

Regard sur les Conseils constitutionnels algérien, marocain et tunisien.
Quel constitutionnalisme pour le Maghreb central ?

Xavier Magnon
Professeur à l'Université de
Perpignan – *Via Domitia*

« La pensée démocratique que la volonté du nombre peut faire la loi (...) est une idée qui n'a jamais pénétré l'Islam. En terre musulmane, la loi doit être respectée parce qu'elle est la volonté du pouvoir et que cette volonté reflète ou incarne celle de Dieu »¹. Cette réflexion générale sur les sources du droit musulman laisse augurer de quelques paradoxes à s'interroger sur le constitutionalisme dans des Etats de confession musulmane. La soumission de la loi et donc, plus ou moins directement, de l'autorité de Dieu au droit semble indubitablement conduire à une aporie. D'autant que, « si l'on se réfère à l'interprétation donnée par la plupart des théologiens musulmans, la loi révélée ou *chari'a* est supérieure à l'Etat dont la raison d'être est de se mettre au service des principes et règles découlant du Coran, de la sunna et du consensus des légistes religieux »².

Pourtant, l'Islam n'apparaît pas en lui-même comme un obstacle direct au constitutionalisme. Il ne contient que peu de prescriptions concernant l'organisation de l'Etat et du pouvoir en son sein. Le droit public musulman peut être considéré comme étant le droit applicable au calife c'est-à-dire à celui qui dirige la communauté. L'*umma*³ islamique « prend sa consistance unitaire par son représentant suprême, le calife, qui applique la loi islamique au nom de qui on dit la prière »⁴. Il n'existe pas de « zone laïque qui se distinguerait d'une zone cléricale »⁵. Pouvoir religieux et pouvoir temporel sont confondus. Ainsi identifié, le droit public musulman se caractérise par son silence « sur la succession du Prophète, sur la nature de son pouvoir et celui de ses successeurs »⁶. Un tel silence a permis une ouverture vers l'extérieur pour rechercher des modèles d'organisation de l'Etat. Certains ont soutenu en ce sens que « rien n'empêche les musulmans d'édifier leur Etat ou leur système de gouvernement sur la base des dernières créations de la raison humaine et sur la base des systèmes dont la solidité a été prouvée »⁷. Au moment de la décolonisation, de fait,

L'auteur entend remercier le Président du Conseil constitutionnel marocain, le Dr. Mohamed ACHARGUI, pour sa précieuse collaboration.

¹ F.-P. BLANC, *Le droit musulman*, Dalloz, Connaissance du droit, 2^{ème} édition, 2007, p. 9.

² A. MAHIOU, « L'Etat de droit dans le monde arabe. Rapport introductif », in *L'Etat de droit dans le monde arabe*, CNRS Editions, 1997, p. 6.

³ Peuple, communauté, nation.

⁴ H. BLEUCHOT, *Droit musulman. Tome 2 : Fondements, culte, droit public et mixte*, PUAM, Collection Droits et Religions, 2002, § 344, p. 527.

⁵ *Loc. cit.*, § 347, p. 529.

⁶ *Loc. cit.*, § 350, p. 533.

⁷ A. ABDERRAZIQ, *L'Islam et les fondements du pouvoir*, La Découverte, 1994 cité par A. MAHIOU, « L'Etat de droit dans le monde arabe. Rapport introductif », *précité*, p. 8.

l'Islam ne proposait aucun modèle aux pays accédant à l'indépendance⁸. Aucun texte issu du droit musulman n'était donc en mesure de faire obstacle ou de concurrencer l'influence occidentale au moment de l'adoption des Constitutions des nouveaux Etats. L'Algérie, le Maroc et la Tunisie, notamment, se sont donc inspirés, plus ou moins largement, des Constitutions occidentales et, en particulier, de la Constitution française de la V^{ème} République. Toutefois, car il ne saurait y avoir de source du droit en dehors de Dieu, chacune des Constitutions s'est inscrite sous l'autorité de Dieu : l'Algérie est « terre d'islam »⁹, le Royaume du Maroc est un « Etat musulman souverain »¹⁰, la Constitution tunisienne est arrêtée par les représentants du peuple souverain « Au nom de Dieu »¹¹. Dans chacun de ces trois Etats, l'Islam est la religion de l'Etat¹². Ainsi, non sans un certain paradoxe, l'organisation de l'Etat est, de manière structurelle, laïcisée, en empruntant au moins formellement les principes des démocraties occidentales libérales (Etat de droit, démocratie et libéralisme politique), alors que le texte suprême qui encadre le pouvoir dans l'Etat, la Constitution, demeure matériellement sous l'autorité de Dieu.

Parmi les différentes influences des démocraties occidentales, le constitutionalisme, apport majeur de la seconde partie du XX^{ème} siècle, a inspiré les trois Etats maghrébins. Selon une acception moderne, il désigne « les régimes politiques qui, grâce à l'établissement d'un *contrôle de constitutionnalité* exercé par une instance politico-judiciaire « indépendante », rendant possible la limitation du *pouvoir législatif* lui-même en veillant à la conformité des lois à la Constitution et à ses principes généraux »¹³. Il comporte une double dimension : le principe de la soumission du législateur au droit, d'une part, et la sanction du respect de ce principe par un organe indépendant, d'autre part. En France, l'affirmation du Conseil constitutionnel selon laquelle la loi « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »¹⁴ illustre l'ampleur du changement de perspective lié au constitutionalisme dans un Etat attaché, de par son histoire, à la souveraineté absolue de la loi. La conformité au droit conditionne l'expression de la volonté générale formalisée dans la loi.

La concrétisation du constitutionalisme dans les trois Etats maghrébins s'est faite grâce à l'institution d'un organe chargé de la justice constitutionnelle, dont la dénomination est éclairante sur son modèle de référence : le Conseil constitutionnel. La création d'une juridiction

⁸ Y. BEN ACHOUR, *L'Etat nouveau et la philosophie politique et juridique occidentale*, Tunis, 1980, CERP, pp. 323-324, cité en ce sens par H. BLEUCHOT, *Droit musulman. Tome 2 : Fondements, culte, droit public et mixte, op. cit.*, § 424, p. 580.

⁹ Préambule de la Constitution algérienne du 28 novembre 1996.

¹⁰ Préambule de la Constitution marocaine du 13 septembre 1996.

¹¹ Préambule de la Constitution tunisienne du 1^{er} juin 1959.

¹² Article 2 de la Constitution algérienne, article 6 de la Constitution marocaine de 1996 et article 1^{er} de la Constitution tunisienne. L'article 178 de la Constitution algérienne interdit par ailleurs toute révision constitutionnelle portant atteinte à « l'Islam, en tant que religion de l'Etat ». Dans le même sens, l'article 106 de la Constitution marocaine précise que les « dispositions relatives à la religion musulmane ne peuvent faire l'objet d'une révision constitutionnelle ».

¹³ P. RAYNAUD, « Constitutionalisme », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Lamy-PUF, 2003.

¹⁴ C.C., n° 85-197 DC, 23 août 1985, *Evolution de la Nouvelle-Calédonie II*, RJC-I, p. 238, Cons. n° 27.

constitutionnelle est toutefois plus ou moins récente selon les Etats. Au Maroc, le Conseil constitutionnel a son origine dans la Constitution du 4 septembre 1992¹⁵ et il a été maintenu dans la Constitution actuelle du 13 septembre 1996. En Algérie, c'est la Constitution du 28 février 1989 qui l'a institué et il est aujourd'hui présent dans la Constitution du 28 novembre 1996. En Tunisie enfin, il fût créé par un décret n° 87-1414 du 16 décembre 1987 avant d'être formalisé dans la Constitution du 1^{er} juin 1959 par la loi constitutionnelle du 6 novembre 1995. Le Conseil constitutionnel apparaît donc comme une institution relativement jeune. Cette jeunesse invite à une certaine indulgence car la valeur et l'efficacité d'une justice constitutionnelle ne s'apprécient que dans la durée. La mission consistant à soumettre la volonté générale au respect du droit impose, en pratique, que l'institution chargée de l'assurer puisse dans un premier temps trouver ses marques et sa place au sein des institutions de l'Etat avant de pouvoir s'imposer dans un second temps. A cet égard, l'expérience française incite à la modestie. Institué en 1959, le Conseil constitutionnel n'a intégré le Préambule de la Constitution de 1958, et plus précisément les textes auxquels celui-ci renvoie, à savoir la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, dans les normes constitutionnelles en vigueur dont il est chargé de sanctionner le respect que dans la décision fondatrice du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*¹⁶. Intervenue plus de dix ans après sa création, cette révolution juridique a conduit à transformer le statut du juge constitutionnel : il ne sera plus seulement le régulateur des pouvoirs publics, il devient le défenseur des droits et libertés fondamentaux.

Pour autant, cette indulgence et cette modestie ne sauraient empêcher une lecture scientifique, et donc critique, de la situation que l'on peut observer dans ces trois Etats du Maghreb. Cette lecture se nourrit des expériences européennes de justice constitutionnelle et plus largement du modèle européen qui s'en dégage mais également, voire surtout, de l'expérience française. Celle-ci est en effet manifeste dans le constitutionalisme maghrébin. Elle n'est pas seulement une question de dénomination. Le Conseil constitutionnel français apparaît ainsi assez naturellement comme un *tertium comparationis* pour apprécier les Conseils constitutionnels maghrébins. Terme de comparaison mais pas étalon, dans la mesure où les statuts des juges constitutionnels maghrébins ont parfois intégré des éléments qui sont absents du statut du Conseil constitutionnel, comme par exemple la protection des juges constitutionnels contre des poursuites pénales¹⁷. Il faut en effet se garder de toute analyse stricte en termes de « greffe institutionnelle »¹⁸. Les systèmes maghrébins et plus largement les Constitutions africaines ne sauraient se réduire à un « simple écho de modèles extérieurs », aussi « la reproduction à l'identique d'articles, de règles et de mécanismes

¹⁵ Sur le contrôle de constitutionnalité des lois au Maroc avant la mise en place du Conseil constitutionnel par la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême : A. BOUDAHRAIN, *Eléments de droit public marocain*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 1994, p. 126 et s.

¹⁶ C.C., n° 71-44 DC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, Rec., p. 29.

¹⁷ Voir *infra*.

¹⁸ Y. MENY, « La greffe et le rejet : les politiques du mimétisme institutionnel », in *Les politiques du mimétisme institutionnel : la greffe et le rejet*, sous la direction de Y. MENY, L'Harmattan, Logiques juridiques, 1993, p. 7.

(...) doit[-elle toujours] être interprétée avec prudence »¹⁹. « Les configurations institutionnelles reflètent partout, quelle que soit la nature du régime, un entrecroisement complexe de biens importés et de biens conservés ou redécouverts »²⁰.

Quel regard peut-on alors porter sur le constitutionalisme tel qu'il apparaît dans les trois Etats étudiés à partir de la figure de leur Conseil constitutionnel ? La qualité d'une justice constitutionnelle s'apprécie tant dans les textes relatifs au juge constitutionnel que dans la jurisprudence que celui-ci rend. Si les textes relatifs au juge constitutionnel, à son statut comme à ses compétences, sont aisément accessibles en français, tel n'est pas toujours le cas de la jurisprudence. La Constitution marocaine (titre VI) et la Constitution tunisienne (titre IX) contiennent un titre spécifique sur le Conseil constitutionnel. La Constitution algérienne concentre les dispositions relatives au Conseil constitutionnel dans le chapitre I, *Du contrôle*, de son titre troisième, *Du contrôle et des institutions consultatives*. Les dispositions constitutionnelles sont complétées par une loi organique relative au Conseil constitutionnel au Maroc et en Tunisie²¹ ou par un règlement fixant les règles de fonctionnement du Conseil constitutionnel²², complété par un certains nombres de décrets présidentiels²³, en Algérie. Concernant la jurisprudence, celle-ci est publiée dans le journal officiel, mais elle l'est en langue arabe. Le Conseil constitutionnel algérien dispose toutefois d'un site constitutionnel en français qui réunit les décisions et avis qu'il a rendus²⁴. Les deux autres Conseils constitutionnels rendent accessible un certain nombre d'informations en français sur le site de l'Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français²⁵. Face à ces lacunes, il est donc parfois nécessaire d'utiliser des sources indirectes et en particulier des sources doctrinales²⁶.

¹⁹ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *Les Constitutions africaines publiées en Français. Tome 2*, La documentation française, Retour aux textes, 1998, p. 10.

²⁰ B. BADIE, « Le transfert de technologie politique dans le monde arabe, de l'importation à l'innovation », *Bulletin du CEDEJ*, n° 23, 1988, p. 109, cité en ce sens par Y. MENY, « La greffe et le rejet : les politiques du mimétisme institutionnel », *précit.*, p. 8.

²¹ Loi organique n° 29-93 du 25 février 1994 relative au Conseil constitutionnel au Maroc ; Loi organique n° 2004-52 du 12 juillet 2004 relative au Conseil constitutionnel en Tunisie.

²² Règlement fixant les règles de fonctionnement du Conseil constitutionnel 28 juin 2000 adopté par celui-ci.

²³ Voir en particulier le décret présidentiel n° 89-143 du 7 août 1989 relatif aux règles se rapportant à l'organisation du Conseil constitutionnel et au statut de certains de ses personnels.

²⁴ Voir : www.conseil-constitutionnel.dz.

²⁵ Voir, pour le Maroc : www.acpuf.org/index.php?option=com_content&task=view&id=148&Itemid=209 ; pour la Tunisie : www.acpuf.org/index.php?option=com_content&task=view&id=250&Itemid=344.

²⁶ Voir en particulier sur chacun des juges constitutionnels étudiés : R. BEN ACHOUR, « Le Conseil constitutionnel tunisien », in *Regards croisés sur les Constitutions tunisienne et française*, sous la direction de R. BEN ACHOUR et J. GICQUEL, Colloque de Tunis, 2-4 décembre 1999, Publications de la Sorbonne, 2003, pp. 163-172 ; O. BENDOUROU, « La justice constitutionnelle au Maroc », *R.D.P.*, 2003, pp. 1023-1046 ; R. GRAËFLY, « Le Conseil constitutionnel algérien. De la greffe constitutionnelle à l'avènement d'un contentieux constitutionnel ? », *R.D.P.*, n° 5, 2005, pp. 1381-1404 ; Z. MDHAFFAR, *Le Conseil constitutionnel tunisien*, Presses de l'I.E.P. de Toulouse, 1997, 2^{ème} édition, 251 p.

Voir également : O. BENDOUROU, « Conseils constitutionnels et Etat de droit au Maghreb », in *L'Etat de droit dans le monde arabe*, sous la direction de A. MAHIOU, CNRS Editions, 1997, pp. 227-244.

Les sources à disposition sont cependant suffisantes pour porter un regard avisé sur le statut du juge constitutionnel et sur l'effectivité de l'exercice de sa fonction. Sur le premier point, le statut reconnu aux Conseils constitutionnels étudiés tend à leur garantir une indépendance. Son examen conduit néanmoins à un constat plus nuancé : *l'indépendance du juge constitutionnel* est pour le moins *partiale* (§ I). Le lien avec le Chef de l'Etat est trop fort pour assurer et garantir une liberté d'action des juges. Sur le second point, les fonctions attribuées aux trois Conseils constitutionnels sont très proches de celles accordées au Conseil constitutionnel français, même s'il existe des éléments originaux²⁷ : contrôle de constitutionnalité des lois²⁸, contrôle de la régularité des élections politiques nationales²⁹ et des référendums³⁰, répartition du domaine de la loi et du règlement³¹, consultation en cas d'utilisation des pouvoirs exceptionnels par le Chef de l'Etat³², contrôle obligatoire des règlements des assemblées³³ et des lois organiques³⁴, constatation de l'empêchement³⁵ et de la vacance du Chef de l'Etat³⁶. Parmi ces fonctions, il ne sera question que du *contrôle de constitutionnalité des lois*, seule manifestation directe du constitutionalisme. Les modalités de ce contrôle s'inspirent du modèle européen de justice constitutionnelle. Le contrôle est concentré, confié au seul Conseil constitutionnel. L'effectivité de la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité semble pourtant se heurter à des conditions de saisine difficiles qui

²⁷ Sans être exhaustif, le Conseil constitutionnel algérien est ainsi compétent pour se prononcer par un avis sur la constitutionnalité des projets de révision constitutionnelle (article 176 de la Constitution) alors que le Conseil constitutionnel français, en l'absence de compétence expresse dans la Constitution, s'est reconnu incompétent pour exercer un contrôle des lois de révision constitutionnelle (C.C., n° 2003-469 DC, 26 mars 2003, *Loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, JORF, 29 mars 2003, p. 5570).

Le Président du Conseil constitutionnel marocain est consulté par le Roi en cas de dissolution de l'une ou des deux chambres du Parlement (article 71 de la Constitution), ce qui n'est pas le cas en France.

Le Conseil constitutionnel tunisien dispose d'une compétence consultative large sur saisine du Chef de l'Etat qui peut « lui soumettre toutes questions touchant l'organisation et le fonctionnement des institutions » (article 72 de la Constitution). Le Conseil constitutionnel français, à défaut de compétence dans la Constitution, a refusé de se reconnaître une telle compétence consultative générale (C.C., 14 septembre 1961, *Demande d'avis*, Rec., p. 55). De plus, il est obligatoirement saisi des projets de loi lorsque ceux-ci sont soumis à référendum (article 47 de la Constitution) et avant qu'ils le soient (articles 72 et 73 de la Constitution). En France, un tel contrôle avait été préconisé par le Comité VEDEL en 1993 pour empêcher l'utilisation du référendum législatif de l'article 11 de la Constitution afin de réviser la Constitution. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a mis en place un contrôle, avant le référendum, prévu par l'article 11 de la Constitution et explicité par l'article 61 alinéa 1 de la Constitution. Ce contrôle ne concerne toutefois que les propositions de loi éventuellement soumises à référendum et non les projets de loi.

²⁸ Voir *infra*, § II, A.

²⁹ Article 163 de la Constitution algérienne pour l'élection du Chef de l'Etat et des parlementaires ; article 81 de la Constitution marocaine pour le contrôle de la régularité de l'élection des membres du Parlement ; article 40 de la Constitution tunisienne pour l'élection du Chef de l'Etat, article 72 du même texte pour l'élection des parlementaires.

³⁰ Article 163 de la Constitution algérienne ; article 81 de la Constitution marocaine ; article 72 de la Constitution tunisienne.

³¹ Pour l'irrecevabilité des propositions ou amendements n'entrant pas dans le domaine de la loi : article 53 de la Constitution marocaine ; article 35 de la Constitution tunisienne.

Pour la modification des textes législatifs intervenus dans le domaine réglementaire : article 48 de la Constitution marocaine ; article 35 de la Constitution tunisienne.

³² Article 93 de la Constitution algérienne ; article 35 de la Constitution marocaine.

³³ Article 165 de la Constitution algérienne ; articles 44 et 81 de la Constitution marocaine.

³⁴ Article 165 de la Constitution algérienne ; article 81 de la Constitution marocaine ; article 72 de la Constitution tunisienne.

³⁵ Article 88 de la Constitution algérienne.

³⁶ Article 88 de la Constitution algérienne ; article 57 de la Constitution tunisienne.

n'ont pas permis de développer l'activité du juge. D'où l'interrogation que l'on se doit de faire sur *la possibilité d'une justice constitutionnelle effective* (§ II).

I - L'indépendance partielle du juge constitutionnel

L'indépendance du juge, liée à l'indépendance de l'institution, est sans doute une question de conscience des juges. Les textes n'en sont pas moins là pour éviter que les consciences puissent être éprouvées. A défaut de pouvoir interroger les consciences, l'examen des textes soulève à lui seul des interrogations. De manière formelle et globale, le statut des Conseils constitutionnels semble satisfaisant (A). On y retrouve en effet les principales garanties reconnues aux juges constitutionnels. Un point crucial demeure problématique : la dépendance organique vis-à-vis du Chef de l'Etat (A).

A – Un statut globalement satisfaisant

De manière positive, il existe un certain nombre de garanties préservant l'indépendance des Conseils constitutionnels, même si celles-ci ne sont pas toujours simultanément réunies pour une même juridiction constitutionnelle³⁷. Cette indépendance s'apprécie d'abord au niveau des juges, puis au niveau de l'institution.

Les *juges constitutionnels*, tout d'abord, bénéficient de garanties préservant leur indépendance. Le caractère non renouvelable du mandat est ainsi prévu en Algérie³⁸ et au Maroc³⁹. Le principe du mandat unique constitue l'élément le mieux à même de favoriser le « devoir d'ingratitude » que doivent avoir les membres de la juridiction constitutionnelle vis-à-vis des autorités de nomination. Il ne saurait cependant exclure des éventuelles gratifications après la fin du mandat, dont l'interdiction explicite serait problématique. Une telle interdiction empêcherait en effet qu'une carrière puisse se poursuivre après un passage au sein de la juridiction constitutionnelle. La nomination au Conseil constitutionnel ne serait alors qu'une retraite dorée, réservée aux plus anciens. En revanche, pendant l'exercice des fonctions, aucune promotion ou gratification ne saurait être prononcée. L'article 6 de la loi organique relative au Conseil constitutionnel marocain prévoit de manière heureuse que, pendant la durée des fonctions, aucun membre du Conseil constitutionnel ne peut être nommé à un emploi public, ni recevoir une promotion si le membre concerné était auparavant agent public. Un certain équilibre dans les nominations en fonction des différentes autorités de nomination est également assuré au Maroc grâce à un renouvellement par

³⁷ Ce qui peut avoir pour conséquence, non négligeable, de remettre en cause l'indépendance de la juridiction constitutionnelle.

³⁸ Article 164 de la Constitution.

³⁹ Article 79 de la Constitution.

tiers des membres tous les trois ans avec, pour chaque renouvellement, une désignation par chacune des autorités de nomination⁴⁰.

Le régime des incompatibilités est relativement variable dans les trois Etats. De manière commune cependant, la fonction de membre du Conseil constitutionnel est incompatible avec celles de membre du gouvernement, de parlementaire et de membre du Conseil économique et social et, plus largement, avec toute fonction élective⁴¹. Pour ce qui concerne l'exercice de fonctions publiques, le Maroc l'interdit⁴², la Tunisie l'admet, à condition d'obtenir une autorisation spéciale et que les fonctions exercées ne portent pas atteinte à l'indépendance et à l'impartialité des juges constitutionnels⁴³.

De manière originale, par rapport au Conseil constitutionnel français⁴⁴, les membres du Conseil constitutionnel tunisien bénéficient d'une inviolabilité, c'est-à-dire d'une immunité fonctionnelle et d'une immunité personnelle⁴⁵. Ils ne peuvent donc être poursuivis, arrêtés ou détenus en raison d'actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. La portée de l'immunité personnelle est assez obscure pour tous ceux qui ne sont pas familiers avec la procédure pénale tunisienne mais, en cas de crime ou délit commis, le membre du Conseil constitutionnel ne peut être poursuivi que par renvoi de l'avocat général au juge d'instruction⁴⁶.

Une exigence de qualification n'est posée qu'en Tunisie. L'article 75 de la Constitution précise que les membres du Conseil constitutionnel ont une « compétence confirmée », tout en ajoutant : « et ce, indépendamment de l'âge ». On peut légitimement penser que la compétence requise est une compétence juridique. La référence à l'âge semble permettre soit qu'une personne très âgée accède à ces fonctions, « indépendamment de son âge », soit qu'une personne jeune *mais* disposant d'une compétence confirmée puisse être nommée. L'existence de trois membres « *ès qualité* », le premier président de la Cour de cassation, le premier président du tribunal administratif et le premier président de la Cour des comptes, contribue également à renforcer le

⁴⁰ Article 3 de la loi organique de 1994.

⁴¹ Article 4 de la loi organique marocaine de 1994 ; article 75 de la Constitution tunisienne et article 10 de la loi organique de 2004.

⁴² Article 4 de la loi organique de 1994.

⁴³ Article 10 de la loi organique de 2004.

⁴⁴ Voir pour une approche critique sur cette question : « La protection des juges constitutionnels », in *La protection des pouvoirs constitués. Chefs de l'Etat, Ministres, Parlementaires, Juges*, sous la direction de Philippe SEGUR, Bruylant, 2007, p. 175 et s.

⁴⁵ Distinction empruntée au droit international public, voir en particulier : A. CASSESE, « Peut-on poursuivre des hauts dirigeants des Etats pour des crimes internationaux ? A propos de l'affaire *Congo c. Belgique* (C.I.J.) », *Rev. Sc. Crim*, 3, juill.-sept. 2002, p. 488 et s. Cette distinction met l'accent sur la finalité de la protection. Alors que l'immunité fonctionnelle vise à protéger *la fonction*, l'immunité personnelle protège *l'exercice de la fonction*. L'immunité fonctionnelle se traduit par une irresponsabilité de la personne titulaire de la fonction pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions. Elle est permanente, la fonction ne cessant pas après le départ de son titulaire. L'immunité personnelle vise à protéger l'exercice de la fonction et se trouve donc liée à la personne qui en est titulaire. Elle ne peut concerner que des actes extérieurs aux fonctions. Le principe n'est pas celui de l'irresponsabilité.

⁴⁶ Article 15 de la loi organique de 2004.

sérieux de l'institution, tout en lui conférant un lustre certain. Remarquons que la composition actuelle du Conseil constitutionnel français, au sein duquel aucune compétence particulière n'est exigée de ses membres, réunit de fait, simultanément, un ancien premier président de la Cour de cassation, un ancien vice-président du Conseil d'Etat et un ancien premier président de la Cour des comptes⁴⁷. Le Conseil constitutionnel algérien comprend également un membre élu par la Cour suprême et un membre élu par le Conseil d'Etat. La rémunération des membres du Conseil constitutionnel, qui participe de manière concrète et pragmatique de leur indépendance, n'est garantie au niveau organique qu'au Maroc (article 13)⁴⁸, l'article 14 de la loi organique en Tunisie renvoie à un décret, le règlement du Conseil constitutionnel algérien étant muet sur cette question.

Concernant l'indépendance de *l'institution*, ensuite, elle s'apprécie sous l'angle administratif, réglementaire, financier et disciplinaire.

L'autonomie réglementaire n'est reconnue qu'au Conseil constitutionnel algérien par l'article 167 de la Constitution. Elle est ainsi constitutionnalisée⁴⁹ et représente, en conséquence, une garantie forte au profit du juge constitutionnel. C'est sur le fondement de ce pouvoir que le Conseil constitutionnel a adopté son règlement le 28 juin 2000. Toutefois, il y a lieu de remarquer que certaines dispositions relatives au Conseil constitutionnel algérien sont encore régies par un décret du Chef de l'Etat du 7 août 1989⁵⁰. En effet, avant l'adoption du règlement par le Conseil constitutionnel, les règles de fonctionnement du Conseil constitutionnel étaient fixées par des décrets du Président de la République. Il semble que le règlement du Conseil constitutionnel ne trouve à se substituer qu'aux dispositions équivalentes du décret de 1989, les dispositions originales au décret, c'est-à-dire qui n'ont pas été modifiées par le règlement, paraissant devoir toujours s'appliquer. C'est d'ailleurs ce qui explique que le décret de 1989 a été modifié après l'adoption du règlement de 2000. Le Conseil constitutionnel est cependant toujours en mesure de récupérer son pouvoir normatif. De manière originale, du moins par rapport au Conseil constitutionnel français, le Conseil constitutionnel tunisien doit présenter chaque année au Chef de l'Etat un rapport sur son activité, accompagné de ses avis et propositions⁵¹.

L'autonomie administrative est garantie. Le Président du Conseil constitutionnel tunisien assure ainsi la gestion administrative et financière du Conseil avec l'aide des services dont l'organisation est fixée par décret⁵². La loi organique sur le Conseil constitutionnel marocain est plus précise.

⁴⁷ Respectivement Guy CANIVET, Renaud DENOIX DE SAINT-MARC et Pierre JOXE.

⁴⁸ A l'instar de ce qui est prévu en France par l'article 6 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958.

⁴⁹ Ce n'est par exemple pas le cas en France puisque c'est l'article 56 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 qui permet au Conseil constitutionnel de compléter les règles de procédure qu'elle prévoit par son règlement intérieur.

⁵⁰ Décret n° 89-143 du 7 août 1989 *relatif aux règles se rapportant à l'organisation du Conseil constitutionnel et au statut de certains de ses personnels*, modifié à trois reprises : décrets n° 01-102 bis du 21 avril 2001, n° 02-157 du 16 mai 2002 et n° 04-105 du 5 avril 2002.

⁵¹ Art. 5 de la loi organique du 12 juillet 2004 relative au Conseil constitutionnel.

⁵² Article 1^{er} de la loi organique de 2004.

Les services administratifs sont également sous l'autorité du Président du Conseil constitutionnel mais, surtout, leur organisation et leurs attributions sont fixées par ce dernier. Le poste de secrétaire général comme ses fonctions principales, la direction des services administratifs, sont également mentionnés dans la loi organique (articles 38 et 39 de la loi organique). Des magistrats ou des fonctionnaires peuvent être détachés auprès du Conseil constitutionnel sur décision conjointe du ministre dont il relève et du Président du Conseil constitutionnel. En Algérie, le décret du 7 août 1989 s'inscrit dans la même voie. Il confère encore au Président du Conseil constitutionnel un pouvoir de recrutement du personnel nécessaire aux besoins du service et dans la limite des vacances d'emploi (article 10).

L'autonomie disciplinaire est prévue pour le Conseil constitutionnel tunisien. Il est seul compétent pour prononcer la démission d'office de l'un de ses membres si celui-ci méconnaît l'une des obligations qui sont mises à sa charge par la Constitution ou la loi organique⁵³. Le vote se fait à la majorité des membres, le membre concerné ne prenant pas part au vote. L'obligation d'assiduité est stricte puisque une absence sans motif à trois séances successives est considérée comme une démission⁵⁴. On retrouve la même procédure disciplinaire au Maroc⁵⁵. En Algérie, le Conseil constitutionnel a également la maîtrise de la procédure disciplinaire. Dans le cadre de cette procédure, la formule utilisée est légèrement moins diplomatique que les formules précédentes, se référant, comme en France, à la « constatation de la démission d'office ». Il s'agit en effet, de manière plus pragmatique, d'« inviter à la démission ». En cas de manquement grave à ses obligations ou lorsque les conditions requises pour siéger cessent d'être réunies, le Conseil constitutionnel algérien doit se prononcer à l'unanimité. En cas de manquement grave, il « invite » l'intéressé « à présenter sa démission et avise l'autorité concernée à l'effet de faire procéder à son remplacement » (article 56 du règlement). L'intervention du Conseil constitutionnel est également exigée en cas d'empêchement durable, de décès ou de démission (article 57), ce qui renforce l'indépendance des membres.

Enfin, l'autonomie financière est formellement et explicitement reconnue au profit du Conseil constitutionnel tunisien, même si la portée de cette autonomie peut être contestée car le budget du Conseil constitutionnel est lié à celui du Président de la République⁵⁶. Le Président du Conseil constitutionnel marocain est ordonnateur des dépenses. La loi organique se contente de mentionner que le projet de budget du Conseil et les crédits sont inscrits au budget général de l'Etat. L'article 11 du décret présidentiel algérien du 7 août 1989 dispose dans le même sens. L'article 16 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958 relative au Conseil constitutionnel français n'en dit d'ailleurs pas plus.

⁵³ Articles 16 et 17 de la loi organique de 2004.

⁵⁴ Art. 17 de la loi organique de 2004.

⁵⁵ Article 10 de la loi organique.

⁵⁶ Article 1^{er} de la loi organique de 2004. Voir *infra*.

Ces différents éléments, globalement présentés, tendent à confier un satisfecit général à l'indépendance des juges constitutionnels. Pourtant, un élément évident et déterminant conduit à revenir sur cette première appréciation : la dépendance problématique des juges constitutionnels vis-à-vis du Chef de l'Etat.

B – Une dépendance problématique vis-à-vis du Chef de l'Etat

De dépendance des juges constitutionnels au Chef de l'Etat, il ne nous est possible de la constater que d'un point de vue statutaire, en dehors de toute appréciation de la pratique effective. Or, selon une telle grille de lecture, nombreux sont les éléments statutaires qui marquent cette dépendance. La présentation alphabétique des trois Etats correspond de fait à une augmentation croissante du lien existant entre les juges constitutionnels et le Chef de l'Etat.

Le premier des signes, le plus significatif, concerne la proportion des membres nommés par le Chef de l'Etat par rapport aux autres membres de l'institution. En Algérie, celui-ci nomme trois membres, dont le Président de l'institution, deux autres membres étant élus par l'assemblée populaire, deux par le Conseil de la nation, un par la Cour suprême et un par le Conseil d'Etat. Le principe est, qu'à l'exception des nominations par le Chef de l'Etat, les nominations sont collégiales. En particulier, ce n'est pas le Président des assemblées, mais l'assemblée elle-même qui désigne les membres du Conseil constitutionnel. Au sein des membres du Conseil constitutionnel seuls les membres nommés par le Chef de l'Etat sont des membres (re)liés à une seule personne identifiée. Un lien personnel, autorité de nomination/membre nommé, n'existe que pour le Président de la République. En outre, ce dernier est celui qui nomme le plus de membres du Conseil constitutionnel (un tiers des membres), face à un fractionnement des autres nominations entre différentes autorités. En effet, en dehors des trois membres nommés par le Chef de l'Etat, les six autres sont désignés par quatre institutions différentes. L'autonomie des membres nommés collégialement, en raison précisément de cette collégialité, est toutefois en mesure de compenser la présence des membres liés par leur nomination au Chef de l'Etat. De plus, le mandat des membres n'est pas renouvelable (article 164 de la Constitution) et les décisions sont adoptées par la juridiction constitutionnelle à la majorité de ses membres (article 17 du règlement). La voix du Président du Conseil constitutionnel est toutefois prépondérante.

Le Conseil constitutionnel marocain est composé de 12 membres, la moitié d'entre eux étant nommée par le Roi, un quart par le président de la Chambre des conseillers et un quart par le président de la Chambre des représentants. Pour les nominations par les présidents des assemblées, les groupes parlementaires doivent avoir été consultés. La proportion des membres nommés par le Chef de l'Etat est considérable. Elle est d'autant plus significative que les décisions du Conseil constitutionnel marocain sont adoptées à la majorité qualifiée des deux tiers (article 16 loi organique). Le Roi dispose par ses membres nommés d'une « minorité » de blocage. La forte majorité exigée ne contribue pas à favoriser l'indépendance de l'institution. Sur des

questions sensibles, pour lesquelles il est toujours difficile d'obtenir un consensus, les censures sont plus qu'improbables. Cette majorité qualifiée tend à préserver les textes de loi adoptés par le législateur de toute censure. La présomption de constitutionnalité de la loi apparaît en pratique comme irréfragable.

La nomination des membres du Conseil constitutionnel tunisien est sans doute la plus problématique. Le Chef de l'Etat nomme quatre, dont le Président, des neuf membres du Conseil constitutionnel, deux autres étant nommés par le président de la Chambre des députés, les trois derniers étant des membres de droit en fonction de leur qualité. La durée du mandat est courte, trois ans⁵⁷, mais ce mandat est renouvelable deux fois. Chacun de ces deux éléments est problématique. Le mandat court ne permet pas au membre d'inscrire sa fonction dans la durée. Plus le mandat est long et plus il est facile de se détacher du lien éventuel existant avec l'autorité de nomination. De plus, la possibilité d'un double renouvellement favorise la fidélité à l'autorité de nomination. Le manque d'information empêche toutefois une appréciation sur la pratique des nominations⁵⁸.

Les règles applicables en cas de renouvellement d'un membre du Conseil constitutionnel suite à un empêchement définitif ou à une démission demeurent les plus surprenantes. L'article 6 de la loi organique relative au Conseil constitutionnel tunisien prévoit, de manière logique, que dans ces situations le Président de la République nomme un nouveau membre. La première interrogation concerne la durée du mandat du nouveau nommé. Elle est fixée à trois ans, quelle que soit la durée restante du mandat du membre remplacé⁵⁹. La seconde, autrement plus problématique, concerne l'empêchement définitif ou la démission d'un membre du Conseil constitutionnel nommé *par le Président de la Chambre des députés*. Dans un tel cas, l'article 7 renvoie à l'article 6 et donc à la nomination par le Chef de l'Etat : « Les dispositions prévues à l'article 6 de la présente loi s'appliquent en cas d'empêchement définitif de l'un de ses membres ou en cas de démission ». Un tel énoncé suggère que le Chef de l'Etat pourrait procéder au remplacement des membres empêchés ou démissionnaires nommés par le Président de la Chambre des députés. Le principe de la nomination par le Chef de l'Etat de quatre membres du Conseil constitutionnel, dont le président, connaîtrait un tempérament lorsque l'un des membres nommés par le Président de la Chambre des députés cesse ses fonctions.

Le lien fort existant entre les juges constitutionnels et le Chef de l'Etat ne paraissent pas devoir favoriser l'exercice de la fonction de contrôle de constitutionnalité des lois dans des conditions satisfaisantes. Une justice constitutionnelle effective est-elle néanmoins possible ?

⁵⁷ Elle est de six ans en Algérie et de neuf ans au Maroc.

⁵⁸ Les éléments contenus dans l'ouvrage de Z. MDHAFFAR, préfacé par de Z.E.A. BEN ALI, qui couvrent la période de 1987 à 1997, ne sont pas utilisables car on ne connaît pas la proportion des membres nommés par le Chef de l'Etat, par le Président de la Chambre des députés et les membres en raison de leur qualité (*Le Conseil constitutionnel tunisien, op. cit.*, pp. 43-46).

⁵⁹ Voir pour un exemple en ce sens : l'article 12 de la loi organique sur le Conseil constitutionnel marocain.

II – La possibilité d'une justice constitutionnelle effective ?

L'effectivité de la justice constitutionnelle, et plus exactement celle du contrôle de constitutionnalité des lois, sera appréciée à partir de deux éléments. Les conditions d'accès au juge constitutionnel seront d'abord envisagées. Elles permettent d'apprécier toutes les potentialités de développement d'une justice constitutionnelle. L'ouverture de la saisine du Conseil constitutionnel à l'opposition parlementaire est, par exemple, un facteur favorable à l'accroissement de l'activité du juge. Au regard des dispositions constitutionnelles pertinentes, même si les modalités de saisine sont variables d'un juge constitutionnel à l'autre, l'accès au juge demeure illusoire (A). L'efficacité du contrôle, second élément d'appréciation, s'en ressent, elle apparaît anecdotique (B).

A – Un accès au juge illusoire

Pour le contrôle de constitutionnalité des lois, les trois Etats ont choisi des voies d'accès au juge constitutionnel très différentes. Le Maroc s'est calqué sur le modèle français alors que l'Algérie et surtout la Tunisie ont emprunté des modalités plus originales.

En suivant une échelle allant de l'inspiration la plus proche à la plus lointaine du Conseil constitutionnel français, le Conseil constitutionnel marocain apparaît comme le plus fidèle au modèle français. Le contrôle est exercé *a priori* c'est-à-dire avant la promulgation de la loi. Le juge est saisi par voie d'action par le Roi, le Premier ministre, le président de la Chambre des Représentants, le président de la Chambre des Conseillers ou le quart des membres de l'une ou l'autre chambre. La saisine est ainsi largement ouverte pour un recours par voie d'action puisque, en sus de chacune des hautes autorités de l'Etat, l'opposition parlementaire est en mesure de déférer une loi au Conseil constitutionnel. Il n'en reste pas moins qu'avec une exigence d'un quart des membres de l'une ou l'autre assemblée le seuil est élevée : respectivement 82 députés ou 68 conseillers. A titre de comparaison, en France, il est d'un peu plus d'un dixième des membres pour l'Assemblée nationale, c'est-à-dire 60 députés, et de plus d'un cinquième pour les sénateurs, soit 60 également. Alors que c'est précisément l'ouverture de la saisine du Conseil constitutionnel français aux parlementaires et, en pratique, à l'opposition qui a contribué à développer considérablement l'activité du juge, on peut penser qu'il ne peut en être de même au Maroc avec un seuil de saisine si élevé. Seule une opposition fortement représentée dans l'une ou l'autre des deux chambres est en mesure de saisir le Conseil constitutionnel marocain. Or, le scrutin uninominal majoritaire à un tour, pour l'élection des députés, et le scrutin indirect par l'intermédiaire de collèges électoraux d'élus locaux et de représentants professionnels, pour

l'élection des conseillers⁶⁰, ne sont par forcément favorables à la constitution d'une opposition forte, quelle que soit par ailleurs la culture politique du pays. Avec 74 membres au Sénat Français au 31 juillet 2008, le Parti socialiste n'aurait pas été en mesure de saisir le Conseil constitutionnel si un seuil d'un quart des sénateurs avaient été fixé. Pour être plus clair encore, aucun groupe parlementaire au sein de la Chambre des Représentants au Maroc n'est, à lui seul, en mesure de saisir le Conseil constitutionnel⁶¹. La pratique des recours conduit à nuancer, de manière toute relative, ce constat purement formel. Sur les neuf décisions du Conseil constitutionnel marocain qui nous ont été fournies dans une traduction française (sur les dix existantes), trois d'entre-elles ont eu une origine parlementaire (deux saisines des membres de la Chambres des représentants et une saisine conjointe des membres de cette Chambre et de ceux de la Chambre des conseillers), les autres provenant du Premier ministre. La saisine parlementaire est donc bien effective, un tiers des saisines, même si, on le verra, le nombre global de saisine est extrêmement faible.

Le Conseil constitutionnel algérien est saisi par voie d'action par trois autorités seulement : le Président de la République, le Président de l'Assemblée Populaire ou le Président du Conseil de la Nation. Les membres de chacune de ces deux assemblées, et l'opposition en particulier, n'ont donc pas accès au juge constitutionnel. Là encore l'exemple français est topique : de 1959 à 1974, et plus exactement entre la première décision du Conseil constitutionnel et la première saisine parlementaire de celui-ci, il avait rendu 53 décisions, soit une moyenne de 3,5 décisions par an, de 1975 au 8 janvier 2009⁶², 519⁶³, soit plus de 15 par an. L'absence de saisine parlementaire est un frein au développement du contrôle de constitutionnalité des lois⁶⁴.

Les potentialités de saisine sont toutefois plus ouvertes car il existe aussi bien un contrôle *a priori* qu'un contrôle *a posteriori* des lois aux mains des trois autorités de saisine. Aucune loi n'est donc incontestable une fois qu'elle a été adoptée. On peut regretter que ce double moment du contrôle ne soit que peu explicite dans le texte constitutionnel. L'article 166 de la Constitution se contente d'indiquer les autorités de saisine. Le contrôle *a priori* est implicitement posé par l'article 126 qui prévoit que lorsque le Conseil constitutionnel est saisi par l'une des autorités mentionnées à l'article 166, avant la promulgation de la loi, le délai de promulgation est suspendu. Le principe d'un contrôle *a priori* est envisagé à partir des effets du contrôle. C'est encore sous l'angle des effets du contrôle que le contrôle *a posteriori* est établi. L'article 169 de la Constitution prévoit en

⁶⁰ Selon l'article 35 de la Constitution : « La Chambre des Conseillers comprend, dans la proportion des 3/5, des membres élus dans chaque région par un collège électoral composé de représentants des collectivités locales et, dans une proportion des 2/5, des membres élus dans chaque région par des collèges électoraux composés d'élus des Chambres professionnelles et de membres élus à l'échelon national par un collège électoral composé des représentants des salariés ».

⁶¹ Le plus grand groupe parlementaire au Maroc au sein de la Chambre des Représentants est issu d'une fusion en septembre 2008 entre deux groupes : le Rassemblement national des indépendants (RNI, centre droit) et Authenticité et Modernité (PAM). Il réunit 75 membres.

⁶² La dernière décision rendue en 2008 est la décision du 29 décembre 2008, n° 574-2008 DC, *Loi de finances rectificative pour 2008*.

⁶³ Les décisions n° 2008-573 DC et 2008-572 DC ont été rendues en 2009.

⁶⁴ En l'absence, par ailleurs, de question préjudicielle de constitutionnalité.

effet qu'une disposition législative jugée inconstitutionnelle perd tout effet le jour de la décision du Conseil constitutionnel. Implicitement, le texte autorise une saisine du Conseil constitutionnel après la promulgation de la loi. On reconnaîtra cependant que l'article 164 synthétise les deux moments du contrôle, à partir de la dénomination des « jugements » rendus par le Conseil constitutionnel : « avis » si les actes contrôlés ne sont pas « exécutoires, (...) décision dans le cas contraire ».

La compétence du Conseil constitutionnel algérien ne concerne pas seulement les lois mais également les règlements, comme le prévoit l'article 165 de la Constitution. La lecture de cette disposition, combinée avec celle des articles, déjà évoqués à propos des lois, 126 et 169 de la Constitution, laisse à penser que le contrôle de constitutionnalité des règlements est un contrôle exclusivement *a posteriori*. La Constitution ne prévoit qu'une seule conséquence à l'exercice de ce contrôle, dans son article 169, la perte « de tout effet ». Ce contrôle semble également être un contrôle concentré excluant tout contrôle diffus de constitutionnalité des actes réglementaires. Le domaine d'application de la Constitution au contentieux se réduit d'autant puisqu'il n'est pas possible d'invoquer la violation de la Constitution à l'encontre d'un règlement devant le juge de droit commun. L'étendue de la notion de règlement soulève également des interrogations. Les décrets présidentiels et les décrets exécutifs semblent devoir y entrer de manière indiscutable, qu'en est-il des actes réglementaires des autorités locales ?

La saisine du Conseil constitutionnel tunisien est complexe notamment en raison du manque de clarté du texte constitutionnel (ou du moins, peut-être, de sa traduction)⁶⁵ qui a fait l'objet sur ces points de deux modifications⁶⁶. A suivre l'interprétation d'un ancien Président du Conseil constitutionnel tunisien, difficilement contournable, il n'existe plus, depuis la révision constitutionnelle de 1995 ayant « constitutionalisé » le Conseil constitutionnel, de recours facultatif⁶⁷. Il ne reste plus que des cas de recours obligatoire, en dehors desquels aucun recours n'est possible.

⁶⁵ Nous devons avouer sur cette question nos limites. A la seule lecture du texte constitutionnel, nous avons identifié l'existence d'un contrôle facultatif de constitutionnalité du Chef de l'Etat (première phrase de l'article 72 de la Constitution), qui n'existe semble-t-il pas, et l'existence d'un contrôle automatique de *tous* les projets adoptés par le Président de la République (première phrase de l'article 73 de la Constitution), qui n'a pas plus d'existence. Une telle interprétation se heurterait cependant rapidement à un certain nombre d'objections. Si la deuxième interprétation (contrôle obligatoire des projets de loi du Président) était bonne alors la première (contrôle facultatif de n'importe quel projet) ne pouvait valoir que pour les projets déposés par les députés. De plus, si l'article 72 première phrase concernait les projets de loi quel que soit leur origine, Président ou députés, le fait qu'un projet de loi adopté par un député puisse faire l'objet, une fois déposé, d'un contrôle obligatoire selon la deuxième phrase de l'article 72, puis qu'il fasse de nouveau l'objet d'un contrôle, selon l'article 74, après son adoption par les chambres, et ce alors même que les modifications proposées au texte initial ont fait l'objet d'un contrôle obligatoire (article 73 alinéa 2 de la Constitution), pouvait faire douter de la cohérence de l'ensemble.

⁶⁶ Le titre IX de la Constitution sur le Conseil constitutionnel inséré par la loi constitutionnelle n° 95-90 du 6 novembre 1995 a été modifié à deux reprises par la loi constitutionnelle n° 2002-51 du 1^{er} juin 2002 et par celle n° 98-76 du 2 novembre 1998.

⁶⁷ Z. MDHAFFAR, *Le Conseil constitutionnel tunisien, op. cit.*, p. 97.

La lecture de la Constitution ne semble pas pourtant écarter *a priori* une saisine facultative ; une partie de la doctrine tunisienne reconnaît d'ailleurs son existence⁶⁸. L'article 72 de la Constitution, qui ouvre le titre IX consacré au Conseil constitutionnel, prévoit dans sa première phrase que « Le Conseil constitutionnel examine les projets de loi qui lui sont soumis par le Président de la République quant à leur conformité ou leur compatibilité avec la Constitution ». Cette formulation paraît poser le principe d'un droit de saisine général du Président de la République concernant les projets de loi. Ce droit est réservé au seul Chef de l'Etat. Il pourrait notamment s'exercer dans toutes les situations non couvertes par la saisine obligatoire dont les modalités sont prévues par les dispositions constitutionnelles contenues dans la deuxième phrase de l'article 72, dans l'article 73 alinéa 2 et dans l'article 74 alinéa 1 de la Constitution⁶⁹. Selon une telle interprétation, la première phrase de l'article 72 aurait une existence autonome puisqu'elle consacrerait l'existence d'un recours facultatif à côté des recours obligatoires, mentionnées dans les autres articles précités. En revanche, si l'on considère que le recours facultatif n'existe pas, la première phrase de l'article 72 n'est donc qu'une phrase d'annonce qui pose le *principe* de la saisine par le seul Chef de l'Etat, les *modalités* de cette saisine étant prévues ensuite par les autres dispositions constitutionnelles mentionnées. Il reste, qu'au regard de la place conféré au Chef de l'Etat dans la mise en œuvre du Conseil constitutionnel, on ne voit pas ce qui l'empêcherait de saisir le juge sur un texte de loi qui n'entrerait pas dans le domaine du contrôle obligatoire. Les cas de saisine obligatoire laissent planer moins d'incertitudes.

Le domaine de la saisine obligatoire est important. Trois situations doivent être identifiées. Au regard du contenu du texte tout d'abord, tous les projets de loi intervenant dans un certain nombre de matières importantes sont déférés au Conseil constitutionnel : modalités générales d'application de la Constitution, nationalité, état des personnes, obligations, détermination des crimes et délits, procédures devant les juridictions, amnistie et « principes fondamentaux du régime de la propriété et des droits réels, de l'enseignement de la santé publique, du droit du travail et de la sécurité sociale » (article 72 de la Constitution). La saisine est ensuite obligatoire pour toute modification apportée par la Chambre des députés à un projet qui aurait déjà été au préalable déféré au Conseil constitutionnel (article 73 de la Constitution). Toutes les modifications parlementaires du texte passent donc sous le regard du Conseil constitutionnel à partir du moment où il avait été déjà saisi du texte original. Les parlementaires ne peuvent donc pas ajouter des dispositions potentiellement contraires à la Constitution à un texte dont la régularité a déjà été appréciée par le Conseil constitutionnel. Enfin, l'article 74 de la Constitution prévoit la saisine du Conseil constitutionnel par le Chef de l'Etat pour les « projets de loi », selon les termes de la Constitution, proposés et adoptés par les députés (les propositions de loi donc après que la Chambre des députés les a adopté) *et* qui entrent dans le domaine des saisines obligatoires de l'article 72 (deuxième phrase). Les autres projets des députés échappent au contrôle de constitutionnalité si l'on considère qu'il n'existe plus de contrôle facultatif. Au regard

⁶⁸ Voir : R. BEN ACHOUR, « Le Conseil constitutionnel tunisien », *précit.*, pp. 165-166.

⁶⁹ Voir paragraphe suivant.

de la pratique institutionnelle, le risque de voir des projets de députés susceptibles de heurter la Constitution est cependant limité. En effet, Zouheir MDHAFFAR constatait en 1997 que « depuis la révision constitutionnelle du 6 novembre 1995, aucune proposition de loi n'a été présentée par les députés »⁷⁰, tout en indiquant d'une manière plus large « qu'en pratique, les propositions de loi adoptées par la Chambre des députés demeurent insignifiantes ».

Ce principe d'un contrôle obligatoire dans un nombre de domaines relativement étendus appelle des appréciations divergentes. De manière positive, on pourra y voir l'inscription du système de justice constitutionnelle tunisien dans une logique de « zéro défaut ». Le contrôle du juge constitutionnel étant systématique pour les textes intervenant dans des domaines importants qui seront, par définition, toujours conformes à la Constitution. Les choix politiques, concrétisés par l'adoption de projet de loi, deviennent de la sorte incontestables d'un point de vue juridique puisqu'ils bénéficient de l'onction du juge constitutionnel. Il est possible d'adopter une lecture plus nuancée. L'absence de saisine facultative, selon l'interprétation dominante, est étonnante. Avec un contrôle obligatoire exclusif, le juge constitutionnel apparaît non pas comme un censeur mais plutôt comme un instrument de validation des textes juridiques qui lui sont déférés. Chacun d'entre eux jouit d'un brevet de conformité à la Constitution délivré par le juge constitutionnel. Le Conseil constitutionnel s'inscrit pleinement dans le processus législatif. Certes, c'est le cas dans n'importe quel système lorsque le contrôle se situe *a priori*, à l'instar de la France, avec une différence importante, pour rester sur le système français : l'intervention du juge est « accidentelle ». Le Conseil constitutionnel français n'est pas un organe par lequel *doit* passer une loi, mais un organe par lequel une loi *peut* passer. Ne retenir qu'une intervention obligatoire du Conseil constitutionnel tunisien tend à le transformer en une troisième chambre, lieu de passage automatique de certains textes, chargée de la mission particulière d'apprécier la compatibilité ou la conformité à la Constitution. Il y a encore lieu de remarquer que, quelles que soient les prescriptions constitutionnelles, c'est bien le Chef de l'Etat seul qui saisit le Conseil constitutionnel et qui est donc en mesure d'apprécier si le projet de loi en question relève ou non des cas de saisine obligatoire. Le doute peut valablement profiter au texte sans qu'aucun contrepoids ne puisse s'opposer à l'interprétation du Chef de l'Etat. Enfin, dans les domaines de contrôle obligatoire, le Parlement est de manière systématique sous le contrôle du juge au stade de l'initiative comme au stade de l'amendement. Une telle systématisme ne semble pas tant tendre à soumettre le Parlement au respect de la Constitution qu'à contrôler son action dans un sens large. Si seul le résultat du respect à la Constitution s'imposait, un contrôle exclusif à l'issue de la procédure parlementaire suffisait. La multiplication des interventions fait peser une lourde chape sur le Parlement même si elle s'appuie sur l'exigence de régularité à la Constitution.

De telles conditions d'accès au juge paraissent devoir difficilement permettre une efficacité du contrôle de constitutionnalité des lois.

⁷⁰ Z. MDHAFFAR, *Le Conseil constitutionnel tunisien*, op. cit., p. 99.

B - Une efficacité anecdotique

Au regard des différents éléments envisagés jusqu'alors, une certaine présomption d'inefficacité du contrôle de constitutionnalité semble se dégager. Les textes ne laissent pas entrevoir une autonomie de fonctionnement possible pour le juge constitutionnel. Une telle présomption est-elle renversée par la pratique de l'institution ? L'efficacité de l'intervention du juge constitutionnel peut se mesurer à partir de plusieurs critères : le nombre de saisine du juge, le nombre de censures (déclaration d'inconstitutionnalité, réserves d'interprétation), le dynamisme jurisprudentiel (création de principes constitutionnels, interprétation dynamique de la Constitution), l'effet et l'application des décisions du Conseil constitutionnel auprès de tous les pouvoirs publics et des juges. Une appréciation de tous ces éléments mériterait une étude d'ensemble qui dépasse le cadre de cette contribution et qui exigerait des éléments d'informations qui ne sont pas en notre possession. Nous nous contenterons des éléments à notre disposition pour tenter de dresser un tableau relatif sur l'efficacité du contrôle de constitutionnalité. Cependant, avant même d'aborder l'efficacité proprement dite, il est une question préalable à aborder : l'autorité reconnue par la Constitution aux décisions du Conseil constitutionnel.

La Constitution algérienne prévoit que la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation de la loi (article 126) et que, lorsqu'une disposition législative ou réglementaire est déclarée inconstitutionnelle, elle « perd tout effet du jour de la décision du Conseil » (article 169). Les décisions rendues par le Conseil constitutionnel sont dénommées « avis » lorsqu'elles sont intervenues avant que la loi ne soit promulguée, et donc dans le cadre du contrôle *a priori*, et « décisions » en cas de contrôle *a posteriori* (article 165 de la Constitution et article 6 du règlement du Conseil constitutionnel). La dénomination ne se rapporte donc pas aux effets du contrôle. Qu'il s'agisse d'avis ou de décisions, l'effet est le même. L'article 49 du règlement du Conseil constitutionnel précise que « les avis et décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à l'ensemble des pouvoirs publics, judiciaires et administratifs ».

Le Maroc s'est inspiré de l'article 62 de la Constitution française pour ce qui concerne l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel. Selon l'article 81 de la Constitution, « une disposition inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application ». De plus, les décisions du Conseil constitutionnel « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

En Tunisie, à l'origine en 1987, la question de l'autorité des avis du Conseil constitutionnel avait d'autant moins de raisons de se poser que les avis étaient secrets. En 1990, le secret fut réduit puisque la Chambre des députés se voyait transmettre l'avis du Conseil constitutionnel avec les projets de loi soumis à discussion. La révision constitutionnelle de 1995 n'inscrit plus le principe du secret et maintient le principe de la transmission des avis. La loi organique du 12 juillet 2004 prévoit la publication au Journal officiel des avis du Conseil constitutionnel relatifs aux projets de loi qui lui sont déférés (article 28). La révision constitutionnelle du 2 novembre 1998 a d'ailleurs

conféré une autorité à l'*avis* du Conseil constitutionnel, même s'il garde cette dénomination : il « s'impose à tous les pouvoirs publics ». Le système tunisien a considérablement progressé sur l'autorité des avis, de manière d'autant plus significative que ceux-ci sont publiés au journal officiel. Les conséquences précises d'une déclaration d'inconstitutionnalité sont explicitées par la loi organique du 12 juillet 2004. Lorsque le Conseil constitutionnel est saisi d'un projet de loi du Chef de l'Etat (article 73 § 1 de la Constitution) et qu'il a jugé certaines de ses dispositions inconstitutionnelles, le projet ne peut être soumis aux chambres qu'après avoir été épuré de ces dispositions (article 23 de la loi organique). S'il est saisi d'une modification apportée par la Chambre des députés à un projet lui ayant déjà été déféré (article 73 § 2 de la Constitution) ou d'un projet des députés adopté par les chambres (article 74 § 1 de la Constitution) et qu'une inconstitutionnalité est constatée, les dispositions en question donnent lieu à une nouvelle délibération (article 24 de la loi organique). Ces dispositions contribuent grandement à asseoir et à développer l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel tunisien.

En dehors de la question de l'autorité des décisions, le faible nombre des décisions rendues par les juges constitutionnels algérien et marocain suffit à témoigner de l'inefficacité du contrôle de constitutionnalité des lois.

En Algérie, l'existence d'un site internet en français facilite l'accès aux sources. De 2001 à 2008, le Conseil constitutionnel a rendu 11 avis, tous sur saisine du Chef de l'Etat, dont un seulement portant sur une loi ordinaire, 8 sur des lois organiques et 2 sur des lois de révision constitutionnelle. Sur ces 11 avis, seuls quatre avis ont conduit à la censure des dispositions contrôlées. En 2005, R. GRAËFFLY relevait sept décisions contraignantes rendues (4 de 1989 à 1991 et 2 de 1995 à 2004), aucune ne concernant les droits et libertés des citoyens⁷¹. Le constat semble sans appel en faveur d'une ineffectivité totale du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires.

Au Maroc, un constat similaire peut être fait. Selon un rapport du Conseil constitutionnel marocain de mars 2000⁷², de 1992 à 2000 seules deux lois lui ont été déférées. En 2003, Omar BENDOUROU ne relevait l'existence que d'une seule décision du Conseil constitutionnel portant sur une loi ordinaire⁷³. Les informations transmises par le Président du Conseil constitutionnel marocain, Dr. Mohamed ACHARGUI, sont plus complètes. Sur la période 1994-2008, le juge constitutionnel a contrôlé dix lois ordinaires, soit moins d'une loi par an en moyenne, et vingt-deux lois organiques, le contrôle de ces dernières étant obligatoire. En ce qui concerne les lois ordinaires, trois ont été déclarées conformes à la Constitution, trois conformes partiellement et

⁷¹ R. GRAËFFLY, « Le Conseil constitutionnel algérien », *précit.*, p. 1403.

Voir également sur les quatre décisions de 1989 à 1991 et pour une analyse optimiste : O. BENDOUROU, « Conseils constitutionnels et Etat de droit au Maghreb », *précit.*, p. 230 et s.

⁷² Disponible sur le site de l'Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français : www.accpuf.org/images/pdf/cm/maroc/062-rc-acces_juge_const.pdf (p. 5 du document).

⁷³ O. BENDOUROU, « La justice constitutionnelle au Maroc », *précit.*, p. 1030.

quatre non-conformes. Si le nombre de lois contrôlées est faible, il faut noter que les censures sont fréquentes puisque sept lois sur les dix examinées ont été censurées au moins partiellement. Pour les lois organiques, le schéma est différent puisque sept lois organiques ont été déclarées partiellement conformes à la Constitution, une non-conforme, les quatorze autres ayant été jugées conformes au texte constitutionnel.

En Tunisie, la difficulté est autre. Ce n'est pas tant le nombre de saisines qui est significatif, puisque depuis 1995 la saisine du Conseil constitutionnel n'est qu'une saisine obligatoire, du moins si l'on retient la thèse « officielle »⁷⁴, que le nombre d'annulations. Sur la période, 1990-1995, l'ouvrage de référence en français sur la question se contente de mentionner les cas de saisine, et plus exactement le contenu des projets de loi déferés, sans préciser quel a été l'avis du Conseil constitutionnel⁷⁵. On pourrait toutefois se contenter de l'affirmation générale selon laquelle « de fait, à chaque fois que le Conseil soulève l'inconstitutionnalité d'un projet de loi, le Président de la République ordonne son amendement, conformément à l'avis du Conseil »⁷⁶. Une telle affirmation n'est cependant pas étayée à partir de données vérifiables. Le Chef de l'Etat respectant systématiquement les avis du Conseil constitutionnel, il n'est sans doute pas nécessaire de démontrer l'évidence. On pourrait être moins convaincu par la « logique » qui tend à conférer un caractère obligatoire aux avis du Conseil constitutionnel : « tous les avis du Conseil constitutionnel étant systématiquement transmis à la Chambre des députés par le Président de la République, il est inconcevable que celui-ci accompagne un projet de loi d'un avis du Conseil le déclarant inconstitutionnel »⁷⁷. Sur la période concernée, le secret des avis comme leur caractère non obligatoire empêchent, de toute façon, de conduire des analyses pertinentes.

Il y a également lieu de préciser que la Constitution tunisienne se réfère à un contrôle de *conformité* ou de *compatibilité* à la Constitution. La distinction ne semble pas devoir renvoyer au degré de régularité plus ou moins strict existant entre la Constitution et la norme contrôlée mais aux normes de référence du contrôle. Le contrôle de *compatibilité* conduit à apprécier la loi au regard de « philosophie générale de la Constitution »⁷⁸. Ainsi, « l'examen de la compatibilité nécessite une lecture inquisitoriale des dispositions de la Constitution, afin de dépasser le sens courant des mots pour s'attacher à leur portée et à leur signification profonde »⁷⁹. La Constitution autoriserait un contrôle de régularité des lois à son esprit ce qui est pour le moins étonnant. L'étonnement est d'autant plus grand que rien dans la Constitution n'explique ce que sont ces deux types de contrôle, ni ne permet de savoir qui choisit qu'un contrôle de conformité et/ou de compatibilité soit exercé, à moins de considérer que ce double contrôle est systématiquement assuré.

⁷⁴ Celle de l'ancien Président du Conseil constitutionnel tunisien, voir *supra*, § II, A.

⁷⁵ Z. MDHAFFAR, *Le Conseil constitutionnel tunisien*, *op. cit.*, p. 88 et s.

⁷⁶ *Loc. cit.*, p. 129.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Z. MDHAFFAR, *Le Conseil constitutionnel tunisien*, *op. cit.*, p. 109

⁷⁹ *Loc. cit.*, p. 108

Quels que soient les « multiples incertitudes, préjugés, erreurs d'appréciation et présupposés idéologiques [inhérents à toute étude consacrée au « constitutionalisme en Afrique »] qui [parfois] l'emportent sur l'analyse »⁸⁰, il est pour le moins difficile de s'enthousiasmer sur la réussite d'une transposition du constitutionalisme dans les trois systèmes étudiés. L'interrogation sur le passage du « formalisme à l'effectivité »⁸¹ de la justice constitutionnelle n'est pas de mise. Il n'est encore question que de texte, de formalisation de la justice constitutionnelle et, déjà, de ce seul point de vue, la formalisation prête à discussion. Le texte constitutionnel semble parfois même faire obstacle à l'effectivité de la justice constitutionnelle. Sans doute ce constat n'est-il pertinent que pour le contrôle de constitutionnalité des lois (ordinaires), les autres fonctions, comme le contentieux électoral par exemple, étant parfois autrement plus développées. Il n'en reste pas moins, pour reprendre une distinction du Doyen VEDEL⁸², que si le juge constitutionnel peut apparaître comme le *régulateur des pouvoirs publics*, on voit mal comment il pourrait devenir un *gardien du respect des droits fondamentaux*. De plus, les difficultés rencontrées par la justice constitutionnelle n'ont pas seulement leur source dans le texte, mais également dans le contexte et, plus précisément, dans la pratique du pouvoir. Dans les trois Etats étudiés, la prépondérance du Chef de l'Etat est forte. A cet égard, le constat est similaire chez un certain nombre d'observateurs. Le Conseil constitutionnel tunisien est souvent présenté comme un auxiliaire du Chef de l'Etat « appelé à *aider* le Président de la République dans l'exercice de ses fonctions de « garant du respect de la Constitution » »⁸³. Au Maroc, alors que le roi est à la fois chef temporel et chef spirituel et donc source des pouvoirs, la mise en place d'une juridiction constitutionnelle pleinement indépendante est difficile⁸⁴. En Algérie, le Conseil constitutionnel est demeuré cantonné « au rôle d'arbitre de la vie électorale »⁸⁵. Quel que soit l'avenir du constitutionalisme au Maghreb dans les Etats étudiés, il est encore une question essentielle de fond qui devra un jour être résolue par les juges constitutionnels : la place du droit musulman dans les sources du droit et plus précisément les rapports entre la Constitution et celui-ci pour déterminer, notamment, si ce dernier peut constituer une norme de référence du contrôle de constitutionnalité des lois, en matière de droits fondamentaux en particulier. La Tunisie, avec la distinction contrôle de conformité ou de compatibilité, semble pouvoir intégrer, plus ou moins directement, le droit musulman dans les normes de référence de son contrôle. En Algérie, une révision

⁸⁰ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Défense et illustration du constitutionalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 610, note 1.

⁸¹ A. BOURGI, « L'évolution du constitutionalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *R.F.D.C.*, n° 52, 2002, p. 721.

⁸² G. VEDEL, « Le Conseil constitutionnel français et les droits de l'homme », in *Le Maroc et les droits de l'homme. Positions, réalisations et perspectives*, sous la direction de D. BASRI, M. ROUSSET et G. VEDEL, L'Harmattan, Collection Edification d'un Etat moderne, 1994, p. 351 et s.

⁸³ R. BEN ACHOUR, « Le Conseil constitutionnel tunisien », *précit.*, p. 164 (nous soulignons).

⁸⁴ O. BENDOUROU, « Conseils constitutionnels et Etat de droit au Maghreb », *précit.*, p. 244.

⁸⁵ R. GRAËFFLY, « Le Conseil constitutionnel algérien », *précit.*, p. 1403.

constitutionnelle, sous le regard du juge constitutionnel⁸⁶, ne peut porter atteinte à l'Islam en tant que religion d'Etat. Il serait alors question d'un autre constitutionalisme, original : un constitutionalisme musulman ?

⁸⁶ Selon la lecture combinée des articles 174 et 176 de la Constitution, une révision constitutionnelle est adoptée en principe par référendum sauf si le Chef de l'Etat décide de la soumettre aux deux chambres du Parlement. Cette dernière procédure exige un avis motivé du Conseil constitutionnel afin que ce dernier vérifie que le projet de révision « ne porte aucunement atteinte », notamment, « aux principes généraux régissant la société algérienne ». Les interdictions de révision posées par l'article 178 de la Constitution semblent pouvoir être interprétées comme constituant de tels « principes généraux ».