

## Clôture de la Conférence

### Rapport général de synthèse

#### M. Jean du Bois de Gaudusson

*Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux-IV  
Président honoraire de l'Agence Universitaire de la Francophonie (AUF)*

C'est avec une réelle émotion que nous nous retrouvons au Niger, deux ans après y avoir séjourné comme membre d'une délégation dépêchée par le Secrétaire général de la Francophonie, en un moment particulièrement difficile pour la Cour constitutionnelle et sa Présidente, qui ne l'était plus... Le droit et la démocratie ont depuis triomphé, il faut s'en féliciter ; mais cette épreuve a montré combien est d'actualité le thème retenu de la 6<sup>e</sup> Conférence des chefs d'institutions de l'ACCPUF : « Le statut du juge constitutionnel ».

L'exercice auquel nous avons l'honneur de nous livrer devant et avec vous est plus que jamais délicat tant les réponses au questionnaire qui vous a été adressé ont été nombreuses et argumentées, tant les communications développées par plusieurs d'entre vous durant ces deux jours ont été riches et les débats intenses et animés. Il a fallu choisir et vous risquez de ne pas retrouver trace, ou si peu, de toutes vos interventions .... C'est la loi du genre, plus dure que jamais – *dura lex, sed lex* – aujourd'hui parce qu'il a été retenu une **interprétation extensive du sujet** : les réponses et les débats ont porté non seulement sur le juge, personne physique, mais aussi sur la juridiction constitutionnelle et ses compétences ; on ne pouvait éviter un tel élargissement en raison des liens existants, en quelque sorte naturellement, entre le juge et la juridiction ; l'appréciation du statut du juge constitutionnel est étroitement liée au statut de l'institution à laquelle il appartient, à sa nature et aux compétences qui lui sont dévolues, à son rôle situé à la croisée du droit et du politique, peut-être même de la religion. Le questionnaire a d'ailleurs incité vos Cours et Conseils à répondre dans ce sens ; ce ne sont pas moins de cinq rubriques qui leur ont été soumises : entrée en fonction et déroulement de carrière, obligations du juge, droits du juge, les garanties de l'indépendance du juge, le juge constitutionnel et l'opinion publique, le juge constitutionnel dans les instances internationales (*cf.* le texte du questionnaire et les réponses apportées par les Cours et Conseils, ainsi que les communications présentées durant la Conférence).

La tâche de votre rapporteur est rendue plus ardue encore par la **diversité des solutions et des règles en usage dans l'espace francophone**. Cette diversité ne peut étonner en raison des différences de parcours historique des États et de la variété des écoles juridiques entre lesquelles les pays se partagent. Dans ce domaine, comme dans d'autres, l'unité, si tant est qu'elle soit à elle seule un but légitime, est hors d'atteinte. Comme l'ont démontré les échanges, il n'existe pas un juge constitutionnel francophone ni même un « juge constitutionnel africain » ; on peut certes considérer dans ce dernier cas qu'en Afrique le juge constitutionnel se trouve placé face à une série de défis communs,

d'ordre socio-économique ou politique comme c'est le cas pour les pays entrés en transition démocratique c'est-à-dire confrontés à la toute puissance d'un pouvoir exécutif et de son chef qu'il s'agit de soumettre à l'État de droit démocratique et pluraliste. De tels défis n'appellent pas pour être relevés des solutions juridiques, juridictionnelles, institutionnelles identiques ; la reconnaissance de cette pluralité des voies et des moyens est acceptée en francophonie ; elle est même encouragée, comme en témoigne de manière éclatante la « Déclaration de Bamako » : ce texte fondateur, adopté le 3 novembre 2000, rappelle sans ambiguïté que l'adhésion aux mêmes valeurs et aux mêmes principes universels n'implique pas l'adoption des mêmes règles et institutions : « pour la Francophonie, il n'y a pas de mode d'organisation unique de la démocratie et (...) dans le respect des principes universels, les formes d'expression de la démocratie doivent s'inscrire dans les réalités et spécificités historiques, culturelles et sociales de chaque peuple » (article 3-2).

C'est à ce niveau et dans ce cadre, et selon une opinion partagée par la plupart d'entre nous, dans ce cadre seulement, que prend tout son sens **la référence à la contextualisation** qui a alimenté à plusieurs reprises les échanges de la Conférence, et pas seulement à propos de l'Afrique ou du juge constitutionnel. L'appréhension de l'adaptation au contexte est toujours particulièrement sensible, s'inscrivant sur un arrière-plan fait de relations complexes entre universalisme et relativisme, et l'on a observé que la signification de la contextualisation revêt de nombreuses significations ; en tout état de cause, même si cette opinion est refusée par certains estimant que la contextualisation concerne le législateur et non le juge, le juge constitutionnel est directement concerné, qu'on le veuille ou non, lorsqu'il se livre à *l'interprétation des textes*. Bien des règles et des procédures s'expliquent par l'histoire, un rapport entre des forces politiques, la recherche de compromis, l'influence des hommes à un moment donné, une idéologie dominante diffusée ou non au plan national, autant d'éléments expliquant qu'il n'existe ni un juge francophone ni un juge africain, mais des juges francophones, des juges africains...

Mais il convient de souligner immédiatement que des principes communs s'imposent et que l'appartenance à la Francophonie, considérée comme une communauté de valeurs, implique que l'on dépasse le simple constat des différences. Pour le propos d'aujourd'hui, cela signifie que soit utilisée une grille d'analyse et d'évaluation commune ; celle-ci a d'ailleurs été rappelée lors de l'ouverture de la Conférence par M<sup>me</sup> le Président du Conseil constitutionnel du Niger : il s'agit de tendre vers l'image d'un juge « *équidistant de toutes les contingences partisanses* », jouant le rôle de « sentinelle en fonction aux portes du temple de la démocratie et en état de veille ».

Ce sont très exactement les termes de référence de notre Conférence : la réflexion sur le statut du juge ne prend son intérêt et ne trouve toute sa pertinence, toute sa force que mise en perspective avec cette fonction essentielle du juge. C'est en cela que le juge constitutionnel n'est pas tout à fait un juge comme les autres, même s'il est un juge, qu'il tend à le devenir un peu partout dans le monde ; mais, comme cela a été plusieurs fois rappelé, il reste un juge spécial, à la fois protégé et régi par un régime exorbitant justifié par son rôle. Spécial, il l'est aussi par les incompréhensions dont on ne peut pas ne pas tenir compte, de la part des gouvernants – ce qui ne saurait étonner – mais aussi des citoyens. Le juge constitutionnel est l'objet de contestations émanant tant des gouvernants que des gouvernés, les uns et les autres suspectant son impartialité et insinuant sa dépendance. La raison n'en est pas nécessairement un défaut du dispositif institutionnel du comportement des juges, mais bien plutôt l'extrême sensibilité politique des litiges dont les cours sont saisies et la nature du contentieux que celles-ci doivent traiter.

Les textes n'en contribuent pas moins à assurer l'indépendance et l'impartialité des juges, mais l'observation de la réalité quotidienne montre combien il faut aussi nuancer l'influence attribuée aux règles et ne pas sous-estimer la part des hommes. À **la réserve près, essentielle dans votre réflexion, que la définition d'un statut adéquat** – qui rappelons-le s'accommode de la diversité des mécanismes et des règles – **est fondamentale pour l'aide qu'il apporte aux hommes, aux juges pour remplir leurs fonctions et pour respecter** « leur devoir de conscience ». Les débats ont montré l'utilité de puiser dans les ressources du droit comparé, sans pour autant rechercher et construire des

modèles ; sans non plus en venir à assurer que toutes les solutions se valent. Il y a des expériences dont il est possible de tirer des enseignements, des dispositifs juridiques et institutionnels, des jurisprudences qui apparaissent tantôt comme des facteurs favorisant le jeu démocratique et le règne du droit, tantôt comme sinon « conflictogènes » c'est-à-dire provoquant des tensions et des blocages : plusieurs exemples en ont été donnés avec l'utilisation de mots ambigus, devenant polysémiques et donc source de conflits (ce fut le cas, on y reviendra, lorsqu'il s'est agi de déterminer la portée de *l'obligation de réserve* s'imposant aux juges constitutionnels) ; ou encore avec ces silences de la loi et de la Constitution, à l'origine d'interprétations divergentes et de difficultés politiques ; on s'est ainsi interrogé sur la durée des mandats des présidents des cours constitutionnelles lorsque aucune précision n'est apportée par le texte ou sur la distinction entre incompatibilité – dont le champ d'application est de plus en plus étendu – et inéligibilité.

Dans l'impossibilité de reprendre tous les aspects du statut du juge constitutionnel, on ne fera état ici que des points qui ont donné lieu aux échanges les plus fournis et qui sont apparus comme de réels sujets de vos préoccupations tels qu'ils se sont aussi exprimés dans les réponses au questionnaire.

## I. Les modes de désignation des juges

La composition des cours et conseils constitutionnels est souvent présentée en termes manichéens, avec une critique appuyée des modes de désignation faisant intervenir des autorités politiques en lesquelles on voit un facteur de politisation de l'office des juges.

La réalité est évidemment plus complexe et toute appréciation nécessite la prise en compte d'autres paramètres : la diversification des autorités politiques, la procédure de désignation, celle-ci étant de plus en plus réglementée et faisant intervenir plusieurs autorités, et l'intervention d'autres autorités de nomination que politiques. Dans la quasi-totalité des cas, il y a pluralité d'autorités politiques (résident de la République, des assemblées parlementaires...), et la procédure de désignation par une autorité fait intervenir une autre autorité (un bon exemple récent en est donné par la France avec la réforme de 2008). En outre, le pouvoir discrétionnaire des autorités politiques tend à être limité par le respect de conditions de plus en plus nombreuses que doivent remplir les candidats. Outre des conditions relatives à l'âge, minimum ou/et maximum (de 35 à 74 ans), au sexe (République centrafricaine), on observe une nette tendance à exiger que les juges aient une qualification professionnelle (juridique et judiciaire, universitaire, administrative, parfois politique, mais aussi une compétence juridique, de niveau variable, parfois le plus élevé, le cas échéant sanctionné par un diplôme universitaire).

Le choix de professionnels et praticiens du droit est généralement justifié par l'idée que l'interprétation de la Constitution est par nature une opération juridique qui nécessite une compétence technique, une expertise de haut niveau. Il semble qu'il y ait une opinion forte dans ce sens, mais elle n'est pas partagée unanimement. Que l'on se souvienne des écrits des professeurs Marcel Prélot et Jean Boulouis selon lesquels : « l'interprétation constitutionnelle est le produit d'une démarche complexe qui ne relève pas toute exclusivement de la technique juridique ». Il convient aussi de rappeler l'opinion d'un Vice-président de la Cour sud-africaine, pour qui il est important que soient choisis des juges parmi d'autres secteurs que la magistrature. Dans la réalité de la plupart des États, il est prévu la présence de professionnels du droit dans leur diversité : magistrats – rarement seuls sauf dans les États où le juge constitutionnel est intégré dans l'appareil judiciaire (Canada, Suisse) –, avocats, professeurs de droit (dans la quasi-totalité des cas, mais il y a quelques rares exceptions notoires...), mais aussi celle de personnalités ayant une expérience politique ou assurées d'une grande réputation professionnelle, ce qui n'interdit pas, dans les faits, une compétence juridique... On voit dans cette association un gage d'équilibre et de compréhension des enjeux politiques qui ne peuvent être occultés : il semble bien que la notion de Constitution ne saurait s'épuiser dans sa seule vertu normative.

En tout état de cause, quelles que soient les qualifications, il est illusoire de penser que toute considération politique puisse être écartée ; les juristes, quels qu'ils soient, ont aussi une âme politique, et tous les intervenants se sont accordés pour considérer que l'essentiel était que les juges respectent leur fameux *devoir d'ingratitude* rappelé par le Président de la République du Niger dans son discours d'ouverture de la Conférence, devoir dont il revient aux règles statutaires de nomination, d'inamovibilité, de protection pénale et disciplinaire, de rémunération que vous avez examinées et évaluées d'en favoriser l'exercice. Dans le même sens, il a été notamment observé une nette évolution dans le durcissement du régime des incompatibilités jusqu'à les confondre avec les inéligibilités en lequel on voit un facteur supplémentaire à la fois de l'indépendance des juges et de leur professionnalisation.

## II. Sur la présence des anciens chefs d'État

La question de la présence des anciens chefs d'État s'est invitée dans les débats de la Conférence ; à l'étonnement des Français qui connaissent depuis 1958 cette participation, aujourd'hui vivement critiquée en raison des inconvénients et difficultés qu'elle engendre et de son inadaptation au contexte politique actuel : introduite en 1958, cette participation s'est expliquée par une situation politique précise et le sort à réserver au Président Coty, un régime constitutionnel dont le président n'était pas élu au suffrage universel et un Conseil constitutionnel fort éloigné du modèle des cours. L'évolution du rôle exercé par le Conseil et plus récemment, la création de la question prioritaire de constitutionnalité rendent plus contestable que jamais une spécificité, ... qui n'est plus française. On la retrouve en effet dans la Constitution de la Côte d'Ivoire et il est prévu de l'adopter au Burkina Faso, à la condition que les intéressés « se désengagent de la politique active ».

Quelles que soient les raisons avancées pour inclure les anciens chefs d'État – notamment faciliter leur cessation de fonctions et une certaine protection – cette solution n'en soulève pas moins une série de questions délicates dont vous avez longuement débattu, et par exemple : à quel moment devient-on ancien chef d'État ? Tous les chefs d'État sont-ils concernés, y compris ceux issus des coups d'État ? Quel statut leur réserver au sein de la juridiction (quelle immunité ? Sont-ils soumis à l'obligation de prêter serment ?) ? Et, d'une manière générale, comment parvenir à concilier la présence d'hommes politiques au plus haut niveau avec l'exercice indépendant de fonctions juridictionnelles ? Autant de questions sans réponses convaincantes, qui laissent penser qu'il y a d'autres solutions pour régler convenablement le sort à réserver aux anciens chefs d'État...

## III. Sur l'opportunité de reconnaître aux juges constitutionnels la possibilité d'exprimer des opinions séparées (dissidentes, convergentes, divergentes)

Ce fut un des sujets de discussion où se sont manifestées des oppositions particulièrement tranchées, le clivage dépassant la distinction entre les pays de *common law* et les pays de *civil law*. Parmi les arguments en faveur de la publication des opinions séparées, on a relevé qu'il y avait là un facteur non seulement favorable au débat démocratique et à sa transparence mais aussi à l'indépendance du juge ; pour d'autres, cette reconnaissance entraînerait une politisation des juges, un durcissement du débat juridique et pour les cours et conseils un risque de perte de prestige, celles-ci se transformant d'autant plus facilement en forum politique que leur contentieux en période de transition est éminemment... politique.

Actuellement, seule une minorité des institutions de l'ACCPUF reconnaît l'expérience des opinions séparées : le Canada, la Roumanie, la Suisse, le Mozambique. La question n'en reste pas moins posée et il semble bien se dessiner un courant plutôt favorable à leur publication comme en témoignent les Cours constitutionnelles des pays de l'Europe centrale et orientale.

#### IV. Il y a enfin l'obligation de réserve

Familière à tous les juristes et aux fonctionnaires, cette notion a une finalité bien établie : on y voit une protection du secret des délibérations, une garantie de l'indépendance du juge constitutionnel, un facteur de crédibilité de la justice constitutionnelle et de la confiance que lui porte le citoyen. Et l'on connaît les interdictions particulières de consultation, d'expression des opinions, de publication qu'elle entraîne ; elles sont énoncées dans tous les pays mais avec une rigueur variable, certains textes autorisant des expressions de la pensée, notamment scientifique.

Notion ambiguë, l'obligation de réserve fait partie de ces « notions à contenu variable », aux limites incertaines et aux interprétations divergentes. Deux points de divergence entre les statuts des juges furent particulièrement discutés.

– Un premier concerne l'expression *des opinions politiques et la poursuite d'activités politiques*. Cette obligation est effectivement d'application délicate lorsqu'il s'agit de la combiner avec les droits politiques dont les juges bénéficient en tant que citoyens. On devine les difficultés qui peuvent survenir lorsqu'il s'agit d'apprécier si l'exercice d'une activité politique est inconciliable ou non avec l'indépendance, la dignité, de la juridiction et aux exigences de la fonction. Et la tendance observée va dans le sens d'une limitation de liberté d'expression politique, sous ses différentes formes. Cependant, il a été défendu le point de vue, notamment de la part du Liban, que contrairement à une opinion répandue et largement partagée dans l'espace francophone, l'obligation de réserve ne s'analyse pas nécessairement en une obligation de mutisme ; il s'agit bien plutôt d'un mode d'expression de la liberté, soumis à un certain nombre d'exigences éthiques.

– Une autre occasion de discussion a concerné le niveau d'application de l'obligation de réserve : pour certains elle ne concernerait que le magistrat, individuellement et au plan national, et elle n'aurait pas vocation à être transposée au niveau collectif, celui des associations internationales de juges constitutionnels. De portée générale, la question prend une importance particulière dans la Francophonie, espace régi par l'obligation de respecter les valeurs fondant la démocratie pluraliste et les droits de l'homme. Peut-on admettre que l'association puisse s'exprimer pour défendre la dignité et l'honorabilité ou même l'existence des juridictions membres ou encore pour se prononcer en cas de crise, de rupture de la démocratie dans un pays membre ? Une telle association peut-elle donc se considérer exemptée de l'obligation de réserve qui s'impose aux juges constitutionnels, pris individuellement ? Le débat n'est pas théorique et a revêtu une réelle acuité dans plusieurs États membres, il n'y a pas si longtemps. Pour beaucoup d'entre vous, la majorité, les associations ne seraient pas concernées par l'obligation de réserve ; la lecture des réponses au questionnaire est instructive : elle fait apparaître que les Cours et Conseils constitutionnels de la Francophonie se doivent, au contraire, d'être sinon un « militant » de la Déclaration de Bamako du moins de contribuer à la promotion de la démocratie, de la justice et de la liberté ou encore, plus concrètement, comme l'a rappelé la réponse roumaine, d'aider à la consolidation et à la restauration de l'indépendance d'une juridiction et d'élever et uniformiser les standards de protection. D'autres propositions sont plus prudentes se contentant de renvoyer aux statuts des associations et de n'admettre qu'une obligation de réserve... allégée.

Bien d'autres sujets ont été abordés ; par exemple, le *serment* des présidents et conseillers : il est généralement exigé et tous les participants l'acceptent, à la condition qu'il ne soit pas l'occasion d'afficher, même symboliquement, une dépendance à une quelconque autorité politique. Ce qui signifie que la prestation de serment ne puisse être faite au chef de l'État (ou parfois au Parlement) mais devant lui ou en la présence des autorités politiques mais en aucun cas à l'autorité politique. Pour certains participants, la passation de serment devrait même se faire en l'absence des autorités politiques.

Il est impossible de *conclure* et, compte tenu de la doctrine énoncée dans la Déclaration de Bamako, d'imaginer un quelconque modèle de statut des juges constitutionnels. Les débats et les échanges ont ouvert des perspectives tenant lieu de recommandations, chacun tirant les conséquences des opinions émises et des expériences des uns et des autres.

Tout au plus peut-on attirer l'attention sur la nécessité plusieurs fois exprimée d'aller au-delà du droit et des textes. Ce n'était pas tout à fait l'objet de la Conférence, mais si le statut des juges est constitué d'une série de textes les plus importants dans la hiérarchie des normes, et de solutions jurisprudentielles, il est aussi fait de pratiques qui prolongent les textes et leur donnent consistance ou qui en restreignent la portée ou vont à leur rencontre. Il y a, en outre, dans un autre sens, un statut... réel du juge ; il a été abordé, à l'occasion de l'étude des avantages matériels des juges ; et il vous a paru utile d'en pousser un jour l'analyse.

Il y a enfin l'ancrage politique du juge constitutionnel, on serait tenté de dire sociétal, sur lequel les participants sont souvent revenus tant il apparaît une condition d'une bonne et durable justice constitutionnelle. Il dépend dans une large mesure de la manière dont il remplit son office, de son indépendance mais aussi, comme cela a été notamment souligné par le Bénin, de sa relation avec une opinion publique dont il ne peut pas ne pas rester à l'écoute mais dont il doit savoir aussi se garder d'être trop sensible à ses manifestations, médiatiques notamment. Cette question fondamentale n'a pu être approfondie ; elle le sera l'an prochain lorsque vous vous retrouverez au Congrès qui se tiendra à Marrakech pour traiter des relations de la justice constitutionnelle et des citoyens.