

Entrée en fonction, déroulement de carrière et obligations du juge constitutionnel

Synthèse des réponses au questionnaire¹

M. Jean du Bois de Gaudusson

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

I. Recrutement, mandat, incompatibilités

A. Les autorités de nomination

Remarque : il serait préférable d'employer l'expression « autorités de désignation » ; l'autorité de nomination peut en effet être formellement le président de la République mais celui ayant une compétence liée par les désignations effectuées par d'autres autorités ou institutions. Trois catégories de cas peuvent être distinguées ; ceux où :

– Tous les conseillers sont désignés par des *autorités politiques supérieures* (chef de l'État, du gouvernement, présidents d'assemblées parlementaires) comme c'est notamment le cas en France, Roumanie, Bénin, Burkina Faso, Liban, Togo. Le dosage entre la désignation par l'exécutif et le Parlement varie.

La liberté de choix de ces autorités peut être totale (rarement) ; le plus souvent la désignation est soumise à des règles de procédure et/ou à des conditions professionnelles, de formation des personnes ? (cf. *infra*).

– Les conseillers sont désignés par des autorités et institutions politiques et par des autorités judiciaires : Guinée, Cameroun, Congo-Brazzaville.

– Les conseillers sont désignés par les autorités politiques et judiciaires ainsi que par d'autres structures : au Niger, élection par structures professionnelles ; Maroc : proposition du Roi d'un membre par le secrétaire général du Conseil supérieur des Oulémas.

B. Procédure de nomination

Les règles de procédure tendent à se renforcer ; judicieusement choisies, elles peuvent compenser les inconvénients de la désignation des conseillers par les autorités politiques. La désignation peut ainsi être précédée de propositions, de consultations, d'auditions (cf. l'évolution du droit français

1. Cette synthèse, comme les deux suivantes, est réalisée à partir des 22 réponses, et elles seules, adressées par les destinataires du questionnaire. Elle ne peut rendre compte de la grande diversité des situations dans l'ACCPUF.

avec la loi du 23 juillet 2008 instituant une procédure d'audition et de vote du Parlement tant par les nominations faites par les Présidents d'assemblées que par le Président de la République).

Au Liban, la procédure de désignation est contradictoire.

Mais il est des États où aucune règle de procédure n'est posée (Burkina Faso, Algérie).

C. Conditions à remplir

En règle générale, il est prévu que les conseillers doivent jouir de leurs droits civils et politiques. On observe une nette tendance à subordonner le recrutement à un certain nombre de conditions supplémentaires :

- de compétence juridique universitaire (diplôme) ou professionnelle : Bénin, Liban, Madagascar, Maroc, Roumanie, Togo ;
- d'activité professionnelle : juridique et judiciaire, d'enseignement, administrative ou même politique (au Niger ; en Belgique : six anciens parlementaires) ;
- on notera que quelques institutions de l'ACCPUF présentent la particularité de faire partie de l'ordre judiciaire et d'être composées de membres ayant la qualité de magistrats (au Canada et en Suisse) ;
- de genre, comme le prévoit la République centrafricaine (au moins 3 femmes sur 9) ;
- d'âge : il peut être fixé un âge minimum (en Suisse 18 ans, au Niger 40 ans, au Mozambique 35 ans, au Liban 50 ans, en Guinée 45 ans) et maximum (Belgique 70 ans, Liban 74 ans) ; dans d'autres cas, une durée maximale d'exercice de la fonction est fixée (Suisse : 18 ans).

D. Le mandat

A – **La durée** du mandat des juges constitutionnels est très variable : 5 ans (Bénin), 6 ans (Cameroun, Congo-Brazzaville, Niger), 7 ans (Madagascar), 9 ans (France). Il est tantôt non renouvelable (France, Madagascar, Roumanie, Niger), tantôt renouvelable indéfiniment (Cameroun qui emploie dans son dernier texte la formule « éventuellement renouvelable », Congo-Brazzaville, Togo), tantôt renouvelable une fois (Bénin, Gabon), tantôt encore renouvelable jusqu'à un certain âge (Suisse).

B – **Le point de départ** du mandat est sanctionné dans tous les cas (sauf l'Algérie) par une prestation de serment. Le serment est prêté « devant » ou (et) « en présence » (et non pas « au » comme l'avait fait remarquer François Luchaire lors de sa prestation) soit du chef de l'État (Président de la République, Roi : France, Maroc, Liban...) soit de l'Assemblée (Cameroun, Congo-Brazzaville), soit des deux (Togo, République de Côte d'Ivoire), soit encore du Président de la Cour ou du Conseil (Côte d'Ivoire pour les conseillers).

C – **Fin du mandat** : dans tous les cas, les juges constitutionnels bénéficient de l'irrévocabilité et leurs mandats ne cessent qu'à leur expiration, par décision volontaire ou décès.

Toutefois, sont prévues des possibilités de révocation (démission d'office) à titre de sanction, pour manquement aux obligations des conseillers, aux règles d'incompatibilité. La Cour peut parfois être saisie par une autorité de désignation ou politique (Cameroun, Madagascar, Roumanie, Maroc...). Mais dans tous les cas intervient la juridiction constitutionnelle à laquelle appartient le juge. Ainsi au Mali comme au Burkina Faso : « avant l'expiration du mandat, il ne peut être mis fin à titre temporaire ou définitif aux fonctions des membres de la Cour que dans les formes prévues pour leur nomination et après avis conforme de la Cour statuant à la majorité des deux tiers ». Il n'en est pas toujours ainsi : au Canada, la révocation est exercée par le Gouverneur sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes ; on notera que la procédure n'a jamais été utilisée.

D – Incompatibilités : toutes les institutions de l'ACCPUF prévoient un régime d'incompatibilité dont le but est de préserver l'indépendance des juges mais aussi de permettre à ceux-ci de se consacrer à leurs activités constitutionnelles à plein temps ; (ce qui n'est pas toujours le cas, comme la France en a donné un exemple jusqu'à la loi organique du 20 janvier 1995). Les textes n'utilisent pas les mêmes termes mais ils sont marqués par une grande convergence et par une tendance à renforcer les cas d'incompatibilité.

Tous les statuts établissent une incompatibilité avec les fonctions de membres du Gouvernement, du Parlement, du Conseil économique et social (et pour certains « environnemental »), avec tout mandat électif, avec tout autre emploi public, civil ou militaire, avec aussi toute autre activité professionnelle privée. Sur ce dernier cas, il existe des variantes, certains États autorisent les exercices d'activité d'enseignement ou même – comme c'est le cas en France – le cumul avec les fonctions de professeur d'université, parfois seulement avec des activités d'enseignement juridique supérieur (Roumanie, art. 144). Le Congo-Brazzaville admet l'exercice d'activités non seulement scientifiques, littéraires, artistiques ou d'enseignement mais aussi agricoles.

Pour d'autres, il relève de la responsabilité du président de l'institution de déterminer les activités privées incompatibles (Liban). Au Maroc, cette détermination est renvoyée à une loi organique pour ce qui concerne notamment les relations avec l'exercice de profession libérale.

Le régime des incompatibilités est étendu aux postes de responsabilités dans les partis politiques, associations ou syndicats.

E – Le cas des membres de droit

Deux pays prévoient que les anciens Présidents de la République sont membres de droit (France, Côte d'Ivoire). Au Burkina Faso, il est fait état d'une révision constitutionnelle dans ce sens à la condition que les anciens Présidents de la République « se désengagent de la politique active ».

Quels qu'en soient les motifs, la présence de ces membres de droit n'est pas sans soulever un certain nombre de difficultés notamment juridiques (sur le serment, sur la solution à adopter lors de manquement aux obligations, sur les cas de récusation).

F – Les Présidents des institutions membres de l'ACCPUF

Les statuts prévoient des dispositions particulières pour les Présidents de juridiction constitutionnelle qui occupent une place importante dans l'ordre protocolaire et disposent de prérogatives propres liées à leur responsabilité de chef de l'institution et de chef de juridiction.

Ils sont en règle générale nommés par l'autorité politique (le chef de l'État) ; toutefois, au Bénin, au Liban, en République de Côte d'Ivoire, ils sont élus par le Conseil.

La question s'est posée en France de savoir quelle était la durée du mandat du Président : il est admis que la nomination s'effectue pour la durée du mandat de conseiller ainsi désigné ; mais certains proposent une nomination après chaque renouvellement partiel ; le débat a été tranché en France en contournant la question, lors du renouvellement de 1986 avec M. Daniel Mayer qui a cédé sa place à M. Robert Badinter.

II. Les obligations du juge constitutionnel

Les juges constitutionnels sont soumis à une série d'obligations, dont certaines ne leur sont pas propres et concernent tous les juges, qui ont pour objet de préserver la dignité des fonctions, l'indépendance du juge et l'impartialité de l'office des juges. C'est ce que précisent, par exemple, les textes français (décret du 13 novembre 1959) ou roumain ; ce dernier dispose que les juges doivent « s'abstenir de toute activité ou manifestation contraire à l'indépendance et à la dignité des fonctions » ; au Liban ils doivent « s'abstenir de toute activité de nature à porter atteinte “à la confiance, à la considération ou aux exigences de la fonction” »).

À cette obligation générale, les textes ajoutent une série d'obligations plus précises le plus souvent énoncées et détaillées par les textes, qui dans l'ensemble découlent de l'obligation générale de réserve qui s'impose aux juges constitutionnels.

Ainsi est-il interdit aux juges constitutionnels (liste non exhaustive) :

- de dévoiler le secret des délibérations et des votes, pendant la durée de leurs fonctions ;
- de prendre une position publique sur les questions ayant fait ou susceptibles de faire l'objet de décisions de la part de l'institution ; cette interdiction n'empêche cependant pas la participation active à des jurys de thèses et colloques (France, Bénin) ;
- de donner une consultation sur les affaires relevant de la compétence de l'institution ;
- de laisser mentionner la qualité de juge constitutionnel dans tous documents susceptibles d'être publiés et relatifs à toute activité publique ou privée ;
- d'occuper un poste de responsabilité ou de direction au sein d'un parti politique.

(Sur la possibilité pour un juge de participer et d'adhérer à un parti politique ou de participer à une campagne électorale, cf. *infra* – les synthèses relatives aux droits des juges constitutionnels).

En définitive, il ressort des réponses que tous les textes statutaires consacrent une obligation essentielle, l'obligation de réserve², qui si elle échappe à toute définition constitutionnelle précise ne s'en impose pas moins aux juges constitutionnels, avec sanctions à la clé en cas de manquement (sur les sanctions, cf. *infra*).

2. Cette obligation a été l'objet de nombreux débats entre les participants du congrès.

L'entrée en fonction des juges, le déroulement de leur fonction et les obligations des juges

M. Aboudou Assouma

Président de la Cour constitutionnelle du Togo

La Cour constitutionnelle du Togo se félicite de l'occasion qui lui est offerte pour échanger sur le statut des juges constitutionnels. Nous pensons que la réflexion sur l'entrée en fonction, le déroulement de la carrière et les obligations des juges constitutionnels est une bonne opportunité de faire progresser le débat sur l'enjeu que constitue l'amélioration de leur condition.

Au Togo, la Cour constitutionnelle, « la plus haute juridiction de l'État en matière constitutionnelle » a été instituée par la Constitution du 14 octobre 1992. Elle « est composée de neuf membres désignés pour sept ans renouvelables ».

Dans cette étude, nous nous interrogerons successivement sur leur entrée en fonction, leurs obligations et le déroulement de leur carrière.

I. Entrée en fonction du juge

Les membres de la Cour sont, soit désignés, soit élus.

Il ressort de l'article 100 alinéas 2, 3 et 4 de notre Constitution que les membres de la Cour sont choisis par le Président de la République, l'Assemblée nationale et le Sénat à raison de trois membres par organe. Alors que le Président de la République désigne ses membres, l'Assemblée nationale et le Sénat élisent les leurs. Pour être élu, il faut réunir au moins 2/3 des voix de l'ensemble des députés ou des sénateurs selon qu'il s'agit de l'élection par l'Assemblée nationale ou par le Sénat. Il faut relever qu'en l'absence du Sénat, le quota affecté aux sénateurs est échu aux députés qui élisent ainsi six membres.

Il faut observer que l'obligation est faite à chaque organe de désignation de compter parmi ses choix, un juriste. Ainsi, la Cour doit compter au moins trois juristes.

Pour être élu ou nommé juge à la Cour, il faut remplir certaines conditions.

Les critères pour être membre de la Cour

Quatre conditions sont exigées pour être juge à la Cour :

- être de nationalité togolaise ;
- avoir la qualité d'électeur ;
- ne pas être membre d'une instance dirigeante d'un parti politique ;
- n'avoir subi aucune condamnation pénale ou civile (article 11 de la loi organique sur la Cour).

Cela étant, avant d'entrer en fonction, le juge doit prêter serment, conformément à l'article 3 de la loi organique sur la Cour, devant le Président de la République, en présence des Présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat.

Le juge, ainsi établi dans ses fonctions, doit se soumettre à certaines obligations.

II. Les obligations du juge

Les obligations des juges sont de trois sortes.

Incompatibilité

L'incompatibilité suppose que le juge ne peut exercer en même temps certaines fonctions au cours de son mandat. Il est donc interdit au juge de la Cour constitutionnelle de cumuler certaines fonctions avec son mandat. Tels sont en effet, les termes de l'article 15, alinéa 1 de la loi organique sur la Cour constitutionnelle reprenant l'article 103, alinéa 1 de la Constitution qui dispose que « les fonctions de membres de la Cour constitutionnelle sont incompatibles avec l'exercice de tout mandat électif, de tout emploi public, civil ou militaire, de toute activité professionnelle ainsi que de toute fonction de représentation nationale ».

Il ressort de ces dispositions que le juge de la Cour constitutionnelle ne peut exercer aucune autre activité professionnelle, aucune fonction de représentation, aucun mandat électif, aucun emploi public, civil ou militaire. En d'autres termes, il ne peut par exemple être ministre, ambassadeur, député ou sénateur, directeur de société. Il en est ainsi pour toutes les fonctions de nature à porter atteinte aux exigences d'impartialité liées à sa fonction. En somme, pour permettre au juge de se situer à égale distance des parties et rendre une justice saine, il faut le soustraire à tout environnement politique ou professionnel susceptible de l'influencer.

Toutefois, le régime des incompatibilités est libéral en ce sens qu'il n'interdit pas à un membre de la Cour constitutionnelle de devenir député, sénateur, ministre ou exercer toute autre fonction ou activité déclarée incompatible avec celle de la Cour.

En définitive, l'incompatibilité oblige seulement le juge à choisir l'une ou l'autre fonction.

Les professeurs d'université exerçant à la Cour ne sont pas, eux, astreints à ce régime. Ils sont, en effet, autorisés à cumuler la fonction d'enseignant avec celle de juge à la Cour. Toutefois leur travail scientifique doit obéir aux règles de l'art. En clair, le professeur, membre de la Cour, à l'instar des autres membres, ne peut prendre le contre-pied d'une décision de la Cour (article 16, alinéa 2 de la loi organique sur la Cour), d'où l'obligation de réserve.

Devoir de réserve

De manière générale, le devoir de réserve constitue une limitation à l'expression des opinions des agents publics. Il s'explique par le souci d'éviter que leur comportement, même en dehors du service, porte atteinte à l'intérêt de celui-ci ou crée des difficultés dans l'administration.

Ce devoir de réserve ainsi défini, appliqué au juge, lui impose d'observer une certaine retenue dans l'extériorisation de ses opinions. Il doit, par conséquent, dans l'exercice comme en dehors de l'exercice de ses fonctions, éviter tout ce qui pourrait porter atteinte à la dignité, à la crédibilité de celles-ci ou donner lieu à scandale, compromettre les intérêts du service ou laisser penser qu'il est pour ou contre telle ou telle action politique.

Cette obligation de réserve requiert aussi du juge l'appropriation de la décision de la Cour lorsqu'il est mis en minorité ou s'il n'y a pas participé. Ainsi il est tenu de ne divulguer aucun élément de la délibération.

Dans tous les cas, l'obligation de réserve constitue le pendant nécessaire des obligations de neutralité et d'impartialité lesquelles lui confèrent ce qu'on a appelé la «république du centre».

Obligation de neutralité et d'impartialité

La mission du juge est de rendre une justice saine, échappant autant que possible aux critiques. Pour ce faire, il doit observer la neutralité absolue, c'est-à-dire éviter de prendre parti en adoptant un comportement réservé. La neutralité s'analyse comme la traduction pratique de l'impartialité du juge, c'est-à-dire qu'il doit faire preuve d'objectivité dans sa prise de décision. L'impartialité, une des vertus attachées par essence à la fonction de juger, impose au juge de trancher les litiges par application d'une règle de droit à l'issue d'un procès respectueux de l'équité et des droits de la défense. L'exigence d'impartialité suppose en somme que le juge n'ait pas égard aux personnes mais uniquement aux faits de la cause.

Cela étant, qu'en est-il du déroulement de la carrière du juge ?

III. Le déroulement de la carrière

Comme nous l'avons déjà précisé, les juges de la Cour sont élus ou nommés pour un mandat de sept ans renouvelable. Il ne s'agit pas de faire carrière d'autant qu'il ne s'agit pas nécessairement de magistrat. Ainsi, à la fin du mandat, lorsque vous n'êtes pas reconduit, vous regagnez votre corps d'origine, s'il y a lieu.

Il faut relever que s'agissant de magistrat en activité, il évolue en échelons et en grades comme s'il était dans son corps d'origine.

En résumé, il n'existe aucun système d'avancement au sein de la Cour constitutionnelle du Togo. Pour conclure, disons simplement que les juridictions constitutionnelles occupent aujourd'hui une place de choix dans la régulation de la gestion de nos sociétés. Instituées pour réguler le fonctionnement de l'État, leur autorité ainsi que l'indépendance des juges qui les animent dépendent très souvent des différents éléments que nous venons d'analyser. Mais les gouvernants sont très souvent réticents à leur offrir les conditions idoines. Il nous appartient donc d'amener nos gouvernants à remplir la part de leur cahier des charges.

L'obligation de réserve du juge constitutionnel ***Problématique, code de conduite et perspectives comparatives***

M. Antoine Messarra¹

Membre du Conseil constitutionnel du Liban

L'obligation de réserve soulève des problématiques diversifiées, même dans les situations les plus régulières, pour trois raisons principales : la position statutaire en société des Cours et Conseils constitutionnels ; la position des membres qui jouissent d'expériences et de contributions dans les domaines du droit et de la culture juridique et par suite remplissent un rôle dans la diffusion et la consolidation de cette culture ; et l'exploitation de l'obligation de réserve par des médias et des acteurs politiques en vue de critiquer l'institution et affaiblir sa crédibilité.

Il en découle la nécessité d'étudier l'obligation de réserve du juge constitutionnel à la lumière des exigences d'indépendance, d'intégrité et de confiance dans la magistrature constitutionnelle.

I. Finalité

La finalité de l'obligation de réserve est triple : la protection du secret des délibérations ; la garantie d'indépendance de la magistrature constitutionnelle et du juge ; et la propagation de la confiance et crédibilité sociale dans cette magistrature.

Nous nous basons sur les principes et codes de conduite des chartes relatives à la magistrature, avec une concentration sur la spécificité de la justice constitutionnelle.

Nombre de notions sont à contenu variable², notamment celles relatives à l'éthique et au comportement professionnel, en raison du lien entre ces notions et la culture dominante en société, les perceptions, la sociologie du savoir, et les potentialités d'instrumentalisation et de détournement dans des contextes culturels et socio-politiques variés. La variété des interprétations n'implique pas confusion et divergence, mais le plus souvent sagesse à appréhender des réalités comportementales par essence différenciées et qui exigent en permanence la référence à l'esprit et finalité du principe. Nous proposons en conséquence un ensemble des normes en matière d'obligation de réserve du juge constitutionnel.

1. Les propos, actes et conduites sont incompatibles avec l'obligation de réserve, s'ils affectent négativement la finalité de la règle. Aussi toute situation relative à l'obligation de réserve doit-elle être appréhendée en fonction de sa conformité ou non-conformité avec la finalité, du fait surtout que la référence au devoir de réserve peut occulter une soumission à des pressions matérielles ou morales, connivence, opportunisme ou compromission sur des principes fondamentaux.

1. Membre du Conseil constitutionnel au Liban, professeur à l'Université Saint-Joseph. Prix du Président Elias Hraoui : *Le Pacte libanais*, 2007.

2. Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst (éd.), *Les Notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Travaux du Centre national de recherche de logique », 1984, surtout pp. 363-374.

2. Quels que soient les cas, il faudra manifester un attachement absolu à l'esprit de l'institution qui doit jouir du respect, de la considération, de la confiance, du soutien et de la protection en société, et par suite favoriser la distinction entre l'institution en tant que personne morale et les membres dont elle se compose.

3. Il ressort dans des situations conflictuelles ou instables une régression de la culture institutionnelle et de la chose publique. Dans des démocraties consolidées se développe une mentalité contestataire qui ébranle des fondements mûrement élaborés (en commençant par l'institution familiale, l'institution professionnelle...), en raison notamment de la propension à l'individualisme aux dépens du lien social, et aussi en raison d'une éducation libéraliste. Le devoir de réserve n'est pas une obligation de mutisme, mais un mode d'expression de la liberté, liberté dont le principe est absolu pour tout citoyen sans exception. Les modalités de cette expression sont régies par des normes juridiques et éthiques. Le droit du juge constitutionnel dissident d'inscrire pleinement sa dissidence dans les décisions du Conseil constitutionnel et la publication intégrale de cette dissidence, comme c'est le cas d'après l'article 12 de la loi du Conseil constitutionnel au Liban, constitue une confirmation du rejet du mutisme absolu dans la justice constitutionnelle.

4. L'exercice de la magistrature, qui émet ses sentences dans la plupart des pays, de façon explicite ou implicite, au nom du «peuple», implique des modalités de communication entre justice et médias, en vue de contribuer à :

- a. Propager la culture de légalité en société.
- b. Consolider la confiance dans la magistrature, son indépendance et son équité.
- c. Informer les citoyens sur la justice en tant que garantie de leurs droits, ce qui favorise leur confiance et leur recours, au lieu de leur soumission à des rapports de force ou de leur recours à des moyens d'autodéfense.

5. Dans des sociétés où la confiance dans la magistrature a été ou est ébranlée, où les normes régulatrices de la vie publique sont perturbées, il est nécessaire d'exécuter des programmes d'information judiciaire, en vue de consolider l'État de droit et renforcer la magistrature dont l'indépendance n'est pas réductible à des textes législatifs. Il peut en effet y avoir des législations normatives et une justice indépendante, alors que la perception de la justice par les citoyens est défavorable, pour des raisons restreintes ou conjoncturelles souvent étrangères à la magistrature, amplifiées ou tronquées, avec des publications à ce propos non conformes à la déontologie et à l'authenticité de l'information. Le devoir de réserve et la sagesse en général ne peuvent signifier absence de courage, surtout dans des régimes totalitaires, en transition démocratique ou dont la démocratie est en crise ou menacée. La vertu du courage est inhérente à l'exercice de la justice, surtout dans des conjonctures peu favorables, la magistrature étant le rempart pour la défense des droits et des libertés.

II. Contenu

L'obligation de réserve du juge constitutionnel comporte, de façon absolue, le secret des délibérations et modes de comportement.

6. En ce qui concerne le secret des délibérations

Sont incompatibles avec l'obligation de réserve :

- a. La déclaration ou la simple allusion, dans des circonstances publiques ou privées, relativement aux délibérations et aux détails des délibérations concernant les décisions publiées, et les litiges en cours de délibération ou dans la phase préparatoire des décisions.

- b. La défense de décisions ou leur dénonciation.
- c. La réponse à des accusations ou observations relatives aux décisions ou même leur explication dans un esprit apologétique.
- d. L'expression de prises de position à propos d'affaires en cours ou d'affaires qui pourraient éventuellement être objet de litige.

Ne constitue pas une infraction au secret des délibérations l'information sur le contenu des décisions après leur publication, et cela à travers des moyens d'information qui émanent de la Cour ou Conseil constitutionnel, surtout si les décisions sont sujettes à des campagnes qui visent la confiance dans l'institution. Il est en effet bénéfique de recourir à l'information en vue de consolider la confiance dans la magistrature constitutionnelle.

Le secret des délibérations inclut l'ensemble des procès-verbaux internes mais en vertu des régimes des archives officielles ouvertes au public ou publiables en tant que fonds public après un délai déterminé, il est possible, en vertu d'une loi, de publier les procès-verbaux et délibérations après 25 ans, en conformité avec la loi du 15/7/2008 en France qui autorise cette publication après 25 ans³.

7. En ce qui concerne les comportements

Sont incompatibles avec l'obligation de réserve :

- a. Les relations dans des occasions sociales ou autres avec des requérants ou leurs mandataires.
- b. Les visites à des milieux politiques si elles sortent du cadre social, relationnel, institutionnel et occasionnel, et si elles ont lieu en simultanéité avec des affaires pendantes dans les délibérations ou susceptibles d'être objets de recours.
- c. Les manifestations exagérées à des occasions sociales ou médiatiques et qui pourraient prendre l'aspect d'une propagande personnelle ou de vedettariat, avec l'exigence de différencier entre manifestation sociale et présence dans les médias pour l'expression de prises de position politiques ou d'opinions ayant rapport avec des affaires litigieuses.
- d. Les conduites : tenues vestimentaires, propos, expressions, comportements, attitudes... qui nuisent à l'image du juge constitutionnel en société et à la confiance du public, ainsi que les comportements dans la vie quotidienne qui doivent être tous empreints de civilité.

Est incompatible avec l'obligation de réserve qui favorise l'image positive du juge constitutionnel tout engagement de débats polémiques.

8. Est compatible avec l'obligation de réserve :

- a. L'expression orale ou écrite sur des principes et théories juridiques et des problèmes juridiques spécifiques, avec approfondissement et méthodologie scientifique, surtout à des occasions universitaires et scientifiques, nationales ou internationales.
- b. L'expression orale ou écrite sur des problèmes humains, culturels et scientifiques en général : lettres, arts, problèmes sociaux et culturels, avec la méthodologie adaptée à ce genre d'expression.
- c. La participation à des conférences, séminaires et rencontres scientifiques et qui n'ont pas un caractère partisan ou un cachet politique déterminé.

9. Ce qu'il faut éviter dans tous les cas :

- a. Les procédés de la réplique, de l'apologie, de la polémique, même en ce qui concerne des décisions, lesquelles sont supposées contenir tout l'argumentaire justificatif.
- b. Toute forme de réaction et de défaut de maîtrise.

3. B. Mathieu et al., *Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel, 1958-1983*, Paris, Dalloz, 2010.

- c. L'atteinte à l'institution qui constitue une personne morale indépendamment des membres qui la composent et des modalités d'exercice de leur fonction.
- d. L'expression orale ou écrite qui prend l'aspect de la propagande personnelle et du vedettariat, l'exigence étant d'accorder la priorité au problème débattu plutôt qu'à la personne et à l'acteur.

10. Les juges constitutionnels peuvent écrire sur des problèmes constitutionnels et des problèmes abordés par les Cours et Conseils constitutionnels, sans style du commentaire, mais sous forme d'études où des décisions sont citées en tant que référence pour confirmer ou infirmer, sans volonté justificative ou de dénonciation, et dans la perspective d'une analyse juridique ou constitutionnelle où s'intègre une décision.

III. Recherche constitutionnelle et principe de la primauté de la Constitution

Quelle est la limite de l'obligation de réserve en ce qui concerne la publication sur des questions constitutionnelles, dans des pays surtout où le débat constitutionnel, en période de crise ou de transition démocratique, se déroule avec une propension conflictuelle ou polémique ?

11. Le principe de la primauté de la Constitution implique une double composante :

- a. La qualité de la Constitution au sommet de la hiérarchie juridique.
- b. La qualité de la Constitution en tant que cadre national de supra-allégeance qui transcende les tendances partisans et sectaires, les contradictions et les conflits et, en conséquence, où les divergences de doctrine, de jurisprudence et d'interprétation entre spécialistes et commentateurs se situent au-dessus des appartenances partisans dans l'État constitutionnel.

Cependant des recherches constitutionnelles peuvent se confondre avec des polémiques et opinions à travers des moyens médiatiques, ce qui porte préjudice à :

- a. La culture constitutionnelle.
- b. La référence normative suprême qui régit la vie publique.
- c. La boussole indispensable pour la bonne gouvernance et la gestion de la chose publique.

12. La règle est que les recherches constitutionnelles relatives à la Constitution en vigueur, quel qu'en soit le contenu, sont non partisans et non sectaires. Cependant dans des circonstances particulières ou de crise, circonstances qui devraient être épisodiques et limitées, il est préférable de pratiquer la vertu de prudence afin d'éviter la perception que la production scientifique en matière constitutionnelle vise une partie déterminée ou qu'elle se propose d'être favorable ou de soutenir une tendance partisane. Une telle perspective ne s'intègre pas directement dans l'obligation de réserve, mais dans la vertu de prudence au sens d'Aristote, afin d'éviter que des principes constitutionnels soient ravalés à un niveau polémique.

Les Constitutions déterminent des normes générales développées par la doctrine et la jurisprudence d'une manière qui va au-delà de l'opinion. Aussi l'expression d'une opinion en matière constitutionnelle et le ravalement de la Constitution à des opinions sont par essence contraires à l'essence même et à la finalité des Constitutions, du fait que toute Constitution constitue la loi fondamentale référentielle qui exprime la volonté nationale et la souveraineté étatique.

13. Les recherches scientifiques relatives à la Constitution, dans un État constitutionnel, sont compatibles avec l'obligation de réserve, quand elles revêtent un caractère fondamental et méthodologique et ne portent pas sur des projets et propositions déterminés qui pourraient faire l'objet d'un recours.

IV. L'adhésion du juge constitutionnel à des associations et organisations scientifiques

14. La présidence ou la qualité de membre chef d'une association régie par la loi sur les associations est compatible avec les exigences de travail des Cours et Conseils constitutionnels et avec l'obligation de réserve, sauf dans les cas où le volume et la nature du travail de l'association, en tant que président ou membre actif, empiètent sur le plein temps exigé par le travail de l'institution constitutionnelle.

15. La présidence et la qualité de membre actif dans une association ou organisation scientifique sont incompatibles avec les exigences du travail dans l'institution constitutionnelle au cas où l'association ou l'organisation scientifique entreprend des projets, programmes et activités en rapport avec des problèmes électoraux ou affaires juridiques litigieuses ou qui pourraient être objet de recours constitutionnel, principalement dans le cas des associations qui œuvrent pour la défense des droits (*advocacy*) et non les associations non lucratives à but culturel, caritatif, social ou scientifique.

Quant à l'affiliation à des organisations syndicales, les membres des Cours et Conseils constitutionnels doivent être au-dessus des mouvements à caractère revendicatif et être les garants des normes générales de justice dans la société globale.

16. L'obligation de réserve pour le juge constitutionnel se réfère à la suprématie de la Constitution, suprématie qui signifie non seulement la primauté de la Constitution dans la hiérarchie juridique, mais sa suprématie par rapport à des allégeances partisans ou sectaires, ce qui implique des effets quant à la valorisation du débat constitutionnel par les Cours et Conseils constitutionnels.

17. La position du juge constitutionnel en tant que garant de la Constitution lui impose d'immuniser sa position sur les plans de l'exercice de la fonction et dans la vie publique et de promouvoir les valeurs régulatrices de la vie publique.

La distance symbolique dans les rapports sociaux, et nullement dans les relations humaines dont l'humanité doit couvrir tous les domaines sans exception, et cela pour toute personne qui exerce une autorité, implique des conséquences sur le comportement du juge constitutionnel. L'activité intensive et la fréquence des rapports sociaux, même pour des objectifs louables, pourraient exposer le juge constitutionnel à des observations inconsidérées peut-être nuisibles à l'image de l'institution dont il est membre.

V. La justice constitutionnelle et l'information

18. L'information judiciaire, dans le sens de l'information suivant les exigences professionnelles et les codes éthiques du journalisme professionnel, et non la publicité ou la propagande, constitue une exigence contemporaine prioritaire pour trois raisons au moins : l'extension des médias, le renforcement de la confiance dans la justice, et l'aide aux journalistes à décoder des notions juridiques⁴.

4. La pionnière de l'information juridique et de la culture populaire de légalité et des rapports entre médias et société, au Liban et dans les autres pays arabes, est Laure Moghaizel :

Cf. Antoine Messarra et Tony Atallah (dir.), *Laure Moghaizel : Un demi-siècle de lutte pour les droits de la femme au Liban* (Archives Laure Moghaizel, 1947-1997), Fondation J. et L. Moghaizel, Fondation libanaise pour la paix civile permanente (FLPCP) et Association libanaise des sciences politiques, LFPCP, Librairie Orientale, 3 vol., 2008.

Un exemple aussi de communication publique sur la justice : Émission « Complément d'enquête : La justice au quotidien », TV5 Europe, 15/12/2001 à 20 h.

19. Le contenu, la méthode et les moyens de l'information judiciaire en général peuvent être définis à la lumière d'expériences normatives comparées⁵.

20. Il est utile de diffuser à la suite de la publication de décisions constitutionnelles des notes d'information et des synthèses pour la presse, en mettant en relief les attendus les plus pertinents, afin de juguler les risques d'incompréhension, d'interprétation tronquée et de déformation. L'impératif de publication des décisions des Cours et Conseils constitutionnels au *Journal officiel* confirme l'exigence de transparence, laquelle ne doit pas se limiter aux abonnés au *Journal officiel* et à une élite de spécialistes.

VI. La doctrine et la jurisprudence relatives à l'obligation de réserve

Il ressort de la doctrine et de la jurisprudence en perspective comparée à propos de l'obligation de réserve cinq orientations dominantes :

1. Finalité de l'obligation de réserve : L'obligation comporte nombre de perspectives à étudier sous les angles de l'indépendance, de l'intégration, du procès équitable et de la confiance dans la magistrature :

«La réserve qui s'impose au magistrat présente différentes facettes qui doivent, selon nous, être examinées essentiellement sous l'angle des principes d'indépendance et d'impartialité qui participent à la notion de procès équitable et qui justifient la confiance que doivent pouvoir placer les citoyens dans les personnes appelées à participer à l'œuvre de justice⁶. »

«S'il est un mot qui revient dans tous les textes et qui constitue le fondement commun des divers avatars du devoir de réserve, c'est celui de confiance⁷. »

Une décision du Tribunal constitutionnel fédéral au Canada est explicite en ce qui concerne l'obligation de réserve :

«Le devoir de réserve lié à la charge de magistrat est un principe fondamental. En soi, il est une garantie supplémentaire de l'indépendance et de l'impartialité judiciaires et vise à assurer que la perception du justiciable ne soit pas affectée sous ce rapport. La valeur d'un tel objectif s'apprécie pleinement, d'ailleurs, lorsqu'il est rappelé que les juges demeurent les seuls arbitres impartiaux à qui l'on peut recourir dans les cas où les autres modes de résolution des conflits s'avèrent infructueux. Le respect et la confiance qui s'attachent à cette impartialité commandent donc tout naturellement que le juge soit à l'abri de remous et de controverses susceptibles d'entacher la perception d'impartialité que doit dégager son comportement⁸. »

5. Antoine Messarra et Paul Morcos (dir.), *Observatoire de la magistrature au Liban*, Fondation libanaise pour la paix civile permanente en coopération avec Middle East Partnership Initiative (MEPI), Beyrouth, Librairie Orientale, 2 vol., 2006-2007, 168 + 272 p. (en arabe avec des synthèses en français et anglais).

A. Messarra, *Droit et éthique des médias au Liban*, Beyrouth, Fondation libanaise pour la paix civile permanente, série « Documents », n° 12, Librairie Orientale, 2007, 756 p. (en arabe et français).

« Quels médias judiciaires au Liban aujourd'hui ? Problématique juridique et médiatique et professionnalisme », Communication au séminaire : Project to Strengthen the Independence of the Judiciary and Citizen Access to Justice in Lebanon. A USAID Project Implemented by the National Center for State Courts, Beirut, Phoenicia Hotel, December 5, 2008.

A. Messarra, *L'État de la magistrature aujourd'hui au Liban*, 2009, 55 p., inédit.

L'information administrative au Liban (Problématique, contenu, production et formation), Bureau du ministre d'État pour la réforme administrative M. Fouad el-Saad, coord. A. Messarra et dir. Leila Barakat, en coopération avec l'Union européenne, 2001-2002, 2002, 480 p. + 16 films documentaires.

6. Patrick Mandoux et Damien Vandermeersch, in *Le devoir de réserve : L'expression censurée ?*, Actes de la Table ronde du 17 oct. 2003 tenue à la Maison du Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2004, 172 p., p. 36.

7. *Ibid.*, Paul Martens, Conclusion de la Table ronde, p. 169.

8. *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, 1995, 4 R.C.S., 267, souligné par nous dans le texte.

2. La définition de l'obligation de réserve : On ne trouve ni dans la doctrine ni dans la jurisprudence le «devoir de se taire», du fait que la liberté d'expression est absolue, mais ses modalités, conjonctures et temporalités sont régies par des exigences éthiques :

«On ne trouvera donc rien d'explicite, dans la déontologie, sur un devoir de se taire. Et quand bien même les codes imposent au journaliste de ne pas révéler ses sources, il ne s'agit pas d'un devoir absolu, mais seulement d'une obligation circonstancielle : je dois taire l'origine d'une information parce que la source me le demande ou parce que je prends l'initiative de la protéger (...). Être *tenus* au secret les conduirait (les journalistes) à des aberrations évidentes. C'est donc, en réalité, le droit à la confidentialité des sources que réclame la profession, ce que ne lui reconnaît pas encore le législateur belge⁹.»

Des auteurs emploient l'expression : «réserve active»¹⁰, du fait que la réserve peut déborder le champ de protection de l'indépendance de la magistrature et camoufler connivence et complicité. Un grand militant pour la démocratie affirme : «Plus douloureux que l'injustice des bourreaux est le silence des justes.»

L'extension du champ médiatique vers la magistrature implique une stratégie de communication sociale en vue de bâtir une relation de confiance. On relève en conclusion d'un séminaire :

«Qu'il s'agisse d'une opinion forgée dans la réflexion ou née de l'expérience ou qu'il s'agisse encore d'une information vérifiée ou d'une rumeur insidieuse, le mutisme évite la polémique, l'adhésion d'opportunité, le conflit, la fâcherie, la calomnie, la vanité, autant de sentiments ou de réactions qui empêchent l'homme d'avoir des nuits paisibles et des journées sereines¹¹.»

Recommandations quant aux communications avec les médias

«Les contacts du pouvoir judiciaire avec les médias sont aujourd'hui passés dans les usages, ils peuvent relever d'une nécessité sociale. Il faut néanmoins les baliser clairement.

«À cet égard une distinction doit être faite entre l'information relative à des affaires en cours, ce qui relève de l'actualité judiciaire, et l'information relative à des problèmes d'ordre général (de politique criminelle, par exemple).

(...)

«L'impartialité exigée du juge ne lui permet pas de commenter les dossiers dont il a eu, a ou aura à connaître. *Il n'est ainsi pas acceptable qu'il commente une décision qu'il a rendue.*

(...)

«Le magistrat participant à l'interview ou au débat devra nécessairement présenter au moins les qualités suivantes :

- sens des responsabilités à raison de la fonction qu'il représente ;
- compétence particulière sur le problème évoqué ;
- prudence et modération des propos.

«L'interview et la participation au débat doivent avoir été dûment préparées, pour éviter tout écart.

(...)

« 4. Quant au magistrat agissant comme porte-parole d'un groupement professionnel, il n'est pas question de brider sa liberté d'expression. Il reste néanmoins soumis au devoir de pondération.

9. *Ibid.*, Jean François Dumont, p. 100. Cf. aussi F. Mallol et K. Bourderbali, *Liberté d'expression et obligation de réserve*, Paris, Sorman, 1999, p. 62.

10. *Ibid.*, Paul F. Smets, p. 81.

11. *Ibid.*, Édouard Jakhian, p. 87.

« 5. Les présentes recommandations constituent une actualisation de la « Note sur les relations entre le pouvoir judiciaire et la presse » du 1^{er} mars 1993. Chaque chef de corps appréciera dans quelle mesure il y a lieu de les préciser ou de les compléter.

« 2. *Le devoir de réserve est conçu comme une modalité de la liberté d'expression et non un obstacle à celle-ci.* »

(Circulaire de la conférence permanente réunissant les chefs de corps de Cours et Parquets généraux, Belgique).

« 3. La circulaire prévoit une concertation avec le chef de corps, mais ne conditionne pas la communication à l'obtention d'une autorisation¹². »

« *réserve ne signifie pas silence* ».

« Le devoir de réserve peut trouver à s'appliquer à n'importe quel professionnel, et n'importe quelle activité, ou à n'importe quel comportement, ceux-ci pouvant être une manière d'exprimer une conception.

« M^{me} de Sévigné évoquait déjà, en 1664, le devoir d'une "discretion retenue" et, à la même époque, Littré "cette sorte de prudence qui nous retient de dire ou de faire"¹³. »

« La notion est tout entière construite sur la conception que certaines fonctions sont assurées par des personnes dont il faut préserver l'image d'impartialité et de neutralité en raison de la confiance qu'elles doivent inspirer au public (...) »

« Traditionnellement, le devoir de réserve est conçu comme une "*façon d'être*"¹⁴. »

3. Rapports médias-société : Le grand défi réside dans l'image sociale de la magistrature, image qui influe de façon positive ou négative sur le comportement des requérants et sur le degré de soutien de la société à l'indépendance des juges qui peuvent être soumis à des pressions, menaces ou mesures administratives discrétionnaires. Le concept traditionnel de réserve, au sens du retrait et de l'isolement social, prend aujourd'hui le sens de réserve active. Il n'est pas concevable que celui qui entre dans le corps judiciaire perde sa liberté d'expression, principe fondamental dans une société démocratique. Des fonctions exigent la réserve du fait qu'elles impliquent un haut niveau de confiance de la part de la société, surtout que le magistrat est un témoin dont l'expérience est fort utile pour les instances parlementaires et exécutives :

« Dans la magistrature, la réserve desséchante – sinon paralysante – d'autrefois, souvent associée au conformisme, s'est transformée, au cours des vingt dernières années, en une réserve dans l'action. Le cataclysme consécutif à l'affaire *Dutroux* a été tel que des conceptions nouvelles, résolument orientées vers la communication, se sont imposées tout naturellement. Les juges sont passés (...) du "vœu de continence verbale" au "*criticus interruptus*" (...) »

« La liberté d'expression constituant l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, fondement que l'on retrouve tant dans notre Constitution que dans la Convention européenne des droits de l'homme, il serait aujourd'hui – quelques que soient les interprétations d'hier – impossible de soutenir qu'en entrant dans la magistrature quelqu'un renonce totalement à cette liberté. (...) L'exercice d'une telle liberté peut être soumis à certaines conditions, éventuellement restrictives, "pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire"¹⁵. »

Une maxime britannique est rapportée dans une décision de la Cour européenne des droits de l'homme :

"Justice must not only be done, it must also be seen to be done"¹⁶.

12. *Ibid.*, pp. 7-8. Souligné par nous dans le texte.

13. *Ibid.*, Pierre Lambert, pp. 16-18. Souligné par nous dans le texte. Pierre Lambert, *Le Secret professionnel*, Paris, Nemesis, 1985, surtout pp. 33 et s. Souligné par nous dans le texte.

14. X. de Riemaecker, G. Londers et consorts, *Statut et déontologie du magistrat*, La Charte, 2000, p. 333. Souligné par nous dans le texte.

15. *Le Devoir de réserve...*, op. cit., Jacques Dopchie, p. 5.

16. Cour européenne des droits de l'homme, 26/10/1984, *De Cubber*, par. 26.

4. Limites et champ d'application de l'obligation de réserve :

« Le premier enseignement est relatif à l'étendue du devoir de réserve. »

« La Cour (européenne des droits de l'homme) (...) selon elle, il est indispensable que les autorités judiciaires fassent preuve de la "plus grande discrétion" dans l'exercice de la fonction de juger, et ce "afin de garantir leur image de juges impartiaux"¹⁷. »

« Lorsque ces principes et libertés (principes démocratiques, pérennité de l'État de droit, et les libertés fondamentales) sont en péril, la réserve n'est plus de mise¹⁸. »

« Certains auteurs exigent que le magistrat soit "irréprochable", tant dans sa vie professionnelle que dans sa vie privée¹⁹. »

« Les motifs et les besoins de mettre en œuvre une restriction à la liberté d'expression doivent être établis de manière convaincante (...) avec le souci de préserver le procès à la justice, et de cesser d'en faire un jeu télévisé²⁰. »

5. L'information judiciaire : La société de droit implique la diffusion de la culture de légalité pour aider les personnes, en leur qualité de citoyens, à être informées sur leurs devoirs et sur l'accessibilité à leurs droits, surtout dans les questions vitales quotidiennes :

« Il est souhaitable que les acteurs judiciaires puissent aider le citoyen à décoder correctement les décisions de justice (...), sous la réserve qu'il ne s'exprimera pas concernant les dossiers qu'il traite personnellement, le magistrat est idéalement placé pour en expliquer les règles et le sens²¹. »

Ce qu'écrivent des membres de Cours et Conseils constitutionnels dans des publications spécialisées comme *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* en France en tant qu'expérience personnelle en vue de la continuité de l'institution ou dans des œuvres est compatible avec l'obligation de réserve, dans le cas de transmission d'une expérience personnelle, pour l'utilité publique et sans préjudice quant à la confiance des citoyens dans l'institution et sans que les témoignages ne portent sur des personnes identifiables et sur le secret des délibérations²².

Dominique Schnapper, membre du Conseil constitutionnel français, écrit sur son expérience au Conseil après la fin de son mandat :

« Les extraits de ce journal (...) ne seront jamais utilisés comme des documents lorsqu'ils touchent aux personnes ou aux délibérations. Le nouveau conseiller prête serment de ne rien révéler du secret des délibérations et des votes (...). Je ne trahis pas le secret des délibérés en mentionnant qu'un mot (*notamment* ou *au demeurant*, par exemple) ou une virgule peuvent susciter une grande passion tant, parfois, selon les rédacteurs, ils peuvent avoir de conséquences (...). Dans la vie politique démocratique, les acteurs qui veulent jouer un rôle doivent *impérativement* être actifs, mais aussi *visibles*²³. »

17. *Ibid.*, Marc Verdussen, pp. 24, 28-29. Cf. arrêt *De Diego Nafria*, Cour eur. dr. h., Espagne, 14/3/2002. Cf. arrêt *Ville c. Liechtenstein*, *ibid.*, 28/10/1999.

18. *Ibid.*, Patrick Mandoux et Damien Vandermeersch, p. 42. Pierre Joxe, *Cas de conscience*, Paris, Labor et Fides, 2010, 248 p. Dominique Schnapper, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, « NRF essais », 2010, 454 p.

19. *Ibid.*, Patrick Mandoux et Damien Vandermeersch, p. 41.

20. *Ibid.*, Pierre Corvilain, p. 97. Dominique Rousseau, « Indépendance de la justice et justice constitutionnelle : une occasion manquée ? », *Revue politique et parlementaire*, n° 1045, 2007, p. 82. Olivier Jouanjan, « Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? », *Droits*, n° 43, 2006, p. 77. Xavier de Riemaeker et Ghislain Londers, *Statut et déontologie du magistrat*, Paris, La Chartre, 2000, notamment pp. 333 et s. R. Ergéc, « La liberté d'expression, l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1993.

21. Dominique Schnapper, *op. cit.*, Paris, Gallimard, p. 163 : « Une presse ignorant l'objet et le contenu de l'activité du Conseil. »

22. Pierre Joxe, *op. cit.*

23. Dominique Schnapper, *op. cit.*, pp. 11, 17, 163. Souligné par nous.

Pierre Joxe, membre du Conseil constitutionnel français, écrit :

« Est-ce enfin la sagesse, ou le conformisme institutionnel, qui m'a longtemps fait taire ? Au Conseil constitutionnel, où j'ai passé ces neuf dernières années, j'ai eu la triste surprise d'assister impuissant à certaines évolutions du droit exactement opposées à mes convictions les plus anciennes : celles que j'avais acquises auprès des miens, ou grâce à mes maîtres. Mais je n'avais jamais transigé sur les libertés²⁴. »

Des journaux ont cependant reproduit des extraits avec des titres incitatifs et critiques qui ne correspondent pas à l'esprit de l'ouvrage de Dominique Schnapper²⁵. Un entretien télévisé en France, en février 2010, avec Pierre Joxe à propos de son livre a dévié, suite à l'incitation de l'animateur, vers des allusions critiques relatives à l'institution, contrairement à l'esprit général de l'ouvrage.

Des dérives s'expliquent à l'échelle internationale par la propension à l'individualisme aux dépens du sens de l'institution et par la tendance des médias à rechercher sans discernement le sensationnel au lieu de l'authenticité. Il en découle un besoin impérieux de sagesse et de prudence de la part des juges constitutionnels, afin d'éviter les dérives de principes fondamentaux du droit dont la finalité est l'intérêt général et non la diffamation ou l'ostentation.

Au-delà de l'obligation de réserve, du secret des délibérations et du jugement équitable..., la déontologie remplit une fonction de légitimation :

« La déontologie a également une fonction de légitimation de l'activité judiciaire auprès du public²⁶. »

Dans la plupart des Cours et Conseils constitutionnels, le juge prête serment avant son entrée en fonction. Au Liban, en vertu de l'article 5 de la loi n° 250 amendée par la loi n° 150 du 30/10/1999 et la loi n° 43 du 13/11/2008, le mandat du membre du Conseil ne commence qu'à partir de la prestation du serment devant le Chef de l'État, prestation qui doit avoir lieu dans un délai de 15 jours au plus à partir de la formation intégrale du Conseil. Les termes du serment sont :

« Je jure par Dieu tout puissant d'exercer ma fonction au Conseil constitutionnel avec fidélité, désintéressement et intégrité (*amānat, wa tajarrud, wa ikhlās*) en conformité avec les dispositions de la Constitution, et de sauvegarder avec la plus grande rigueur le secret des délibérations. »

Les membres du Conseil, astreints à une obligation de réserve dans leur propos et actions, doivent éviter tout ce qui peut nuire à la confiance, à la considération et aux exigences de la fonction et sauvegarder le secret des délibérations (article 5 de la loi libanaise n° 250 du 14/7/1993 et article 8 des statuts intérieurs).

24. Pierre Joxe, *op. cit.*, p. 10.

25. Des journaux au Liban, 23/2/2010.

26. Henri Pallard, *Déontologie juridique*, Bruxelles, Bruylant et éd. Yvon Blais, « Common law en poche », 2003, 140 p. Cf. également :

Andrew Boon et Jennifer Lewin, *The Ethics and Conduct of Lawyers in England and Wales*, Hart Publishing, Oxford, 1999.

Mary C. Daly et Roger J. Goebel, *Rights, Liability, and Ethics in International Legal Practice*, Transnational Juris Publications, Kluwer Law & Taxation Publishers, Dordrecht, 1995.

K. Economides (dir.), *Ethical Challenges to Legal Education and Conduct*, Hart, Oxford, 1998.

R.L. Nelson, D.M. Trubeck et R.L. Solomon (dir.), *Lawyers' Ideals/Lawyers' Practices*, Cornell University Press, London, 1992.

Donald Nicolson et Julian Webb, *Professional Legal Ethics: Critical Interrogations*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

S. Parker et C. Sampford (dir.), *Legal Ethics and Legal Practice*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

Beverly G. Smith, *Professional Conduct for Lawyers and Judges*, Maritime Law Book Ltd., Fredericton, N.-B., 1998.

Donald R. Fretz, Rodney A. Peebles et Thomas C. Wicker, *Ethics for Judges*, National Judicial College, University of Nevada, Reno, Nevada, American Bar Association, Chicago, 1982, 88 p.

Lisa L. Milord, *The Development of the ABA Judicial Code*, American Bar Association, Chicago, 1992.

J.M. Shaman, S. Lubet et J.J. Alfani, *Judicial Conduct and Ethics*, 3^e éd., Lexus Law, Charlottesville, Va., 2000, 681 p.

Des sanctions sont-elles prévues en cas de manquement aux devoirs qu'implique leur fonction ? Est considéré démissionnaire d'office le membre absent à trois séances successives sans motif légitime et celui qui enfreint les règles d'incompatibilité et l'obligation de réserve.

La preuve de l'infraction doit être établie en vertu d'une enquête entreprise par le Président en personne ou par un membre du Conseil. Le procès-verbal établi, présenté à l'Assemblée générale du Conseil constitutionnel, est conservé auprès du Président. Le Conseil proclame la vacation et la fin du mandat par décision à la majorité de sept membres au moins (articles 19 et 20 des Statuts intérieurs du Conseil constitutionnel au Liban)²⁷.

27. Nous avons adopté dans l'élaboration de cette étude les normes des *Chartes du citoyen* et sous forme de code de conduite : République libanaise, Bureau du ministre d'État pour la réforme administrative M. Fouad el-Saad, *Chartes du citoyen* (Rapports avec l'administration, Éducation, Santé, Patrimoine, Sécurité publique, Argent public, Environnement), coord. A. Messarra et dir. Leila Barakat, en coopération avec l'Union européenne, 2001-2004, Chartes publiées par le Programme des Nations Unies pour le Développement (UNDP) et le programme Pogar, 7 fascicules, 2007 (en arabe, français et anglais). En outre une Charte pour la magistrature en général au Liban a été établie par une commission comprenant MM. Tarek Ziadé, Tanios el-Khoury, Ghaleb Ghanem, Philippe Khairallah, au Ministère de la Justice au Liban, Beyrouth, 25/1/2005, 26 p. et *an-Nahar* (Liban), 26/1/2005. À propos de cette Charte : Tarek Ziadé, *Qawâ'id al-Qadâ' wa-istiqlâliyatuhu fî Lubnân wa-l-'alam al-'arabî* (La magistrature, ses normes et son indépendance au Liban et dans le monde arabe), Beyrouth, al-Mu'assasa al-hadîtha li-l-qitâb, Tripoli, 256 p., pp. 103-172.

Le juge constitutionnel, un juge spécial

M. Isaac Yankhoba Ndiaye

*Professeur à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar
Vice-président du Conseil constitutionnel du Sénégal*

Je voudrais donner au qualificatif une connotation neutre qui nous permet d'exclure l'aspect négatif susceptible de ramener des souvenirs récents que nous, pays africains, avons tous connus et subis avec une profonde détresse. Ici, l'adjectif ne saurait donc renvoyer aux tribunaux spéciaux, dits d'exception, qui ont plus rendu service que justice.

Mais je ne pourrais pas non plus proclamer *a priori* que le juge constitutionnel est un modèle parfait chez nous, par ce qu'il serait, depuis son avènement en 1992, le pilier incontestable de l'avancée démocratique au Sénégal : son action n'a pas écarté les turbulences et les vicissitudes qui ont émaillé l'évolution politique et institutionnelle du Sénégal.

C'est pourquoi, je serais plus enclin à rechercher un autre argumentaire pour essayer d'expliquer le titre de la communication. Celui-là a pour support théorique un triptyque.

Le juge constitutionnel est un juge spécial, d'abord en raison de ses attributions : régulateur du fonctionnement des pouvoirs publics, contrôle de constitutionnalité, juge du contentieux électoral ; toutes ces attributions sont non seulement exorbitantes, mais constituent aussi des situations à enjeux fondamentaux, car chaque acte posé peut faire avancer ou retarder la marche vers l'État de droit et la démocratie.

On peut donc facilement ici constater l'immensité de la charge et des responsabilités du juge constitutionnel.

Mais il y a un second volet qui vient compléter ce premier aspect. C'est celui de la contextualisation : l'Afrique longtemps martyrisée par des tyrans de tous bords, avec des guerres insensées, la famine, la maladie et des autorités politiques qui ont toujours cru et agi comme si tout leur était permis.

C'est ce paysage quelque peu noirci à dessein qui a prévalu jusqu'à la période dite de transition ou de renouveau démocratique réputée venir apporter une rupture profonde avec les méthodes de gouvernance de la chose publique, de la Cité.

Certes le Sénégal n'était pas directement concerné, car il avait déjà anticipé sur l'évolution en aménageant un multipartisme à quatre courants constitutifs, déjà à l'époque, d'exception.

Mais aujourd'hui, nous sommes tous situés au même niveau : la période de transition a permis à chacun de se doter d'une architecture constitutionnelle avec, sensiblement, la même orientation : promouvoir la démocratie.

Cependant, il nous faut reconnaître que nous y sommes parvenus par raccourci : la France qui nous a presque tous servi de modèle a connu un cheminement plus lent avec trois évolutions que l'on a pu comparer à des révolutions, en 1971, 1974 et 2008, année de consécration de la question prioritaire de constitutionnalité.

Nous, nous avons dû sauter plusieurs pas, parce que le raccourci était nécessaire, voire impérieux. Encore aurait-il fallu l'exploiter judicieusement en mettant à profit le temps gagné par avance.

J'aurais voulu pouvoir opiner dans ce sens sans hésitation, mais la mise en perspective du statut du juge, la perception qui en est faite et l'attitude même du juge, suscitent quelques nuances, voire quelques réserves.

C'est le dernier justificatif du titre : quelle est la place du juge constitutionnel dans nos démocraties en construction encore fragiles ?

Il nous faut certainement un juge pas comme les autres ; l'idéal serait de trouver des hommes et des femmes capables de résister aux pressions de tous bords, mais ayant surtout pleine conscience de leur rôle dans le parachèvement de l'État de droit et de la démocratie.

Or chez nous, le juge constitutionnel est bien souvent isolé ; il n'est épargné par personne : ni par l'opposition, ni par la majorité au pouvoir.

À cet égard, on peut relever, à titre illustratif mais significatif, la correspondance adressée par le Président de la République au Conseil constitutionnel lui enjoignant de s'expliquer, à la suite d'une décision qui aurait méconnu, selon lui, le principe du contradictoire, élément essentiel d'une bonne administration de la justice.

Il est vrai que l'échange épistolaire était très policé, mais il reste que l'orthodoxie peut continuer, légitimement, à s'interroger sur l'autorité qui s'attache encore aux décisions du Conseil constitutionnel.

Je sais que l'exemple sénégalais n'est pas un cas isolé dans nos tropiques ; je sais aussi qu'il est arrivé, en France, que le Conseil constitutionnel ait été présenté comme une « cible facile » bien que constituant « une institution essentielle » ; qu'il a pu être comparé à « une machine à trahir », et que le doyen Vedel, dans un article évocateur, a mis en relief « le sale plaisir de salir le Conseil constitutionnel ». Finalement, il n'y aurait donc rien de nouveau sur la terre africaine, car le procédé est éculé et se retrouve partout.

Mais il faut reconnaître qu'il existe néanmoins une particularité chez nous : les agressions contre le Conseil constitutionnel ne sont pas de même nature, et surtout, ici, le citoyen a fait irruption dans la sphère constitutionnelle par le biais des élections et le nouvel engouement pour la protection et la promotion des droits de l'homme, avec le soutien actif de la société civile.

L'opinion du citoyen ou celle présentée comme telle – mais peu importe à cet égard – traduit une prise de conscience nouvelle qui modifie la représentation accommodante, hier encore, acceptée.

Cette irruption est une donnée majeure que l'on ne peut occulter et qui nécessite une prise en charge équilibrée, si l'on veut éviter les débordements.

Nos juridictions constitutionnelles ont presque toutes vingt ans ; certaines sont parvenues, pour le moment, à jouer plus ou moins méthodiquement leur partition ; d'autres sont toujours à la recherche de leur voie.

Mais, quel que soit le regard que l'on peut y porter, il s'est avéré que le processus reste à parfaire, car le socle est toujours fragile.

Dans cette perspective, le juge constitutionnel, qui se doit d'apporter une contribution décisive, mérite alors d'être protégé (I). S'il est encore fortement contesté (II), c'est certainement parce que sa couverture n'a pas paru suffisamment épaisse.

I. Première partie : un juge protégé

La protection du juge constitutionnel peut être appréciée à un double niveau : d'une part, à travers les modalités de sa désignation (A) ; d'autre part, à travers le souci de lui assurer un confort certain (B) dès l'instant qu'il a été choisi.

A. Le profil du juge

Accéder aux fonctions de juge constitutionnel est perçu par l'opinion, voire même par les membres de la juridiction, comme une véritable consécration. Le poste est en effet fortement convoité,

certainement en raison de son prestige et des honneurs qui l'accompagnent. Pour beaucoup, c'est un couronnement de la carrière professionnelle. Mais rares sont encore ceux qui ont gardé le souvenir de leur passage au Conseil constitutionnel. C'est que le profil recherché est relativement sélectif et les postes à pourvoir restreints.

Le Conseil constitutionnel est composé de cinq membres. La désignation de ces membres est soumise à une procédure allégée (1) qui s'appuie sur des critères orientés (2).

1) Une procédure allégée

C'est le Président de la République qui porte son choix sur tous les membres du Conseil constitutionnel. Ce mode de nomination a toujours été décrié, non pas seulement par ce que l'Exécutif en a le monopole, mais aussi et surtout, en raison de l'obligation de gratitude qui serait à la charge des membres ainsi désignés. L'argument, toujours d'actualité, ne semble pas avoir été entendu par les diverses autorités de nomination qui, à cet égard, font preuve d'une remarquable facilité d'accommodation.

Mais, existe-t-il réellement une bonne procédure, celle qui serait sans défaut, l'essentiel, n'est-il pas dans le choix et la conscience des personnes devant assumer les fonctions ?

En tout état de cause, ce mode de nomination est loin d'être discrétionnaire.

La procédure, peu contraignante, varie en fonction de la catégorie professionnelle d'appartenance du juge constitutionnel. D'ailleurs, en réalité, elle n'est formalisée qu'à l'égard des magistrats choisis par le Président de la République. C'est précisément à ce propos qu'est survenu le premier contentieux. En l'occurrence, il s'agissait de procéder au remplacement du Président du Conseil constitutionnel démissionnaire durant la période électorale.

Par le décret 93-187 en date du 2 mars 1993, le Président de la République nomme le Premier Président de la Cour de Cassation en qualité de Président du Conseil constitutionnel.

Un candidat à l'élection présidentielle intente un recours pour excès de pouvoir contre cette décision au motif que le Président de la République n'avait pas sollicité l'avis conforme et motivé du Conseil supérieur de la Magistrature, conformément aux dispositions de l'article 5 alinéa 2 de la loi organique portant statut des magistrats.

Le recours est rejeté par le Conseil d'État :

« Considérant qu'en sa seule qualité de candidat aux élections présidentielles et législatives, le requérant ne justifie pas d'un intérêt direct et personnel lui donnant qualité pour attaquer le décret. Que dès lors, le recours doit être déclaré irrecevable » (Arrêt 0012 du 25-08-1993, Pr. I. Der Thiam – État du Sénégal).

On aurait pu discuter sur les notions d'intérêt et de qualité et des conceptions qui les sous-tendent ; mais notre propos sur la solution retenue va être volontairement retenu pour le rendre plus expressif à l'instant opportun.

Pour le moment, il faut retenir qu'un candidat aux élections présidentielles et législatives n'a pas d'intérêt direct et personnel, faute de qualité pour contester un acte, même illégal, du Président de la République, et portant nomination du Président de la juridiction chargée de veiller à la régularité des opérations électorales. Le choix des conseillers repose aussi sur certains critères.

2) Des critères orientés

C'est la loi organique de 1992 sur le Conseil constitutionnel qui en fixe les contours. Celle-ci limite fortement la prérogative présidentielle en imposant d'exercer un choix principalement parmi les professionnels du droit. La loi exige, en effet, des membres qu'ils aient des compétences juridiques et une expérience professionnelle avérée.

Sur les cinq membres qui composent le Conseil constitutionnel, trois sont obligatoirement des magistrats, hors hiérarchie, anciens ou en activité, de la Cour suprême ou de la Cour d'appel. Les deux autres membres peuvent être choisis parmi les professeurs de droit, les avocats ou les inspecteurs

généraux d'État, à condition d'avoir exercé au moins pendant vingt-cinq ans dans leur profession. La pratique aujourd'hui établie est de réserver le poste de Vice-président du Conseil constitutionnel à un ancien Doyen de la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Dakar ou de Saint-Louis.

C'est dans cette même perspective que la Présidence du Conseil constitutionnel a toujours été assurée par un magistrat.

Cependant, le Président et le Vice-président ne sont pas choisis par leurs pairs : ils sont aussi désignés par le Président de la République.

Le législateur considère, sans aucun doute, qu'une juridiction constitutionnelle devrait être composée principalement par des personnes possédant une qualification et une expérience juridiques. On comprendrait difficilement que le seul organe habilité à censurer la Constitution voie son pouvoir s'exercer par des personnes dont les textes n'exigent aucune qualification ou expérience juridique. Les quatre équipes qui se sont succédées au Conseil reflètent de façon incontestable cette orientation. La juridiction a en effet accueilli deux Premiers Présidents de la Cour suprême, deux Présidents du Conseil d'État, six Présidents de section de la Cour suprême, deux Premiers Présidents de la Cour d'appel, deux avocats, deux Doyens des Facultés de droit, deux inspecteurs généraux d'État.

C'est certainement l'histoire qui peut expliquer la présence de magistrats en surnombre : les compétences dévolues aujourd'hui au Conseil constitutionnel ont été exercées jusqu'en 1992 par la Cour suprême.

La responsabilité confiée ainsi principalement à des professionnels pourrait contribuer à une orientation dynamique du contentieux constitutionnel dans lequel le droit occupe de plus en plus une place prépondérante.

Le rôle que les juristes vont devoir jouer à ce titre peut alors s'avérer décisif.

Il faut certes éviter que le Conseil constitutionnel ne se laisse enfermer dans le voile d'un juridisme étouffant et en déphasage avec les exigences d'une justice constitutionnelle équitable.

C'est d'ailleurs ce souci d'ouverture qui explique que, lors d'un séminaire récent, la Haute Juridiction ait retenu, parmi les recommandations, de diversifier les autorités de nomination et les origines professionnelles des membres tout en maintenant la tendance actuelle.

L'objectif est de mettre à la disposition du Conseil constitutionnel des hommes et des femmes d'expertise et d'expérience pouvant exercer leur compétence en toute indépendance.

Il est alors fortement utile de leur assurer un certain confort dans l'exercice de leur mission.

B. Le confort du juge

L'idée est de mettre le juge constitutionnel à l'abri du besoin, des tentations et de toutes influences et sujétions. Cette garantie est assurée matériellement et surtout au niveau organique et fonctionnel.

1) Le confort matériel

Il a pour support essentiel la rémunération. Celle-ci est fixée par rapport « à la catégorie supérieure des emplois de l'État classés hors échelle ».

Mais, en réalité, ce traitement de base ne constitue pas pour la plupart des membres du Conseil une rémunération promotionnelle. En effet, eu égard aux exigences d'expérience et de qualification auxquelles sont soumis les conseillers, ce plafond était souvent, soit déjà atteint, soit dépassé, du fait de l'ancienneté dans les différents corps d'origine.

L'importance du traitement est surtout le résultat de multiples indemnités qui s'y ajoutent et qui peuvent susciter l'envie.

Par ailleurs, les membres du Conseil bénéficient de tous les avantages matériels accordés aux agents de la catégorie supérieure des emplois de l'État (maison, mobilier, voiture de fonction).

Enfin, il est reconnu au Conseil constitutionnel une autonomie budgétaire avec un compte spécial administré par le Président. La gestion des crédits du Conseil est, elle aussi, retracée dans une

comptabilité spéciale ; les dépenses effectuées échappent, par dérogation, aux règles relatives à la comptabilité de l'État : elles sont dispensées de visa ou de tout contrôle préalable (loi organique 92-23 du 30 mai 1992 relative au Conseil constitutionnel).

Mais c'est surtout l'aspect organique qui consolide le confort dans lequel sont installés les juges constitutionnels.

2) Le confort organique

C'est cet élément qui rassure davantage sur l'indépendance du juge constitutionnel.

Il peut être décliné en trois termes qui concourent tous au même objectif.

Garantir l'indépendance du magistrat, c'est d'abord fixer des incompatibilités. C'est faire en sorte que le juge soit dégagé de liens professionnels ou institutionnels qui pourraient créer une quelconque dépendance.

Le domaine des incompatibilités est largement couvert par l'article 6 de la loi organique du 30 mai 1992 sur le Conseil constitutionnel :

« Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec la qualité de membre du Gouvernement, ou d'un cabinet ministériel, avec l'exercice d'un mandat électif, avec l'exercice de la profession d'avocat, d'officier ministériel, d'auxiliaire de justice et toute activité professionnelle privée. L'exercice de toute autre activité doit être autorisé par le Conseil ».

Il faut aussi permettre au juge d'assurer sa fonction dans la sérénité, sans avoir à craindre une poursuite, notamment pénale. C'est l'objet de l'immunité (article 97 de la Constitution).

L'indépendance du juge se manifeste enfin par l'affirmation et le respect de la règle de l'inamovibilité. Celle-ci investit le juge, selon la formule du Doyen Hauriou, d'une forme « de propriété du siège qu'il occupe ».

Le juge constitutionnel bénéficie d'un mandat de 6 ans non renouvelable ; et il est assuré d'une stabilité certaine dans l'exercice de sa mission car « il ne peut être mis fin, avant l'expiration de leur mandat, aux fonctions de membres du Conseil constitutionnel que sur leur demande ou pour incapacité physique, et sur l'avis conforme du Conseil... » (article 5 alinéa 1 de la loi organique du 30 mai 1992 sur le Conseil constitutionnel).

Manifestement, il y a là autant de principes qui sont à même de garantir au juge constitutionnel l'indépendance qui sied à ses fonctions. Mais l'efficacité d'une garantie se mesure lors de sa mise en œuvre. Or, dans cette perspective, il n'est pas improbable de constater parfois des remises en cause réelles ou latentes.

Il est déjà arrivé à deux reprises que le juge constitutionnel lui-même décide de mettre fin à son mandat avant terme. À deux reprises, il s'est affranchi des garanties que lui accorde la loi, mais dans l'irrespect total des formes requises.

En 1993, en pleine période électorale, le Président du Conseil a démissionné par une simple lettre adressée au Président de la République.

Neuf ans plus tard, le Président du Conseil constitutionnel est nommé Ministre dans le Gouvernement. Le Conseil (le Président démissionnaire et deux autres membres) se réunit pour donner un avis conforme relativement au départ de l'intéressé.

Formellement, le quorum exigé pour les délibérations du Conseil (au moins trois membres) est respecté, mais la double qualité de juge et de partie assumée par le Président affecte substantiellement la décision (Décision n° 89, affaire 4-2002, *Youssoupha Ndiaye*).

Par contre, sur un autre registre, le Conseil constitutionnel a dû, à juste titre, demander à un membre qui voulait rester, malgré la fin de son mandat, de partir.

Le litige a eu pour siège l'alinéa 4 de l'article 5 de la loi organique du 30 mai 1992 sur le Conseil constitutionnel qui dispose :

« le membre du Conseil nommé pour remplacer un membre du Conseil dont le poste est devenu vacant, achève le mandat de celui-ci. À l'expiration de ce mandat, il peut être nommé pour accomplir un mandat de six ans ».

À la suite de la démission du Vice-président, un membre du Conseil a été nommé pour le remplacer et un nouveau membre nommé pour régulariser la composition du Conseil. L'ancien membre devenu Vice-président a cru pouvoir bénéficier des dispositions du texte précité. Ce qui aurait eu pour conséquence de le maintenir au Conseil pendant... dix-sept ans.

Il est symptomatique, à cet égard, de relever qu'un ténor du barreau peut préférer le confort du Conseil aux fastes et aux honneurs de son office. Mais cette préférence reposait sur une méprise que le Conseil a judicieusement relevée, en précisant que le membre devenu Vice-président avait tout juste bénéficié d'une « promotion interne » qui échappe aux dispositions de l'article 5 alinéa 4 de la loi organique.

Enfin, il n'est pas inutile de rappeler que l'autorité de nomination ne peut mettre fin au mandat d'un membre du Conseil constitutionnel, et c'est précisément cette exclusion du pouvoir de révocation qui devrait donner à l'indépendance du juge toute sa plénitude.

Et comme il est admis que c'est à l'aune de la pratique que s'apprécie l'efficacité d'un texte, il reste à soulever une hypothèse que le Conseil n'a pas connue mais qui ne peut pas ne pas être envisagée. À titre illustratif mais significatif, il y a lieu de signaler qu'une structure bénéficiant d'une protection similaire (la Commission électorale nationale autonome (CENA) a dû accepter la démission de son Président, suite à la demande insistante de l'autorité de nomination. Le procédé s'est révélé imparable devant l'impuissance de la loi.

C'est là un moyen détourné de mettre en relief la relativité de l'intangibilité du statut du juge constitutionnel.

Sous cette réserve, il est possible de convenir que le choix du juge constitutionnel obéit à des critères sélectifs qui sont à la dimension du confort recherché. Bien souvent, les membres du Conseil finissent leur carrière en cours de mandat. Ils sont réputés n'avoir plus à se soucier des contingences de la vie quotidienne tout en conservant leur liberté dans l'exercice de leur mission.

Cette dynamique optionnelle n'a pas pu cependant écarter les vives contestations dont fait l'objet le juge constitutionnel.

II. Un juge contesté

La contestation du juge constitutionnel n'est pas une situation nouvelle au Sénégal. Elle a toujours existé avant même l'avènement d'une véritable juridiction constitutionnelle (S. M. SY, *L'évolution constitutionnelle au Sénégal*). Il semble d'ailleurs qu'aucun pays n'est parvenu à y échapper, tant au Nord qu'au Sud.

Mais la particularité chez nous, pays en transition et/ou à démocratie encore fragile, c'est que cette logique de mise en cause permanente n'est plus seulement d'essence politique ; elle est aujourd'hui aussi d'ordre technique. Et c'est en cela qu'elle affecte davantage le fonctionnement de la justice constitutionnelle.

Le glissement qui s'est ainsi opéré trouve son support dans une dépendance que l'on insinue (A) et dans une impartialité que l'on peut suspecter (B).

A. Une dépendance insinuée

Elle est le résultat d'une jurisprudence pas toujours inspirée (1) et qui a le désavantage de laisser un contentieux sans juge, source potentielle d'une injustice constitutionnelle (2).

1) La jurisprudence de l'incompétence et de l'irrecevabilité

Il faut commencer par situer le tableau avant de revenir sur les deux versants de cette réalité jurisprudentielle.

Lorsque le juge constitutionnel est appelé à se prononcer sur des questions politiquement sensibles ou délicates (amnistie des crimes et délits politiques, modification du mandat du Président de la République, éviction du Président de l'Assemblée nationale, prorogation du mandat des députés...), il s'est souvent retrouvé en parfaite concordance avec l'autorité politique.

Or l'argumentaire qui est le support de cette convergence est doublement contestable : soit « le point de départ est vicié et la déduction est imparfaite, soit le raisonnement est apparemment correct et conforme à la logique, mais aboutit à une conclusion inexacte. C'est le paralogisme couplé au sophisme » (Babacar Kanté, « Les méthodes et techniques d'interprétation de la Constitution : l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone », in *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, 2005, p. 163). Dans le même temps, le Conseil constitutionnel sénégalais s'est fait surtout remarquer par une lecture excessivement minimaliste de sa compétence d'attribution :

– « Considérant que la loi attaquée modifie les articles 21 et 28 de la Constitution ; qu'elle est donc une loi constitutionnelle dont le contrôle échappe à la compétence du Conseil constitutionnel ».

– « La législation sénégalaise ne contient aucune disposition constitutionnelle ou légale conférant au Conseil constitutionnel compétence pour statuer sur les recours dirigés contre les décisions prises en matière de référendum par le Président de la République ».

– « Considérant que le Conseil constitutionnel est juge d'attribution et ne peut se prononcer que sur des cas limitativement prévus par les textes qui fixent sa compétence ; qu'aucun des textes ne lui confère une compétence consultative ; que dès lors, le recours dont il est saisi échappe à sa compétence ».

Et l'on retrouve le même écho quand il s'agit d'apprécier le délai des recours en inconstitutionnalité (cf. décision n° 53/98, affaire n° 18/C/98 du 9 octobre 1998, in *Les Décisions et avis du Conseil constitutionnel*, sous la direction de I.M. Fall, CREDILA, 2008, p. 295 ; décision n° 45/98, affaire n° 10/C/98 du 9 octobre 1998, in *Les Décisions et avis, op. cit.*, p. 266).

Or, « en déclarant tardif un recours introduit le 4 septembre 1998 contre une loi adoptée le 28 août 1998, le Conseil procède à une appréciation par trop sévère des délais avec une tolérance zéro parce que la computation des délais en l'espèce montre que la tardiveté alléguée n'est que de quelques heures. Il s'agit d'une sévérité qui fait parfois rater au Conseil constitutionnel des occasions de dire le droit... » (I. M. Fall, *op. cit.*).

Il est possible juridiquement de comprendre et d'expliquer le refus du juge de contrôler une loi constitutionnelle ou référendaire, même si un autre choix peut être retenu.

Il est tout aussi pertinent de déclarer irrecevable un recours introduit hors délai, tant il est vrai que « la computation des délais est une formalité procédurale substantielle exigée par la loi en matière de contentieux » (O. Diop, *La contestation de la justice constitutionnelle*, à paraître).

Il est donc inconvenant *a priori* de reprocher au Conseil constitutionnel son inclinaison circonstancielle.

Mais dès lors que le refus de juger au fond apparaît presque toujours favorable à l'autorité politique, l'idée d'un assujettissement du juge commence à s'incruster, même dans la conscience des gens avisés qui ne sont pas à court d'arguments.

On peut certes admettre que la conception minimaliste en matière de compétence n'est pas éloignée de l'orthodoxie juridique. Mais comme il a été judicieusement souligné (F. Mbodj *Les compétences du Conseil constitutionnel*, communication, séminaire septembre 2011, O. Diop, article précité), l'existence de compétences d'attribution ne peut constituer un obstacle à l'existence d'un pouvoir jurisprudentiel lié à la fonction même de juger.

D'ailleurs, le juge constitutionnel n'a pas manqué d'en faire usage dans un passé relativement récent : « ... Ni le silence de la loi, ni l'insuffisance de ses dispositions n'autorisent le Conseil compétent en l'espèce à s'abstenir de régler le différend porté devant lui » (C.c. 5/C/93).

Sur un autre registre, il est tout aussi difficile de comprendre que le juge constitutionnel cherche souvent des « astuces de motivation » ou « profite d'une lacune de la Constitution » (B. Kanté, *op. cit.*) pour se déclarer incompétent sur le contentieux du référendum, tout en se reconnaissant compétent pour les résultats.

En outre, il a été constaté que « le système de computation du délai adopté, particulièrement sévère, relève soit d'une erreur peu probable, soit de la volonté de ne pas examiner les aspects politiques d'une élection » (B. Kanté, article précité).

C'est la conjonction de toutes ces constatations qui fait craindre un risque, celui du contentieux sans juge, vecteur d'injustice constitutionnelle.

2) Un contentieux sans juge

L'ampleur des décisions d'incompétence et d'irrecevabilité a pour effet majeur de mettre en relief l'existence d'un contentieux sans juge.

Et cette permissivité récurrente donne à l'autorité politique le sentiment qu'il est lui est loisible de tout faire, tant il est vrai que, dans nos pays, les majorités parlementaires restent encore animées d'inclinaisons dominatrices et abusives. C'est certainement cette orientation qui peut expliquer le rythme ahurissant de certaines révisions constitutionnelles (I. M. Fall, *op. cit.*).

La stabilité de la Constitution, dans ces conditions, constitue l'exception, et dans le même temps s'opère une certaine banalisation.

C'est cette combinaison de situations singulières qui alimente le sentiment d'injustice constitutionnelle (A.-M. Le Pourhiet, in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, pp. 223-231). Celui-ci peut alors progressivement s'installer et se propager au sein de ceux qui se sentent exclus.

Le déni de justice apparaît alors à grands traits (F. Mélin-Soucramanien, « Du déni de justice constitutionnelle en droit public français », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, pp. 277-290).

La crédibilité et la légitimité du juge constitutionnel sont mises en perspective.

Le Conseil constitutionnel tend de plus en plus à ne plus être perçu comme un contre-pouvoir ou un rempart face aux excès de tous bords.

L'inertie constante du juge constitutionnel dans les moments de forts enjeux peut faire croire que l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics ne joue pas encore pleinement son rôle.

Il ne faudrait pas alors aussi que l'on soit amené à suspecter son impartialité.

B. Une impartialité suspectée

La notion d'impartialité est aujourd'hui reconnue comme « la pierre angulaire du droit au procès équitable ». Elle est ainsi consacrée par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et par la Constitution, avant d'être rappelée dans la loi organique portant statut de la magistrature. Le dédoublement de la notion a conduit à distinguer entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective.

L'impartialité subjective correspond au for intérieur même du juge, à ses convictions personnelles. Ses préjugés, ses partis pris ne lui permettent pas de statuer de façon neutre quant à une affaire.

L'impartialité objective ou fonctionnelle renvoie à des faits vérifiables qui, dans l'organisation des juridictions, peuvent remettre en cause la neutralité du juge.

Le devoir d'impartialité, comme l'indépendance du juge, est souvent une « affaire de conscience et de circonstance ». Mais qu'elle soit subjective ou objective, l'impartialité du juge devrait être mise à l'abri des suspicions.

Ici, elle reste encore en suspens (2) même si, par emprunt, on peut trouver des illustrations (1).

1) Les précédents par emprunt

L'emprunt se traduit par le fait que la mise en cause de l'impartialité ne concerne pas le juge constitutionnel, mais une structure autonome de régulation des élections : l'Observatoire National des Élections (ONEL) devenu aujourd'hui la Commission Électorale Nationale Autonome (CENA). Chacune de ces structures a connu un contentieux relatif à l'impartialité.

Dans la première affaire, un général de Brigade à la retraite est nommé Président de l'ONEL par décret du 29 mai 1999. Or ce dernier appartenait à un mouvement de soutien dénommé « Horizon 2000 avec Abdou Diouf ».

Le requérant prétend que l'autorité de nomination a méconnu les dispositions de l'article L. 5 du code électoral qui dispose que les membres d'un groupe de soutien à un parti, à une liste de candidats ou à un candidat, ne peuvent être nommés membres de l'ONEL.

Et pourtant, ce n'est que lorsque la pression est devenue insupportable que le Président de l'ONEL finit par démissionner. Le Conseil d'État qui avait été déjà saisi pouvait donc décider qu'il « n'y a pas lieu à statuer ».

Cette décision apparemment conforme ne satisfait pas cependant l'esprit, si on la met en parallèle avec une autre décision du même Conseil d'État déclarant l'irrecevabilité de la requête, faute d'intérêt personnel et direct du requérant (conf. *supra* A).

Or dans l'affaire relative à l'ONEL, le requérant avait la même qualité : candidat aux élections présidentielles et législatives. Cela a suffi pour que le Conseil d'État, avec le même rapporteur, déclare le recours recevable.

On peut, dès lors, se demander si le Conseil d'État n'a pas « fermé les yeux » sur la recevabilité parce qu'il savait déjà, du fait de la démission intervenue, qu'il n'y aurait pas lieu à statuer.

Dans la deuxième affaire, c'est le Conseil constitutionnel qui est saisi d'un recours aux fins de récusation de trois membres de la CENA dont le Président et le Vice-président.

Les motifs de récusation étaient variés mais l'impartialité du Président était mise en doute du fait de la qualité de son conjoint, responsable politique du parti au pouvoir. Un risque d'influence pouvait-il être pris en compte ?

On ne saura pas la réponse pour le moment parce qu'« aucun texte ne donne compétence au Conseil constitutionnel pour statuer sur la conformité d'un décret à une loi ou à un autre décret ; que dès lors, le Conseil constitutionnel n'a pas compétence pour statuer sur la demande en récusation des membres de la CENA nommés par décret » (C.c. décision n° 94/2005, affaire n° 1/E/2005 – 2/E/2005).

Mais le Conseil constitutionnel lui-même peut-il échapper à la récusation ?

2) L'impartialité en suspens

La partialité du juge constitutionnel n'est plus seulement susurrée, mais elle est, de plus en plus, déclamée, hors prétoire. La question ne s'est pas encore posée de façon ouverte. Le temps d'une réclamation frontale n'est certainement pas éloigné. Si la question a pu être soulevée au niveau de l'ONEL et de la CENA, il est évident qu'elle ne sera pas occultée indéfiniment. Le Conseil constitutionnel sera inéluctablement conduit à rendre des comptes du point de vue de l'impartialité qui doit être la sienne en tant que juge.

La garantie de l'impartialité du juge constitutionnel reste toujours en suspens. Il est temps de prévoir une réponse juridique à la mesure de l'importance des enjeux. Il est certainement utile, voire impérieux, de prévoir des incapacités de juger et une procédure de récusation.

Le droit commun aménagé peut servir de source d'inspiration.

L'avenir de la justice constitutionnelle est fonction de son aptitude à consolider l'État de droit. Les exigences d'une démocratie moderne sont à ce prix. On s'est demandé récemment encore quand et comment la justice constitutionnelle africaine fera sa mue. Celle-ci a, en réalité, commencé à s'opérer ; il appartient surtout au juge constitutionnel de savoir et de pouvoir l'encadrer judicieusement. La légitimité et l'autorité des décisions dépendent des garanties d'indépendance et d'impartialité qu'il offre.