

## 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.