loi est que le processus qu'elle prescrit se détache de façon significative de la recommandation de la Commission de Mun'gomba comme quoi la décision de l'Assemblée constitutive « doit être finale et exécutoire » selon le résultat du référendum national et la mise en vigueur par la résolution de l'Assemblée constitutive.⁹⁹ S'opposant fortement à cette recommandation, la section 13(2) offre l'opportunité à la conférence de déterminer de manière cruciale s'il faut soumettre une ébauche de projet de loi en vue de la promulgation des dispositions de la constitution qui n'exigent pas de référendum ou bien soumettre toute l'ébauche constitutionnelle à un référendum. Simutanyi a bien fait remarquer que « le fait que le gouvernement puisse facilement manipuler le processus donné pour le faire apparaître comme une majorité profondément ancrée » suscite bien des inquiétudes.¹⁰⁰ Ces inquiétudes sont exacerbées par le fait que l'Assemblée nationale au sein de laquelle le parti dirigeant, le MMD détient actuellement 74 sièges sur 150 a le pouvoir de changer ce qui ressortira de la conférence.

5 Conclusion

Cet article a tenté d'identifier le processus et les facteurs critiques implicites au développement constitutionnel de la Zambie. Le thème récurrent de ce discours est qu'historiquement, l'élaboration constitutionnelle en Zambie a été dominée par les élites politiques, débouchant sur ce que Simutanyi appelle « le consensus élitiste » ... visant à des positions minimalistes pour servir les intérêts des

⁹⁹ Rapport de la Commission *Mun'gomba* (n 13 ci-dessus).

¹⁰⁰ Simutanyi (n 9 ci-dessus) 12.

détenteurs du pouvoir.¹⁰¹ Nous avons montré que les gouvernements successifs ont été capables d'utiliser l'acte sur les enquêtes pour accomplir leurs propres intérêts partisans. Cette méthode d'élaboration et de réforme constitutionnelle a permis aux partis politiques en fonction de passer outre les aspirations du peuple.

Nous avons noté que dans le projet constitutionnel en cours le peuple zambien exigeait qu'il définisse lui-même le processus constitutionnel et que cette Constitution soit le résultat de la volonté souveraine du peuple. Étant donné le climat de méfiance profondément ancré entre le gouvernement d'une part et les partis d'opposition, les organisations de société civiles et l'église d'autre part, il nous semble que le résultat de la Conférence constitutionnelle nationale serait extrêmement pertinente et retiendra dans le présent et le futur la curiosité des étudiants en droit constitutionnel zambien. Nous aspirons à un document auquel le peuple zambien identifiera comme le sien.

¹⁰¹ Simutanyi (n 9 ci-dessus) 9.

5

FAIRE, DÉFAIRE ET REFAIRE LA CONSTITUTION EN CÔTE D'IVOIRE: UN EXEMPLE D'INSTABILITE CHRONIQUE

*Djedjro Francisco Meledje**

1 Introduction

Anciennement considérée comme un État stable, la Côte d'Ivoire est devenue un véritable laboratoire des changements constitutionnels. Les changements en cause concernent aussi bien l'adoption de nouvelles Constitutions que les modifications de Constitutions en vigueur.

Afin d'éclairer notre propos, il est utile d'indiquer le sens donné ici à l'expression « changement » en rapport avec la Constitution; tant il est vrai que dans la matière qui nous intéresse, la précision terminologique doit être de rigueur,¹ et même si le sens du mot « Constitution », pour tout dire, l'expression qui est au cœur de la problématique, comporte différentes acceptions.² Pour désigner les opérations constitutives en considération de leur nature, de leur ampleur et même des processus mis en oeuvre, on utilise des expressions appropriées: on parlera ainsi d'élaboration, d'établissement d'une Constitution, lorsqu'il s'agit de l'opération constitutive initiale; ou alors, de révision, de réforme, ou d'amendement, de modification de la Constitution, quand la norme constitutionnelle en vigueur est partiellement affectée dans son contenu. Mais on sait en même temps que « réviser » la Constitution renvoie à un concept indéterminé.³ En effet, en la matière, le

* Agrégé des Facultés de Droit; Professeur Titulaire de Droit Public et de Science Politique; Doyen de la Faculté de Droit - Université de Cocody Abidjan; Membre du Comité de Coordination du Réseau Africain de Droit Constitutionnel.

¹ D F Meledje « La révision des constitutions dans les États africains francophones. Esquisse de bilan » *Revue du Droit public et de la Science Politique en France et l'Etranger* (1992) 111 & s.

² P Bastid *L'idée de Constitution* (1985) 9 & s.

³ F Moderne « Réviser » la Constitution. *Analyse comparative d'un concept indéterminé* (2006).

discours des auteurs prête quelquefois à confusion: on a recours à l'expression « révision » pour désigner aussi bien l'établissement que la modification de la Constitution; on parle alors de révision constitutionnelle totale ou de révision partielle.⁴ D'autres expressions sont employées pour nommer des modes informelles de changement constitutionnel; ainsi le Professeur Franck Moderne, se référant à la terminologie allemande, désigne par « mutations constitutionnelles », les modifications informelles qui sont le résultat de la pratique constitutionnelle et qui imposent aux textes les transformations nécessaires qui adaptent la situation constitutionnelle à la loi fondamentale.⁵ De même, M Moderne, s'appuyant notamment sur la définition de l'auteur allemand G Jellinek, appréhende l'expression changement constitutionnel comme signifiant « une modification de la Constitution qui a laissé inchangé formellement le texte constitutionnel et qui résulte de faits qui ne sont pas nécessairement issus de l'intention de modifier la Constitution ou de la conscience de le faire ». Les changements en question portent évidemment sur la Constitution matérielle et s'expriment à travers les pratiques politiques et les conventions de la Constitution.⁶

A notre sens, l'expression « changement constitutionnel » ne peut être réservée à une seule catégorie d'opérations constituantes; elle est par conséquent valable aussi bien pour l'établissement de nouvelles Constitutions que pour les modifications constitutionnelles. De plus, le changement constitutionnel peut servir à qualifier non seulement les opérations qui s'inscrivent dans les formes, mais aussi celles qui sont informelles. Ainsi, on dit: « changer de Constitution », lorsqu'il s'agit d'établir une nouvelle Constitution, et « changer la Constitution », lorsqu'il convient de la réviser. Le mot changement constitutionnel reste le même; mais il comporte des tonalités qu'il faut décrypter en fonction du contexte. Vérifions-le avec cette formule de Benjamin Constant:

Quand, pour faire un changement à la Constitution, il faut un changement de Constitution, la secousse est trop forte et, dans cette secousse, la modification de quelques formes devient trop souvent la violation de tous les principes.⁷

D'un autre côté, ce terme renvoie non seulement aux mécanismes mis en œuvre mais aussi aux nouvelles orientations apportées par ce fait

⁴ J-F Aubert « La révision totale des constitutions. (Une invention française, des applications suisses) » dans *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet* (2003) 455 & s.

⁵ Moderne (n 3 ci-dessus) 13, 39 & s.

⁶ Comme ci-dessus, 40-41.

⁷ B Constant, *Cours de politique constitutionnelle* (1879) 268. Cité par G Burdeau *Traité de Science politique: Le statut du pouvoir dans l'État* (1969) 235.

dans un régime politique donné;⁸ dans cet esprit, les changements constitutionnels peuvent être formels ou informels, importants ou mineurs. Par ailleurs, au delà de la Constitution, l'expression « changement » peut s'appliquer au régime politique même; il peut ainsi s'agir d'un changement dans le régime ou alors d'un changement de régime.⁹

Lorsque le constituant de 1791, en France, a voulu justifier le bien-fondé de la révision constitutionnelle, il a utilisé la formule suivante: « la nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution »;¹⁰ de même, selon le constituant français de 1793, « le peuple a toujours le droit de revoir, de reformer et de changer sa Constitution ». ¹¹ De plus, des auteurs parmi ceux qui font autorité, utilisent la notion de changement pour désigner la révision constitutionnelle: Montesquieu note relativement à Carthage, « Comment le plus petit changement dans la Constitution entraîne la ruine des principes »;¹² Raymond Carre de Malberg constate que « les changements de Constitution peuvent se produire dans deux ordres bien différents de circonstances ». ¹³ On pourrait citer d'autres références, d'autres auteurs.¹⁴

L'expression changement constitutionnel est donc utilisée à souhait pour mieux analyser, dans le contexte de cette étude, l'instabilité qui caractérise les opérations constitutives en Côte d'Ivoire (établissement et révision de la Constitution, changement formel et changement informel).

Cette précision étant faite, on peut à présent faire référence à Georges Burdeau qui a eu recours à l'image de l'homme qui, poursuivant l'œuvre de Dieu, utilise le Pouvoir pour créer le monde

⁸ C Grewe et H Ruiz Fabri *Droits constitutionnels européens* (1995) 54 & s; aussi P Pactet *Institutions politiques. Droit constitutionnel* (2003) 74.

⁹ A Rouquié « Changement politique et transformation des régimes » dans M Grawitz et J Leca *Traité de science politique. Les Régimes politiques contemporains* (1985) 599 & s.

¹⁰ Constitution française du 3 septembre 1791. Titre VII: De la révision constitutionnelle. Article 1er.

¹¹ Acte constitutionnel du 24 juin 1793. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, article 28.

¹² Montesquieu *L'esprit des lois*. Livre VIII, Chapitre 14.

¹³ R. Carré de Malberg *Contribution à la théorie générale de l'État* (1922) 495 & s.

¹⁴ P Ardant *Institutions politiques et droit constitutionnel* (1998) 97 ; Bastid (n 2 ci-dessus) 152; Georges Burdeau (n 7 ci-dessus) 234 & s; O Duhamel *Droit constitutionnel et politique* (1993) 129; J Gicquel et J-Eric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques* (2007) 180; Grewe & Fabri (n 8 ci-dessus); D G Lavroff *Le droit constitutionnel de la V^e République* (1997) 109; du même auteur « La Constitution et le Temps » dans P Ardant. *Droit et politique à la croisée des cultures* (1999) 207 & s; Pactet (n 8 ci-dessus); E Zoller *Droit constitutionnel* (2ème ed) 75; voir 3èmes Journées franco-tchécoslovaques sur les changements de la Constitution, notamment l'étude de Jean Boulouis « Les changements récents de la Constitution en France » (1992) No Spécial, 14 *Revue Internationale de Droit Comparé*.

en considération des fins qu'il se fixe; et de façon précise, la fonction de l'État est justement de corriger ou de refaire, au besoin en traçant les cadres juridiques, les activités qui sont individuellement ou collectivement conduites. Corriger ou refaire en permanence, telle est la mission du Pouvoir régulateur.¹⁵ Il est évident que cette fonction régulatrice ne peut s'exercer efficacement que si les bases juridiques sont elles-mêmes stables et consolidées, si la norme fondamentale de l'État ne souffre pas d'instabilité chronique.

La Constitution, au sens du droit constitutionnel, a pour vocation d'assurer la stabilité des institutions et des relations entre celles-ci, dans le cadre du fonctionnement du Pouvoir au sein de l'État. Elle s'appréhende donc comme un instrument de construction de l'État en général et de consolidation des institutions politiques. Ce qui signifie que la Constitution elle-même doit être construite sur la stabilité et la durée. Or, peut-on dire, sur cette terre, tout se fait et se défait. Il n'y a donc pas de raison que la Constitution, œuvre humaine, faite pour assurer la régulation de la vie politique, échappe à cette logique. Mais une chose est de procéder à un changement constitutionnel nécessaire, une autre est de s'installer dans l'instabilité. Les changements effectués à partir de 1990 et touchant à la Constitution de 1960 (celle de la 1^{ère} République) et, plus tard, à la Constitution de 2000 (celle de la 2^{ème} République), permettent de mesurer la valeur du principe de constitutionnalité en Côte d'Ivoire, sous l'ère du pluralisme, au moment où dans bien d'autres États africains le régime politique est en évolution.

La Constitution est au centre de deux préoccupations contradictoires. D'un côté, elle doit être stable car elle aménage les conditions d'exercice du pouvoir et fixe les droits et libertés qui ne peuvent pas être soumis aux aléas du moment. D'un autre côté, la Constitution est l'expression de la volonté du peuple souverain et celle-ci ne s'épuise pas après que le texte ait été adopté.¹⁶

On peut par conséquent observer que l'opération constituante est sujette à un mouvement de construction et de la déconstruction;¹⁷ et comme toute évolution législative, elle est une œuvre de transformation sociale. Michel Virally écrivait en effet:

Le droit, construction sociale, système de représentations intellectuelles, n'est pas en mesure d'arrêter l'histoire, de figer l'évolution des sociétés. Il doit sans cesse s'adapter, se modifier, pour conserver son effectivité en face des transformations sociales ... Il s'établit ainsi dans tout ordre juridique, une tension entre des forces de

¹⁵ G Burdeau *Traité de Science politique. La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie* (1973) 517 & s.

¹⁶ Lavroff (n 14 ci-dessus) 209.

¹⁷ Grewe et Ruiz Fabri (n 8 ci-dessus) 33 & s.

conservation et des forces de changement, dont l'équilibre peut être fort différent suivant les périodes et les sociétés considérées, mais dont la résultante est telle que cet ordre ne peut immobiliser indéfiniment les normes qui le constituent et ne peut pas davantage se renouveler intégralement du jour au lendemain.¹⁸

Cette analyse faite par ce grand juriste français laisse entrevoir deux phénomènes qui sont observables dans le cas ivoirien.

Le premier est que les transformations juridiques sont l'occasion pour les oppositions entre groupes sociaux, les contradictions politiques de se manifester. La théorie du contrat social, si elle devait s'appliquer ici, et malgré son caractère séduisant, doit être relue en tenant compte des rapports de force entre les acteurs. Les auteurs ont effectivement observé que même dans les pays démocratiques, les procédures de révision constitutionnelle sont toujours le reflet, en même temps qu'un élément, non seulement des contradictions entre les forces politiques mais aussi des rapports de puissance entre les pouvoirs publics.¹⁹ En effet, l'avènement du multipartisme en Côte d'Ivoire a permis de dévoiler un certain nombre de conflits latents, d'oppositions larvées que le parti unique avait jusqu'alors camouflé: conflits de personnes, conflits tribaux, conflits politiques.

Le deuxième phénomène observé est la mise en évidence de ce que le mode d'énonciation d'une Constitution (qu'il s'agisse de l'établissement de la Constitution ou même de la révision) peut être non seulement le reflet du type de régime politique mais aussi traduire le degré d'institutionnalisation de ce régime.

Dans la plupart des pays africains et depuis les années 1990, une certaine stabilité politique a commencé à se construire; on a évolué vers l'institutionnalisation du pouvoir. Ce fait est certainement dû à l'évolution du phénomène constitutionnel et à l'idée que l'on se fait des fonctions de la Constitution, rompant ainsi avec le constat d'instabilité constitutionnelle et de balbutiement politique.²⁰ Il est vrai que durant cette dernière décennie, les vieux démons africains marqués par le mépris du Constitutionnalisme semblent refaire surface et que nous assistons encore, comme par le passé, à une inflation révisionniste.²¹ Cette situation peut traduire la recherche de

¹⁸ M Virally *La pensée juridique* (1960) 188.

¹⁹ D Gaxie « Titre XIV- De la révision » dans F Luchaire et G Conac (Analyses et commentaires sous la direction) *La Constitution de la république française* (1979) 957 & s.

²⁰ Meledje *La révision des constitutions dans les États africains francophones* (n 1 ci-dessus).

²¹ Comme ci-dessus; voir également J-L Atangana Amougou « Rigidité et instabilité constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain » (2006) 22 *Afrique Juridique et Politique. La Revue du Centre d'Etudes et de Recherches en Droit et Institutions Politiques (CERDIP)* 42 & s.

structures et de procédures plus adaptées aux réalités sociologiques et culturelles²² ou alors la recherche constante d'institutions aux besoins et au niveau de développement économique, social et culturel.²³ Pendant cette même période, les institutions politiques en Côte d'Ivoire se caractérisent par leur instabilité. L'État qui, en Afrique était présenté comme l'un des modèles politiques, s'est transformé en contre modèle.²⁴ Cette situation touche non seulement les organes étatiques mais aussi les normes juridiques qui sont à la base de l'organisation sociale. On peut sans doute affirmer que ce sont les fluctuations subies par les normes, et plus encore les normes constitutionnelles qui, fondamentalement, affectent les structures politiques. A vrai dire, sur ce point, il y a une interaction entre l'instabilité des institutions politiques et la fluctuation des normes constitutionnelles. Derrière l'apparente stabilité institutionnelle, se profilait la fréquence des changements constitutionnels.

Ces changements constitutionnels se justifient-ils par la nécessité. Y a-t-il nécessités aussi récurrentes, aussi fréquentes en Côte d'Ivoire à voir changer de Constitution ou changer la Constitution? L'examen des différents changements constitutionnels montre qu'à ce jour, nous assistons plutôt à un mouvement de flux et reflux du constitutionnalisme. Plus précisément, nous sommes à présent loin de l'idée du constitutionnalisme; au contraire, une instabilité notoire caractérise le système politique ivoirien qui donne le sentiment d'un éternel recommencement. Il paraît difficile, dans de telles circonstances, d'évoquer avec rigueur la notion de constitutionnalisme. Depuis le début des années 1990, nous sommes, en fait, passés d'un droit constitutionnel instable à un droit constitutionnel que l'on peut dire chaotique. Ainsi, on peut constater, comme partout en Afrique, que le changement constitutionnel est une opération qui consiste, comme dans tout processus normal, à défaire la Constitution afin de la refaire, avec en prime, la méconnaissance de la suprématie de la Constitution; mais dans certaines circonstances, que l'on peut dire cataclysmiques, ce processus de construction-déconstruction devient plus intense et accéléré: il s'agit alors de faire, défaire et refaire la Constitution.

²² G Conac « Les constitutions des États d'Afrique et leur effectivité » dans G Conac, *Dynamiques et finalités des Droits africains* (1980) 386.

²³ M Ahanhanzo Glèlè « La Constitution ou Loi fondamentale » dans *Encyclopédie juridique de l'Afrique* (1982) 52.

²⁴ D F, Meledje, étude « Le système politique ivoirien dans la géopolitique ouest africaine » *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, (2006) 701 & s.

2 Le processus (presque) normal: défaire et refaire la Constitution

Il va de soi que tout changement constitutionnel, qu'il soit majeur (établissement d'une nouvelle Constitution) ou mineur (révision constitutionnelle), manifeste la volonté de traduire en acte la prise en considération des changements politiques et sociaux. Il ne reste pas moins que par la même occasion la Constitution se trouve être ainsi remise en question parce que c'est évidemment une modification du contenu de la Constitution. Par ailleurs, certains auteurs perçoivent le changement constitutionnel, y compris celui qui procède de la révision, comme une atteinte à la suprématie constitutionnelle;²⁵ au-delà de cette position doctrinale, les modifications constitutionnelles en Côte d'Ivoire sont, en temps normal, l'occasion d'atteintes à la suprématie constitutionnelle.

2.1 Une modification du contenu de la Constitution

La Constitution du 03 novembre 1960, consécutive à l'accession à l'indépendance, est celle autour de laquelle se construit ce qu'on peut qualifier comme étant la 1ère République en Côte d'Ivoire. Avant l'avènement du multipartisme en 1990, plusieurs révisions affectent cette Constitution et concernent, pour la plupart d'entre elles, le statut du chef de l'État, notamment en ce qui touche à l'intérim et à la vacance du pouvoir présidentiel.²⁶ Depuis 1990, d'autres changements constitutionnels sont intervenus. En partant d'un jugement de valeur sur les changements qui ont affecté la loi fondamentale en Côte d'Ivoire, nous pourrions distinguer entre les révisions constitutionnelles qui ont une portée significative et les changements négatifs.

2.1.1 Les changements constitutionnels significatifs

En se mettant dans la logique des évolutions politiques de la période de l'Afrique en transition vers le pluralisme,²⁷ les changements constitutionnels opérés ne pouvaient que s'orienter vers des lendemains qui chantent pour le constitutionnalisme. Plusieurs

²⁵ C Debbasch *et al Droit constitutionnel et Institutions politiques* (1990) 90 & s.

²⁶ I H Andoh « Les réaménagements constitutionnels en Côte d'Ivoire » (1984-1985)1, 2, 3 & 4 *Revue Ivoirienne de Droit* 4 & s; Z Togba « L'article 11 de la Constitution de 1960 dans le système politique ivoirien » (1983) *Penant* 153 & s. Du même auteur « L'intérim de la présidence de la République en Côte d'Ivoire (Analyse juridique et impact politique) (1988) *Penant* 205 & s.

²⁷ G Conac (Sous la direction de) *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique* (1993); H Roussillon (sous la direction de) *Les nouvelles constitutions africaines: La transition démocratique*(1995).

révisions ont constitué une avancée dans le système constitutionnel ivoirien; mais on ne retiendra que celles qui sont significatives.

On observe à juste titre que;

dans tous les pays engagés dans le processus du changement politique, la révision constitutionnelle est invoquée comme prioritaire. L'enjeu risqué pour le pouvoir en place, est en effet d'accepter de nouvelles « règles du jeu » politiques, susceptibles d'entraîner sa défaite, approuvées par le peuple constituant. La garantie constitutionnelle des droits et libertés relève de cette démarche. Il devrait en être de même des principales règles d'organisation de la vie politique, particulièrement celles relatives à la représentation politique.²⁸

En Côte d'Ivoire cependant, le premier changement constitutionnel, le plus important certainement, survenu dans la période fiévreuse de la transition politique en 1990, est celui qui s'est effectué parallèlement au texte de la Constitution du 3 novembre 1960; et ce, à l'occasion des manifestations populaires qui se sont déroulées entre le dernier trimestre 1989 et le premier semestre 1990. Il s'est agi de rendre effectif l'article 7 de la Constitution qui prévoyait le multipartisme mais qui n'avait jamais été appliqué parce que le parti au pouvoir, le Parti Démocratique de Côte d'Ivoire – Rassemblement Démocratique Africain (P.D.C.I. - R.D.A.), avait imposé le parti unique de fait depuis 1960. En fait, l'article 7 de la Constitution de 1960 qui avait été mis entre parenthèses, trouve désormais à s'appliquer; en d'autres termes, cette disposition retrouve pleinement sa place dans la Constitution. Matériellement et politiquement, le contenu de la Constitution relativement au régime des partis politiques n'était plus le même. On peut dire que cette révision informelle, imposée par la rue, parce qu'elle s'est opérée en marge des procédures constitutionnelles et contre la volonté des pouvoirs publics, a donné naissance à un nouveau régime politique en faisant passer le régime résultant de la Constitution de 1960, du monopartisme au multipartisme.²⁹ On peut induire que cette évolution a donné naissance en Côte d'Ivoire à la première République *bis*. On a ainsi assisté à la combinaison de deux Constitutions:³⁰ d'une part, le texte de la Constitution adoptée en novembre 1960, à la proclamation de l'indépendance; d'autre part, l'esprit des institutions né de l'avènement du multipartisme en 1990. On peut retenir, pour l'essentiel, que cette combinaison des Constitutions donne une orientation favorable à la démocratisation du régime politique ivoirien; et elle situe celui-ci dans le contexte général des changements politiques constatables sur le continent africain à cette époque.

²⁸ S Doumbé-Billé « Les transformations au Cameroun: un processus d'élargissement prudent » dans Roussillon (ci-dessus) 78.

²⁹ Voir F V Wodié *Institutions politiques et droit constitutionnel en Côte d'Ivoire* (1996) 302 & s.

³⁰ Sur la combinaison des constitutions sous la 5ème République en France, voir D Turpin *Droit constitutionnel* (2007) 475.

En novembre 1990, une révision constitutionnelle est intervenue pour introduire, sous la poussée des revendications du pluralisme politique, un dualisme dans l'Exécutif; désormais un Premier ministre existe aux côtés du chef de l'État. Ce dernier peut lui déléguer certains pouvoirs; ce qui, à l'image de ce qui est vécu ailleurs en Afrique, contribue à modérer le présidentielisme.³¹

Une autre innovation constitutionnelle, survenue en 1994, concerne le Conseil constitutionnel, juridiction constitutionnelle créée en remplacement de la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême qui était théoriquement chargée de veiller au contrôle de constitutionnalité des lois et au contrôle de la régularité des élections présidentielles. En pratique, cette Chambre constitutionnelle est restée en hibernation³² malgré les espoirs placés en elle;³³ et la seule décision significative qu'elle a rendue à l'occasion de la vacance du pouvoir présidentiel en 1993, a été en même temps la dernière.³⁴ A partir de 1994, la mise en place d'une juridiction constitutionnelle sur le modèle européen a permis de créer les bases d'un contentieux constitutionnel en Côte d'Ivoire; même si dans ce domaine, beaucoup reste encore à faire.

Entre les années 1998 et 1999, il s'est produit une cascade de changements constitutionnels confirmant l'existence d'une instabilité institutionnelle. Le point de départ est la révision constitutionnelle dont le texte est promulgué le 02 juillet 1998 et qui, comme on va l'analyser plus bas, amorce un recul du constitutionnalisme en Côte d'Ivoire. Après cette révision malencontreuse, et certainement en vue de décrier l'atmosphère politique, un accord politique est conclu en décembre 1998 entre le gouvernement, dirigé par l'ancien parti unique au pouvoir, et l'un des partis politiques de l'opposition, le Front Populaire Ivoirien (F P I), qui va remettre en route un nouveau processus de révision constitutionnelle.³⁵ A la suite de cet accord, une révision constitutionnelle est engagée en 1999: le texte est même adopté le 8 décembre 1999. Mais le processus n'a pu aboutir parce que le texte de la révision n'a pas été promulgué, le peu de souci manifesté par le

³¹ R D Bognon « La situation en Côte d'Ivoire: présidentielisme et représentation nationale » dans Roussillon (n 27 ci-dessus) 87 & s.

³² T G Gatagro « Faut-il supprimer la chambre constitutionnelle de la Cour Suprême ? Requiem pour une juridiction en agonie » (1988) VIII *Annales de l'Université d'Abidjan - Droit* 171 & s.

³³ E Boka « La Cour Suprême de la République de Côte d'Ivoire » (1961) *Penant* 631 & s.

³⁴ D F Meledje « Commentaire de l'Arrêt No. 1 de la Chambre constitutionnelle de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire » (9 décembre 1993) « Vacance de la Présidence de la République de Côte d'Ivoire » (2004) 36 *Revue Ivoirienne de Droit* 79 & s.

³⁵ D F Meledje « Note sur l'Accord conclu le 16 décembre 1998 entre le Gouvernement et le Front Populaire Ivoirien », publiée sous forme de chronique dans *Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo* (1999) 526 & s.

chef de l'État à rendre applicable le nouveau texte et les événements des 23 et 24 décembre 1999 annonçant le coup d'État dans le pays.

Le texte de ce projet de révision avortée contenait un certain nombre de propositions porteuses de promesses pour le développement de la démocratie constitutionnelle, notamment en ce qui concerne la protection constitutionnelle des droits de l'Homme et l'extension du droit de saisine de la juridiction constitutionnelle aux groupes parlementaires et aux associations de défense des droits de l'Homme. Malgré l'échec de ce projet de révision, on doit reconnaître que l'opération n'a pas été inutile, puisque les idées proposées ont été heureusement reprises dans la Constitution de 2000. L'opération constituante de 2000, à partir de laquelle va naître la 2ème République en Côte d'Ivoire, a permis, en dépit des critiques souvent infondées qui lui sont faites, de constitutionnaliser un certain nombre de principes portant sur la condition des personnes et l'organisation des pouvoirs publics; des principes que l'on retrouve d'ailleurs dans la plupart des Constitutions africaines dont on présente l'évolution comme correspondant au néo-constitutionnalisme.³⁶

Parallèlement à ces évolutions constitutionnelles, des changements constitutionnels négatifs ont été enregistrés en Côte d'Ivoire.

2.1.2 Les changements constitutionnels négatifs

On peut rêver de ce qu'une révision constitutionnelle n'ait intrinsèquement pour objectif que d'améliorer l'édifice constitutionnel. En réalité, tel n'est pas toujours le cas, même si les initiateurs ou les auteurs des révisions constitutionnelles, dans tous les pays d'ailleurs, présentent celles-ci comme étant bénéfiques pour le système politique. Techniquement, on doit dire que dès lors qu'une réforme de la Constitution a été réalisée conformément aux procédures formellement en vigueur, il s'agit bel et bien d'un changement constitutionnel. L'analyse que l'on peut s'autoriser à faire par la suite, sur le fond est de savoir l'effet qu'une telle opération constituante exerce sur l'orientation du régime concerné.

Dans l'histoire récente de la Côte d'Ivoire, deux opérations peuvent être considérées comme ayant été les plus catastrophiques au regard de l'évolution constitutionnelle.

La première est la révision constitutionnelle du 02 juillet 1998 par le Président Henri Konan Bédié et qui est la manifestation d'une

³⁶ Sur le néo-constitutionnalisme voir, B Kanté and M E Pietermaat-kros (eds) *Toward the Renaissance of Constitutionalism in Africa* (1998); V Piergigli e Ima Taddia (a cura di) *International Conference on African Constitutions* (2000).

régression démocratique, un véritable pas en arrière par rapport à l'évolution qui avait été amorcée à partir de 1990. Cette révision est une célébration du présidentielisme négro-africain de la période d'avant le pluralisme politique,³⁷ pour tout dire le présidentielisme autoritaire.³⁸ Cette révision non seulement donne davantage de pouvoirs au chef de l'État mais aussi affaiblit l'autorité de la Constitution.

Tout d'abord, en effet, le chef de l'État devient omnipotent en renforçant son statut constitutionnel à plusieurs égards, et plus encore en période de crise. Le renforcement de ce statut s'opère au détriment du Parlement et du gouvernement. En effet, face au pouvoir présidentiel le Parlement ivoirien est affaibli par l'institution du bicaméralisme. Certes, la mise en place du bicamérisme est une pratique qui tend à se généraliser en Afrique -notamment dans la zone francophone – depuis l'avènement du multipartisme,³⁹ mais le bicamérisme est en réalité devenu en règle générale, dans les pays africains, un procédé de manipulation des institutions politiques; la nomination, tel qu'il était prévu par le chef de l'État, du tiers des membres de la seconde chambre (le Sénat) est visiblement le signe d'un retour à la conception patrimoniale du pouvoir. Même si on peut remarquer que le bicaméralisme parlementaire présente encore un intérêt et qu'il y a même un regain de cette institution en Afrique et à travers le monde,⁴⁰ il faut noter que la seconde chambre, si elle avait été effectivement créée en Côte d'Ivoire,⁴¹ aurait constitué

³⁷ Sur ce type de régime politique: G Conac (Sous la direction de), *Les institutions constitutionnelles des États d'Afrique francophone et de la République Malgache* (1979); J Gicquel « Le présidentielisme négro-africain: L'exemple du Cameroun » dans *Mélanges offerts à G Burdeau. Le pouvoir* (1997) 701 & s.

³⁸ D F, Meledje « La révision constitutionnelle du 2 juillet 1998 en Côte d'Ivoire: Un réveil du présidentielisme autoritaire ? » *Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo* (1999). Voir également A B Koby « La révision constitutionnelle du 2 juillet 1998 et le présidentielisme ivoirien » (1999) *Revue Tunisienne de Droit* 271 & s.

³⁹ A Cabanis & M L Martin *Les constitutions d'Afrique francophone. Evolutions récentes* (1999) 113; B Kanté « L'évolution constitutionnelle des États d'Afrique Occidentale Francophone: tendances récentes dans B Kanté & M E Pietermaat-kros (eds) (n 37 ci-dessus) 25 & s.

⁴⁰ Il y a quelques décennies, on pouvait écrire que le bicamérisme est en crise (Y Weber « La crise du bicaméralisme » (1972) *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger* 573 & s. Et le débat sur le choix entre monocamérisme et bicamérisme semble même avoir perdu tout intérêt (J Blondel « Gouvernements et exécutifs, Parlements et législatifs dans Grawitz & Leca (n 9 ci-dessus) 355 & s. Des observateurs estiment aujourd'hui que les choses ont évolué; voir les contributions de P Fauchon « Le rôle des secondes chambres parlementaires dans les États unitaires », G Delfau « Le bicamérisme dans le monde: Situation et perspectives » et A Delcamp « Le bicamérisme et les nouvelles formes de séparation des pouvoirs dans les démocraties contemporaines » dans A Bockel *et al* (Sous la direction de) *Le Parlement, aujourd'hui*. (2005) P Gelard « A quoi peut donc servir une seconde chambre en démocratie ? » dans *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac* (2001) 139 & s.

⁴¹ Les développements de la situation politique survenus après l'adoption de cette réforme, notamment le coup d'État ont certainement empêché la réalisation de ce projet.

tout simplement un instrument (supplémentaire) au service du chef de l'État pour contrebalancer l'influence de la première chambre (l'Assemblée nationale), et affaiblir davantage le Parlement.⁴²

Le renforcement du pouvoir présidentiel réduit les prérogatives du Premier ministre qui n'est plus qu'un *primus inter pares*.

D'un autre côté, les pouvoirs de crise du chef de l'État sont sensiblement accrus: en cas de perturbation dans le déroulement de l'élection présidentielle, le chef de l'État sortant demeure en fonction et il est seul juge de l'opportunité des mesures à prendre en la circonstance.

Ensuite, la révision constitutionnelle du 02 juillet 1998 a pour conséquence de donner à la Constitution de 1960 encore plus de souplesse, la procédure de prise en considération ayant été purement et simplement supprimée à l'occasion de cette révision. Ce qui devrait permettre à l'avenir à la majorité gouvernementale, en fait au parti dominant, de procéder à l'envi aux manipulations constitutionnelles voulues.

Yves Poimeur mettant en évidence les logiques contradictoires en cours dans les changements politiques intervenus dans les années 1989-1990 en Union soviétique, écrivait: « la logique de conservation du pouvoir par ceux qui la détiennent les conduit-elle dans cette conjoncture à conjuguer dans les réformes politiques qu'ils entreprennent des éléments démocratiques et des éléments autoritaires qui donnent au régime un caractère ambigu ». ⁴³ Ce trait d'ambiguïté est en effet visible dans le changement constitutionnel entrepris par le gouvernement de Henri Konan Bédié et qui, tout en faisant l'étalage de l'autoritarisme, a non seulement introduit un principe démocratique dans le mécanisme de succession au pouvoir présidentiel mais aussi abouti à la constitutionnalisation des conditions d'éligibilité à la présidence de la République. En effet, la révision de 1998 a mis fin au mécanisme de la succession de type monarchiste au sommet de l'État: en cas de vacance de la présidence de la République, un intérim est prévu. A propos de cette dernière

⁴² Dans certains pays africains qui ont modifié leur Constitution pour créer une seconde chambre, les choses ont finalement pris l'allure d'un retour à la case départ. C'est l'exemple du Tchad où non seulement le Sénat prévu par la Constitution de 1996 n'a jamais été créé; mais en plus, une proposition de révision a été faite et acquise en 2004 allant, entre autres, dans le sens de la suppression de cette institution qui «risque d'être un fardeau budgétaire et une complication dans la procédure législative». Voir S Bolle, « Le contrôle prétorien de la révision au Mali et au Tchad: Un mirage? » (2006) 7 *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives* 7 & s.

⁴³ Y Poimeur « Changement social et changement politique en U.R.S.S » dans Cao-Huy Thuan (Etudes réunies par), *Regards sur le changement en Union Soviétique* (1990) 133 et s.

question, on peut observer qu'en réalité, pour l'initiateur de la révision, la succession au pouvoir présidentiel n'était nullement à l'ordre du jour; et on pouvait sans conséquence dommageable pour l'initiateur de la révision, comme le Président Félix Houphouët Boigny l'avait fait dans le passé, notamment avant la révision du 31 mai 1975, mettre ainsi en place un mécanisme objectif de succession au pouvoir.

Concernant la constitutionnalisation de l'élection du chef de l'État, il s'est agi par cette opération de réaliser une relative stabilité des règles relatives à la désignation du personnage le plus important du système constitutionnel ivoirien; les conditions de la révision constitutionnelle étant autrement plus difficiles que celles de la modification d'une loi ordinaire.⁴⁴ Cette constitutionnalisation des conditions d'éligibilité à la présidence de la République a été reprise et confirmée à l'occasion de l'opération constituante de 2000. Il apparaît donc avec cet exemple qu'il est possible, même dans l'instabilité constitutionnelle, de chercher à stabiliser certaines règles d'organisation du pouvoir.

Le deuxième changement constitutionnel négatif est évidemment celui survenu à la suite du coup d'État de décembre 1999. La Constitution de 1960 a été abrogée pour faire place à des actes de caractère à la fois autoritaire et provisoire qui devaient permettre au chef de la junte militaire au pouvoir de concentrer à son profit tous les pouvoirs d'État. On revenait ainsi, en Côte d'Ivoire, à l'âge de pierre du droit constitutionnel.⁴⁵

2.2 Les atteintes à la suprématie de la Constitution

Dans les Constitutions formelles et rigides, le souci de respecter la suprématie est officiellement exposé; et les organes chargés d'entreprendre les modifications constitutionnelles ou ceux qui doivent veiller à la régularité des opérations, ont pour souci d'assurer la suprématie de la Constitution. En analysant les changements constitutionnels en Côte d'Ivoire, il est quelquefois difficile de déterminer la nature de l'opération constituante entreprise au point où on ignore souvent s'il s'agit de changements de Constitution ou alors de changements dans la Constitution. En plus, les procédures juridiques qui sous-tendent l'opération ne sont pas toujours respectées.

⁴⁴ M Fahé Téké « Réformes institutionnelles en Côte d'Ivoire » dans R Niamkey-koffi (Sous la direction de) *Réformes institutionnelles en Côte d'Ivoire. La question de l'éligibilité* (1999) 41 et s.

⁴⁵ Sur ce changement de l'année 1999, voir D F, Meledje « Costa d'Avorio: l'evoluzione politica e costituzionale del 1999 » (2000) III *Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo* 980 & s.

2.2.1 *Des changements de Constitution ou des changements dans la Constitution?*

Le Professeur Franck Moderne rappelle, à juste titre:

Changer la Constitution n'est pas changer de Constitution. Si on modifie des normes constitutionnelles à l'intérieur d'un ordre juridique déterminé et par application des règles posées par cet ordre pour le changement ainsi opéré, la continuité juridique est assurée au sein d'une Constitution qui reste formellement la même.⁴⁶

A observer de près, la révision d'une Constitution est en elle-même une opération d'une importance réelle et d'une grande délicatesse. Le Professeur Jean Waline écrit à ce propos:

Chaque fois que l'on révisé la Constitution il y a le risque de jouer « l'apprenti-sorcier » c'est-à-dire de remettre en cause le très subtil équilibre que réalise la Constitution. Je serais tenté de dire qu'il n'y a pas de révision innocente de la Constitution et qu'avant de réviser il faut soigneusement réfléchir à toutes les conséquences éventuelles que pourrait avoir, ne serait-ce que par ricochet, la modification apportée.⁴⁷

La révision constitutionnelle étant considérée comme subtile, que dirait-on alors de l'établissement de la Constitution qui est quant à elle initiale et fondatrice? Il convient de bien distinguer ces deux opérations qui donnent lieu à deux activités d'importance inégale, du moins, tant que l'on se situe dans un seul et même régime politique, et même si on peut noter à la suite de certains auteurs que certaines révisions constitutionnelles « marquent un tournant, ou tout au moins un changement important, dans l'orientation politique du régime ». ⁴⁸ L'établissement de la Constitution a lieu à l'occasion de la naissance d'un nouvel État ou d'un nouveau régime politique; c'est une opération initiale de grande envergure. La révision est quant à elle une opération théoriquement limitée.

Il y a en Côte d'Ivoire une véritable indétermination de la nature des opérations constituantes. En effet, le déroulement de certaines opérations constituantes dans ce pays laisse à penser qu'il y a quelquefois une confusion entre établissement de la Constitution et révision de la Constitution. Certaines opérations constituantes ont été conduites en laissant planer le doute quant à leur nature. S'agissait-il d'élaboration de nouvelles Constitutions ou alors de révision de la Constitution existante ?

⁴⁶ Moderne (n 3 ci-dessus) 97.

⁴⁷ J Waline « Les révisions de la Constitution de 1958 » dans *Mélanges Ardant* (1999) (n 14 ci-dessus) 243.

⁴⁸ Pactet (n 8 ci-dessus).

L'incertitude de la Constitution dans le système politique ivoirien est comme un héritage du passage du territoire colonial à l'État indépendant. Il faut même remonter à la période de la décolonisation de cet État, pour voir les premières manifestations de cette anomalie. En effet, en Afrique de l'Ouest, l'ancienne puissance avait octroyé à chaque territoire colonial un document qui s'appelait « Constitution ». Dans le cas de la Côte d'Ivoire, cette Constitution qui date du 26 mars 1959 prévoyait un certain nombre d'institutions calquées sur le modèle de la 5ème République française. Et lorsqu'il a fallu, à l'indépendance, attribuer au nouvel État une Constitution, ce sont les dispositions se rapportant à la révision de cette « Constitution » qui ont été utilisées pour cette opération, alors même qu'il s'était agi d'établir une nouvelle Constitution, celle d'un État décolonisé, reposant par ailleurs sur un régime non plus parlementaire mais présidentieliste. Le Doyen Francis Wodié rappelle à ce sujet:

Dès les travaux préparatoires, au sein de la commission constitutionnelle du Conseil de l'Entente qu'il présidait, M Philippe Yacé affirmait, à propos de l'élaboration de la Constitution: « La procédure va s'engager selon les dispositions de l'article 1er de la loi n° 60-204 (loi organique) du 27 juillet 1960 ». La confusion entre l'élaboration et la révision de la Constitution sera constante du début à la fin de cette procédure. En fin de compte, cette opération constituante initiale a été le lieu d'une double confusion: confusion entre élaboration de la Constitution et révision de la Constitution; et confusion entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé.⁴⁹

Comme on le voit, on a utilisé la procédure de révision de la Constitution d'un territoire colonisé pour adopter, en 1960, la Constitution du nouvel État indépendant.

Par la suite, on a rencontré d'autres exemples de confusions dans la qualification des opérations constituantes. D'abord, à propos du changement constitutionnel intervenu en avril 1990. Ailleurs, dans la plupart des autres États du continent, la reconnaissance du pluralisme, qui a eu pour effet de modifier nécessairement le fonctionnement des institutions politiques et la condition du citoyen ainsi que les droits des individus, s'est concrétisée à cette époque par l'adoption, quelquefois à la suite d'une conférence nationale, d'une nouvelle Constitution qui consacre un nouveau régime politique. En Côte d'Ivoire, le changement de régime s'est fait comme si, en se contentant « d'appuyer simplement sur un bouton » (selon la formule du Secrétaire général du parti unique alors au pouvoir), l'article 7 de la Constitution de 1960 se rapportant au multipartisme avait été révisé. Cette ambiguïté a créé une anomalie dans la nomenclature des

⁴⁹ Wodié (n 29 ci-dessus) 88 &t s.

régimes politiques en Côte d'Ivoire; à la suite du changement constitutionnel de 1990, et avant le coup d'État de 1999, on aurait dû se retrouver sous la 2^{ème} République.

En 1998, la révision a touché à un nombre extrêmement important de dispositions constitutionnelles, à tel point qu'on s'est demandé si l'opération n'avait pas consisté en fait à l'établissement d'une nouvelle Constitution, cinquante trois (53) articles sur soixante seize (76) ayant été plus ou moins affectés par ladite révision.⁵⁰ Il est vrai que cette révision avait plutôt pour orientation de renforcer les pouvoirs du chef de l'État et qu'il n'y avait pas de changement de régime politique. Par ailleurs, le nombre d'articles visés ne peut à lui seul justifier le recours à l'établissement d'une Constitution en lieu et place d'une révision constitutionnelle. Mais dans d'autres États africains, on aurait entrepris d'élaborer une nouvelle Constitution.

2.3 Le non respect des procédures de changement constitutionnel

La question de la primauté constitutionnelle à l'occasion des changements constitutionnels se pose différemment selon qu'il s'agit de l'établissement d'une nouvelle Constitution ou de la révision d'une Constitution existante. En effet, « le cas du pouvoir constituant *originaire*, qui établit une Constitution nouvelle, est plus complexe: il se présente sous des formes variables, essentiellement déterminées par les circonstances historiques qui président à l'instauration d'un régime constitutionnel plus ou moins nouveau ». ⁵¹ On doit donc se tourner vers les révisions constitutionnelles pour apprécier objectivement l'effectivité du principe de constitutionnalité.

Sur ce point, on doit préciser, avec le Professeur Philippe Lauvaux, que le principe de constitutionnalité est soutenu par la rigidité constitutionnelle et la stabilité constitutionnelle; en effet;

la signification de la rigidité constitutionnelle, telle qu'on l'a conçue à l'âge classique du constitutionnalisme, est double: elle doit assurer une certaine stabilité et consacrer aussi la supériorité des normes fondamentales sur les normes ordinaires, spécialement celles qui émanent du législateur. La stabilité est garantie par les règles particulières concernant la procédure de révision, règles plus contraignantes, notamment quant aux majorités et aux délais, que celles qui s'imposent au législateur ordinaire.⁵²

⁵⁰ Sur les détails de cette révision constitutionnelle ainsi que la controverse doctrinale qui a suivi cette opération, voir Koby (n 38 ci-dessus).

⁵¹ P Lauvaux *Les grandes démocraties contemporaines* (1990) 107.

⁵² Comme ci-dessus, 108.

Dans le passé, c'est-à-dire avant le multipartisme, la procédure de révision constitutionnelle n'était nullement respectée; des procédés extra-constitutionnels ou para-constitutionnels étaient utilisés pour obtenir la modification de la Constitution. Même à partir de 1990, des pratiques mettant en cause la suprématie de la Constitution continuent d'avoir cours; et elles ne peuvent plus être camouflées puisque l'opposition politique et les médias se font l'écho de tous les procédés jugés contraires à la Constitution. Les distorsions prennent plusieurs formes.

Il y a d'abord le fait que le parti dominant, le PDCI-RDA, a continué non seulement à décider du principe de la révision mais encore à déterminer préalablement le contenu de la révision avant même que les institutions étatiques ne donnent une couverture officielle au projet de révision constitutionnelle.⁵³

La complexité et la rigidité de la révision constitutionnelle exigent qu'un certain nombre de conditions explicites soient énoncées par la Constitution, parmi lesquelles le respect des différentes étapes de l'opération de révision. Le cheminement de la procédure de révision organisée par la Constitution passe généralement par trois étapes qui sont: l'initiative, la prise en considération et l'adoption définitive du texte portant révision; à cela, il convient d'ajouter les aspects concernant la rédaction même du projet de texte portant révision.

Sans négliger le fait que par le passé, la révision a souvent été adoptée définitivement par acclamation -un procédé visiblement extra-constitutionnel- on retiendra seulement en ce qui concerne ces dernières années, le non respect de la procédure de prise en considération de l'initiative. Qu'est ce que la prise en considération ou prise en compte? Elle a pour objet de permettre, après l'introduction de l'initiative, à l'organe qui en a la charge, de discuter du bien-fondé de cette initiative et de décider ou non de lui donner une suite. Cette formalité, pour reprendre l'expression du Professeur Bernard Chantebout,

est essentielle car c'est à ce niveau que, dans un régime démocratique, se situe la discussion du projet de révision, qu'on en pèse les avantages et les inconvénients et qu'il peut éventuellement être amendé.⁵⁴

Par ignorance ou par enthousiasme du Parlement agissant en qualité de pouvoir constituant institué, la procédure de prise en

⁵³ Meledje « La révision des constitutions dans les États africains francophones » (n 1 ci-dessus).

⁵⁴ B Chantebout *Droit constitutionnel et Science politiques*; voir également Burdeau (n 7 ci-dessus) 275&t s.

considération n'avait jamais été respectée; dans la pratique, elle était en effet confondue avec l'adoption définitive du texte.⁵⁵ Lorsqu'à l'occasion de la révision constitutionnelle de 1998, l'opposition politique a soulevé la question du recours nécessaire et obligé à la phase de la prise en considération, on a eu recours au juge du tribunal constitutionnel pour apporter l'éclairage utile. Le président de l'Assemblée saisit en effet le Conseil Constitutionnel pour un avis sur l'application des dispositions de l'article 72, alinéa 1 de la Constitution.⁵⁶ La réponse du juge constitutionnel quoique juridiquement fondée, à défaut d'audace nécessaire manifestée par celui-ci, fut décevante; il est vrai que le juge constitutionnel en Afrique n'est pas porté à effectuer le contrôle de constitutionnalité des révisions constitutionnelles.⁵⁷ Le Conseil constitutionnel ivoirien considérait en effet qu'à l'analyse des textes pertinents, il n'avait aucune compétence pour émettre un avis sur les difficultés d'application d'une disposition constitutionnelle relative à une procédure devant l'Assemblée nationale. « Qu'il s'ensuit que le Conseil constitutionnel est incompétent pour donner l'avis sollicité ».⁵⁸

A la suite de cette réponse du Conseil Constitutionnel et certainement pour éviter d'avoir, à l'avenir, à souffrir des obstacles juridiques qui l'empêcheraient de procéder à souhait aux révisions constitutionnelles, la majorité politique au Parlement (issue du parti dominant) a supprimé, de la procédure régulière de révision, à l'occasion de cette révision constitutionnelle de 1998, la phase de la prise en considération.

La Constitution de 2000 a remis, sur ce point, les choses en l'état. La prise en considération est à nouveau dans la Constitution, à l'article 125.

Le peu de considération accordée à la Constitution en Côte d'Ivoire se manifeste à travers le recours fréquent et intempestif aux procédures de révision constitutionnelle; en d'autres termes, il y a une inflation révisionniste.⁵⁹ Le système constitutionnel ivoirien présente presque depuis toujours l'image d'un régime politique dans

⁵⁵ D F, Meledje « Droit constitutionnel » Université de Cocody Abidjan, 2007.

⁵⁶ Celles-ci prévoyaient que « *pour être pris en considération, le projet ou la proposition de révision doit être voté à la majorité des trois quarts des membres composant l'Assemblée nationale* ».

⁵⁷ Bolle (n 42 ci-dessus) 3 & s.

⁵⁸ Conseil constitutionnel, Décision No. L 003/98 du 22 mai 1998 relative à l'avis du Conseil constitutionnel sur l'application des décisions de l'article 72 alinéa premier de la Constitution.

⁵⁹ Meledje « La révision des constitutions dans les États africains francophones » (n 1 ci-dessus). Voir également J-L Atangana Amougou (n 21 ci-dessus) 63, Rigidité & s; M Prouzet « Les procédures de révision constitutionnelle » dans Conac (n 37 ci-dessus) 281 & s.

lequel la Constitution est faite, défaite, refaite, puis défaite; surtout dans la période 1975-1986, avec la perspective de la vacance du pouvoir présidentiel et surtout la hantise du Président Félix Houphouët Boigny de trouver ce qui, à ses yeux, constitue la meilleure formule de succession au pouvoir,⁶⁰ des révisions constitutionnelles ont été adoptées à un rythme effréné, souvent en l'espace de six mois.⁶¹ Ce genre de révisions en cascade de la Constitution n'est pas spécifique à la Côte d'Ivoire puisque – toutes proportions gardées – même un pays de longue tradition constitutionnelle tel que la France, l'ancienne puissance coloniale du pays, est également exposée à cette pratique qui va jusqu'à prendre les proportions d'un « révisionnisme » de principe.⁶² Et la régularité autant que le bien-fondé de certaines de ces révisions est même contesté par une partie de la doctrine.⁶³

Cette inflation révisionniste est remise au goût du jour partout ailleurs en Afrique;⁶⁴ en Côte d'Ivoire, elle a pris aujourd'hui une allure particulière depuis le développement des actions de conquête du pouvoir par la force.

3 Un phénomène cataclysmique: défaire, refaire, et encore défaire la Constitution

Aujourd'hui, les deux coups de force auxquels a été confronté le système politique ivoirien, d'abord au crépuscule du XX^{ème} siècle (en décembre 1999) et ensuite à l'aube du XXI^{ème} (en septembre 2002), ont non seulement donné une allure vertigineuse au processus du changement constitutionnel en Côte d'Ivoire mais aussi confirmé une certaine idée selon laquelle les coups de force, à l'aube du XXI^{ème}, ne seront que l'affaire des pays les moins développés de la planète.⁶⁵ En effet depuis le coup d'État de décembre 1999, les changements

⁶⁰ Andoh (n 26 ci-dessus); Togba (n 26 ci-dessus)

⁶¹ Après la première révision constitutionnelle de janvier 1963, il a fallu en effet attendre pour voir se succéder les révisions à partir de 1975. Ainsi en 1975, il y a eu une révision le 31 mai et une autre le 22 octobre; en 1980, une révision le 1^{er} septembre et une autre le 26 novembre; en 1985, une révision en octobre; et huit mois plus tard, une révision en juin 1986.

⁶² Waline (n 47 ci-dessus) 238. Sur l'ampleur des révisions constitutionnelles et tentatives de révision en France, voir, C Bigaut (Documents réunis et commentés), *Les révisions de la Constitution de 1958* (2007).

⁶³ C Bidegaray « Sur une aporie française: la révision de la Constitution » dans *Essays in honour of Georgios I Kassimatis* (2004) 361 & s; P Fraisseix « La Constitution du 4 octobre 1958 et ses révisions » (2002) *Revue du Droit public* 19 & s; Waline (n 47 ci-dessus) 235.

⁶⁴ Atangana amougou (n 21 ci-dessus); L Benazzi « Le développement constitutionnel au Maghreb » *Recht in Afrika - Zeitschrift der Gesellschaft für afrikanisches Recht*, Jahrgang (1998) 137 & s.

⁶⁵ Chantebout « L'armée et le pouvoir politique » dans *Essays in honour of G I Kassimatis*. (n 63 above) 361 & s.

politiques en Côte d'Ivoire sont devenus non seulement particulièrement violents mais aussi répétitifs et chaotiques. Le coup d'État a été lui-même une opération de remise en cause de l'ordre ancien -la Constitution de 1960 ayant été suspendue à cette occasion- et une tentative échouée de construction d'un nouvel environnement politique et social, le Général Robert Guei déclarant sans cesse qu'il était venu pour « balayer ». On a, depuis, le sentiment d'un éternel recommencement. L'opération de construction, de déconstruction et de reconstruction qui sous-tend l'action du pouvoir constituant s'est amplifiée. Il ressort ainsi que, comme par le passé, les changements constitutionnels modifient le contenu du texte en vigueur et se déroulent en marge de ce dernier; mais en plus, ils s'effectuent ou entendent s'effectuer selon une fréquence inhabituelle. Ainsi, les Ivoiriens ont été amenés à danser le tango lors de la constituante de 2000; et ils sont maintenant amenés à danser la valse constitutionnelle, depuis la rébellion armée de septembre 2002.

3.1 Le tango de la constituante de 2000

Les auteurs du coup d'État de décembre 1999 s'étaient engagés à « créer les conditions nécessaires à l'instauration d'une vraie démocratie en vue de l'organisation d'élections justes et transparentes pour le retour à une vie constitutionnelle normale ». ⁶⁶ C'est à cette fin qu'une nouvelle Constitution va être adoptée; à partir de là va naître la 2ème République. Le processus d'élaboration fait apparaître une hésitation du chef de la Junte et une remise en question, par celui ci, des principes arrêtés au sujet de l'éligibilité à la présidence de la République; ce qui contribue à susciter des revendications d'un changement constitutionnel.

3.1.1 Les revirements du Général Robert Guei à propos du « ET » et du « OU »

En 2000, en mettant en place la Commission Consultative Constitutionnelle et Electorale (CCCE) en Côte d'Ivoire, chargée entre autres de l'écriture du projet de Constitution de la 2ème République, le chef de la Junte au pouvoir s'était engagé à ne pas s'immiscer dans les débats au moment où était en discussion la question de la souveraineté de cette Assemblée constituante. ⁶⁷ Mais dans le déroulement de l'opération constituante, une question s'est trouvée être au centre des préoccupations des Ivoiriens, celle de l'éligibilité à la présidence de la République.

⁶⁶ Proclamation du Comité national de salut public (C.N.S.P.) *Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire*, No. 1 (Numéro spécial), Jeudi 13 janvier 2000.

⁶⁷ Le quotidien gouvernemental *Fraternité Matin* 1er février 2000.

Le fait est que par deux fois, de façon autoritaire, le Général Robert Guei, est intervenu pour modifier le projet de loi de Constitution à propos des conditions d'éligibilité à l'élection présidentielle. Sur ce point, le débat s'est cristallisé essentiellement autour de la condition relative à la nationalité des candidats à tel point qu'on avait le sentiment que l'intérêt du projet de Constitution se réduisait à cette seule considération. La contestation mettait aux prises d'un côté les partisans de l'option nationaliste soucieux de réserver l'éligibilité aux seuls Ivoiriens nés de père et de mère eux-mêmes Ivoiriens; et de l'autre, les défenseurs de l'ouverture de l'éligibilité à toute personne, à la seule condition d'être de nationalité ivoirienne.

L'avant-projet présenté par la Sous-Commission « Constitution » contenait la formule selon laquelle le candidat à l'élection présidentielle doit « être ivoirien, né de père et de mère eux-mêmes ivoiriens d'origine ». S'appuyant sur un certain nombre d'arguments tenant notamment à la diversité culturelle dans le pays et à l'ouverture de la Côte d'Ivoire aux populations étrangères, le Général Robert Guei décide de supprimer dans cette formule la conjonction de coordination « et » pour la remplacer par le « ou » afin de permettre également aux personnes nées d'un seul parent de se porter candidates. Le projet de Constitution est donc publié en mai 2000 aussi bien au Journal Officiel⁶⁸ que dans les lieux publics avec la formule qui permettait à toute personne dont un seul des parents est Ivoirien de pouvoir se porter candidat à l'élection présidentielle.

La deuxième intervention du chef de l'État dans la rédaction de la Constitution et du Code électoral est en fait un revirement opéré après une tournée dans les différentes régions administratives du pays en vue de recueillir les sentiments des populations sur les projets de textes. Et pour, explique t-il, se conformer à la volonté de la majorité des populations de voir leur président de la République être de filiation entièrement ivoirienne, le Général Robert Guei modifie l'article 35 du projet de Constitution⁶⁹ alors que ce projet avait déjà été publié au Journal Officiel depuis au moins deux mois, et que la campagne électorale en vue du référendum était ouverte pour une durée de huit jours depuis le 12 juillet 2000.⁷⁰

⁶⁸ Voir Décret No. 2000-383 du 24 mai 2000 portant publication des projets de Constitution et de Code électoral. *Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire* No. 5 (Numéro Spécial) du vendredi 26 mai 2000.

⁶⁹ Voir Décret No. 2000-497 du 17 juillet 2000 portant modification du projet de Constitution. *Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire* No. 28 du jeudi 20 juillet 2000.

⁷⁰ Décret No. 2000-472 du 12 juillet 2000 portant organisation de la propagande électorale pour le référendum constitutionnel et électoral. *Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire* No. 27 du jeudi 13 juillet 2000.

Comme on le voit, le processus était résolument engagé en vue de l'adoption du projet de Constitution; et pourtant, ce projet s'est trouvé être « révisé» dans cette circonstance.

Comparée à la Constitution du 03 novembre 1960 qui avait été adoptée à l'exclusion du peuple et, de surcroît, comme on l'a vu précédemment, sans respect des procédures qui s'appliquent à une opération constituante initiale, la Constitution d'août 2000 est, il faut le reconnaître, marquée par une certaine légitimité: elle a été pensée et écrite par les Ivoiriens (et non imposée ou copiée de l'extérieur); elle a été préparée par une Assemblée constituante dont la mise en place s'est faite, en partie, par la voie démocratique; et surtout, elle a été adoptée par référendum.

Malgré tous ces éléments qui se dégagent en faveur de la Constitution de 2000, c'est pratiquement à un coup d'État permanent que l'on assiste à l'encontre de ce texte de référence. Dès les premiers moments de son application, elle a été contestée; certains milieux ayant exigé sa révision. Des contestations sourdes se sont faites jour juste après l'adoption de la Constitution alors même que, étrangement, tous les partis politiques, notamment les plus représentatifs, avaient ouvertement demandé à voter en faveur du texte.

Les Constitutions anciennes imposaient un certain délai avant d'envisager leur révision.⁷¹ Très peu de Constitutions aujourd'hui apportent des limitations tenant au délai exigé pour la mise en œuvre d'une révision constitutionnelle. Mais il est raisonnable de laisser les institutions nouvelles se fortifier, se consolider en évitant d'entreprendre des révisions constitutionnelles au lendemain de la mise en place de nouvelles Constitutions.

Afin de se préserver contre les révisions intempestives - tirant ainsi les leçons du passé- et sans doute également pour se prémunir contre les contestations sourdes, le constituant de 2000 a mis en place des conditions plus rigides de révision. Ces conditions concernent non seulement les conditions de vote du texte portant révision mais aussi et de façon particulière la modification de certaines dispositions de la Constitution.

Concernant le vote, on note que la prise en considération et l'adoption définitive du texte par l'Assemblée nationale agissant en qualité de pouvoir constituant doivent se faire à des majorités qualifiées et sur la base de quorums qui tiennent compte des députés en fonction. Dans le passé, le décompte du vote ne tenait compte que

⁷¹ Burdeau (n 7 ci-dessus) 254.

des députés présents dans l'hémicycle; ce qui donnait lieu en pratique à des révisions constitutionnelles acquises à la majorité simple des membres de l'Assemblée nationale. La révision constitutionnelle était ainsi faite dans les mêmes conditions que celles de l'adoption des lois ordinaires.

La Constitution d'août 2000 a établi une hiérarchisation des dispositions constitutionnelles révisables en distinguant entre celles qui ne peuvent être révisées que par la voie du référendum et celles qui peuvent l'être par référendum ou par le Parlement agissant en qualité de pouvoir constituant. Les premières qui se rapportent aussi bien à l'élection du Président de la République, l'exercice du mandat présidentiel, la vacance de la Présidence de la République qu'aux conditions de révision de ladite Constitution,⁷² sont évidemment les plus importantes; les dispositions relatives au chef de l'État étant celles qui, depuis toujours en Côte d'Ivoire, ont fait l'objet de révisions constitutionnelles intempestives.

Les obstacles juridiques ainsi dressés ont visiblement freiné les ardeurs de ceux qui souhaitaient un changement constitutionnel. Mais d'un autre côté, le changement constitutionnel a été obtenu de fait par la rébellion armée du 19 septembre 2002 qui revendique la mise en place d'« un nouvel ordre politique » en Côte d'Ivoire. A partir de là, commence une valse d'arrangements politiques qui affectent inévitablement la mise en œuvre de la Constitution.

3.2 La valse des arrangements politiques depuis la crise du 19 septembre 2002

La rébellion armée, survenue le 19 septembre 2002 et dont l'objectif manifeste était de construire un nouvel ordre politique en Côte d'Ivoire, a provoqué une perturbation dans l'ordre juridique et politique qui était en construction sur la base de la Constitution d'août 2000. Plusieurs arrangements politiques ont été alors adoptés, soit par des accords conclus entre les parties ivoiriennes, soit par des

⁷² Le point relatif à la modification par référendum des dispositions relatives à la révision constitutionnelle a été rajouté, lors du toilettage du projet de Constitution par le Secrétariat Général du Gouvernement, ceci afin de se parer contre les fraudes à la Constitution. La fraude à la Constitution est une opération qui consiste à surmonter les obstacles juridiques imposées par les limites à la révision constitutionnelle (en procédant d'abord à une révision des dispositions constitutionnelles qui s'y rapportent avant d'adopter dans un second temps les nouvelles dispositions qui conviennent à l'auteur de ladite opération) ou tout simplement à ignorer ces limites, pour finalement adopter des révisions qui méconnaissent l'esprit de la Constitution en vigueur. Sur cette notion, voir l'étude de référence de G LIET-VEAUX « La fraude à la Constitution: essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes: Italie, Allemagne, France » (1943) *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger* 116 et s.

actes unilatéraux pris par les organisations internationales impliquées dans la résolution du conflit.⁷³ Dans ces circonstances, il y a une tension entre droit et politique; et chaque partie, chaque protagoniste du conflit a recours à l'instrument qui lui semble le plus indiqué pour faire prévaloir ses thèses et ses positions; en clair, il y a une instrumentalisation du droit.⁷⁴ Il y a aussi que l'incertitude constitutionnelle est constatable; et elle est amplifiée par l'inflation des arrangements politiques qui ont pour conséquence de produire de nouvelles règles du jeu politique en marge de la Constitution de 2000 (qui reste toujours en vigueur). Pour certaines de ces règles, il existe un accord entre les acteurs politiques pour changer les prescriptions constitutionnelles sans modifier le texte de la Constitution; pour d'autres changements opérés, on constate que par la suite, il y a une véritable difficulté à définir les contours de la Constitution; pour tout dire, il s'est produit une amplification des incertitudes sur la définition de la Constitution en Côte d'Ivoire.

3.3 Changer les prescriptions constitutionnelles sans changer la Constitution?

Cette question se pose du fait de la cohabitation de la Constitution qui reste toujours en vigueur avec certains aspects des arrangements adoptés depuis 2002 et qui semblent être en déphasage avec le texte et l'esprit de la Constitution. Mais de façon particulière, le problème se pose pour l'une des dispositions de la Constitution dont la révision quoique programmée dans le cadre du règlement de la crise, ne peut jusqu'à présent se réaliser du fait des limites de fait (atteinte à l'intégrité du territoire) et des contraintes tenant à la procédure de révision. On sait en effet que la révision constitutionnelle peut être un moyen pour résoudre les crises politiques.⁷⁵ En fait, le problème est né de la coïncidence malencontreuse entre deux situations contradictoires: d'un côté, l'exigence légitime de rendre la nouvelle Constitution rigide, tirant ainsi les enseignements de l'histoire du pays marquée par une inflation révisionniste; de l'autre, la situation née de la rébellion armée du 19 septembre 2002.

Il n'est pas superflu et il est même légitime pour le constituant, afin d'éviter la répétition des expériences constitutionnelles du

⁷³ L'Accord de Lomé du 1er novembre 2002 ; l'Accord de Linas Marcoussis du 24 janvier 2003; l'Accord signé le 30 juillet 2004 à Accra (Accord d'Accra III); l'Accord de Pretoria du 6 avril 2005; la Résolution 1633 du Conseil de sécurité des Nations Unies adoptée le 21 octobre 2005; la Résolution 1721 du Conseil de sécurité des Nations Unies adoptée le 1er novembre 2006; l'Accord de Ouagadougou du 4 mars 2007.

⁷⁴ J Du Bois de Gaudusson « L'Accord de Linas Marcoussis, entre Droit et Politique » *Afrique contemporaine*, No. 206, 2003.

⁷⁵ A Lamghari Droit « constitutionnel et situations de crise » (2000) 18 *Publications de la Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement* 81 & s.

passé, considérées comme malheureuses, de trouver un nouvel aménagement de la Constitution qui est supposé remédier à la défaillance antérieurement constatée. C'est évidemment le cas lorsque, désireux de conférer à la Constitution une rigidité effective, on rend les révisions difficiles et même impossibles à réaliser.⁷⁶ La Constitution de 2000 a, en effet, non seulement repris les dispositions de celles de 1960 se rapportant aux limitations relatives à l'objet (interdiction de révision de la forme républicaine du gouvernement) et aux circonstances (impossibilité de procéder à une révision lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire) mais elle a rajouté de nouvelles conditions; ces dernières concernent les dispositions constitutionnelles qu'on peut considérer comme particulièrement importantes et qui sont relatives, ainsi qu'on vient de l'indiquer, au Président de la République et à la révision constitutionnelle.

Pour ceux qui restent attachés au formalisme juridique, les changements constitutionnels ne doivent emprunter que la voie des procédures prescrites par la Constitution elle-même; ce sont les révisions formelles. Mais la plupart des auteurs reconnaissent aujourd'hui l'existence de révisions informelles de la Constitution; il s'agit là de changements constitutionnels qui sans être contra-constitutionnels, ne se réalisent pas selon les procédures formellement prévues par ladite Constitution. C'est là un procédé qui en fin de compte, est régulier et se pratique dans tous les systèmes politiques.

Mais ce dont il s'est agi en Côte d'Ivoire va bien au-delà de la révision informelle. La situation qui prévaut dans ce pays nous place devant deux exigences toutes à la fois fortes et contradictoires: d'un côté, une exigence d'ordre juridique liée à la nécessité de se conformer à la procédure de révision constitutionnelle et de se soumettre aux limites à la révision de la Constitution; de l'autre, une préoccupation politique tenant à la nécessité de règlement de la crise politique qui affecte non seulement le pays mais également toute la sous région ouest- africaine. En fait, la Table ronde de Linas Marcoussis, tenue en janvier 2003, avait proposé que l'article 35 de la Constitution soit révisé; mais, même lorsque les acteurs politiques se sont en fin de compte accordés sur le principe de cette révision, l'opération ne pouvait prospérer tant qu'il y avait une atteinte à l'intégrité du territoire national.

C'est le Président Thabo Mbeki d'Afrique du Sud, alors Médiateur dans la crise ivoirienne qui, à l'issue de l'Accord de Pretoria du 06 avril 2005, a fait pression sur le chef de l'État ivoirien Laurent Gbagbo

⁷⁶ Bidegaray (n 63 ci-dessus) 19 & s.

afin qu'il recoure aux pouvoirs de crise (prévus à l'article 48 de la Constitution) pour légiférer.⁷⁷ Cette solution ingénieuse a alors permis de prendre la décision par laquelle ont été autorisés de façon exceptionnelle à se présenter à l'élection présidentielle prévue pour se dérouler en 2005, certains leaders politiques ivoiriens qui, autrement, n'auraient jamais pu le faire puisqu'ils ne remplissaient pas les conditions d'éligibilité fixées par la Constitution. C'est notamment le cas de Alassane Dramane Ouattara, le leader du Rassemblement des Républicains (R.D.R.), pour lequel d'ailleurs le juge constitutionnel ivoirien avait, à l'occasion de l'élection présidentielle de 2000, particulièrement insisté sur le fait qu'il ne satisfait pas aux conditions d'éligibilité prévues à l'article 35 de la Constitution.⁷⁸

En attendant (et en espérant) que la révision de l'article 35 de la Constitution se fasse lorsque -bien entendu- les conditions exigées en la matière seront réunies, une « révision politique » de la Constitution est ainsi obtenue, ne serait-ce que pour la circonstance, c'est-à-dire l'élection présidentielle qui aurait dû se tenir en octobre 2005.⁷⁹ On réalise ainsi et provisoirement un changement dans les dispositions de la Constitution sans toucher au texte même de celle-ci. C'est là une expérience qui apporte un élément nouveau dans l'ingénierie des opérations constituantes.

Quoi qu'il en soit, tout ceci n'est que du provisoire, la Constitution de 2000 devant être plus tard réformée afin de tenir compte des nécessités sociales et politiques qui déjà se sont fait sentir.

Sur le point de l'éligibilité à la présidence de la République comme à propos d'autres questions, les arrangements politiques ont modifié la lecture des dispositions de la Constitution de 2000. Et du fait de la succession de tels arrangements, on a aujourd'hui du mal à définir la notion de Constitution en Côte d'Ivoire.

⁷⁷ Ceci a permis, entre autres, de contourner l'opposition des parlementaires de la majorité (Front Populaire Ivoirien) qui n'entendaient pas voir modifiée la Constitution dans le but de satisfaire aux préoccupations particulières de M. Alassane Dramane Ouattara dont la nationalité ivoirienne est contestée par certains ivoiriens.

⁷⁸ Voir Cour Suprême: Arrêt E 01-2000 relatif aux déclarations de candidature à l'élection du président de la République, 6 octobre 2000. *Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire*, No. 40 du jeudi 12 octobre 2000.

⁷⁹ En plus, comme le rappelle si bien un collègue de l'Université de Cocody, cette mise entre parenthèses de l'article 35 n'est valable que pour les seuls signataires de l'Accord de Linas Marcoussis; ce qui signifie que pour les autres candidats à la prochaine élection présidentielle (à présent prévue pour être organisée en 2008), c'est principalement à l'aune de l'article 35 que sera appréciée leur éligibilité. M D Bleou « La révision de la Constitution ivoirienne » Communication au Colloque commémoratif du 15^e Anniversaire de la Constitution de la 3^eme République du Mali. Grand Hôtel de Bamako - 1, 22, 23, 24 Février 2007.

3.4 Les incertitudes de la notion de Constitution

Ces incertitudes sont perceptibles dès le départ en rapport avec les incertitudes du régime même. L'étude de la deuxième République en Côte d'Ivoire, née avec la Constitution du 1er août 2000 et à la suite de la transition militaire, appelle dès le départ un certain nombre d'interrogations: s'agit-il d'un régime normal, d'un prolongement de la transition militaire ou alors d'une république éphémère? En effet, alors qu'on aurait dû s'attendre à la mise en place d'un régime normal, un certain nombre d'attitudes et de faits ont laissé entrevoir le sentiment que le nouveau régime était agité à la fois par un ancrage dans le passé et une incertitude quant à l'avenir.⁸⁰

Depuis le début de la rébellion armée, plusieurs instruments politiques adoptés de façon successive coexistent avec la Constitution d'août 2000. On sait que déjà en temps normal, l'influence des relations internationales sur la vie politique des États et mieux encore la pression du droit international sur l'élaboration et l'application du droit constitutionnel sont toujours plus visibles.⁸¹ Cette influence et cette pression sont encore plus manifestes dans les situations de crise politique interne. Est donc née, depuis cette période et quelquefois avec des arguments hors du droit, une controverse alimentée de l'extérieur portant sur les relations entre d'une part la Constitution et d'autre part tout ou partie de ces arrangements politiques. Sur un certain nombre de points, la Constitution de 2000 a subi des changements aussi bien dans sa lettre que dans son esprit et sans que

⁸⁰ D'une part, certaines institutions provisoires mises en place par la transition militaire ont continué, sans qu'on en saisisse les raisons, à fonctionner. En effet, une ambiguïté avait été entretenue pendant quelques temps par les pouvoirs publics en faisant coexister deux législations devenues, par la force des choses, incompatibles: d'un côté, l'ordonnance du 09 juin 2000 portant création d'une chambre constitutionnelle au sein de la Cour Suprême, et prise par le Général Robert GUEI sous le régime de la transition militaire; de l'autre, la loi du 05 juin 2001 déterminant l'organisation et le fonctionnement du Conseil Constitutionnel, et qui abroge de façon expresse l'ordonnance précitée. Les membres du Conseil Constitutionnel n'ayant pas été nommés dans les délais souhaitables (pour quelles raisons?), c'est donc à la Chambre Constitutionnelle, institution née d'une loi abrogée, qu'il était revenu d'exercer les attributions du Conseil. Ce paradoxe juridique découlant d'un mystère politique (voir sur cette question une analyse éclairante publiée dans le quotidien (ivoirien) *L'Aurore* des lundi 28 et mardi 29 janvier 2002) a eu pour conséquence, dans le meilleur des cas, de contribuer à prolonger la transition institutionnelle. Ce n'est qu'en août 2003 que les membres du Conseil constitutionnel ont été nommés. D'autre part, à partir d'octobre 2000, plusieurs tentatives réelles ou supposées de renversement du régime ont été entreprises; le plus sérieux de ces coups étant la rébellion du 19 septembre 2002.

⁸¹ J-F Flauss « L'internationalisation de l'exercice de la fonction constituante: une nouvelle forme de constitutionnalisme? » dans *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis* (n 63 ci-dessus) 401 & s; J-C Jobart, « Le droit international constitutionnel » dans Roussillon *et al Les nouveaux objets du droit constitutionnel* (2006) 303 & s; D Maus « L'influence du droit international contemporain sur le pouvoir constituant » dans *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac* (2001) 87 & s.

cela procède de modifications formelles. Les modifications sont telles qu'on est amené à se demander aujourd'hui s'il s'agit d'un simple changement dans le régime instauré en 2000 ou alors s'il s'agit d'un changement de régime politique. Certaines de ces modifications – celles qui sont le produit d'accords politiques- peuvent sans doute être qualifiées de conventions de la Constitution; les autres – celles qui résultent des résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies- étant des changements que l'on peut dire autoritaires.

Sur la problématique tenant à l'existence d'une Constitution, c'est-à-dire d'un ensemble de règles fondamentales applicables aux institutions politiques ivoiriennes, on doit chercher à y répondre en se fondant sur les idées d'unité, de cohérence et de stabilité qui doivent caractériser ces règles et ces institutions. Par quelque bout que l'on saisisse la relation entre la Constitution et les arrangements politiques, les interrogations demeurent; les incertitudes sur la définition de la notion de Constitution demeurent.

Dans une première perspective, en retenant l'hypothèse de l'unité et de la cohérence de la Constitution du 1er août 2000 avec chacun ou même l'ensemble des arrangements politiques (Accord de Linas Marcoussis, Accords de Pretoria, résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies), il est sans doute stimulant du point de vue de la méthode juridique de rechercher l'idée de droit qui imprègne le régime politique. Mais sous cette approche, on réalise que des zones d'ombre existent: les forces politiques ivoiriennes restent souvent divisées sur l'interprétation à donner aux arrangements adoptés, et les acteurs internationaux se montrent eux mêmes incapables de proposer des solutions cohérentes et efficaces. Par conséquent, sur des points essentiels du fonctionnement des institutions, des dissensions demeurent et sont quelquefois si graves qu'elles provoquent l'échec des arrangements conclus pourtant dans la ferveur. Les questions en cause, portant principalement sur le statut de l'Exécutif, concernent soit la prorogation du mandat du chef de l'État, soit la désignation et les pouvoirs du chef du gouvernement. S'agissant de la première préoccupation, celle de la prorogation du mandat d'un chef d'État élu et dont le mandat est perturbé par une crise politique née d'une rébellion armée – puisque telle est la situation en l'espèce- la confrontation persiste sur le point de savoir quel est l'ordre juridique de référence; ceci relève-t-il de la Constitution nationale et donc du Conseil constitutionnel dont c'est l'une des attributions,⁸² ou alors de décisions d'organismes intergouvernementaux (Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest, Union Africaine, Organisation des Nations

⁸² D F Meledje « De la prorogation du mandat des pouvoirs publics constitutionnels après octobre 2005, en Côte d'Ivoire: Deux décisions prévisibles du juge constitutionnel » (2007) 38 *Revue ivoirienne de Droit* 161& s.

Unies) qui sont intervenus dans le règlement de ce conflit? En d'autres termes, à qui revient le pouvoir de décider de la survie des institutions politiques dans ces circonstances? Où se trouve le pouvoir constituant? Le conflit dans la détermination du pouvoir constituant a évidemment pour conséquence de faire naître un manque d'unité dans les normes constitutionnelles qui en résultent.

La question relative à la désignation et aux pouvoirs du chef du gouvernement se pose forcément en rapport avec la nature du régime politique ivoirien. Dans presque tous les régimes politiques, il existe une variation dans les rapports au sein de l'Exécutif qui dépendent des événements et des personnalités.⁸³ Les événements actuels en Côte d'Ivoire ont été l'occasion de soulever un débat sur les pouvoirs respectifs du chef de l'État et du Premier ministre. En effet, alors que nous sommes, au regard de la Constitution de 2000, dans un régime présidentiel - nous dirions même présidentieliste- on remarque que l'organisation du gouvernement résulte d'un rapport de forces; et ses pouvoirs sont indéterminés.⁸⁴ Les arrangements politiques successifs ont progressivement fait naître un fort sentiment d'érosion des pouvoirs et des prérogatives du chef de l'État ivoirien dans la nomination du Premier ministre ainsi que dans la définition des attributions de ce dernier. Alors que l'Accord de Linas Marcoussis (24 janvier 2003) prévoyait que le Premier ministre puisse disposer des délégations conformément à la Constitution ivoirienne (paragraphe 3. e), la Résolution 1633 du Conseil de sécurité des Nations Unies (21 octobre 2005), prenant appui sur ce même accord, mais sans préciser si le Premier ministre devait agir de façon autonome ou alors en considération des pouvoirs qui lui sont délégués par le chef de l'État, fixait des domaines dans lesquels les pouvoirs de ce dernier devaient s'exercer.⁸⁵ On a évoqué à cette occasion l'idée d'un partage du

⁸³ R Rose « Présidents et Premiers ministres : éléments de comparaison » (1987) 41 *Pouvoirs* 5 et s.

⁸⁴ D F Meledje « Le Gouvernement dans la Constitution de Côte d'Ivoire » au Colloque commémoratif du 15^e Anniversaire de la Constitution de la 3^e République du Mali. Grand Hôtel de Bamako - 21, 22, 23, 24 Février 2007.

⁸⁵ Les paragraphes 8 et 9 de la Résolution 1633 sont significatifs à ce sujet.

« Le Conseil de sécurité des Nations Unies

8. Souligne que le Premier ministre doit disposer de tous les pouvoirs nécessaires, conformément à l'Accord de Linas-Marcoussis, ainsi que de toutes les ressources financières, matérielles et humaines voulues, en particulier dans les domaines de la sécurité, de la défense et des affaires électorales, en vue d'assurer le bon fonctionnement du Gouvernement, de garantir la sécurité et le redéploiement de l'administration et des services publics sur l'ensemble du territoire ivoirien, de conduire le programme de désarmement, de démobilisation et de réintégration et les opérations de désarmement et de démantèlement des milices, et d'assurer l'équité de l'opération d'identification et d'inscription des électeurs, ce qui permettrait d'organiser des élections libres, ouvertes, régulières et transparentes, avec l'appui de l'Organisation des Nations Unies.

pouvoir, y compris par la formule du contreseing ministériel.⁸⁶ Quant à la Résolution 1721 du Conseil de sécurité (1er novembre 2006), elle va encore plus loin en attribuant des pouvoirs législatifs au Premier ministre.⁸⁷

Cette évolution vertigineuse des attributions du Premier ministre signifiait que le Parlement ivoirien n'avait plus d'existence et surtout, que le chef de l'État devait se contenter d'inaugurer les chrysanthèmes; les indications faites par ces résolutions sur le fait que le Premier ministre doit disposer d'une autorité totale et sans entraves, et agir « sans aucun obstacle », « ni aucune difficulté », étaient visiblement destinées au Président Laurent Gbagbo qui de son côté restait accroché à ses pouvoirs et ses prérogatives tels que définis par la Constitution du 1er août 2000. Et c'est au sujet de l'idée même du partage du pouvoir entre le chef de l'État et le Premier ministre que les dissensions les plus graves et les plus fréquentes se sont manifestées dans la crise ivoirienne.

On peut donc dire au total qu'en se fondant sur la relation entre la Constitution et les arrangements politiques, il n'y a pas d'unité et de cohérence de l'ordre constitutionnel dans son ensemble. Et à ce rythme, et avec le défaut d'accord entre les acteurs politiques, on pourra multiplier les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies et les accords sans pour autant aboutir à un résultat fécond. L'Accord de Linas Marcoussis du 24 janvier 2003 et, mieux encore, l'Accord de Ouagadougou du 4 mars 2007 font une référence explicite à la Constitution.

Bien évidemment, la seconde perspective, celle d'une réflexion menée sous l'angle de la stabilité en tant que caractéristique de la Constitution et des institutions, est inopérante. La succession, depuis

9. Exhorte toutes les parties ivoiriennes à veiller à ce que le Premier ministre dispose de tous les pouvoirs et de toutes les ressources décrits au paragraphe 8 ci-dessus et ne rencontre aucun obstacle ni aucune difficulté dans l'exercice de ses fonctions ».

⁸⁶ D F, Meledje étude « Limitation du pouvoir et contreseing ministériel » *Débats - Courrier d'Afrique de l'Ouest* Revue mensuelle d'actualité sociale et politique éditée par le Centre de Recherche et d'Action pour la Paix (CERAP/ INADES) Abidjan, No. 12, février 2004, 15 & s. Du même auteur, « Le contreseing ministériel et la limitation du pouvoir dans les systèmes constitutionnels africains » dans *Cahiers Administratifs et Politistes du Ponant* (2006) 199 & s.

⁸⁷ Par le paragraphe 8 de ladite résolution, le Conseil de sécurité

« Souligne que le Premier ministre, pour l'exécution du mandat, doit disposer de tous les pouvoirs nécessaires, de toutes les ressources financières, matérielles et humaines requises et d'une autorité totale et sans entraves, conformément aux recommandations de la CEDEAO en date du 6 octobre 2006, et qu'il doit pouvoir prendre toutes les décisions nécessaires, en toutes matières, en Conseil des ministres ou en Conseil de gouvernement, par ordonnance ou décret-loi ».

2002, des arrangements politiques dans le cadre du règlement de la crise, atteste avec éloquence de la succession des Constitutions.

4 Conclusion générale

Le système constitutionnel ivoirien semble être demeuré à l'âge de pierre du droit constitutionnel en Afrique caractérisé par les formes diverses d'instabilité et de coups de force.⁸⁸ Du moins, il est en permanence en chantier. Il est comme un champ toujours en labour et auquel le propriétaire ne donne pas à la semence le temps nécessaire de fleurir et de produire la récolte espérée. Le fait est que depuis l'avènement du pluralisme politique, en 1990, on est dans une transition politique permanente. La Constitution est faite, défaite, refaite ; et dans certaines circonstances, défaite encore, puis refaite. C'est presque un éternel recommencement. En période de crise, il y a comme une définition introuvable de la notion de Constitution. Dans ces conditions, il serait sans doute plus indiqué de parler, non pas de renforcement de la constitutionnalité, mais de régression constitutionnelle en Côte d'Ivoire; à moins que l'Accord conclu à Ouagadougou, au Burkina Faso, le 4 mars 2007 entre le chef de l'État ivoirien et le chef de la rébellion soit, enfin, l'occasion pour le système politique ivoirien d'amorcer le développement politique, en se situant dans le mouvement général du regain constitutionnel africain.⁸⁹

⁸⁸ P F Gonidec *Les systèmes politiques africains* (1978) 245 & s.

⁸⁹ J Gicquel & J-Eric Gicquel (n 14 ci-dessus) 389 & s.

6

LA NOUVELLE CONSTITUTION DE LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO: SOURCES ET INNOVATIONS

*Grégoire Bakandeja wa Mpungu**

1 Introduction

Tous les États du monde moderne ont, à quelques exceptions près, une Constitution. En effet, les premiers gestes d'un nouvel État sont de se doter d'un drapeau, d'un hymne nationale, d'une monnaie et d'une Constitution. La Constitution présente donc à la fois une valeur symbolique, une valeur philosophique et une valeur juridique.

Si les crises récurrentes (politiques, économiques, sociales), qui ont sévi et sévissent encore dans une moindre importance en République Démocratique du Congo, ont pu faire croire parfois à l'absence du constitutionnalisme dans ce pays, cela n'est plus le cas aujourd'hui depuis la promulgation de la Constitution le 18 février 2006. Le pays s'est doté d'une Constitution voulue par le peuple puisqu'elle a été adoptée par référendum les 18 et 19 décembre 2005 pour mettre un terme à une longue crise politique.

Cependant, il y a lieu de signaler que cette situation de crise politique n'est pas propre à la République Démocratique du Congo. D'où l'intérêt de rappeler brièvement le contexte général dans lequel ont été élaborées les Constitutions en Afrique au cours des dernières décennies. Le constat principal qui se dégage est que la plupart des Constitutions africaines sont issues des crises politiques et des violences.¹

Comme on peut le constater, plusieurs pays africains, du Nord au Sud, de l'Est à l'Ouest ont connu des crises multiformes et ne

* Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa, Professeur visiteur à l'université de Paris I Sorbonne.

¹ Sur les principales caractéristiques socio-politiques générales voir G B Leliel « Les constitutions africaines : esquisse d'une étude comparative » dans Lihau (ed) *Pour l'épanouissement de la pensée juridique congolaise* (2006) 85 & ss.

connaissent pas de paix durable. Ils se sont tous dotés des Constitutions censées pouvoir contribuer à la solution de leurs problèmes de gouvernance politique. On peut signaler ici, à titre d'illustration, qu'en Afrique du Nord, l'Algérie, le Maroc et la Libye, ont connu et connaissent encore des périodes de violences. En Afrique australe, l'Afrique du Sud a amorcé depuis la fin de la politique de l'apartheid un nouveau tournant sur base d'une nouvelle Constitution équilibrant les pouvoirs dans l'État et entre communautés, en dépit des violences et des résistances de quelques nostalgiques de l'ancien régime. A côté de ce pays, le Zimbabwe et les Comores, pour ne citer que ces deux cas, traversent des crises internes dont les répercussions sont lourdement ressenties sur le plan économique, social et sur le climat politique en général. En Afrique Centrale, l'Angola sort d'une longue guerre fratricide tandis qu'en République Centrafricaine et au Tchad, on assiste à des coups d'État suivis de guerres civiles et de rébellions. Au Rwanda et au Burundi, la guerre civile et les conflits ethniques récurrents sèment encore la mort et la désolation. L'Ouganda et le Soudan luttent contre les rébellions. Dans la corne de l'Afrique, le Djibouti, l'Éthiopie, la Somalie et l'Érythrée sont en proie à des violences régulières alors qu'en Afrique de l'Ouest, les cycles de violences consécutives aux guerres civiles, doublées de rébellions, semblent se perpétuer avec les derniers événements au Togo et en Côte d'Ivoire, ces deux pays s'étant dotés de Constitutions destinées à résoudre leurs crises.

L'encadrement juridique des phénomènes politiques constitue l'objet du droit constitutionnel. Si, dans les pays à longue tradition démocratique, la constitutionnalisation de la vie politique s'est réalisée dans un climat apaisé, cela n'a pas été le cas, on l'a vu, pour les jeunes États décolonisés qui ont presque tous hérité des Constitutions léguées par les pouvoirs coloniaux. Devenus indépendants, les nouveaux États ont cherché à se doter de Constitutions répondant à des objectifs nouveaux, tenant compte de leurs réalités propres. Dans cette quête de Constitutions adaptées à leur contexte sociopolitique, chaque État a eu son propre parcours.

Comme le note Ardant à propos de l'institutionnalisation de la vie politique,² « tout ce qui nous paraît naturel aujourd'hui en occident: une vie politique organisée, une participation des citoyens au pouvoir, des partis politiques, un pouvoir limité – il est, bien sûr, des exceptions – est le produit d'une recherche tâtonnante sur le gouvernement des hommes, où une histoire indécise qui ne savait pas très bien où elle allait et ne comprenait pas plus ce qu'elle faisait. Des institutions politiques sont nées, et pour définir leurs rapports et la place des citoyens, un droit constitutionnel s'est développé ».

² Ph Ardant *Institutions politiques et Droit constitutionnel* (2003) 1.

Il est évident que la Constitution marque la première étape de l'existence juridique et politique de la nation. Elle est au sommet de la hiérarchie des normes et constitue, à n'en point douter, un point d'orgue de toutes les questions relatives à la légalité des actes qui lui sont inférieurs. Autrement dit, la Constitution a une portée philosophique: l'État de droit. Sur le plan de la philosophie politique, se donner une Constitution c'est admettre que le pouvoir n'est pas illimité, ses détenteurs – peuple et gouvernants acceptent de lui fixer des bornes. L'idée de limitation du pouvoir est à l'origine de l'élaboration des Constitutions.

De plus, la Constitution met en place un système juridique. Elle apparaît comme un ensemble de règles juridiques organisant la vie politique et sociale ainsi que le pouvoir et s'imposant à lui, l'obligeant à respecter certaines formes, à utiliser les procédures convenues, et à prévoir la participation des citoyens au choix des gouvernants et l'élaboration de certaines décisions.

D'une manière générale, l'élaboration des Constitutions se fait en suivant un schéma qui donne les lignes directrices de la volonté initiale des constituants, leurs intentions primitives, lesquelles permettent d'en comprendre l'écriture. La Constitution congolaise du 18 février 2006 semble se fonder sur des sources nationales et internationales qui lui en ont donné un contenu contrarié, lesquelles ont été alors dénoncées par ses adversaires qui se recrutaient dans les lignes de l'opposition civile ou armée ayant choisi d'être en dehors des institutions. Près d'un an après l'adoption de cette Constitution, on peut poser le problème de ses sources.

Notons que le droit constitutionnel rédigé par le constituant de 2006 ne peut être dissocié du mouvement de transition démocratique observé dans la plupart des pays d'Afrique francophone au début des années 1990. Organisé selon la conception présidentialisée du pouvoir jusqu'à la fin des années 1980, ce droit institué a connu depuis cette période une série de mutations fondamentales qui l'ont conduit à se réclamer désormais d'une organisation étatique reposant sur les concepts de pluralisme et d'État de droit.

Il est important de rappeler que la République Démocratique du Congo est à la fois un pays consommateur de Constitutions, mais aussi un pays qui a connu de nombreuses guerres et rébellions. Celles-ci ont eu pour cause principale, le déficit démocratique et institutionnel. En effet, mise à part la loi fondamentale du 19 juin 1960 relative aux structures du Congo laquelle a été léguée par le colonisateur, on peut compter officiellement 7 Constitutions en 45 ans, avec 32 ans passés sous une seule Constitution continuellement révisée parfois avec un bout de crayon, parfois par de simples discours, par des communiqués

ou même par un simple silence.³ Ainsi, traiter des sources et des innovations de la Constitution du 18 février 2006 implique de rechercher des idées force qui en constituent les fondements.

La nouvelle Constitution organise le fonctionnement des institutions qui se fondent sur la démocratie (gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple). Elle a été adoptée par référendum à une large majorité, 80% d'électeurs favorables contre 20% d'électeurs défavorables, dans un climat de tension marqué par des violences. Son élaboration a eu lieu dans un contexte tourmenté de la dernière transition politique issue des négociations politiques centrées principalement sur le partage du pouvoir à tous les niveaux; une transition marquée par la construction d'un système atypique de gestion au niveau de l'exécutif, (le système 1+4, c'est-à-dire un président de la République flanqué de 4 Vice-présidents représentant les différentes factions s'étant opposées au cours des guerres et autres rebellions), avec un parlement composé de 2 chambres (Assemblée nationale et Sénat) sans pouvoirs réels de contrôle sur l'exécutif, ce dernier n'ayant pas à son tour le pouvoir de dissolution.

Un bon nombre de constitutionnalistes Congolais ont insisté sur le fait qu'il s'agit d'une Constitution de compromis, élaborée pour sortir d'une longue crise tout en recherchant une limitation et un équilibre de pouvoirs dans l'État, par leur séparation avec des mécanismes de collaboration particuliers et une indépendance consacrée du pouvoir judiciaire pour s'assurer du respect de la légalité dans la construction de l'État de droit.

Les innovations apportées par la nouvelle Constitution se remarquent à travers le processus d'élaboration et le contenu de certaines dispositions. En effet, contrairement aux processus habituels d'élaboration des Constitutions dans certains pays, qui ont servi de modèle (cas de la France notamment), où sont instituées des commissions constitutionnelles composées d'experts sous la conduite des politiques et avec des discours d'orientation, la Constitution congolaise du 18 février 2006 est l'œuvre du Sénat qui en est le maître d'œuvre, appuyé par les experts nationaux et internationaux. C'est, en effet, le Sénat qui a élaboré l'avant-projet; celui-ci a été soumis à l'Assemblée nationale pour discussion et adoption. Ceci explique parfois les difficultés d'interprétation de certaines dispositions, l'écriture au niveau du Sénat ayant subi des corrections et autres amputations qui rendent difficile leur lecture et leur signification.

³ On citera: la Constitution du 1er août 1964, la Constitution du 24 juin 1967, la loi constitutionnelle du 15 août 1974, l'Acte constitutionnel harmonisé du 2 avril 1993 l'Acte Constitutionnel de la transition du 9 avril 1994, le décret-loi constitutionnel du 27 mai 1997 et la Constitution de la Transition du 3 avril 2003.

L'acceptation des Institutions de la troisième République par les familles politiques ayant pris part à la dernière étape de la transition politique semble avoir enterré, du moins provisoirement, la querelle du régime (politique) qui n'a pratiquement pas cessé de diviser la classe politique.

On peut naturellement se poser la question de savoir si le droit constitutionnel élaboré le 18 février 2006 pourra résister face à des turbulences continuellement suscitées, échafaudées par ses détracteurs qui se recrutent non seulement parmi les familles politiques ayant contribué à sa mise en chantier mais aussi par tous ceux ou celles nombreux qui estiment que l'avant-projet comme le projet adopté l'ont été par des représentants non élus par le peuple souverain.

L'objet de cette étude est d'examiner les fondements de la nouvelle Constitution congolaise dans une approche pluridisciplinaire intégrant à la fois les méthodes juridique et empirique, historique et comparative, sociologique et anthropologique.

Comme le précise Mahiou,⁴ une approche qui se limiterait à l'analyse ou l'interprétation des textes juridiques serait absolument insatisfaisante, spécialement dans le cas de régimes politiques africains. Caractériser le régime politique d'un État par référence au seul texte Constitutionnel reviendrait à projeter un schéma abstrait et vide sur une réalité différente que l'on se condamne à ne jamais connaître. Amisah reproche aux juristes leur tendance à discuter du Constitutionnalisme sans référence aux conditions économiques et sociales dans les pays concernés, ce qui conduirait à une mauvaise appréciation des causes de succès ou d'échec des régimes.⁵

La démarche historique permet de mieux comprendre le sens des événements ayant conduit au changement de régime institué. Le recours au droit comparé se comprend dans la mesure où les sources premières d'inspiration du droit Constitutionnel sont puisées dans des droits français et belge sans oublier certaines expériences tirées de droits de certains États Africains ayant connu les mêmes problèmes de gouvernance politique.

Il sera fait appel à l'anthropologie juridique qui, selon Etienne le Roy,⁶ favorise une approche qui permet de sortir de l'opposition entre

⁴ A Mahiou *l'avènement du parti unique en Afrique noire: l'expérience des États d'expressions française* (1969) 12.

⁵ A Amisah « Constitutionalism and law in Africa » dans D Rones (ed) *Democracy and pluralism in Africa* (1986) 41.

⁶ E Le Roy « les fondements anthropologiques des droits de l'homme. Crise de l'universalisme et post modernité » (1992) 1 *revue de la recherche juridique – droit prospectif* 44.

universalisme et particularismes, car elle cherche à placer l'être humain, pris dans son contexte social et culturel, au centre de son questionnement.

En définitive, on peut retenir que c'est une Constitution qui reste marquée par le poids de l'histoire politique du pays et les crises sociopolitiques récurrentes (1.1). Elle contient néanmoins des innovations importantes qui rentrent, selon l'expression du professeur Babacar Kanté,⁷ dans le néo-Constitutionnalisme africain (1.2). Notre analyse s'articulera autour de ces deux points centraux.

2 Une Constitution marquée par le poids de l'histoire politique du pays et les crises sociopolitiques récurrentes

Le droit constitutionnel de la République Démocratique du Congo repose sur les mêmes fondements que celui des textes qui l'ont précédé. Il trouve son origine dans une crise politique qui a commencé au début de l'année 1994, juste après le génocide Rwandais, et qui va déboucher après une longue guerre sur une Constitution d'équilibre de pouvoirs.

A propos de source, on peut conclure qu'on ne peut affirmer l'existence d'une règle et justifier cette assertion, qu'en indiquant où cette règle peut être trouvée, comment elle a été produite ou découverte et exprimée. Dire, par exemple, que le président de la République est élu au suffrage universel, c'est dire qu'il existe une règle, introduite à cet effet, dans la Constitution. Il faut souligner que, si l'on distingue la Constitution matérielle et la Constitution formelle, la question porte seulement sur la Constitution matérielle; on connaît l'existence d'une règle ayant pour objet l'organisation du pouvoir et l'on cherche à en connaître l'origine. Les sources seront puisées dans l'histoire. L'histoire des Constitutions est plus largement un bilan de l'évolution des institutions politiques. Elle se fera ici en partant de la période ayant suivi l'accession du pays à l'indépendance et la souveraineté Internationale jusqu'à la promulgation de cette nouvelle Constitution. Il s'agira donc de montrer comment s'est constitué, dans la douleur, ce qu'on peut qualifier d'« héritage institutionnel » dans lequel chaque strate a laissé sa marque, positive ou négative, et certains acquis qui, semble-t-il, sont voués à ne plus jamais être remis en cause, tels le caractère indivisible de l'État, l'unité nationale, la réconciliation nationale, la solidarité nationale.

⁷ Babacar Kanté « Le constitutionnalisme à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique » dans C M Zoelhart *et al* *Constitutionnalisme, A quest for autochthonous principles* (1996) 17& ss.

Cette nouvelle Constitution a été adoptée afin de remédier aux excès du régime précédent, marqué par l'autoritarisme. Elle est donc, avant tout, une réaction contre les régimes successifs qui l'ont précédée, mais une réaction timide au regard du droit élaboré dans un contexte de cohabitation à l'issue d'une guerre longue de 7 ans qui a été l'une des plus dévastatrices en termes de perte en vies humaines et matérielles.⁸ La Constitution du 18 février 2006 est cependant considérée, non sans raison, comme l'acte fondateur de la 3ème République congolaise.

Comme le note, à juste titre, D Lavroff,⁹

L'histoire est un excellent moyen pour étudier la politique. Elle donne des renseignements sur la manière dont les sociétés ont été gouvernées et offre à la réflexion un ensemble d'expériences très variées ainsi que le destin qu'elles ont connu. La connaissance des doctrines ou des idées relatives à l'organisation sociale qui sont apparues ou furent appliquées à un moment donné est très riche d'enseignement et indispensable pour comprendre les faits qui se déroulent sous nos yeux. La connaissance du passé permet de comprendre le présent.

Delperée¹⁰ remarque pour sa part que s'il est un domaine dans lequel le Congo a le plus excellé depuis l'indépendance octroyée le 30 juin 1960 par le Royaume de Belgique, c'est bien celui de la production Constitutionnelle. En 40 ans d'indépendance, l'ancienne colonie belge a produit des textes Constitutionnels n'ayant aucune commune mesure avec le nombre de ceux de son ancienne métropole, la Belgique, en cent soixante treize ans.

Mampuya¹¹ rappelle quant à lui les grandes étapes de l'histoire politique de la République Démocratique du Congo au cours de laquelle il a été constaté que les institutions mises en place se sont révélées impuissantes à trouver des solutions durables aux crises politiques et institutionnelles.

Ces données historiques permettent de mieux appréhender l'architecture institutionnelle instituée par le constituant de 2006. On

⁸ La guerre congolaise a coûté près de 3.000.000 de pertes en vies humaines selon différents rapports des Organisations non gouvernementales de protection des droits de l'homme, confirmés par l'Organisation des Nations Unies.

⁹ D G Lavroff *Le Droit constitutionnel de la Vè République Précis – Droit Public – Science Politique* (1999).

¹⁰ Si en 1831, la Constitution de la Belgique crée l'État Belge aux comportements unitaires, c'est à partir de 1970 qu'elle lui donne une organisation inspirée des principes du fédéralisme ; celle-ci prend une importance particulière avec la Constitution du 17 février 1994. Dans l'un ou l'autre cas, les réformes s'inscrivent dans la continuité constitutionnelle de plus d'un siècle et demi. V F Delpere *le droit constitutionnel de la Belgique*, (2000) 6.

¹¹ A M Kanunk'a-TSHIABO *Espoirs et déception de la quête constitutionnelle congolaise. Clés pour comprendre le processus constitutionnel du Congo-Kinshasa*, (2005).

les examinera en partant des constructions constitutionnelles élaborées respectivement le 1er août 1964 et le 24 juin 1967(2.1), réformées par suite des contestations qui ont conduit à l'organisation de la Conférence nationale souveraine pour se terminer par la dernière Constitution de la transition du 04 avril 2003 (2.2).

2.1 De la Constitution du 1er août 1964 à celle du 24 juin 1967

2.1.1 *La Constitution du 1er août 1964: institution d'un État fédéral dans un régime présidentiel*

Pour mettre un terme à la Constitution provisoire octroyée par le Colonisateur belge lors de l'accession de la République Démocratique du Congo à l'indépendance le 30 juin 1960, le pays s'est doté d'une Constitution adoptée par Référendum, le 1er août 1964.

La Constitution du 1er août 1964 a été élaborée par une commission constitutionnelle composée d'experts congolais assistés par les experts de l'Organisation des Nations-Unies, des représentants des partis politiques et de groupes sociaux représentatifs. Ce premier texte écrit par des congolais avait pour objectif premier de mettre fin aux crises institutionnelles dont la plus importante avait été l'interprétation suspecte de certaines de ses dispositions notamment en ce qui concerne les compétences dévolues respectivement au Premier ministre et au président de la République.

Cette Constitution se garde cependant de nommer le pays République Fédérale du Congo alors que son contenu s'y prêtait largement, pour marquer l'idée d'unité. Elle institue en réalité un État Fédéral. Le régime adopté est plutôt présidentiel.¹²

Plusieurs raisons ont été avancées pour justifier l'organisation institutionnelle de 1964. La première a trait, on l'a dit, à la nécessité de mettre fin aux rebellions et aux sécessions. La seconde est relative à la volonté de maintenir l'unité du pays et en même temps d'accorder une large autonomie aux provinces pour tenir compte des particularismes régionaux.

La Constitution du 1er Août 1964 n'a pas pu être mise en application à la suite du coup d'État militaire du Lieutenant Général Mobutu, qui a accédé au Pouvoir d'État le 24 novembre 1965. Tout

¹² Les limites du régime parlementaire de type britannique hérité de la Colonisation mêlé aux guerres de sécession et rébellion imposèrent l'adoption d'un régime d'équilibre, tout en assurant l'objectif essentiel qui est celui de la réunification du territoire.

naturellement furent mises en veilleuse toutes les institutions de la République. Pendant plus d'une année, les nouvelles autorités politiques se sont évertuées à préparer une organisation constitutionnelle devant répondre aux objectifs proclamés de réaliser l'unité nationale, le rétablissement de la paix et le développement économique de la nation. La Constitution du 24 juin 1967 est la résultante de cette nouvelle vision de gestion du pays.

2.1.2 La Constitution du 24 juin 1967: la mise en place d'un État Unitaire Centralisé et d'un régime politique de type présidentiel.

Pour marquer une nouvelle impulsion politique, le Lieutenant Général Joseph Désiré Mobutu, entend donner une forme démocratique à son régime. C'est dans ce contexte que fut soumis à la population un texte constitutionnel nouveau tenant compte de nouvelles réalités après la réunification du pays déchiré par la rébellion et les querelles politiques. Le texte proposé fut adopté par référendum, un référendum qui s'apparentait davantage à un plébiscite du nouvel homme fort qui entendait consolider le pouvoir d'État. Cette réforme institutionnelle instaure constitutionnellement un bipartisme¹³ virtuel destiné, selon ses initiateurs, à résoudre le problème de l'instabilité institutionnelle.

Le modèle américain présente le paradoxe d'exercer une attraction considérable sur tous les continents tout en étant quasiment inimitable. L'efficacité de son fonctionnement aux États-Unis repose en effet sur l'adaptation des mécanismes constitutionnels à une culture politique et démocratique particulière issue du cadre fédéral et d'un système de parti unique en son genre. La division effective du pouvoir aux États-Unis d'Amérique entre les États et la Fédération, l'indiscipline des partis, une moindre place du politique dans la société liée à une conception atténuée de l'État empêchent les phénomènes de majorité durable et d'hégémonie d'un homme ou d'un parti.¹⁴

La séparation des pouvoirs, incontestable, n'a ainsi pas empêché le développement d'un exercice collégial du pouvoir. Ce sont précisément ces conditions politiques et sociales, facilitant la collaboration des pouvoirs, qui font défaut, le plus souvent, dans les pays se prévalant d'une transposition du régime présidentiel.¹⁵

¹³ Article 4 de la Constitution du 24 juin 1967.

¹⁴ L Favoreu *et al Droit Constitutionnel* (2005) 347.

¹⁵ Comme ci-dessus.

L'État institué est unitaire avec une forte centralisation des pouvoirs entre les mains du président de la République. Le régime présidentiel établi a fini par basculer vers le présidentielisme, une déviation du régime présidentiel qui se traduit en fait par l'autoritarisme despotique que consacrent plusieurs textes constitutionnels successifs: réformes de 15 août 1974 consacrant le parti unique, le Mouvement Populaire de la Révolution, comme l'institution suprême (la nation congolaise organisée politiquement) et celles de 1977 et 1978 prévoyant l'élection des députés au suffrage universel dans le cadre du Parti-État.

La fin justifiant les moyens, le développement est à l'origine de cette conception du pouvoir. Sur le plan de la philosophie politique, le Président Mobutu s'était inspiré de la philosophie du Président Senghor qui, au Congrès de son Parti, l'Union Progressiste Sénégalaise (UPS), en 1960, affirmait avec force: « le rôle du parti est de conception, d'organisation et de contrôle. C'est dire sa primauté sur les autres organes (parlement, gouvernement) dont le rôle est essentiellement d'étude, d'élaboration et de gestion. Ceux-ci mettent en forme et en pratique la doctrine et le programme du Parti. Bref, l'autorité est indivisible. Elle est personnelle à l'image de la chefferie traditionnelle: la démocratie en Afrique depuis des millénaires est une démocratie avec un seul bonnet sur un seul crâne ».¹⁶

La fronde parlementaire de 1978, mêlée à d'autres événements politiques, dans un contexte international marqué par la fin de la guerre froide et l'effondrement de l'Union soviétique, finit par sonner le glas des régimes autoritaires et despotiques. C'est le retour au multipartisme que consacre, après le discours historique du Président Mobutu le 24 avril 1990 prônant l'ouverture démocratique, la Constitution du 10 juillet 1990. Cette Constitution n'a pas résisté aux vagues de la conférence nationale souveraine.

Le tsunami institutionnel qui a déferlé sur le continent africain à la fin de l'année 1989 avec la vague des conférences nationales marque la fin des régimes totalitaires établis par les Pères Fondateurs des partis uniques. Il consacre le retour à la démocratie pluraliste.

La transition est un phénomène pluridimensionnel. Comme l'écrit Massias à propos des États d'Europe de l'Est:¹⁷

L'étude de ces interactions est d'autant plus complexe que la pluridimensionnalité du concept de transition rend nécessaire de

¹⁶ Citation reprise par J Gicquel *Droit constitutionnel et Institutions Politiques* (1999) 390.

¹⁷ J P Massias *Droit constitutionnel des États d'Europe de l'Est* (1999) 8.

préciser la place de ses différentes composantes, et notamment de l'État et du droit. La transition est évidemment un phénomène multiple qui repose sur plusieurs piliers. Ainsi peut-on évoquer à la fois la transition politique, la transition économique et la transition sociale. Dès lors il n'existe pas une transition mais des transitions qui ont chacune une logique spécifique, et qui, si elles peuvent avoir le même facteur déclenchant et la même direction, peuvent également reposer sur des dynamiques différentes et parfois contradictoires.

« La pluridimensionnalité » de la transition, poursuit l'auteur,

ne doit pour autant pas remettre en cause l'importance de l'État dans ce concept. Si de nombreux auteurs déterminent des critères extra-étatiques à la mesure de l'accomplissement de la transition comme l'existence d'une société civile politique et économique, l'ensemble de ces éléments ne peuvent être effectifs sans la présence d'un État souverain et structuré.¹⁸

Sans développer davantage cette relation entre l'État et la transition, il convient de relever, dans le cas qui nous concerne l'extrême importance du phénomène étatique dans les transitions congolaises. On rappellera brièvement les tentatives d'installation des institutions démocratiques menées, leurs résultats mais aussi les résistances qu'on a pu relever par la suite.

2.2 Les tentatives d'élaboration d'un droit constitutionnel dans la transition

La conduite de la transition reposait sur deux piliers. Il s'agit à la fois de mettre en place de nouvelles institutions tout en reformant radicalement les principes fondateurs du régime politique. En effet, depuis 1989, l'ensemble des États africains ont connu de très profondes mutations politiques qui ont conduit à la disparition des anciennes structures étatiques et à la mise en place des nouveaux régimes se définissant comme des « démocraties et des États de droit. Il apparaît toutefois difficile de porter une appréciation globale sur l'évolution en Afrique tant les situations sont différentes.

Deux constatations semblent toutefois pouvoir être faites:

- celle, d'abord, de l'importance du chemin parcouru: presque partout l'organisation étatique partisane est définitivement abandonnée et la rupture avec le passé consommée;
- celle, ensuite, de l'intensité des crises traversées – économique, politique et sociale – qui se caractérise par le développement de discours radicaux, par la montée des nationalismes et par d'autres

¹⁸ Comme ci-dessus, 9.

éléments de nature à ralentir l'évolution vers la démocratie pour faire résurgir les vieux réflexes totalitaires.

L'organisation des conférences nationales souveraines, principalement dans les pays africains francophones, visait l'installation de régimes politiques démocratiques avec un équilibre des pouvoirs dans l'État.¹⁹ On relève cependant, dans le contexte congolais, que la souveraineté de la conférence nationale a été fortement contrariée par les tentatives de récupération entreprises par les tenants du statu quo qui se recrutaient principalement dans le camp présidentiel. C'est en ce sens que l'on doit comprendre la dualité institutionnelle et constitutionnelle qui s'en était suivie. Un ordre constitutionnel et institutionnel avait été établi par la Conférence nationale souveraine en 1992 avec un gouvernement et un Parlement ; un autre par les partisans du Président Mobutu qui s'en tenaient à la loi constitutionnelle de juillet 1990. Cet imbroglio institutionnel avait conduit à deux textes constitutionnels distincts: l'acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de la transition du 2 avril 1993 et l'acte portant dispositions constitutionnelles relatives à la période de la transition adopté le 02 août 1992 par la conférence nationale souveraine. Le premier texte institue un régime parlementaire, le second un régime semi-présidentiel (parlementarisme rationalisé).

Pour débloquer cette énième crise, un texte de compromis fut adopté, après des négociations politiques, pour départager les parties en présence. C'est l'objet de l'acte constitutionnel de la transition du 9 avril 1994 qui instaure un régime hybride mi-parlementaire, mi-présidentiel autrement qualifié de semi-présidentiel. Ce dernier acte constitutionnel a permis de mettre provisoirement un terme à la crise politique entre acteurs dans la capitale. Une année et demie plus tard, débuta une guerre de libération dans un contexte économique particulièrement difficile. Devant l'incapacité du pouvoir en place à résoudre cette énième crise politico-militaire, le régime de la Transition a été emporté et céda la place à celui de l'Alliance des Forces Démocratiques pour la Libération du Congo conduite par le Président L.D. KABILA. Ce dernier accéda au pouvoir d'État le 17 Mai 1997. On note cependant qu'une Constitution élaborée par la Conférence nationale souveraine et adoptée le 27 décembre 2006 instituait une République Fédérale (République Fédérale du Zaïre). Faute d'un acte de promulgation par le Chef de l'État, cette Constitution n'a pas été mise en application. Elle sera, comme ses précédentes, balayées par la Révolution institutionnelle du 17 mai

¹⁹ G, Conac sous la direction de: *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*; et H Roussillon sous la direction de: *Les nouvelles Constitutions africaines: la transition démocratique* (1993).

1997 qui réinstaura un régime politique de forte concentration des pouvoirs d'État entre les mains du président de la République.

2.2.1 *Le retour à un régime fort de type présidentiel*

Le décret-loi constitutionnel du 27 mai 1997 institue un régime de type présidentiel avec une concentration des pouvoirs d'État entre les mains du président de la République. Il s'agissait, en fait, d'un « remède politique » à la cacophonie constitutionnelle et institutionnelle issue de la transition politique initiée depuis 1990.

Une année après le 17 mai 1997, une nouvelle crise politique et militaire a vu le jour. Le pays est à nouveau divisé entre plusieurs forces politico-militaires qui se disputent le pouvoir. La moitié du territoire national était sous le contrôle du gouvernement légitime de Kinshasa, l'autre moitié étant partagée par les forces rebelles. Pour mettre fin à cette énième crise, des négociations politiques sont menées avec le concours actif de l'organisation de l'Unité africaine et des pays de la Région pour arrêter les hostilités. Ces négociations conduisent à plusieurs accords (Accord de cessez-le feu, de paix pour les États de la Région des Grands Lacs) dont le plus important reste l'Accord Global et Inclusif signé à Pretoria le 17 décembre 2007 et adopté le 1er avril 2003 à Sun City (près de Pretoria en Afrique du Sud).²⁰ Les clauses de cet accord ont constitué la base et la matière d'une Constitution dite de Transition négociée par les signataires, promulguée le 4 avril 2003. Cet accord prévoyait que la transition soit suivie d'élections générales libres, transparentes et démocratiques, dans le cadre d'une Constitution à élaborer et à faire adopter par Référendum.

Cet accord entre congolais a beaucoup inspiré les médiateurs de la crise en Côte d'Ivoire.²¹

²⁰ L'Accord de Sun City est l'œuvre de l'ensemble de la classe politique congolaise (Les forces belligérantes qui se sont opposées en se partageant des zones d'influence, les groupes armés divers, l'opposition politique comprenant plusieurs partis politiques ayant joué un rôle actif depuis l'ouverture démocratique le 24 avril 1990 et lors de la Conférence Nationale Souveraine et enfin la Société Civile représentée par les Eglises et les Professions libérales.

²¹ A propos de la Côte d'Ivoire, il faut noter que c'est par des arrangements politiques que l'on est parvenu à mettre d'accord les protagonistes de la crise consécutive à la rébellion armée survenue le 19 septembre 2002. Il s'agit des accords de Lomé (1er novembre 2002), de Linas Marcoussis (24 janvier 2003), d'Accra (30 juillet 2004), de l'accord de Pretoria (6 avril 2005) et enfin de l'accord de Ouagadougou du 4 mars 2007. Les deux derniers accords sont appuyés par la Résolution 1721 du Conseil de Sécurité des Nations Unies adoptée le 1er novembre 2006. Pour plus de détails, voir J Du Bois De Gaudusson (2003) 2006 « L'Accord de Linas Marcoussis, entre Droit et Politique » *Afrique contemporaine*.

2.3 La Constitution du 4 avril 2003

Il s'agit d'une nouvelle architecture institutionnelle issue de l'Accord global et inclusif de Sun City. Comme on le verra, cette architecture est imposée par la Communauté internationale qui en est le maître d'œuvre. Au final, on constate que la République Démocratique du Congo est devenue un véritable chantier constitutionnel, dans lequel s'expérimentent diverses formules de gouvernance politique qui sont loin de refléter l'État de droit et la démocratie.²²

2.3.1 *Les institutions de la transition congolaise*

Les institutions de la transition sont au nombre de dix. Elles se répartissent en deux catégories: 5 institutions de l'État et 5 institutions d'appui à la démocratie. Ce sont des institutions apparentes.²³

Derrière ces institutions, se tiennent dans l'ombre des institutions privées jouissant des droits reconnus par la Constitution. Il s'agit de 6 organisations belligérantes, de l'organisation de l'opposition non armée et de l'organisation relevant de la société civile. Aux institutions privées reviennent l'essentiel de l'initiative politique et le choix des hommes et femmes à mettre en place pour l'animation des institutions et de tous les organes de l'État. C'est le régime de partis.

En outre, à chaque organisation, sont attribués des postes de responsabilité qu'elle gère, exclusivement, tout au long de la transition. Tout remaniement gouvernemental est interne. Il n'y a pas de virement de poste d'une organisation à une autre ; les sanctions reviennent aux organisations. Il faut se poser la question de savoir de quoi vivent ces organisations privées. C'est une question qu'appelle le besoin de compréhension du jeu, des motivations et du rythme de la marche de la transition. Disons qu'elles vivent d'abord de dons. La loi en autorise de toutes les origines: intérieures et extérieures. Il n'y a pas de financement de la part de l'État congolais, faute de moyens budgétaires.

Ensuite, elles vivent de cotisations obligatoires perçues sur leurs membres qui sont commis, à des postes importants, au sein des

²² G B wa Mpungu « Les Institutions de l'État de Droit et de la Démocratie en Afrique: l'expérience congolaise » dans Lihau (ed) (n 1 ci-dessus) 52- 83.

²³ Conformément à la Constitution de la Transition du 4 avril 2003, il s'agit de: le président de la République, le gouvernement, l'Assemblée Nationale, le Sénat, les Cours et Tribunaux; la Commission Electorale Indépendante, la Haute Autorité des médias, la Commission vérité et réconciliation, la Commission de l'éthique et lutte contre la corruption, l'Observatoire national des droits de l'homme.

institutions de l'État et des entreprises publiques. Il en est né une querelle de partage des responsabilités au sein des entreprises publiques. Par ailleurs, les organisations belligérantes perçoivent des taxes et gèrent des troupes. Elles le font sur les territoires qu'elles contrôlent. Elles le font en attendant ou en freinant le brassage des unités de l'armée républicaine et la réunification du territoire.

Les institutions apparentes de l'État n'ont *in fine* que des tâches d'exécution. Elles se partagent les trois pouvoirs classiques. L'Exécutif est entre les mains du président de la République et du gouvernement. La présidence comprend le président et 4 vice-présidents. Chacun des vice-présidents regroupe, sous son autorité directe, un nombre donné de ministères.

S'agissant de 5 institutions d'appui à la démocratie, elles ne semblent pas refléter le rôle qui leur a été dévolu par leurs créateurs.

- La Commission électorale est voulue indépendante du gouvernement. Néanmoins, elle est tenue de collaborer avec le Ministère de l'intérieur. Par ailleurs, siègent à son conseil général, toutes les organisations privées reconnues par la Constitution ainsi que le Comité international d'accompagnement de la transition.
- Les 4 autres institutions d'appui à la démocratie se trouvent doublées par des structures gouvernementales ou parlementaires. La Haute autorité des médias l'est par le ministère de la Communication et de la Presse, l'Observatoire national des droits de l'homme par le ministère des droits humains, la Commission de l'éthique et de lutte contre la corruption par l'Inspection générale des Finances du ministère des Finances et aussi par la Cour des comptes relevant de l'Assemblée nationale. Quant à la Commission vérité et réconciliation, elle est doublée par le Sénat.
- Les performances des institutions d'appui à la démocratie sont telles que la Constitution du 18 février 2006 a retenu seulement la Commission électorale indépendante. En effet, les autres commissions n'ont pas d'audience ni de force de coercition. Elles n'ont pas convaincu les législateurs, de leur pertinence.

Il ressort, de ce tableau, que le contrôle et le pouvoir de sanction sur les institutions de l'État sont aux mains de quelques-uns. Ils sont aux mains du Comité international d'accompagnement de la transition et aux mains des organisations privées reconnues par la Constitution, dont les organisations belligérantes principalement. La population demeure tenue à l'écart des affaires de l'État.

Une telle structure de pouvoirs a pour conséquence évidente que les uns et les autres émettent des avis divergents quant au rôle de l'État de droit dévolu aux institutions de la transition.

2.3.2 Les objectifs de la transition

Les objectifs de la transition sont multiples. Certains sont apparents, écrits et publiés. D'autres sont dictés, au fur et à mesure, selon un plan géré ailleurs. D'autres encore figurent sur des agendas cachés, selon la presse. Ces derniers sont supposés. Nous n'en parlerons pas puisque nous ne les connaissons pas.

Les objectifs apparents de la transition sont au nombre de cinq:²⁴

- (1) La réunification, la pacification, la reconstruction du pays, la restauration de l'intégrité territoriale et le rétablissement de l'autorité de l'État sur l'ensemble du territoire congolais;
- (2) La réconciliation nationale;
- (3) La formation d'une armée nationale;
- (4) L'organisation d'élections libres et transparentes à tous les niveaux permettant la mise en place d'un régime constitutionnel démocratique;
- (5) La mise en place des structures devant aboutir à un nouvel ordre politique.

Pour être clair, la réconciliation nationale consiste en l'adoption d'une loi d'amnistie intéressant les belligérants. La guerre n'a pas été une guerre civile; elle n'a pas opposé des populations, les unes contre les autres. Elle a plutôt été une guerre entre armées et milices, organisées à la suite de l'éclatement de la classe politique. De ce fait, la population n'a pas le sentiment d'être directement concernée par la réconciliation, à travers la loi d'amnistie.

De manière générale, la population ne s'était pas sentie du tout concernée, sinon très peu, par les objectifs de la transition. Elle ne trouve pas mentionné explicitement dans la Constitution parmi les objectifs de la transition, l'objectif de contribuer à l'amélioration de son vécu quotidien. Nulle part n'y figure non plus la mention que la transition doit être la préfiguration de l'État de droit à mettre en place.

La transition n'est pas l'œuvre de la population. Celle-ci n'a pas conscience qu'elle la finance car elle la finance partiellement, mais indirectement, par l'inflation et par des taxes à la consommation. La population n'a pas le contrôle de la transition; celle-ci lui semble être la source d'insécurité et d'aggravation de sa paupérisation. Elle souffre de manque de moyens et de mal gouvernance. Bref, la

²⁴ L'Accord Global et Inclusif sur la Transition en République Démocratique du Congo signé à Pretoria le 17 décembre 2002, adopté à Sun City le 1er avril 2003, reprend ses objectifs dans l'article 1er alinéa 2 de l'annexe de la Constitution du 04 avril 2003.

transition est loin d'être son État de droit. Telle est, à n'en point douter, l'opinion de la population. Et elle n'a pas tort. A propos de la politique économique mise en œuvre par les dirigeants politiques, Mbaya écrit:

Lorsque le pays accède à l'indépendance le 30 juin 1960, l'espoir des populations dans la lutte menée contre le système colonial était de construire une alternative à l'économie politique social pour le pays et de développement humain. Cette autre économie politique – la socialisation du développement est fondée sur un changement du modèle d'accumulation, dans un processus politique et social pleinement participatif, et dans un processus économique de croissance continue et d'équité.²⁵

Au nombre des objectifs de la transition figure aussi l'organisation des élections générales. Il est précisé qu'elles doivent être démocratiques, libres et transparentes. Ces élections ont attendu l'adoption d'une nouvelle Constitution par référendum. Le texte du projet de Constitution est l'œuvre de quelques experts internationaux. Il est l'objet d'attaque, dans la presse, sous la plume des experts nationaux. Il a été adopté par une assemblée non élue, désignée par des organisations privées. Celles-ci n'ont pas été unanimes. L'idée contenue dans l'Accord Global Inclusif de soumettre au référendum un texte adopté par l'ensemble des signataires dudit accord, ne semble pas avoir tenu la route: du fait que le texte n'a pas réuni l'unanimité. Une question s'était posée. Celle de savoir si, dans le débat référendaire, le texte de Constitution mérite d'être revêtu de la solennité référendaire alors qu'un grand débat opposait les unitaristes aux fédéralistes relativement en ce concerne la forme de l'État et le régime politique.²⁶

Sur ces deux points, le constituant de 2006 a procédé à un mixage en construisant un droit constitutionnel innovateur en comparaison avec les techniques classiques inspirées des modèles occidentaux.

3 Une Constitution pleine d'innovations

Le processus d'élaboration de la Constitution du 18 février 2006 a été fort laborieux. Conformément aux dispositions de la Constitution de la transition du 4 avril 2003, c'est au Sénat de la transition que revenait la mission d'élaborer l'avant-projet de Constitution de la 3ème République; avant-projet à soumettre à l'Assemblée nationale

²⁵ J Mbaya *L'économie politique de la prédation au Congo-Kinshasa. Des origines à nos jours – 1885-2003* (2005).

²⁶ A noter que le projet de Constitution a été approuvé par référendum organisé le 30 décembre et publié au Journal officiel, le 18 février 2006 pour régir la 3ème République.

de Transition pour examen et vote. C'est en effet à l'issue des Consultations entreprises dans l'ensemble du pays, province par province, que la commission constitutionnelle du Sénat est arrivée à lever quelques options fondamentales de la nouvelle Constitution.

L'avant-projet a finalement abouti, après près de deux ans de préparation, sur le bureau de l'Assemblée nationale qui l'examine en un temps record (moins de 4 mois). Le texte fut adopté le 13 décembre 2005 par l'Assemblée nationale et soumis au référendum les 18 et 19 décembre 2005. Le président de la République promulguera plus tard cette Constitution, le 18 février 2006. Notons que cette Constitution emprunte cependant plusieurs dispositions de la Constitution de la République fédérale du Zaïre élaborée sous la Conférence nationale Souveraine mais qui n'a pas été publiée au Journal Officiel pour être opposable à tous.

La Constitution du 18 février 2006 définit, comme toute Constitution, le type de société que l'on entend créer en République Démocratique du Congo, les symboles qui distinguent le pays des autres États du monde, la forme de l'État, le mode de scrutin au niveau national et provincial, la responsabilité et le fonctionnement de la justice et des institutions du pays. Elle comporte 229 articles qui en font l'une de plus longues Constitutions dans le monde. Le constituant en a voulu ainsi allant à des détails près dans le souci d'une clarification qui, par ailleurs, se révèle plutôt comme une confusion voir une dénaturation de certaines expressions et termes se rapportant au vocabulaire juridique.

Le préambule renvoie à la mise en place d'un État de droit respectueux des droits humains et de libertés publiques, de fraternité, de solidarité, de justice, de paix et de travail. Elle fait référence à la déclaration universelle des droits de l'homme, à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, aux conventions des Nations Unies sur les droits de l'enfant et sur les droits de la femme, particulièrement l'objectif de la parité de représentation homme-femme au sein des Institutions du pays ainsi qu'aux instruments internationaux relatifs à la protection et à la promotion des droits humains. Ces textes, ainsi que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, forment le bloc de constitutionnalité. L'institution d'une Cour constitutionnelle est une innovation. Celle-ci, quand elle est saisie, devra vérifier a priori la conformité des lois à la Constitution. Il est admis que le juge ordinaire puisse également l'appliquer directement lors d'un litige.

Cette nouvelle Constitution de la troisième République congolaise a été rédigée pour sortir d'une longue crise de plus de 45 ans et est marquée par la recherche d'un équilibre de pouvoir au sein de l'Exécutif national. Elle est très influencée par une pluralité des bases

posées par la Constitution du 1er Août 1964 et celle de la dernière transition issue de l'Accord politique de Sun City du 17 décembre 2002 qui a été coulée en loi constitutionnelle du 4 avril 2003.

Le constituant de 2006, essentiellement animé par le souci de fonder un régime politique efficace, s'est davantage préoccupé de restaurer l'autorité de l'État et du gouvernement, tout en veillant à la nécessité du respect des droits de l'homme et de la démocratie élective.

Il ne sera pas question ici d'examiner l'ensemble de dispositions de cette Constitution fleuve. La Constitution contient essentiellement des articles organisant les institutions congolaises. On se référera donc aux articles correspondants pour comprendre leurs missions, leurs attributions et les rapports qu'ils entretiennent entre eux.

Limitation et séparation des pouvoirs, tels semblent être les maîtres mots de la nouvelle démocratie congolaise qui détermine le régime politique institué et une forme de l'État atypique (4.1) avec des innovations constitutionnelles importantes dans la mise en place d'un droit constitutionnel adapté aux réalités historiques et culturelles congolaises (4.2).

3.1 Mise en place d'un État atypique et d'un parlementarisme rationalisé à la congolaise

3.1.1 Une forme de l'État atypique²⁷

Voulant éviter de trancher entre les partisans de la forme unitaire de l'État et ceux prônant le fédéralisme intégral, le constituant de 2006 a opté pour une forme hybride, une symbiose entre unitarisme et fédéralisme. L'article 1, alinéa 1 de la Constitution commence par énoncer que la République Démocratique du Congo est dans ses frontières du 30 juin 1960, un État de droit indépendant, souverain, uni et indivisible, social, démocratique et laïc. Le mot « UNI » peut faire penser à l'institution d'un État Unitaire si on ne rapproche pas cet alinéa des autres dispositions qu'on verra plus loin. La thèse des partisans de l'État Unitaire fortement décentralisé se trouvait confortée par les dispositions de l'article 2 qui énoncent que la République Démocratique du Congo est composée de la ville de Kinshasa et de 25 provinces dotées chacune de la personnalité juridique. L'écriture de l'article 3 énerve cependant les éléments

²⁷ B M Mbata: « Perspective du constitutionalisme et de la Démocratie en République Démocratique du Congo sous l'empire de la Constitution du 18 février 2006 » dans Lihau (n 22 cidessus).

caractéristiques de l'État unitaire en ce qu'il y est fait une distinction entre les Provinces et les nouvelles entités territoriales décentralisées que sont la ville, la commune, le secteur et la chefferie. Mais la référence à la Caisse nationale de péréquation prévue à l'article 181 alinéa 2, loin de constituer une confirmation de la forme unitaire de l'État, est plutôt une marque du fédéralisme.

La personnalité juridique reconnue aux provinces qui sont gérées par les organes locaux cumulés jouissant de leur autonomie consacre le fédéralisme (Article 3 alinéa 1). La répartition constitutionnelle des compétences entre l'État central et les Provinces prévues dans les dispositions des articles 2, 201 à 206 de la Constitution est une illustration de la montée des idées fédéralistes. Pour mieux cerner le problème, il faut expliciter la question de la division verticale du pouvoir. Celle-ci touche aux problèmes de l'organisation et des formes de l'État. En effet, sur un territoire étatique donné, il peut exister plusieurs façons d'organiser les relations entre les différents échelons territoriaux, entre le pouvoir central et les collectivités infra étatiques, entre le Centre et la Périphérie. Le pouvoir de décision, autrement dit le pouvoir normatif, peut être réparti selon le modèle unitaire (un seul centre de décisions politiques) ou selon le modèle pluraliste (l'État central partage le pouvoir normatif avec des autorités locales, qu'il s'agisse d'États fédérés, de régions, des communautés autonomes).²⁸

Le constituant a voulu surtout éviter la victoire d'un camp sur un autre. Ainsi, dans sa forme (apparente), la République est un État uni et indivisible alors que dans son fonctionnement, on retrouve des mécanismes des systèmes unitaire et fédéral.

Parmi les éléments liés au système unitaire, on peut relever le fait qu'il est maintenu un seul centre d'impulsion politique et la tutelle de l'État sur les entités territoriales décentralisées, le maintien d'une seule police nationale,²⁹ d'un seul pouvoir judiciaire hiérarchisé,³⁰ l'investiture des gouverneurs et vice gouverneurs par le président de la République.³¹

Les éléments liés au système fédéral concernent, on l'a dit, la répartition des compétences entre le pouvoir central et les provinces, la libre administration des provinces dotées des moyens humains, matériels et financiers distincts de ceux de l'État.

²⁸ L Favoreu *et al* (n 14 ci-dessus) 381.

²⁹ Article 182 à 185 de la Constitution du 18 février 2006.

³⁰ Article 149 et suivants de la Constitution du 18 février 2006.

³¹ Article 198(2) de la Constitution du 18 février 2006.

Le constituant de 2006 a pris le soin de ne pas nommer comme tous ses devanciers la forme de l'État. Cependant, malgré cette précaution, il semble que la forme fédérale ait pris le pas sur la forme unitaire, le fédéralisme étant en fait l'objectif à long terme. Cette imprévision a visé aussi le régime politique.

3.1.2 *Mise en place d'un régime politique hybride – mi-parlementaire – mi-présidentiel*

Il est important de préciser ici le concept de régime politique. Peu d'auteurs abordent la définition. Et ceux qui s'y efforcent, comme Maurice Duverger, en suggèrent plusieurs parfois. Récusons toute définition qui circonscrit l'objet à « un ensemble d'institutions ». ³² Car un régime est aussi « une certaine combinaison d'un système de partis, d'un mode de scrutin, d'un ou plusieurs types de décisions, d'une ou plusieurs structures de groupes de pression », ³³ on peut ajouter: d'un ou plusieurs types d'administration publique. Et retenons, de Maurice Duverger, la formulation plus générale selon laquelle: « au sens large, on appelle régime politique la forme que prend dans un groupe social donné la distinction des gouvernants et des gouvernés ». A une réserve près, cette définition ne distingue pas clairement la notion de régime politique de celle de système politique qu'utilise, par exemple, l'école américaine de *comparative politics*. ³⁴

Comme on le sait, la limitation et la séparation des pouvoirs constituent les piliers de l'État de droit et de la démocratie. Elles permettent surtout de déterminer la nature des régimes politiques. Il sera donc intéressant de voir comment cette séparation est consacrée dans la charte fondamentale ce qui, bien entendu, permettra de préciser les régimes institués par le constituant de 2006 comparativement à la classification des régimes politiques en général.

La Constitution de la 3^{ème} République a cherché à équilibrer le pouvoir au sein de l'exécutif par une limitation des pouvoirs du président de la République et à faire jouer au Parlement un rôle qui lui est dévolu dans la plupart des régimes politiques. L'exercice a

³² Concernant la théorie du comparatisme, on se reportera à l'excellente étude de J Blondel: « Le comparatisme » dans M Grawitz & J Leca (Ed) *Traité de Sciences Politiques* (T II) *Les régimes politiques contemporains* (1985) Chap I, 1-25.

³³ M Duverger *Institutions politiques et Droit constitutionnel* (1990) 49.

³⁴ G Almond & B Poweil opposent à un ensemble d'institutions coordonnées – auquel ils ramènent le régime politique – une idée de système qui inclut, outre les institutions politiques, les structures économiques et sociales, les traditions historiques, le contexte culturel, les valeurs: c'est-à-dire « toutes les structures dans leurs aspects politiques », Boston, Little, Brown, 1966, cité par J-L Quermonne *Les régimes politiques occidentaux* (1986) 11.

consisté à favoriser la stabilité gouvernementale, en multipliant les techniques de rationalisation du régime parlementaire. La conséquence logique qui découle de cette quête est l'instauration d'un régime politique atypique, mi-présidentiel, mi-parlementaire, mi-présidentialiste. Le titre III de la Constitution relatif à l'organisation et à l'exercice du pouvoir confirme le caractère particulier du régime congolais.

On tentera d'identifier ce régime à travers l'analyse cumulée de certaines dispositions de ce titre III qui précise les rôles et attributions du président de la République, du Premier ministre, les rapports entre l'exécutif et le législatif, les rapports entre le président de la République et le pouvoir judiciaire.

L'étude du pouvoir exécutif, composé du président de la République et du gouvernement, dévoile l'intimité du régime et en rythme son évolution. Certes, le pouvoir exécutif est dévolu à la fois au président de la République et au gouvernement mais les compétences attribuées au président de la République lui confèrent un rôle prééminent dans le fonctionnement du système mis en place. Aux termes de l'article 69 de la Constitution, le président de la République est le chef de l'État. Il représente la nation et est le symbole de l'Unité nationale. Il veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics et des institutions, ainsi que la continuité de l'État. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire, de la souveraineté nationale et du respect des traités et accords internationaux.

Le président de la République nomme le premier ministre au sein de la majorité parlementaire après consultation de celle-ci. Il met fin à ses fonctions sur présentation par celui-ci de la démission du gouvernement.³⁵ Le pouvoir de nommer les autres membres du gouvernement et de mettre fin aux fonctions de ces derniers lui revient, bien entendu sur proposition du premier ministre. Les autres attributions qui lui sont dévolues consistent en la nomination de hauts fonctionnaires de l'État, des entreprises d'État, des magistrats, de siège et du Parquet. Ces articles combinent les éléments du régime présidentiel et ceux du régime parlementaire.

L'éminence du rôle du président de la République conduit à un parlementarisme rationalisé pouvant aussi s'apprécier à travers les dispositions de l'article 79 qui prévoit que le président de la République convoque et préside le conseil des ministres et qu'en cas d'empêchement il délègue le pouvoir au Premier ministre.

³⁵ Article 78 alinéa 1 de la Constitution du 18 février 2006.

Quant au gouvernement, s'il est³⁶ dirigé par le Premier ministre qui en assume la responsabilité politique devant l'Assemblée nationale, son programme est élaboré en concertation avec le président de la République. Les dispositions de l'article 91 de la Constitution sont assez explicites à ce sujet. On lit en effet à l'alinéa 1 que « le gouvernement définit, en concertation avec le président de la République, la politique de la nation et en assume la responsabilité ». L'alinéa 2 ajoute que le gouvernement conduit la politique de la nation. Cet emprunt au parlementarisme classique constitue un pis-aller. Le Président de la République dispose d'énormes pouvoirs inconnus d'un chef d'État en régime parlementaire classique dans lequel le Chef de l'État joue plus un rôle honorifique et protocolaire. Son élection au suffrage universel direct en fait un acteur principal dans le fonctionnement des Institutions. En attendant une évaluation sur la pratique constitutionnelle, on peut conclure qu'il n'a pas qu'un rôle d'arbitre.

3.1.3 Un rôle renforcé du Parlement: la confirmation du régime parlementaire

Aux termes de l'article 100 de la Constitution, le pouvoir législatif est exercé par un Parlement composé de deux chambres, l'Assemblée nationale et le Sénat.

Le Parlement est l'organe de contrôle de l'action gouvernementale. Il contrôle aussi les entreprises publiques, les établissements et services publics (Article 138). Les députés nationaux sont élus au suffrage universel direct alors que les sénateurs sont élus au second degré par les assemblées provinciales dont les membres sont élus comme les députés nationaux au suffrage universel. Les sénateurs représentent les provinces, leur mandat est néanmoins national comme celui des députés nationaux.

Responsable devant l'Assemblée nationale, le gouvernement ne doit sa stabilité qu'à la volonté cumulée de la majorité et du président de la République.

3.1.4 Instauration d'un régime parlementaire rationalisé à la congolaise

Rationaliser le régime parlementaire, c'est avant tout, essayer de mettre en place des majorités parlementaires susceptibles de soutenir le gouvernement avec constance. Les divers mécanismes mis en place par la Constitution pour rationaliser le régime parlementaire

³⁶ Art 90 de la Constitution.

contribuent à l'établissement et au maintien du phénomène majoritaire. Les dispositions relatives à la confiance, la possibilité donnée au gouvernement de demander un vote bloqué jouent en ce sens.

L'analyse faite des rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif démontre bien que le constituant, tout en cherchant à limiter les pouvoirs du président de la République dans un régime présidentiel, a tenu à encadrer le pouvoir législatif. L'Assemblée nationale élue au suffrage universel représente la nation dans son ensemble. Elle vote les lois et contrôle l'action du gouvernement qui est responsable devant elle. Seule l'Assemblée nationale peut renverser le gouvernement par motion de censure ou de défiance.³⁷

Le Sénat qui est élu au suffrage universel indirect représente les provinces. Il ne peut contraindre le gouvernement à démissionner. Les constituants de 2006 n'imposent pas au Premier ministre l'obligation de demander au Sénat l'approbation d'une déclaration de politique générale. C'est une faculté qui lui est offerte.³⁸

S'agissant du parlementarisme rationalisé proprement dit, on observe, dans le cadre de la procédure législative ordinaire que le gouvernement peut donner le dernier mot à l'Assemblée nationale en cas de désaccord entre les deux chambres. Toutefois, le bicaméralisme devient égalitaire en matière de révision constitutionnelle.³⁹

La Constitution réduit les pouvoirs du Parlement en limitant le domaine de la loi (article 123), en instituant un domaine du règlement (article 128) et en instaurant un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois. Elle remet ainsi en cause la hiérarchie traditionnelle des normes en distinguant nettement le domaine de la loi de celui du règlement pour empêcher la toute puissance des Assemblées. Les procédures de rationalisation du parlementarisme adoptées en 2006 limitent les possibilités de censure du gouvernement. La notion de censure ne peut être déposée que si elle réunit les signatures d'un quart des députés (Article 146). La motion de défiance contre un membre du gouvernement n'est recevable que si elle est signée par un dixième des membres de l'Assemblée nationale.

³⁷ Art 146 et 147 de la Constitution.

³⁸ Art 146(5) de la Constitution.

³⁹ Contrairement à ce que pense une certaine opinion de la classe politique, principalement certains leaders qui se réclament de l'opposition non déclarée (Rassemblement Congolais pour la Démocratie).

Les deux motions ne peuvent être adoptées qu'à la majorité absolue des membres de l'Assemblée et ne peuvent être soumises au vote que 48 heures après leur dépôt. Seuls sont recensés les votes favorables à la motion de censure.

L'article 146 alinéa 1 de la Constitution permet au Premier ministre d'engager après délibération du Conseil des ministres la responsabilité du gouvernement devant l'Assemblée nationale, sur le vote d'un texte, un programme ou une déclaration de politique générale. Dans ce cas, le texte est considéré comme adopté si aucune motion de censure n'a été déposée dans un délai de 48 heures et n'a obtenu la majorité absolue dans les 48 heures qui suivent. Cet article a été introduit pour éviter toute attitude d'obstruction de l'opposition parlementaire. Il permet aussi de forcer la main à une majorité parlementaire qui serait divisée ou hésitante.

Ce parlementarisme rationalisé à la congolaise se remarque également à travers le pouvoir personnel du président de la République

Le président et le gouvernement (article 78)

La Constitution du 18 février 2006 a eu pour conséquences d'institutionnaliser la majorité présidentielle. Elu au suffrage universel direct, le président de la République bénéficie du soutien d'une majorité qui peut désormais être exactement comptée. Il y a, bien sûr, une différence entre la majorité présidentielle formée d'électeurs qui se prononcent directement et la majorité parlementaire qui est composée en fonction du comportement des députés mais ceux-ci doivent se définir aux fonctions du président.

Selon le principe de la séparation de pouvoirs: le président de la République nomme le Premier ministre. Il met fin à ses fonctions sur la présentation par celui-ci de la démission du gouvernement. De cette rédaction asymétrique, il résulte, d'un point de vue juridique, que le chef de l'État nomme le Premier ministre et ne peut le révoquer. Seule une règle politique (convention de la Constitution) peut en décider autrement. Cela peut se faire par le jeu de la majorité au niveau du Parlement (Assemblée nationale) si le chef de l'État dispose d'une majorité politique. Ceci se rattache à sa fonction arbitrale.

Même si le président de la République ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire de révocation du Premier ministre, il peut politiquement inviter celui-ci à la démission au cas où persiste un malentendu entre les deux (hypothèse où le président est chef de la majorité à l'Assemblée nationale). De même le président de la République peut, même s'il ne dispose pas d'une majorité à

l'Assemblée nationale, provoquer la destitution du gouvernement par la majorité en s'appuyant sur des alliances factuelles qu'il peut entretenir avec les groupes parlementaires influents au sein de l'Assemblée.

Tout compte fait, la stabilité du gouvernement dépend de la double confiance du président de la République et de la majorité.

Le président et le Parlement (Article 77)

Leurs relations s'expriment par l'exercice du droit respectif du message au Parlement et de dissolution de l'Assemblée nationale, ce dernier représentant le point du pouvoir arbitral.

Le droit de message constitue un mode de communication institutionnelle. Ce message n'engage en aucune sorte la responsabilité ministérielle. Quant à la dissolution, il s'agit d'un acte par lequel le chef de l'État met un terme prématurément à la durée de la législature en cas de persistance d'une crise au sein de la majorité parlementaire particulièrement entre le Premier ministre et la majorité qui l'a porté au pouvoir. C'est une procédure d'arbitrage populaire destinée à protéger le régime.

Le président et la Cour constitutionnelle (Article 69 al 2 et Article 158)

Parmi les fonctions du chef de l'État, il y a celles de veiller au respect de la Constitution. Le président assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire, de la souveraineté nationale et du respect des traités et accords internationaux.

En tant que gardien de la Constitution, le président de la République ne peut qu'entretenir des relations privilégiées avec le garant de l'État de droit et de libertés publiques représenté par le pouvoir judiciaire dévolu aux cours et tribunaux par lesquels se trouvent la Cour constitutionnelle. Parmi les 9 membres de la Cour constitutionnelle, le président y nomme trois de manière discrétionnaire, trois le sont par les deux chambres du parlement réunies en Congrès et trois autres par le Conseil supérieur de la magistrature.

En attendant l'épreuve de la pratique constitutionnelle, on peut espérer provisoirement que ce parlementarisme rationalisé à la congolaise puisse discipliner le comportement de premiers députés élus de la 3ème République. C'est une première expérience dont on

pourra évaluer les résultats à la fin de la législature. Mais le constituant de 2006 a apporté ses propres innovations dans le texte adopté le 18 février 2006.

4 Les innovations de la Constitution du 18 Février 2006

Deux principales innovations parmi tant d'autres sont à relever ici: la limitation du mandat du président de la République et l'autonomie des provinces.

4.1 La limitation du mandat présidentiel

Sans rentrer dans le débat sur le bien fondé du principe de la limitation du nombre de mandats présidentiels,⁴⁰ on peut rappeler que ce principe a pour corollaire la rotation des postes, autrement dit l'obligation pour le détenteur d'un poste de le quitter après une certaine période.⁴¹

S'agissant de la République Démocratique du Congo, contrairement aux différentes Constitutions précédentes qui fixaient la durée du mandat présidentiel à 7 ans renouvelables, à l'exception de la Constitution de la transition du 4 avril 2003 qui prévoyait une durée de deux ans avec possibilité de prolongation de six mois renouvelables une seule fois, la Constitution du 18 février 2006 investit le Chef de l'État d'un mandat représentatif (article 69), personnel c'est-à-dire entier et temporaire, limité à cinq ans, renouvelable une seule fois (Article 70). En effet, le principe de la limitation de mandats présidentiels se justifie par le souci de limiter le pouvoir dont l'exercice a conduit par le passé à des dérives totalitaires. Les constituants de 2006 ont tiré ainsi les leçons de trois décennies de présidentialisme que certains ont qualifié de chefferie modernisée ou de royauté du Père Fondateur d'alors.⁴²

⁴⁰ Voir le chapitre sur la limitation des mandats présidentiel 'limites du mandat présidentiel et leurs impacts sur le constitutionnalisme en Afrique' par CM Fombad & N Alnegbedion.

⁴¹ Ce principe a été théorisé et pratiqué par les démocraties antiques, et revisité par les pères fondateurs de la démocratie représentative moderne. La notion de rotation aux postes, dont le pendant moderne est la limitation du nombre de mandats électifs, est profondément enracinée dans la pensée politique républicaine classique. A Athènes la plupart des fonctions que n'exerçait pas l'assemblée du peuple était confiées à des citoyens de plus de trente ans, candidats, tirés au sort pour un mandat d'un an renouvelable une seule fois. Cette rotation a été également pratiquée à Rome et dans les cités États de Venise et de la renaissance. Voir B Manin *Principes du gouvernement représentatif* (1996) 23.

⁴² On fait allusion ici au régime de la 2ème République institué par le Président Mobutu Sese Seko.

Il sera intéressant de s'interroger sur l'origine de la limitation de mandats présidentiels (le quinquennat) et son abrègement.

4.1.1 L'origine du quinquennat

L'attitude du constituant de 2006 a été, sur cette question, de plus paradoxale. Alors que dans certains pays comme la France, le quinquennat avait été repoussé, avant la réforme supprimant le septennat, au motif qu'il conduirait l'institution d'un régime parlementaire, les débats suscités au Parlement congolais de la transition ont démontré que c'est plus le souci d'éviter l'installation d'une nouvelle dictature qu'une telle option a pu être retenue. Le principe de la limitation du nombre de mandats électifs fait cependant l'objet de controverse quant à son bien fondé. Pour certains auteurs, ce principe trouve sa justification dans le cadre de régimes présidentiels ou présidentielistes où il trouve une application mécanique. Comme le précise Juan J Linz,⁴³ dans un régime parlementaire, la perspective pour le Premier ministre de rester durablement au pouvoir au cours de plusieurs législatures successives ne suscite pas autant d'hostilité que la perspective d'une réélection indéfinie d'un président de la République dans un régime présidentiel, semi-présidentiel ou présidentieliste. C'est qu'en régime parlementaire, le Premier ministre, qui peut à tout moment, engager sa responsabilité, peut rester au pouvoir aussi longtemps qu'il bénéficie d'une majorité parlementaire. Sa responsabilité pouvant théoriquement être à tout moment remise en cause, il se produit un sentiment psychologique de relative insécurité tel qu'il n'est pas certain a priori de rester au pouvoir pour une période bien déterminée, pour une, deux, ou plusieurs législatures. Une telle incertitude n'existe pas en régime présidentiel ou présidentieliste où le président est élu pour un mandat bien déterminé, qui constitue pour lui un droit acquis qu'il est assuré d'exercer jusqu'au bout, sauf en cas de haute trahison.

En ce qui concerne la Constitution de la République Démocratique du Congo, on peut dire que les partisans du régime parlementaire et ceux réclamant le régime présidentiel ont réalisé à ce sujet un compromis fondé sur la nécessité de faire coïncider le mandat présidentiel avec celui des députés. Le constituant s'est inspiré ici de la nouvelle expérience française (avec la dernière révision constitutionnelle de 2002) qui s'inscrit dans une optique parlementaire. Cette limitation a pu être justifiée, par ailleurs, par la nécessité d'assurer le renouvellement de la classe politique avec un arrière-pensée sur l'épineuse question de la fixation de l'âge

⁴³ J J Linz « Democracy's Time constraint » *international Political Science Review* (1998) 19, N°1, 19-37, 25.

minimum requis pour être candidat à l'élection présidentielle. L'article 72 de la nouvelle Constitution fixe l'âge de candidats présidents de la République à trente ans, en faisant l'économie de l'âge maximum, ce qui permettrait aux éventuels candidats dont l'âge maximum n'aurait pas été délimité par la Constitution de se présenter au suffrage populaire en vue de conquérir démocratiquement le pouvoir. Assurément, les 32 ans de règne du Président Mobutu étaient dans tous les esprits au moment de l'examen de cette disposition constitutionnelle.

La coutume initiée par Georges Washington aux États-Unis (consacré par le 22ème amendement de 1951), limite à deux mandats de quatre ans la fonction du «*Chief Executive* ». On peut regretter que le constituant n'ait pas fixé de date de manière à ce que la nouvelle élection se déroule à une période utile de l'année. Le Président Joseph Kabila ayant prêté le serment constitutionnel de président de la République, chef de l'État, le 06 décembre 2006, on peut se poser la question de savoir à quelle date devra avoir lieu la nouvelle élection présidentielle d'autant plus que l'alinéa 2 de l'article 70 énonce qu'à la fin de son mandat, le président de la République reste en fonction jusqu'à l'installation effective du nouveau président élu. Cette pratique héritée de la Constitution de la Transition pourrait s'avérer dangereuse en cas de crise politique prolongée qui risque d'énerver l'esprit de l'alinéa 1er de l'article 70.

4.1.2 Fin du mandat présidentiel

Le mandat présidentiel peut prendre fin soit en cas de décès ou de démission, soit pour cause d'empêchement définitif. Il n'est donc pas possible d'envisager une élection anticipée à l'initiative du président par intérim qui, dans ce cas, n'est autre que le président du Sénat.⁴⁴ Le pouvoir d'organiser des nouvelles élections est dévolu à la commission électorale nationale indépendante endéans 60 jours au moins et 90 jours au plus, après l'ouverture de la vacance.⁴⁵

Le Chef de l'État peut être contraint à se retirer en cas d'empêchement définitif déclaré par la Cour constitutionnelle (Article 76, alinéa 3).

⁴⁴ Art 75 de la Constitution du 18 février 2006.

⁴⁵ Art 76(3) de la Constitution du 18 février 2006.

4.2 L'autonomie des provinces et la problématique du découpage territorial

Comme pour la forme juridique de l'État, le constituant de 2006 a évité de trancher entre le fédéralisme et l'unitarisme en consacrant l'expression d'autonomie des provinces et du découpage territorial.

4.2.1 *Le découpage territorial*

Deux tendances se sont dégagées à cet effet entre, d'une part, les tenants d'un découpage immédiat de certaines provinces jugées trop éloignées des préoccupations des populations dans le but de rapprocher l'administration des administrés, et, d'autre part, les partisans du découpage progressif en tenant compte de la viabilité économique des provinces à créer.

L'option in fine a été de procéder à un découpage progressif au cours d'une période de trois ans essentiellement pour des raisons économiques. Il s'agit là d'une solution médiane qui satisfait les tenants de l'immédiateté. La question qui se pose cependant est celle de savoir à partir de quand il faut compter ce délai étant donné que les institutions prévues par la Constitution ne sont pas toutes installées.⁴⁶

4.2.2 *L'autonomie des provinces*

Pour masquer une fois de plus la querelle entre les partisans de l'État unitaire favorables à la décentralisation et ceux prônant l'État fédéral, le constituant de 2006 a contourné la difficulté en consacrant l'autonomie des provinces. Celle-ci découle des dispositions combinées des articles 2 et 3 de la Constitution qui dotent les 25 provinces de la personnalité juridique et de l'autonomie de gestion de leurs ressources économiques, financières et techniques.

L'option retenue par le constituant en parlant de l'autonomie des provinces nous semble sage car il a été entendu que le fédéralisme constitue l'idéal à atteindre tout en sauvegardant les paramètres de l'unité nationale. On insistera ici sur les paramètres du fédéralisme et de l'unitarisme pour comprendre la position du constituant.

⁴⁶ L'art 226 relatif aux dispositions transitoires précise que le découpage s'effectuera endéans 36 mois qui suivront l'installation effective des institutions politiques prévues par la présente Constitution. A noter qu'à ce jour, seules les institutions nationales et provinciales ont été installées, il reste à organiser les élections locales pour achever le processus de démocratisation des institutions.

Paramètres du fédéralisme

L'autonomie accordée aux provinces nous semble très large et s'accompagnent des moyens susceptibles de la rendre réelle et effective. On peut à cet égard étayer cette assertion par les éléments ci-après:

- Le cachet constitutionnel conféré à la répartition des compétences entre le pouvoir central et les provinces qui contrastent avec la décentralisation administrative pure et simple. Il s'agit là d'une garantie constitutionnelle importante.
- Le rôle de la représentation nationale et de la représentation provinciale à travers le Sénat composé des membres élus au second degré par les membres des assemblées provinciales.
- La clé de répartition des ressources financières : l'autonomie est renforcée par les dispositions de l'article 175 alinéa 2 qui fixe une clé de répartition des ressources publiques: « la part de recettes à caractère national allouées aux provinces est établie à 40%. Elle est retenue à la source ».
- L'élection des membres des exécutifs provinciaux (gouverneurs et vice gouverneurs des provinces) par les députés provinciaux

Paramètres du système unitaire

On peut citer entre autres:

- L'élection du président de la République au suffrage universel direct.
- L'absence du pouvoir constituant au bénéfice des provinces.
- La proclamation dans l'article 1er alinéa 1er de la Constitution de la formule selon laquelle la République Démocratique du Congo est, dans ses frontières du 30 juin 1960, un État de droit, indépendant, souverain, uni et indivisible, social, démocratique et laïc.
- La souveraineté nationale appartient au peuple. Tout pouvoir émane du peuple qui l'exerce directement par voie de référendum ou d'élections et indirectement par ses représentants. (Article 5 alinéa de la Constitution).
- L'existence d'une caisse de péréquation destinée à assurer la solidarité nationale et à corriger les déséquilibres de développement entre les provinces et entre les autres entités territoriales décentralisées.
- L'institution de la conférence des gouverneurs avec pour mission d'émettre des avis et de formuler des suggestions sur la politique à mener et sur la législation à édicter pour l'État. Cette conférence est composée, des gouverneurs des provinces, du président de la République, du Premier ministre et du ministre de l'Intérieur. N'importe quel autre membre du gouvernement peut y être invité.

- Le caractère national conféré aux forces de l'ordre, de la défense nationale et de sécurité qui sont des instruments par excellence de garantie de l'ordre, de la sécurité et de l'intégrité du territoire.
- La nécessité de représentation nationale dans la composition du gouvernement.

La mise en œuvre effective de cette autonomie exige néanmoins le renforcement des capacités managériales pour les nouveaux élus provinciaux. Le Programme des Nations-Unies pour le Développement (PNUD) s'y emploie activement depuis l'installation des nouvelles institutions issues des dernières élections générales pluralistes.

5 Conclusion

L'histoire politique et constitutionnelle de la République Démocratique du Congo révèle, à la lumière des développements précédents, qu'après plus de 46 ans d'indépendance, le pays est encore à la recherche d'une Constitution à même d'assurer sa stabilité politique et institutionnelle, condition sine qua non de renaissance de l'État et de la République.

On constate que le fonctionnement du système politique institué dépend largement des règles introduites par les révisions constitutionnelles de la Constitution de la 2^{ème} République du 24 juin 1967, des réformes issues de la Conférence nationale souveraine et de la Constitution de la dernière transition politique consécutive au dialogue inter congolais organisé en Afrique du Sud à Sun City près de Pretoria. C'est la raison pour laquelle il est possible de considérer que la République Démocratique du Congo possède simultanément « au moins quatre Constitutions »: celle du 1^{er} août 1964 (avec un régime de type présidentiel et la restauration du pouvoir exécutif), celle de 1967 (avec la réforme consacrant le début du présidentielisme confirmé plus tard par l'institutionnalisation du parti unique), celle du 09 avril 1994 de compromis entre les familles politiques ayant participé à la Conférence nationale souveraine (avec le régime parlementaire rationalisé) et enfin celle du 04 avril 2003 instituant un régime atypique avec un président de la République flanqué de quatre vice-présidents et restaurant un bicaméralisme avec une Assemblée nationale et un Sénat.

Bien que se fixant comme objectif de fonder un nouvel État et une nouvelle république, la Constitution du 18 février 2006, constituée, si besoin en était, une exception tant son écriture ainsi que les sources auxquelles elle s'est appuyée, ne procèdent pas des techniques ordinaires en matière d'élaboration des Constitutions modernes. Le contexte politique très mouvementé antérieur à son élaboration a fortement contribué à cet état des choses.

Pour une Constitution qui n'a pas un seul fil conducteur, il importe que ses destinataires et utilisateurs en fassent bon usage afin qu'elle soit considérée comme un patrimoine national à bien conserver pour les générations futures. La question qui se pose est celle de savoir si la « dictature constituante » de 2006 pourra résister aux pressions diverses émanant des forces politiques n'ayant pas pris part à sa construction et celles résultant des difficultés constatées dans la mise en œuvre de nouvelles institutions politiques.

BIBLIOGRAPHY

Books and articles

- Ahanhanzo Glele, M (1982) « La Constitution ou Loi fondamentale » dans *Encyclopédie juridique de l'Afrique* Abidjan, Dakar, Lomé, Les Nouvelles Editions Africaines
- Alexandre, TG « Faut-il supprimer la chambre constitutionnelle de la Cour Suprême ? Requiem pour une juridiction en agonie » (1988) *Annales de l'Université d'Abidjan - Droit VIII*
- Amissah, A 'Constitutionalism and law in Africa' in Rones, D (ed) (1986) *Democracy and pluralism in Africa* Boulder: Lynne Renner Publishers 41
- Amissah, A 'Constitutionalism and law in Africa' in Rones, D (ed) (1986) *Democracy and pluralism in Africa* Boulder: Lynne Renner Publishers 41
- Andoh, IH « Les réaménagements constitutionnels en Côte d'Ivoire » (1984-1985)1, 2, 3 & 4 *Revue Ivoirienne de Droit*
- Ardant, P (1998) *Institutions politiques et droit constitutionnel* Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
- Ardant, Ph (2003) *Institutions politiques et Droit constitutional* Paris: LGDJ
- Ardant, Ph (2003) *Institutions politiques et Droit constitutional* Paris: LGDJ
- Atangana Amougou, JL « Rigidité et instabilité constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain » (2006) 22 *Afrique Juridique et Politique. La Revue du Centre d'Etudes et de Recherches en Droit et Institutions Politiques (CERDIP)* 42
- Aubert, JF « La révision totale des Constitutions. (Une invention française, des applications suisses) » dans (2003) *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet, L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*
- Ayittey, G 'The African equation' <http://freeafrica.org/wars.3html> (accessed 21 December 2007)

- Bailey, HA 'Presidential tenure and the two-term tradition' (1972) 2 *Publius* 95-106
- Bakandeja, G 'Institutions de l'Etat de droit et de la Démocratie en Afrique: L'expérience congolaise' in B-B Sayeman (2006) *Pour l'épanouissement de la pensée juridique congolaise* Liber amicorum Marcel Antoine Lihau Brussels: University Press of Kinshasha, Bruylant
- Bakandeja, G 'Institutions de l'Etat de droit et de la Démocratie en Afrique: L'expérience congolaise' in B-B Sayeman (2006) *Pour l'épanouissement de la pensée juridique congolaise* Liber amicorum Marcel Antoine Lihau Brussels: University Press of Kinshasha, Bruylant
- Baker, B 'Outstaying one's welcome: The presidential third-term debate in Africa' (2002) 8 *Contemporary Politics* 285
- Balanda, MK 'Les constitutions africains: Esquisse d'une étude comparative' in B-B Sayeman (2006) *Pour l'épanouissement de la pensée juridique congolaise* Amicorum Marcel Antoine Lihau Library Kinshasha: Bruylant 85
- Balanda, MK 'Les constitutions africains: Esquisse d'une étude comparative' in B-B Sayeman (2006) *Pour l'épanouissement de la pensée juridique congolaise* Amicorum Marcel Antoine Lihau Library Kinshasha: Bruylant 85
- Barkow, R 'More Supreme than Court: The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy' (2002) 102 *Columbia Law Review* 237
- Basham, P 'Assessing the terms limits experiment. California and beyond' *Policy Analysis* No 413, 31 August 2001 <http://www.cato.org/pubs/pas/pa-413es.html> (accessed 17 May 2008)
- Bastid, P (1985) *L'idée de Constitution* Paris: Economica
- Benazzi, L « Le développement constitutionnel au Maghreb » *Recht in Afrika – Zeitschrift der Gesellschaft für afrikanisches Recht*, Jahrgang (1998) 137 & s
- Bickel, A 'The Supreme Court, 1960 Term-Foreword: The passive virtues' (1961) 75 *Harvard Law Review* 40
- Bidegaray, C « Sur une aporie française: la révision de la Constitution » dans (2004) *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis* Athènes, Berlin, Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas, Berliner Wissenschafts-Verlag, Bruylant

- Bigaut, C (2007) (Documents réunis et commentés), *Les révisions de la Constitution de 1958* Paris, La documentation Française, documents d'études N° 1.20
- Bleou, MD « La révision de la Constitution ivoirienne » Communication au Colloque commémoratif du 15^e Anniversaire de la Constitution de la 3^e République du Mali. Grand Hôtel de Bamako - 21, 22, 23, 24 Février 2007
- Blondel, J « Gouvernements et exécutifs et exécutifs, Parlements et législatifs dans Grawitz & Leca (1985) (vol 2) *Traité de science politique: Les régimes politiques contemporains* Paris: Presses Universitaires de France
- Boeckelman, KA 'Term limitations, responsiveness, and the public interest' (1993) 26 *Polity* 189-205
- Bognon, RD « La situation en Côte d'Ivoire: présidentialisme et représentation nationale » dans Roussillon (1995) (2^e ed) *Les nouvelles constitutions africaines: La transition démocratique*. Toulouse: Presses de l'Institut d'études politiques de Toulouse
- Boka, E « La Cour Suprême de la République de Côte d'Ivoire » (1961) *Penant* 631 & s.
- Bolle, S « Le contrôle prétorien de la révision au Mali et au Tchad: Un mirage ? » (2006) 17 *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives* 7 & s.
- Boulouis, J « Les changements récents de la Constitution en France » (1992) No. Spécial, 14 *Revue Internationale de Droit Comparé*
- Bugg, D 'Accountability, independence and ethics in prosecution practice' <http://www.cdpp.gov.au/media/speeches>
- Burdeau, G (1969) *Traité de Science politique: Tome 4 Le statut du pouvoir dans l'État*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
- Burdeau, G (1973) (Tome VII) *Traité de Science politique. La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie* Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
- Cabanis, A & Martin, ML (1999) *Les Constitutions d'Afrique francophone. Evolutions récentes* Paris: Editions Karthala
- Calderisi 'Africa: Better off without us?' <http://www.newstatesman.com/200606260016> (accessed 17 May 2008)

- Carré de Malberg, R (1922) *Contribution à la théorie générale de l'État*, Tome II, Paris, Librairie du Recueil Sirey
- Carson, J 'Uganda - An African success story turning sour' <http://209.85.129.104/search?q=cache:FbldFZGnk9oJ:www.wilsoncenter.org/topics/docs> (accessed 21 December 2007)
- Chambas, G (2005) *Afrique au Sud du Sahara: Mobiliser des ressources fiscales pour le développement* Paris: Economica
- Chambas, G (2005) *Afrique au Sud du Sahara: Mobiliser des ressources fiscales pour le développement* Paris: Economica
- Chantebout « L'armée et le pouvoir politique » dans (2004) *Essays in honour of G I Kassimatis* Athènes, Berlin, Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas, Berliner Wissenschafts-Verlag, Bruylant
- Chereminsky, E 'Bush v Gore was not justiciable' (2001) *76 Notre Dame Law Review* 1093
- Chigawa, M (2006) 'Fundamental values of the Malawi Constitution' unpublished paper presented at a National Constitutional Conference for the Review of the Malawi Constitution
- Choper, JH 'The political question doctrine: Suggested criteria' (2005) *54 Duke Law Journal* 1457
- Conac, G (1979) (Sous la direction de), *Les institutions constitutionnelles des États d'Afrique francophone et de la République Malgache* Paris: Economica
- Conac, G (1993) (Sous la direction de) *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique* Paris, Economica
- Conac, G (ed) (1993) *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique* Paris: Economica
- Conac, G (ed) (1993) *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique* Paris: Economica
- Conac, G « Les constitutions des États d'Afrique et leur effectivité » dans G Conac (1980) *Dynamiques et finalités des Droits africains* Paris, Economica
- Constant, B (1879) (2ème éd) tome 1 *Cours de politique constitutionnelle*
- Cook, P (1990) *Liberty of expression* Wilson Centre Press

- Debbasch, C; Bourdon, J; Pontier JM & Ricci J-C (1990) *et al Droit constitutionnel et Institutions politiques* Paris, Economica
- Delcamp, A « Le bicamérisme et les nouvelles formes de séparation des pouvoirs dans les démocraties contemporaines » dans Bockel, A ;Rousseau, D; Rousillon, H (éd) (2005) (Sous la direction de) *Le Parlement, aujourd'hui* Galatasaray Universitesi Yayinlari, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse
- Delfau, G « Le bicamérisme dans le monde: Situation et perspectives » dans Bockel, A; Rousseau, D; Rousillon, H (éd) (2005) (Sous la direction de) *Le Parlement, aujourd'hui* Galatasaray Universitesi Yayinlari, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse
- Delperee, F (2000) *Le droit constitutional de la Belgique* Brussels: Bruylant and Paris LGDJ 6
- Diamond, L 'Developing democracy in Africa: African and international perspectives' <http://democracy.stanford.edu/Seminar/DiamondAfrica.htm> (accessed 17 May 2008)
- Diamond, L 'Is the third wave over' (1996) 7 *Journal of Democracy* 20
- Doumbe-Bille, S « Les transformations au Cameroun: un processus d'élargissement prudent » dans Rousillon (1995) *Les nouvelles Constitutions africaine: La transition démocratique* Toulouse: Presses de l'Institut d'études politiques de Toulouse
- Du Bois de Gaudusson, J 'L'Accord de Marcoussis. Entre Droit et Politique' (2003) 206 *Afrique contemporaine*
- Du Bois de Gaudusson, J 'L'Accord de Marcoussis. Entre Droit et Politique' (2003) 206 *Afrique contemporaine*
- Du Bois de Gaudusson, J « L'Accord de Linas Marcoussis, entre Droit et Politique » *Afrique contemporaine*, No. 206, 2003
- Duhamel, O (1993) *Droit constitutionnel et politique* Paris, Editions du Seuil
- Duverger, M (1980) *Droit constitutionnel et Institutions politique* Paris: PUF, Thémis collection, 1980 ; *Sociologie de la politique* Paris: PUF, Thémis collection on political science, Third edition, 1973
- Duverger, M (1980) *Droit constitutionnel et Institutions politique* Paris: PUF, Thémis collection, 1980; *Sociologie de la politique*

Paris: PUF, Thémis collection on political science, Third edition, 1973

Duverger, M (1990) *Institutions politiques et Droit constitutionnel* Paris: PUF, Thémis 49

Duverger, M (1990) *Institutions politiques et Droit constitutionnel* Paris: PUF, Thémis 49

Ebeku, KSA 'Nigerian Supreme Court and ownership of oil' (2003) 27 *Natural Resources Forum* 291

Egede, E 'Who owns the Nigerian offshore seabed: Federal or states? An examination of the *Attorney-General of the Federation v Attorney-General of Abia State & 35 Others* case' (2005) 49 *Journal of African Law* 73

Fauchon, P « Le rôle des secondes chambres parlementaires dans les États unitaires » dans Bockel, A ;Rousseau, D; Rousillon, H (éd) (2005) (Sous la direction de) *Le Parlement, aujourd'hui* Galatasaray Universitesi Yayinlari, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse

Favoreu, L; Gaia, P; Ghevontian, R; Mestre, JL; Pfersmann Otton Roux, A & Scoffoni, G (2005) *Droit constitutionnel* Paris: Dalloz, Précis, Coll Droit Public, Science Politique, 8th edition 347

Favoreu, L; Gaia, P; Ghevontian, R; Mestre, JL; Pfersmann Otton Roux, A & Scoffoni, G (2005) *Droit constitutionnel* Paris: Dalloz, Précis, Coll Droit Public, Science Politique, 8th edition 347

Fombad, CM 'Challenges to constitutionalism and constitutional rights in Africa and the enabling role of political parties: Lessons and perspectives from Southern Africa' (2007) 55 *American Journal of Comparative Law* 1-46

Fombad, CM 'Democratisation efforts explored' (2006) 32 *Current African Issues* 9-39

Fombad, CM 'The African Union, democracy and good governance' in H Melber (ed) *AU, NEPAD and the APRM* (2006) 32 *Current African Issues* 9-39

Fraisseix, P « La Constitution du 4 octobre 1958 et ses révisions » (2002) *Revue du Droit public* 19 & s

Gaxie, D « Titre XIV-De la révision » dans F Luchaire et G Conac (1979) (Analyses et commentaires sous la direction) *La Constitution de la république française* Paris, Economica

- Gelard, P « A quoi peut donc servir une seconde chambre en démocratie ? » dans *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges* (2001) *en l'honneur de Gérard Conac* Paris: Economica
- Gicquel, J & Gicquel, J Eric (2007) (21ème ed) *Droit constitutionnel et institutions politiques* Paris, Montchrestien
- Gicquel, J (1997) *Droit Constitutionnel et institutions politiques* Paris: Montchrestien
- Gicquel, J (1997) *Droit Constitutionnel et institutions politiques* Paris: Montchrestien
- Gicquel, J « Le présidentielisme négro-africain: l'exemple du Cameroun » dans *Mélanges offerts à G Burdeau. Le pouvoir* (1997) 701 & s
- Gonidec, PF (1978)(2ème ed) *Les systèmes politiques africains* Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
- Gonidec, PF (1997) *Les systèmes politiques africains. Les nouvelles démocraties*, Third ed., 1997 and edited *Encyclopédie juridique de l'Afrique* 1982
- Gonidec, PF (1997) *Les systèmes politiques africains. Les nouvelles démocraties*, Third ed., 1997 and edited *Encyclopédie juridique de l'Afrique* 1982
- Grawitz, M & Leca, J (eds) (1985) *Traité de Science Politique. Les régimes politiques contemporains* Paris: PUF1-25
- Grawitz, M & Leca, J (eds) (1985) *Traité de Science Politique. Les régimes politiques contemporains* Paris: PUF1-25
- Grewe, C & Fabri, H R (1995) *Droits constitutionnels européens* Paris: Presses Universitaires de France
- Henkin, L 'Is there a political question doctrine' (1976) 85 *Yale Law Journal* 597
- Ibrahim, J 'Legislation and the electoral process: The third term agenda and the future of Nigerian democracy' http://www.cdd.org.uk/pdf/NigeriaCrossroads_jun06meeting.pdf (accessed 17 May 2008)
- Ihonybere, J & Turner 'Africa's second revolution in the 1990s' (1993) *Security Dialogue* 349-352

- Ikhariale, M 'Impeachment proceedings and the political question doctrine: The Nigerian experience' (1990) | *LASU Law Journal* 45
- Inegbedion, NA & Omoregie, E 'Federalism in Nigeria - A reappraisal' (2006) 4 *Journal of Commonwealth Law and Legal Education* 69
- Jennings, Sir Ivor; *The Law and the Constitution*, London: Oxford University Press, 1967
- Jobart « Le droit international constitutionnel » dans Roussillon, H; Bioy, X & Mouton, S (2006) *Les nouveaux objets du droit constitutionnel* Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse
- Jones, AHM *Athenian democracy* (1986) 105
- Kanté, B 'Le constitutionnalisme à l'épreuve de la transition démocratique en Afrique' in Zoelhart, CM *et al* (1996) *Constitutionalism, A quest for autonomous principles* Rotterdam: Sanders Institute, Gonda Quint-Dvevnter 17
- Kante, B and Pietermaat-Kros, M E (eds) (1998) *Toward the Renaissance of Constitutionalism in Africa* édité by Toward the Renaissance of Constitutionalism in Africa Gorée: Gorée Institute
- Koby, AB « La révision constitutionnelle du 2 juillet 1998 et le présidentialisme ivoirien » (1999) *Revue Tunisienne de Droit* 271 & s.
- Kumugor, K 'Mo Ibrahim's prize for African achievers' <http://www.timesnews.co.ke/22april07/insight/ins5.html> (accessed 21 December 2007)
- Lamghari, A « Droit constitutionnel et situations de crise » (2000) 18 *Publications de la Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement* 81 & s
- Lauvaux, P (1990) *Les grandes démocraties contemporaines* Paris, Presses Universitaires de France
- Lavroff, DG (1997) (2ème ed) *Le droit constitutionnel de la V^e République* Paris: Dalloz
- Lavroff, DG « La Constitution et le Temps » (1999) dans Mélanges P Ardat. *Droit et politique à la croisée des cultures* Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

- Lavroff, DG (1990) *Le Droit constitutionnel de la Vè République* Paris: Dalloz; Précis Droit Public - Science Politique, 1990
- Le Roy, E 'Les fondements anthropologiques des droits de l'homme. Crise de l'universalisme et post modernité' (1992) 17 *Revue de la recherche juridique droit prospectif* 44
- Lemarchand, R 'African transitions to democracy: An interim (and mostly pessimistic) assessment' (1992) 22 *African Insight* 178 1/ 2006 <http://www.nai.uu.se/newsfromnai/southalleng.html> (accessed 21 December 2007)
- Liet-Veaux, G « La fraude à la Constitution: essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes: Italie, Allemagne, France » (1943) *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger* 116 & t s.
- Linz, JJ 'Democracy's time constraint' (1998) 19 *International Political Science Review* 25
- MacFarlane, BA 'Sunlight and disinfectants: Prosecutorial accountability and independence through public transparency' <http://www.canadiancriminallaw.com/articles>.
- Mahiou, A (1969) *L'avènement du parti unique en Afrique noire: l'expérience des Etats d'expression française* Paris: LGDJ 12
- Mampuya Kanuk's-Tshiabo, A (2005) *Espoir et deception de la quête constitutionnelle congolaise, clés pour comprendre le processus constitutionnel du Congo* Kinshasha: Nancy - Kinshasha AMA Ed-BNC
- Manin, B (1996) *Principes du gouvernement representative* Paris: Flammarion 23
- Massias, JP (1999) *Droit constitutionnel des Etats d'Europe de l'Est* Paris : PUF, Collection Droit fondamental - Droit politique et théorique
- Maus, D « L'influence du droit international contemporain sur le pouvoir constituant » dans *Le nouveau constitutionnalisme* (2001) *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac* Paris: Editions Economica
- Mazrui, A 'Term limits for heads of state' in Southall, R 'Presidential transitions and political accountability' in *News from the Nordic African Institute* <http://www.iss.co.za/pubs/Other/ahsi/HammerstadMono/Chap7.pdf> (accessed 17 May 2008)
- Mbata, BM 'Perspective du constitutionalism et de la Démocratie en République Démocratique du Congo sous l'empire de la

constitution du 18 février 2006' in B-B Sayeman (2006) *Pour 'épanouissement de la pensée juridique congolaise* Liber amicorum Marcel Antoine Lihau Brussels: University Press of Kinshasha, Bruylant

Mbaya, J (2005) *L'économie politique de la prédation au Congo-Kinshasha. Des origines à nos jours - 1885-2003* Kinshasha-Montréal, Washington: ICREDES

Meledje, DF « La révision des Constitutions dans les États africains francophones. Esquisse de bilan » *Revue du droit public et de la Science Politique en France et l'Etranger* (1992) 111 & s

Meledje, DF « Commentaire de l'Arrêt No. 1 de la Chambre constitutionnelle de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire » (9 décembre 1993) « Vacance de la Présidence de la République de Côte d'Ivoire » (2004) 36 *Revue Ivoirienne de Droit* 79

Meledje, DF « Costa d'Avorio: l'evoluzione politica e costituzionale del 1999 » (2000) III *Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo* 980 & s.

Meledje, DF « De la prorogation du mandat des pouvoirs publics constitutionnels après octobre 2005, en Côte d'Ivoire: Deux décisions prévisibles du juge constitutionnel » (2007) 38 *Revue ivoirienne de Droit* 161& s

Meledje, DF « Le contreseing ministériel et la limitation du pouvoir dans les systèmes constitutionnels africains » dans (2006) *Cahiers Administratifs et Politistes du Ponant*; Publication de l'Institut Français des Sciences Administratives - Section Ouest)

Meledje, DF « Le Gouvernement dans la Constitution de Côte d'Ivoire » au Colloque commémoratif du 15^e Anniversaire de la Constitution de la 3^eme République du Mali. Grand Hôtel de Bamako - 21, 22, 23, 24 Février 2007

Meledje, DF « Le système politique ivoirien dans la géopolitique ouest africaine » (2006) *Revue du Droit Public de la Science Politique en France et à l'Etranger*

Meledje, DF « La révision constitutionnelle du 2 juillet 1998 en Côte d'Ivoire: Un réveil du présidentielisme autoritaire ? » *Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo* (1999)

Meledje, DF « Limitation du pouvoir et contreseing ministériel » (2004) *Débats - Courrier d'Afrique de l'Ouest* Revue mensuelle

d'actualité sociale et politique éditée par le Centre de Recherche et d'Action pour la Paix (CERAP/ INADES) 12

Meledje, DF « Note sur l'Accord conclu le 16 décembre 1998 entre le Gouvernement et le Front Populaire Ivoirien », publiée sous forme de chronique dans *Diritto Pubblico Comparato Ed Europeo* (1999) 526 & s

Moderne, F (2006) « Réviser » *la Constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé* Paris: Dalloz

Montesquieu *L'esprit des lois*. Livre VIII, Chapitre 14

Mubako, S 'Zambia's Single Party Constitution: A search for Unity and Development' (1973) *Zambia Law Journal*, 67

Mwaanga, VJ *The Other Society: A Detainee's Dairy*, Lusaka: Fleetfoot Publishers, 1987

Mwanakatwe, JM *The End of the Kaunda Era*, Lusaka: Multimedia Publications, 1994

Nduaguibe, M 'Impeachment and the ouster of judicial review' (1986) 1 *Calabar Law Review* 5

Ndulo, M 'Constitution-Making in Africa: Assessing both the Process and the Content'. 2001 *Public Administration and Development*. pp101-107

Newman, D (1982) *Criminal procedure and evidence in Malawi* (Law Practice Series No 3) Zomba

Ngwira, TJ 'Constitution and democratic accountability in Malawi and South Africa: Ten years after change' (2003) (unpublished)

Ntuane, B 'Democratic forces must safeguard presidential term limits' <http://www.mmegi.bw/2006/May/Monday22/236196386145.html> (accessed 17 May 2008)

Nwabueze, BO, *Presidentialism in Common-Wealth Africa*. New York, St Martin Press, 1974

Nwabueze, BO (1982) *The Presidential constitution of Nigeria* C Hurst & Co (Publishers) Ltd

Office of the High Commissioner for Human Rights & International Bar Association *Human rights in the administration of justice: A manual on human rights for judges, prosecutors and lawyers* New York: United Nations

- Okpaluba, C 'Justiciability, constitutional adjudication and the "political question" doctrine in the Commonwealth: Australia, Canada, Nigeria and the United Kingdom' (2003) 18 *South African Public Law* 149
- Oloka-Onyango, J 'Open letter to President Museveni' 1 August 2006 <http://www.openlettertom7.blogspot.com/> (accessed 17 May 2008)
- Pactet, P (2003) (22ème ed) *Institutions politiques. Droit constitutionnel* Paris: Armand Colin
- Perrot, S 'Y a-t-il une vie après le pouvoir?' (1996) <http://www.cean.sciencespobordeaux.fr/page%20perso/td51-52.htm> (accessed 17 May 2008)
- Piergigli, V e Ima Taddia (a cura di) (2000) *International Conference on African Constitutions*, Bologna, November 26th-27th, 1998, Torino: G. Giappichelli Editore
- Poirmeur, Y « Changement social et changement politique en U.R.S.S » dans C-HUY Thuan (Etudes réunies par) (1990) *Regards sur le changement en Union Soviétique* Paris: Presses Universitaires de France.
- Posner, DN & Young, DJ 'The institutionalisation of political power in Africa' (2007) 18 *Journal of Democracy* 128-9
- Prempeh, HK '*Presidential power in comparative perspective: The puzzling persistence of imperial presidency in post-authoritarian Africa*' http://www.works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=kwasi_prempeh (accessed 21 December 2007)
- Quermonne, JL (1986) *Les régimes politiques occidentaux* Paris: Seuil 11
- Ramphel M 'Africa: Continent will reap reward of leadership' <http://allafrica.com/stories/200704050143.html> (accessed 21 December 2007)
- Rautenbach, LM & Malherbe EFJ; *Constitutional Law*. 4th ed. Durban: Butterworths, 2004
- Rose, R « Présidents et Premiers ministres: éléments de comparaison » (1987) 41 *Pouvoirs* 5 & s
- Rouquie, A « Changement politique et transformation des régimes » dans Grawitz, M et Leca, J (éd) (1985) (vol 2) *Traité de science*

politique. Les régimes politiques contemporains Paris, Presses Universitaires de France

- Roussillon, H (1995) (sous la direction de) *Les nouvelles Constitutions africaine: La transition démocratique* Toulouse: Presses de l'Institut d'études politiques de Toulouse
- Roussillon, H (ed) (1995) *Les nouvelles constitutions Africains: La transition démocratique* Toulouse: Presses de l'Institut d'études
- Sardanis, A *Africa another Side of the Coin* London: IB Tauris, 2003
- Schedler, A 'The menu of manipulation' (2002) 13 *Journal of Democracy* 47
- Smith, S 'Former presidents: Federal pension and retirement benefit' <http://www.senate.gov/reference/resources/pdf/98-249.pdf> (accessed 15 December 2007)
- Susu, BA 'Impeachment provisions in the 1979 Constitution and indirect judicial review' 1984 *Nigerian Current Law Review* 98
- Tehe, M F « Réformes institutionnelles en Côte d'Ivoire » dans R Niamkey-koffi (Sous la direction de) (1999) *Réformes institutionnelles en Côte d'Ivoire. La question de l'éligibilité* Abidjan, Presses des Universités de Côte d'Ivoire
- Togba, Z « L'article 11 de la Constitution de 1960 dans le système politique ivoirien » (1983) *Penant*
- Togba, Z « L'intérim de la présidence de la République en Côte d'Ivoire (Analyse juridique et impact politique) (1988) *Penant*
- Turpin, D (2007) (2ème ed) *Droit constitutionnel* Paris: Presses Universitaires de France
- Tushnet, M 'Law and prudence in the law of justiciability: The transformation and disappearance of the political question doctrine' (2002) 80 *North Carolina Law Review* 1203
- Van de Walle, N 'Africa's range of regimes' (2002) 13 *Journal of Democracy* 70-71
- Virally, M (1960) *La pensée juridique* Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
- Wade, ECS & Bradley, AW (1985) *Constitutional and administrative law* England: Longman

- Warioba, J (2006) 'Political succession in East Africa' in Peter, CM & Kopsieker, F (eds) *Political succession in East Africa. In search for a limited leadership*
- Weber, Y « La crise du bicaméralisme » (1972) *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger* 573 & s
- Williams, V 'Namibia: Situation report' <http://www.unhcr.org/publ/RSDCOI/3ae6a6cb8.pdf> (accessed 21 December 2007)
- Wodie FV (1996) *Institutions politiques et droit constitutionnel en Côte d'Ivoire* Abidjan: Presses universitaires de Côte d'Ivoire
- Zarka, J-C (2006) *L'essentiel de l'histoire constitutionnelle et politique de la France (de 1789 à nos jours)* Paris: Les Carrés
- Zoller, E (2ème ed) *Droit constitutionnel* Paris: Presses Universitaires de France

REPORTS AND OTHER DOCUMENTS

'Benin president to retire' *Afrol News* <http://www.afrol.com/articles/16820> (accessed 17 May 2008)

'Chadian Constitutional Referendum' http://en.wikipedia.org/wiki/chadian_constitutional_referendum%2c_2005 (accessed 21 December 2007)

'End of term' <http://www.adamsmith.org/80ideas/idea/61/htm> (accessed 18 May 2008)

'Nigeria's elections: Big men, big fraud and big trouble' *Economist* 27 April 2007 http://www.economist.com/world/displaystory.cfm?story_id=9070922 (accessed 21 December 2007)

'Our common interest.' Report of the Commission for Africa http://www.commissionforafrica.org/english/report/reactions/16-03-05_rr_john_patrick_mbabazi.pdf (accessed 17 May 2008)

'Parliament approves third term for Chad's President' <http://www.afrol.com/articles/12772> (accessed 21 December 2007)

'Sam Nujoma' <http://en.wikipedia.org/wiki/SamNujoma> (accessed 21 December 2007)

'With focus on African rulers: More African rulers vacate their office alive' *NAI Newsletter* 3 February 2006 <http://www.nai.uu.se/press/newsletterpdf/0602.pdf> (accessed 21 December 2007)

Report of the National Commission on the Establishment of a One-Party Participatory Democracy in Zambia (The Chona Commission) Lusaka: Government Printer, 1972

Report of the Mvunga Constitutional Review Commission, (The Mvunga Commission), Lusaka: Government Printers, 1991

Report of the Mwanakatwe Constitutional Review Commission (the Mwanakatwe Commission), Lusaka: Government Printer, 1995

Report of the Mungomba Constitutional Review Commission (the Mungomba Commission), Lusaka, Commission Secretariat and Government, Printer 2005

Constitution of Cameroon http://en.wikipedia.org/wiki/Constitution_of_Cameroon (accessed 17 December 2008)

TABLE OF CASES

Malawi

Dr Cassim Chilumpha v Yusufu Matumula & Rashid Nembo, Misc Criminal Application 228 of 2006 (unreported)

Republic v Muwalo and Focus Gwede Criminal Case 1 of 1997, STRC, (unreported) tried for treason

Republic v Orton Chirwa & Vera Chirwa, Criminal Case 5 of 1983, SRTC (unreported)

Secucom International Holdings Ltd v ACB, Civil Cause 225 of 2000 (High Court) (unreported)

Nigeria

Abaribe v The Speaker Abia State House of Assembly [2000] FWLR (Pt 9) 1558

Abubakar Rimi v Aminu Kano[1982] 3 NCLR 478

Action Congress v INEC [2007] 12 NWLR (Pt 1048) 222

Adegoroye v Alliance for Democracy [2003] FWLR (Pt 176)

Adejumo v Johnson 1974 5 SC 101

Adeleke v Oyo State House of Assembly [2007] ALL FWLR (Pt 345) 211

Adesanya v President of the Republic of Nigeria (1981) 2 NCLR 358

Ajadi v Ajibola (2004) 16 NWLR (Pt 898) 16

Alamiyeseigha v Teiwa [2001] 33 WRN 144 (CA)

Alegbe v Oloyo[1983] NSCC 315

Asogwa v Chukwu[2004] FWLR (Pt 189) 1204

Attorney-General Abia State v Attorney-General Of the Federation (1982) 12 SC 147

Attorney-General Bendel State v Attorney-General of the Federation (1982) 3 NCLR 1

- Attorney-General Eastern Nigeria v Attorney-General of the Federation* 1964 All NLR 218
- Attorney-General of the Federation v Abubakar Atiku* [2007] All FWLR (Pt 375) 405
- Attorney-General of the Federation v Attorney-General of Abia State* [2001] FWLR (Pt 64) 202
- Attorney-General of the Federation v Attorney-General of Imo State* (1982) 12 SC 147
- Attorney-General Ondo State v Attorney-General of the Federation* (1983) 2 SCNLR 269
- Balarabe Musa v Auta Hamzat* (1982) 3 NCLR 229
- Balarabe Musa v Kaduna State House of Assembly* [1984] 5 NCLR 241
- Balarabe Musa v Peoples Redemption Party* [1981] 2 NCLR 763
- Barclays Bank of Nigeria Ltd v Central Bank of Nigeria* (1976) 6 SC 175
- Dalhatu v Turaki* (2003) FWLR (Pt 174) 247
- Dapialong v Dariye* [2007] 8 NWLR (Pt 1036) 332
- Davies v Mendes* [2007] All FWLR (Pt 348) 883
- Ekpenkhio v Egbadon* [1993] 7 NWLR (Pt 308) 717
- Ekpo v Calabar Local Government* (1993) 3 NWLR (Pt 281) 324
- Enwenzor v Onyejekwe Obi of Onistsha* 1964 1 All NLR 14
- Esiaga v University of Calabar* (2004) All FWLR (Pt 206) 381
- Garba v Federal Civil Service Commission* (1998) 1 NWLR (Pt 71)
- Ibrahim v Gaye* 2003 FWLR (Pt 171) 1559
- IMB v Tinubu* [2001] 45 WRN 1 (SC) 449
- Inakoju v Adeleke* [2007] All FWLR (Pt 353) 3
- Jimoh v Olawole* (2003) 10 NWLR (Pt 828) 307
- Magit v University of Agriculture Makurdi* [2006] All FWLR (Pt 298) 1313

Ndaeyo Uttah v House of Assembly [1985] 6 NCLR 761

NNPC v Fawehinmi (1998) 7 NWLR 598 (1998) 7 NWLR (Pt 559) 598

Nwosu v Imo State Environmental Sanitation Authority (1990) 2 NWLR (Pt 135) 668

Okon v Bob (2004) 1 NWLR (Pt 854) 388

Okoroafor v Miscellaneous Offences Tribunal (1995) 4 NWLR (Pt 387) 59

Okwu v Wayas [1981] 2 NCLR 522

Onuoha v Okafor [1983] NSCC 494

Owodunni v Registered Trustees of the Celestial Church [2000] FWLR (Pt 9) 455

Shodeinde & Others v Registered Trustees of the Ahmadiyya Movement-In-Islam (1983) 2 SCNLR 284

State v Ilori (1983) 1 SCNLR 94

Thomas v Olufosoye (1986) 1 NWLR 669

Turaki v Dalhatu [2003] 38 WRN 54 (CA)

Ugwu v Ararume [2007] 12 NWLR (Pt 1048) 367

Ume Ezeoke v Makarfi (1982) 3 NCLR 663

Wilson v Attorney-General of Bendel State (1985) 1 NWLR (Pt 4) 572

US

Baker v Carr 369 US 186 (1962)

Bush v Gore 531 US 98 (2000)

Marbury v Madison 5 US (1 Cranch) 137 (1803)

UK

Anisminic v Foreign Compensation Commission (1969) AC 147

Côte d'Ivoire

Conseil constitutionnel, Décision No L 003/98 du 22 mai 1998 relative à l'avis du Conseil constitutionnel sur l'application des décisions de l'article 72 alinéa premier de la Constitution

Cour Suprême: Arrêt E 01-2000 relatif aux déclarations de candidature à l'élection du président de la République, 6 octobre 2000. *Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire*, No 40 du jeudi 12 octobre 2000

TABLE OF STATUTES

Australia

Director of Public Prosecutions Act, 1983 (Commonwealth) (Australia), Act 113 of 1983 as amended

Côte d'Ivoire

Acte constitutionnel du 24 juin 1793. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, article 28

Décret No 2000-383 du 24 mai 2000 portant publication des projets de Constitution et de Code électoral. *Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire* No 5 (Numéro Spécial) du vendredi 26 mai 2000

Décret No 2000-497 du 17 juillet 2000 portant modification du projet de Constitution. *Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire* No. 28 du jeudi 20 juillet 2000

Décret No. 2000-472 du 12 juillet 2000 portant organisation de la propagande électorale pour le référendum constitutionnel et électoral. *Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire* No. 27 du jeudi 13 juillet 2000

L'Accord de Linas Marcoussis du 24 janvier 2003

L'Accord signé le 30 juillet 2004 à Accra (Accord d'Accra III)

L'Accord de Lomé du 1er novembre 2002

L'Accord de Ouagadougou du 4 mars 2007

L'Accord de Pretoria du 6 avril 2005

La loi du 05 juin 2001 déterminant l'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel

Le quotidien gouvernemental *Fraternité Matin* 1er février 2000

L'ordonnance du 09 juin 2000 portant création d'une chambre constitutionnelle au sein de la Cour Suprême

Proclamation du Comité national de salut public (C.N.S.P.) *Journal Officiel de la République de Côte d'Ivoire*, No. 1 (Numéro spécial).
Jeudi 13 janvier 2000

DRC

Constitution de la Transition de la République Démocratique du Congo, Official Gazette, 44th year, Special Issue, 5 April 2003

Constitution de la République Démocratique du Congo, Official Gazette, 47th year, Special Issue, Kinshasha, 18 February 2006

Constitution de la Transition de la République Démocratique du Congo, Official Gazette, 44th year, Special Issue, 5 April 2003

Constitution de la République Démocratique du Congo, Official Gazette, 47th year, Special Issue, Kinshasha, 18 February 2006

French

La Constitution française du 3 septembre 1791. Titre VII: De la révision constitutionnelle

Malawi

British Central Africa Order in Council, 1902

Nyasaland Order in Council, 1907

Constitution of Malawi, 1964, Schedule 2 to the Malawi Independence Order, 1964

The Constitution of the Republic of Malawi, 1966, Second Schedule to the Republic of Malawi (Constitution) Act, 1966

The Constitution of the Republic of Malawi, 1994

Chad

La Constitution tchadienne de 1996

UK

Prosecution of Offences Act, 1985, United Kingdom

TABLE OF INTERNATIONAL INSTRUMENTS

The United Nations Guidelines on the Role of Prosecutors

Standards of Professional Responsibility and Statement of the
Essential Duties and Rights of Prosecutors 1999

La Résolution 1633 du Conseil de sécurité des Nations Unies adoptée
le 21 octobre 2005

La Résolution 1721 du Conseil de sécurité des Nations Unies adoptée
le 1er novembre 2006