

République Libanaise
Annuaire du
Conseil constitutionnel
2017

VOLUME
11

Conseil constitutionnel
239 Av. Camille Chamoun
Hadat– Liban
Tél : + 961 5 466184/5/6 Fax : +
961 5 466191
Conscont@cyberia.net.lb cc.gov.lb

République Libanaise

**Annuaire du
Conseil constitutionnel
2017**

**VOLUME
11**

**Les opinions exprimées dans les études, articles,
commentaires et informations n'engagent pas
nécessairement le Conseil constitutionnel**

Publications du Conseil constitutionnel

*Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, 1994-2014, en coopération avec le
Projet de soutien aux élections du Programme des Nations Unies pour le
Développement – UNDP, projet financé par l'Union Européenne, 2 vol., 2015 et
traduction en langue française, 2 vol., 2017, 430 et 624 p.*

Issam Sleiman, *Amendement des textes qui régissent le Conseil constitutionnel au
Liban*, 2017, 64 p., en arabe, français et anglais.

Le Conseil constitutionnel libanais dans la loi et la jurisprudence, par Paul Morcos et Mireille Najm Chucrallah, Projet de soutien aux élections du Programme des Nations Unies pour le Développement en coopération avec le Conseil constitutionnel, Beyrouth, 2015, 140 p. (en arabe).

L'extension des attributions du Conseil constitutionnel, actes du séminaire organisé en partenariat avec la Fondation Konrad Adenauer, le 6/5/2016, pour un débat autour du Projet élaboré par le président du Conseil constitutionnel, Issam Sleiman, 2017,

1. *Conseil constitutionnel, 1994-1997*, 170 p. (en arabe). 2.

Conseil constitutionnel, 1997-2000, 638 p. (en arabe).

3. *Conseil constitutionnel, 2001-2005*, 344 p. (en arabe).

4. *Annuaire du Conseil constitutionnel, 2009-2010*, 640 p. et 112 p. en français et anglais.

5. *Annuaire du Conseil constitutionnel, 2011*, 480 p. et 192 p. en français et anglais.

6. *Annuaire du Conseil constitutionnel, 2012*, 352 p. et 192 p. en français et anglais.

7. *Annuaire du Conseil constitutionnel, 2013*, 344 p. et 264 p. en français et anglais.

8. *Annuaire du Conseil constitutionnel, 2014*, 464 p. + 160 p. en français et anglais.

9. *Annuaire du Conseil constitutionnel, 2015*, 328 p. + 264 p. en français et anglais.

10. *Annuaire du Conseil constitutionnel, 2016*, 320 p. + 240 p. en français et anglais.

11. *Annuaire du Conseil constitutionnel, 2017*, 360 p. + 178 p. en français et anglais.

All the English texts in this volume 11, 2017, were translated from French by Marie-Thérèse Zahr.

Table

Introduction

Issam Sleiman

Le Conseil constitutionnel : continuité, approfondissement et présence, **13**

Première partie

Décisions du Conseil constitutionnel

Décision no 5/2017 sur la fiscalité (Résumé), **17**

Deuxième partie

Commentaires à propos de décisions

Hassan-Tabet Rifaat

1. Un fleuron institutionnel, **21**

Karim Daher

2. Un tournant constitutionnel salutaire, **25**

Troisième partie

Etudes sur la justice constitutionnelle

Issam Sleiman

1. Indépendance de la juridiction constitutionnelle, **31**

Antoine Messarra

2. Que faire face à la manipulation de la démocratie et au désordre normatif ?

Pour une justice constitutionnelle et jurisprudentielle au cœur de la société, **35**

3. Complémentarité et harmonie entre les instances judiciaires, **51**
4. Etat, droit et démocratie : Des rapports à redéfinir, **57**
 Redefining the Nexus between State,
 Law and Democracy, **65**
- 10 Table

5. La rédaction des décisions du Conseil constitutionnel du Liban, **73**
6. La rédaction des décisions constitutionnelles : Motivation, légitimation, transparence et pédagogie, **99**
7. La justice face aux nouveaux défis du service public aujourd'hui, **107**

Pierre de Montalivet

8. L'invocabilité des droits et libertés dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution française (QPC), **119**

Khalil Said Abourjeily

9. Démocratie et justice, **129**

Mireille Najm-Chekrallah

10. Quelques problèmes contentieux de la nouvelle loi électorale, **141**

Lili Roggenhofer

11. 60 years German Basic Law.
 The German Constitution and its Court
 Review with Focus on Art. 4 on Freedom of Faith,
 Conscience and Creed (Documentary Note), **147**

Quatrième partie

Informations et activités 2017

1. Le Conseil constitutionnel : Création, amendements et membres, 1993-2017, **165**
 The Constitutionnal Council : Creation, Amendments and Membership, 1993-2017, **169**

2. Bibliothèque spécialisée du Conseil constitutionnel, **173**
3. Nouvelle parution : Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, en traduction française, 1994-2016, **176**

Introduction

Le Conseil constitutionnel: Continuité, approfondissement et présence

Issam Sleiman

Président du Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel poursuit sa marche de consolidation de son rôle dans le cadre de ses compétences et pour la promotion de la culture constitutionnelle et le renforcement de sa présence aux niveaux arabe et international.

La fonction du Conseil constitutionnel ne se limite pas à la prise de décisions à propos des recours qui lui sont soumis. Elle déborde ce cadre pour répondre aux nombreux défis qu'affronte la justice constitutionnelle par l'approfondissement des études et recherches opérationnelles qui tentent de résoudre la complexité des problèmes soulevés devant les Cours et Conseils constitutionnels et par le suivi des développements jurisprudentiels.

La justice constitutionnelle est relativement récente et les problèmes qu'elle doit trancher sont complexes et multiples. Les uns proviennent des régimes politiques et leurs composantes. D'autres découlent des exigences de préparation en ce qui concerne les titulaires de la justice constitutionnelle, exigences de continuité dans l'information, d'approfondissement et d'élargissement des champs du savoir. Une autre exigence s'impose, celle d'un partenariat renforcé au niveau mondial. Les conférences internationales favorisent cette perspective.

Le Conseil constitutionnel au Liban, avec pleine conscience de la nécessité de contribuer au développement de la justice constitutionnelle à tous les niveaux, a activement participé aux conférences internationales, profitant d'un partage d'expériences. En 2017, il a participé à la conférence des Cours et Conseils constitutionnels européens, à la Conférence des Etats du bassin méditerranéen sur les rapports entre les instances judiciaires et la magistrature constitutionnelle, à la 4^e Conférence mondiale de la justice constitutionnelle, et à la Conférence de l'Association des Cours et

Conseils constitutionnels ayant en Partage l'Usage du Français ACCPUF.

Le Conseil a aussi persévéré dans la publication de son *Annuaire* depuis 2009-2010, plusieurs volumes contenant des études sur la justice constitutionnelle et des commentaires à propos des décisions. Les études tentent d'approfondir les approches et de dégager les aspects pertinents relatifs au travail des Cours et Conseils constitutionnels.

Une nouvelle réalisation du Conseil constitutionnel du Liban porte sur la publication, en traduction française, en deux volumes, du Recueil des décisions de 1994 à 2016, en coopération avec le Programme des Nations Unies pour le Développement- PNUD. Le premier volume contient les Décisions relatives à la constitutionnalité des lois. Le second volume porte sur le contentieux électoral.

La publication en français des décisions et la diffusion auprès des Cours et Conseils francophones renforce la présence du Liban et la coopération au sein de l'ACCPUF, dont le Conseil constitutionnel libanais est membre.

Poursuivant notre chemin, *l'Annuaire 2017* contient un ensemble d'études d'un grand intérêt et qui éclairent des aspects fondamentaux de la justice constitutionnelle.

Première partie

**Décisions du Conseil
constitutionnel**

Décision n° 5/2017 relative à la fiscalité

Résumé¹

La décision n° 5/2017 du Conseil constitutionnel relative à l'invalidation de la loi fiscale n° 45 du 21/8/2017 a paru au *Journal officiel*. Nous publions un extrait des principaux considérants :

1. La violation de l'art. 36 de la Constitution : Les procédures constitutionnelles de l'art. 36 de la Constitution n'ont pas été observées dans le vote de la loi contestée.

2. L'imposition en l'absence du budget : La genèse des Parlements coïncide avec l'exigence de sauvegarde de l'argent public et le rejet de l'imposition sans autorisation des représentants du peuple à la perception des recettes et l'engagement des dépenses.

L'autorisation de percevoir les recettes et d'engager les dépenses par volonté expresse des représentants de la nation et sous leur contrôle garantit le principe de régulation des fonds publics, à la fois des recettes et des dépenses.

La régulation n'est garantie qu'à travers l'annualité du budget où recettes et dépenses sont évaluées pour l'année à venir, en tachant de réaliser l'équilibre et en incluant l'autorisation de perception et de dépense.

La Constitution a lié le principe de l'annualité du budget à celui de l'universalité qui signifie l'inclusion dans le budget de la totalité des dépenses de l'Etat et la totalité des recettes pour l'année suivante. L'universalité implique que les dépenses soient dissociées des recettes, en vertu de l'art. 51 de la loi sur la Comptabilité publique qui dispose : « Les recettes perçues sont en totalité inscrites dans le chapitre des recettes budgétaires ». Et l'art. 57 dispose : « Il est interdit d'engager une dépense, à défaut de crédit à cet effet dans le budget. » Ce qui a été décidé en tant que recettes intervient hors du cadre budgétaire, et même en l'absence persistante depuis des années de

¹ Le texte intégral dans la partie en arabe de ce volume.

budget. Il aurait fallu la publication du budget au début de chaque année, incluant la totalité des dépenses de l'Etat et ses recettes pour l'année à venir, en conformité avec l'art 83 de la Constitution. C'est la loi budgétaire qui autorise la perception des recettes et les dépenses pour une année. L'art.3 de la loi sur la Comptabilité publique dispose : « Le budget est un document législatif où les recettes de l'Etat et ses ressources sont prévues pour l'année suivante et autorisant en vertu du budget la perception et les dépenses. » L'Etat n'est autorisé à percevoir les recettes que sur la base d'un document budgétaire renouvelable chaque année et qui constitue par définition le budget.

Le renouvellement de l'autorisation s'effectue au début de chaque année. Pas de légitimité de l'impôt sans autorisation de sa perception. Il appartient au Parlement d'exprimer cette autorisation qui, par nature, ne peut qu'être provisoire et périodiquement renouvelable. La loi contestée qui est publiée en l'absence du budget viole le principe d'universalité de l'art 83 de la Constitution.

Les impositions conjoncturelles hors d'une comptabilisation budgétaire annuelle ne peuvent être légitimes.

3. La violation de l'alinéa (c) du Préambule et l'art. 7 de la Constitution : L'art. 18 alinéa 2 surimpose une catégorie de contribuables, sans justification de la surcharge, et débouche sur un dilemme quant au calcul de l'intérêt sur les comptes joints d'épargne.

4. La non intelligibilité : L'art. 11 de la loi, en six pages et 18 alinéas avec plusieurs sous alinéas, enfonce les normes de confection des lois. Le manque de clarté ouvre la voie à des applications discrétionnaires qui nuisent à la justice et à l'égalité ou devient de la volonté non précise au départ du législateur.

Le Conseil constitutionnel confirme que la non-approbation d'un budget général annuel de l'Etat et le non établissement d'un bilan comptable annuel violent la Constitution.

Deuxième partie

**Commentaires à propos
des décisions**

Un fleuron institutionnel²

Hassan-Tabet Rifaat

Professeur à la Faculté de Droit

Université Saint-Joseph

La décision du Conseil constitutionnel du 22 septembre 2017 est une grande décision ; le Conseil s'est prononcé sur un recours en matière fiscale. Une première. Aussitôt annoncée dans les médias, cette décision qu'on n'avait pas lue a été tirillée et malmenée par des commentaires précipités. Toutefois, elle fut tout simplement saluée par une grande partie de l'opinion publique, à savoir par des contribuables accablés par une lourde imposition. Joie légitime, bien que le poids du dinosaure fiscal ne soit pas définitivement écarté. L'apport de l'abrogation par le Conseil constitutionnel d'une loi si maladroite, si mal conçue et non votée est d'une grande importance. Il mérite d'être souligné.

Fleurion institutionnel, cette décision conforte la belle image que le chef de l'Etat a donnée du Liban à l'ONU. Creuset des cultures, le Liban garantit la sécurité juridique, dans son acception exacte, telle qu'elle est maîtrisée par la jurisprudence constitutionnelle. C'est dans le respect des exigences constitutionnelles que se comprend la primauté du droit. *Nutrix Legum*, la partie des grands jurisconsultes, maintient la rigueur dans la condamnation du laisser-aller dans l'élaboration et la confection des lois. Splendide message institutionnel, qui, malgré les circonstances que nous vivons, illustre les propos du président de la République sur notre vocation et notre capacité de loger et d'orienter les dialogues des cultures et des civilisations. En outre, avec la décision du 22 septembre, il n'y a pas l'idée de «parties», consacrant la victoire de l'une au détriment de l'autre. Ce serait un contresens. Il s'agit d'un procès fait à un acte, non à ceux qui l'ont élaboré.

22 Hassan Tabet Rifaat

Pour la mise en place d'un nouveau texte, le message est clair : il faut un texte nouveau. La confection des lois fiscales requiert un travail et des qualités d'orfèvre. La culture du comptable ne suffit pas ;

² *L'Orient-Le Jour*, 26 sept. 2017.

pour élaborer un projet qui impose des charges, il faut se plier à un complexe d'exigences et bannir le superficiel et la lecture en diagonale. Sur ce plan, le message qu'implique la décision du 22 septembre est clair : avec les dispositions de la Constitution, il existe des principes que les lois fiscales doivent impérativement respecter.

Se conformer au «principe de sincérité» est une première exigence : développé par la jurisprudence, ce principe impose que la loi soit accompagnée d'une étude sérieuse qui prouve que l'impôt envisagé est justifié. Des généralités, souvent d'ordre politique ou littéraire, dans le soi-disant exposé des motifs, ne sont pas admises.

En outre, en application du «principe de lisibilité», les dispositions de la loi 45-2017 ne peuvent qu'être condamnées.

S'agissant d'une charge qui pèse sur le contribuable, l'impôt doit être énoncé clairement, de manière à éviter l'élasticité dans l'imposition.

Comme exemple illustrant cette tare législative, il ne faut pas aller loin. Les nombreux articles relatifs à l'occupation du domaine public occupent la moitié des dispositions de cette loi et laissent, en définitive, sans aucune utilité pour les finances publiques, les atteintes à la propriété de l'Etat. Six pages sur douze pour ne rien apporter : c'est trop d'honneur pour des occupations souvent autorisées par de simples arrêtés ministériels.

L'interdiction de la «double imposition» fournit un autre exemple qui illustre la façon superficielle dont les principes sont envisagés. Présentée dans les interventions médiatisées comme étant limitée aux rapports entre Etats, cette interdiction doit être sérieusement appliquée même en droit interne. On ne peut manquer de se demander quelle logique permet de plaider pour le respect des accords internationaux lorsqu'il s'agit d'occulter cette interdiction en droit interne, et de ne pas tenir compte d'accords entre Etats, organisant la fiscalité sur des points prévus par l'accord. Il s'agit là de la manifestation d'une exigence plus large : la loi fiscale doit, en effet, s'intégrer «harmonieusement» dans l'ensemble du droit positif ; ce principe condamne les déclarations répétées sans nuances, qui prétendent qu'une loi peut modifier, voire abroger, ce qu'une loi avait précédemment stipulé. C'est encore là l'exemple de répétitions et de

lectures en diagonale de références auxquelles on fait dire une partie de ce qu'elles énoncent.

Ainsi, l'harmonie entre les impositions et le socle juridique en vigueur, comme en matière de secret bancaire, est une nécessité qui requiert une «vue globale» du droit fiscal.

*** Les principes que nous venons d'évoquer illustrent, parmi d'autres, le caractère spécial et raffiné du contrôle de constitutionnalité, en matière fiscale. Contrôle *sui generis* qui se fonde sur le respect d'un ensemble de textes, de dispositions et de principes ; il permet que le poids des charges fiscales soit fondé sur la légalité dans son ensemble.

Un tournant constitutionnel salubre³

Karim Daher

Avocat fiscaliste

Président de l'Association libanaise pour les droits
et l'information des contribuables

«A force de tout voir, on finit par tout supporter...A force de tout supporter, on finit par tout tolérer... A force de tout tolérer, on finit par tout accepter...A force de tout accepter, on finit par tout approuver.»

Ces mots de saint Augustin, prononcés en 430 ap.J.-C., s'adaptent aujourd'hui à la majorité des Libanais, convaincus que l'honnêteté dans ce pays n'est plus rentable.

Pour eux, il est vain de croire au changement ou d'essayer d'y parvenir dans une société en pleine déliquescence institutionnelle, où politique, clientélisme et corruption font bon ménage.

Le fait pour le législateur, par exemple, de suspendre pendant plus de douze ans le processus budgétaire démocratique n'a entraîné aucune réaction significative de masse de la part des administrés. Bien au contraire, ces derniers n'hésitent jamais à renouveler leur confiance aveugle à ces élus lors d'élections tronquées par le syndrome communautaire et truquées par les allégeances partisans. Ils laissèrent, de la sorte, aux gouvernements successifs, issus de majorités hybrides, la latitude de percevoir indûment des impôts et de creuser les déficits publics. Leur passe-droit ? La règle du douzième provisoire qui leur permet de dépenser sur la base proportionnelle mensuelle du budget de l'année qui précède. Or, cette règle est limitée, en principe et à titre tout à fait exceptionnel, au seul mois de janvier qui suit l'année au cours de laquelle la nouvelle loi de finances aurait dû être adoptée. Force est donc de constater que ce douzième provisoire a été prorogé depuis

26 Karim Daher

³ *L'Orient-Le Jour*, 30 sept. 2017.

2006, indûment et illégalement, pour atteindre un total cumulé de 273 mois à ce jour (record toujours en cours!).

1

Domaine obligatoire et exclusif

Cette situation atypique a même encouragé la classe dirigeante à aller encore plus loin dans l'illégalité et à pousser l'incohérence à ses limites. C'est ainsi qu'en pleine étude du budget 2017, le Parlement a procédé, le 19 juillet, au vote dans la confusion la plus totale de deux lois portant sur de nouvelles dépenses et sur leur financement hors budget.

La première portait sur la revalorisation de l'échelle des salaires dans la fonction publique, et l'autre (loi n°45) à son financement...Du moins selon l'intitulé qui lui a été donné. Bien mince était l'espoir de voir quelqu'un réagir et contester constructivement cela...Et pourtant, il s'est trouvé dans cet imbroglio des personnes capables de croire que tout était encore possible et que les seules limites sont celles que l'on se donne. Les arguments et griefs contre la loi n°45 furent soumis à l'évaluation du Conseil constitutionnel (CC) par le biais d'un recours en invalidation.

Contre toute attente, le Conseil a suspendu dans un premier temps l'application de la loi, avant de l'abroger dans sa globalité pour l'inconstitutionnalité d'un certain nombre de ses mesures, dans sa décision du 22 septembre 2017. Naturellement, celle-ci n'a pas fait l'unanimité. Certains l'ont saluée en considérant que le CC avait pleinement tenu son rôle de régulateur et de gardien de la Constitution. D'autres l'ont décriée en estimant qu'elle empiétait sur les prérogatives du législateur et servait l'intérêt d'une minorité de profiteurs. Sans parti pris ni surenchère, les développements qui vont suivre visent à analyser très synthétiquement deux des quatre motifs juridiques d'invalidation qui font débat.

Concernant le principal motif d'invalidation, relatif au nonrespect des principes d'unité, d'universalité et d'annualité de la loi de finances, le CC a voulu rappeler la primauté de la loi de finances (budget). Cette loi particulière, votée chaque année par le Parlement, est un acte d'autorisation de la collecte des recettes et des dépenses publiques pour l'année à venir. Cela a pour corollaire l'établissement obligatoire en fin d'année d'une loi de règlement qui arrête le montant

définitif des recettes et des dépenses budgétaires réalisées au titre de l'année qui précède, ainsi que le solde budgétaire d'exécution ; pour permettre un meilleur contrôle parlementaire. Par conséquent, certaines dispositions relèvent du domaine obligatoire et exclusif de la loi de finances et ne peuvent être insérées dans une autre loi ordinaire. Ce sont, pour l'essentiel, les dispositions relatives à l'autorisation de perception des impôts et à la détermination des plafonds de dépenses et d'emplois. En l'absence d'un budget et d'une loi de finances régulièrement adoptés par le Parlement, une loi ordinaire ne peut, sans méconnaître la Constitution, empiéter sur le domaine réservé aux lois de finances, ni même prévoir des mesures fiscales- comme l'a fait la loi n°45- si l'autorisation de perception d'impôts n'a pas été préalablement accordée par la loi de finances de l'année concernée. C'est le message principal qu'a voulu délivrer le Conseil par sa décision n°5/2017.

2

Égalité, justice, équité

Un autre motif invoqué est en rapport avec la mesure complémentaire à la hausse de l'impôt sur les dépôts bancaires (de 5 à 7%) prévue à l'article 17 de la loi abrogée qui vise, d'une part, à priver les entreprises commerciales et financières soumises au régime du bénéfice réel du droit à la récupération de cet impôt pour éviter la double imposition ; et d'autre part, à obliger les professions libérales à intégrer leurs revenus financiers-déjà imposés- dans la base de calcul de leur revenu professionnel soumis à l'impôt progressif, et donc à subir une double imposition. Le Conseil n'a débattu dans son délibéré que du cas des professions libérales en confirmant la violation du principe d'égalité devant l'impôt et en considérant que la discrimination entre contribuables n'est possible que si elle répond à l'intérêt public et aux objectifs de la loi. Or, dans le cas d'espèce, cela ne se vérifiait pas.

A la lumière de ce qui précède, deux remarques s'imposent. En premier lieu, et contrairement aux nombreuses critiques, les banques ne sont pas concernées par la décision du CC, bien que mentionnées dans le recours. Ce qui laisse la porte ouverte à leur imposition dans le cadre de l'adoption par le législateur d'une nouvelle mouture conforme aux normes constitutionnelles.

En second lieu, le débat sur l'égalité, la justice et l'équité de l'impôt s'avère aujourd'hui nécessaire, mais ne peut s'inscrire que dans le cadre d'un projet de réforme du système dans son ensemble. Or, tout discours sur la réforme de l'impôt bute aussi sur ses limites. Qui admet le nécessité d'une meilleure répartition de la charge fiscale et de l'introduction concomitante de nouveaux impôts ne peut échapper longtemps à l'interrogation sur le seuil fiscalement tolérable-aussi bien pour l'économie que pour les contribuables- des mesures apportées et de l'opportunité de leur introduction immédiate. ***

Comme disait Christian de Brie : « La fiscalité, le système économique et le milieu social sont en effet...dans une situation de dépendance réciproque. » C'est d'ailleurs quand les décideurs auront compris cette équation que le vrai changement pourra s'opérer vers le meilleur...Entre-temps, la décision du Conseil constitutionnel aura été un véritable tournant dans la manière d'aborder la chose publique au Liban.

Troisième partie

**Etudes
sur la justice constitutionnelle**

Indépendance de la juridiction constitutionnelle⁴

Issam Sleiman

Président du Conseil constitutionnel

La justice constitutionnelle est confiée à une Cour ou Conseil constitutionnel, « indépendant de toute autre autorité étatique », selon Hens Kelsen. L'existence d'un statut constitutionnel de la Cour, d'après Louis Favoreu, « est la condition de cette indépendance. Statut définissant l'organisation, le fonctionnement et les attributions de ladite juridiction, et la plaçant hors atteinte des pouvoirs publics qu'elle est chargée de contrôler. Cela suppose donc l'inscription des dispositions nécessaires dans la Constitution même, des garanties d'autonomie administrative et financière de l'institution, d'indépendance des membres. Toute institution dont l'existence, le fonctionnement ou les attributions risquent d'être remis en cause par le législateur ou par le gouvernement ne saurait être considérée comme une Cour constitutionnelle, ni d'ailleurs et de manière générale, comme une juridiction constitutionnelle »⁵.

L'indépendance de la juridiction constitutionnelle découle de la finalité de sa mission, qui consiste à imposer le respect de la Constitution, loi fondamentale et suprême de l'Etat, et expression de sa souveraineté. Elle découle aussi des fonctions accomplies par la juridiction constitutionnelle, à travers l'interprétation de la Constitution et des lois, notamment la sauvegarde du principe de séparation des pouvoirs, de l'indépendance du pouvoir judiciaire menacée parfois par les deux autres pouvoirs.

⁴ Communication à la conférence européenne des cours constitutionnelles.

⁵ . Louis Favoreu et Wanda Mastor, *Les Cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 2016, p. 20.

Le Conseil constitutionnel français avait attribué valeur constitutionnelle au principe de l'indépendance du juge, dès 1970 dans sa décision du 9 juillet 1970 (c.c.70-40 D.C 9 juillet 1970).

Issam Sleiman

D'autre part, la juridiction constitutionnelle est le garant des droits et libertés fondamentales. Autrement dit la juridiction constitutionnelle sauvegarde les fondements du système constitutionnel de l'Etat.

L'instance chargée d'accomplir de telles fonctions doit être sûrement indépendante de toute autorité étatique, pour qu'elle puisse achever sa mission.

L'indépendance de la juridiction constitutionnelle suppose l'indépendance de ses membres, et elle se mesure véritablement à l'indépendance des juges constitutionnels.

Les garanties de l'indépendance doivent figurer dans la Constitution, loi suprême de l'Etat. Les garanties inscrites dans les lois sont moins importantes que celles mentionnées dans la Constitution, car elles peuvent être réduites par le législateur, mais la juridiction constitutionnelle peut mettre fin à cette possibilité, si elle possède l'attribution d'exercer un contrôle sur la constitutionnalité des lois qui régissent son propre statut, au moyen de l'autosaisine.

Au Liban, les garanties de l'indépendance du Conseil constitutionnel sont inscrites dans la loi et non dans la Constitution. Le Parlement a voté, en 2005, une loi (la loi n°679 du 19.7.2005) par laquelle il a empêché le Conseil constitutionnel de statuer sur les recours concernant les élections législatives de 2005, en attendant la désignation des nouveaux membres à la place de ceux dont le mandat a expiré et qui continuent à exercer pleinement leurs fonctions, en vertu de l'article 4 de la loi du règlement intérieur du Conseil constitutionnel. Ce dernier a invalidé ladite loi, après avoir reçu un recours de la part de dix députés, en se basant sur la Constitution qui a érigé le Conseil constitutionnel en pouvoir constitutionnel distinct, indépendant du Législatif et de l'Exécutif (c.c.1.2005 D.C 6.8.2005).

Plusieurs facteurs sont indispensables à l'indépendance de la juridiction constitutionnelle, autre que l'autonomie administrative et financière. L'immunité des juges constitutionnels, le mandat non renouvelable, et insusceptible de réduction, renforcent l'indépendance des juges constitutionnels, car les autorités, qui désignent les membres de la juridiction constitutionnelle sont ainsi privées d'un moyen d'échanger une «bonne» décision contre une re-nomination, selon l'expression de Dominique Rousseau, et les juges constitutionnels ne peuvent pas être menacés par la réduction de leur mandat, s'ils ne rendent pas une «bonne» décision. Ainsi le non renouvellement et non

Etudes 33

réduction du mandat libèrent le juge constitutionnel de l'influence des autorités. Dans certains Etats africains le mandat est renouvelable une fois.

Il est à noter qu'au Liban le mandat des membres du Conseil constitutionnel est non renouvelable et insusceptible d'aucune réduction.

D'autre part l'élection du Président de la juridiction constitutionnelle par ses pairs, à l'instar du Liban, contribue à la consolidation de l'indépendance de cette juridiction.

La désignation des membres de la juridiction constitutionnelle fait intervenir des autorités politiques, car les Cours constitutionnelles, à la différence des juridictions ordinaires, ne sont pas composées des magistrats de carrière parvenus à leur poste par l'effet de promotions régulières et progressives. La désignation des membres des Cours constitutionnelles n'obéit pas aux critères traditionnels, ce qui les distingue des juridictions ordinaires...Kelsen recommandait qu'il soit fait une place adéquate à des juristes de profession. Préférence mais pas exclusivité : la formule permet la présence de non-spécialistes aux côtés de «spécialistes», ces derniers pouvant tenir beaucoup plus compte des considérations purement techniques, parce qu'alors leur conscience politique est déchargée par la collaboration des membres appelés à la défense des intérêts proprement politiques⁶.

On voit dans le mode de désignation des juges constitutionnels un facteur de politisation de leur office. La réalité est évidemment plus complexe et toute appréciation nécessite la prise en compte d'autres

⁶ . Hens Kelsen, *ap.* Louis Favoreu et Wanda Mastor, *op.cit.*, p. 21.

paramètres : la diversification des autorités politiques, la procédure de désignation, celle-ci étant de plus en plus réglementée et faisant intervenir plusieurs autorités, et l'intervention d'autres autorités de nomination que politiques. Dans la quasi-totalité des cas, il y a pluralité d'autorités politiques, et la procédure de désignation par une autorité fait intervenir une autre autorité. En outre, le pouvoir discrétionnaire des autorités politiques tend à être limité par le respect de conditions de plus en plus nombreuses que doivent remplir les candidats⁷.

Issam Sleiman

Au Liban, à titre d'exemple, les dix membres du Conseil constitutionnel sont choisis parmi les anciens juges qui ont exercé durant 25 ans au moins la magistrature, ou parmi les professeurs de l'enseignement supérieur qui ont enseigné durant 25 ans au moins une matière dans les disciplines juridiques, politiques ou administrative, ou parmi les avocats qui ont exercé la profession durant 25 ans au moins.

L'âge requis est de 50 ans au moins et 74 ans au plus.

D'autre part, la désignation des membres de la juridiction constitutionnelle se fait à la majorité qualifiée, soit la majorité absolue, soit la majorité de deux tiers des assemblées parlementaires. Tous ces facteurs jouent un rôle en faveur de l'indépendance des juges et des juridictions constitutionnels.

Toutefois les garanties de l'indépendance dans les textes sont nécessaires, mais non suffisantes, car l'indépendance du juge constitutionnel dépend du juge lui-même, de sa personnalité, ses qualités, son comportement, et de son pouvoir d'accomplir sa mission avec impartialité, en gardant ses distances vis-à-vis des considérations partisans, respectant son serment, et exerçant son devoir d'ingratitude, envers ceux qui l'ont nommé selon l'expression de Robert Badinter.

⁷ . Jean du Bois de Gaudusson, Rapport général de synthèse, in *Le statut du juge constitutionnel*, ACCPUF, *Bulletin* n° 10, 2014, p. 99.

Que faire face à la manipulation de la démocratie et au désordre normatif ?

Pour une justice constitutionnelle et jurisprudentielle au cœur de la société⁸

Antoine Messarra

Membre du Conseil constitutionnel

Il est possible de se lancer dans une analyse détaillée des rapports entre la justice constitutionnelle et les autres instances judiciaires, à travers des cas et des jurisprudences. Le but de ces rapports harmonieux ou simplement complémentaires, c'est la promotion de l'Etat de droit et de la justice en société. Or le cœur du problème aujourd'hui dans le monde, c'est la qualité même du droit, son effectivité, la protection de son esprit à l'encontre des manœuvres et manipulations, sous couvert de la loi, ce qui sape les fondements et les finalités du droit, tels que définis par les grands pères fondateurs. Comme pour la santé et en cas d'excès alimentaires, le droit souffre de ses excès même : formalisme à outrance, inflation législative, défaut de régime en vue de sa propre régulation...

« Le droit est malade », disait Jean Carbonnier. En fait, toute entreprise humaine, comme le corps humain, comporte ses pathologies et aussi ses

⁸ Communication à la Conférence de la Commission européenne pour la démocratie par le droit du Conseil de l'Europe, Présidence chypriote du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Ministère des Affaires étrangères de Chypre, 5^e Atelier interculturel de la Démocratie, Programme Sud : « Renforcer la gouvernance démocratique dans les pays du Sud de la Méditerranée ». Les dernières pages, pp. 45-49, sont la transcription d'une communication orale enregistrée.

thérapies en vue d'une fonction normale, c'est-à-dire suivant les normes de son bon fonctionnement.

La démocratie est le régime qui contient le plus les germes de sa propre corruption et aussi les mécanismes correctifs de l'autocorruption. Mais il faut une vigilance, une clairvoyance, un engagement citoyen et des qualités humaines et une vision du droit qui, dans nombre de situations aujourd'hui, surtout avec l'hypermédiatisation et la tyrannie de l'opinion, dépassent la condition humaine, le légalisme formel et le droit professionnel.

Les monarchies d'autrefois et oligarchies d'aujourd'hui se barricadent avec un réseau de fratrie et d'affiliation politique. Les tyrannies et dictatures recourent à l'action directe et « franche » à la répression. Mais les démocraties d'aujourd'hui, même celles dites consolidées, du fait même qu'elles se fondent sur la liberté, le dialogue, la délibération et le pluralisme, sont menacées par les valeurs mêmes qui les fondent, si ces valeurs sont manipulées et sans vigilance constante pour protéger ces mêmes valeurs de leur corruption. Paul Valéry disait : « Le vers est dans le fruit ». Le vers est aujourd'hui dans le fruit et les fruits mêmes des progrès de la démocratie.

Alfred de Musset écrivait sa comédie : *On ne badine pas avec l'amour* (1834). Aujourd'hui on badine avec l'amour, avec la postmodernité du désamour, de la polifidélité..., nouvelles expressions en vogue. On badine davantage avec le droit, fondement de toute société démocratique.

Il faudra donc revenir aux pères fondateurs de la démocratie : Aristote, Machiavel (qui est machiavélien, et non machiavélique), Rousseau, Montesquieu... pour re-constater à quel point ils mettaient en garde contre le populisme, la démagogie, « l'égalité extrême » (Montesquieu), la crainte pour l'ordre public en son temps (Machiavel)...

1

Trois fondamentaux du droit

Le désordre normatif⁹ n'est pas seulement dû aujourd'hui à des causes techniques : dispersion, dualité et dilution des normes, inflation juridique, instabilité législative..., mais surtout à la régression des

⁹ . Dossier: Le désordre normatif, *Revue du droit public*, 2006, et no 1, 2017, 96 p.

fondamentaux du droit qui relèvent de l'essence même du droit et de sa philosophie.

Il s'agit de trois notions qu'il faudra aujourd'hui davantage expliciter, afin d'éviter les perversions et maladies du droit, les notions d'*abus de droit*, de *bonne foi*, et de *déni de justice*.

L'instrumentalisation du droit, ou plutôt de la loi, l'exploitation de la symbolique de la loi pour donner l'illusion du changement, l'inflation juridique s'opèrent en violation de ces trois fondamentaux.

1. *L'abus de droit* : L'abus de droit, pour l'expliquer avec simplicité, on le constate presque au quotidien dans des démocraties dites consolidées où, devant une queue d'attente à un guichet, la personne qui règle une formalité s'étend dans une conversation interminable avec le préposé. Et les autres attendent, attendent... On respecte la queue ! On le constate aussi dans des familles modernes où l'enfant programmé à l'individualisme forcené et au libéralisme sauvage réclame et conjugue : J'ai le droit, tu as le droit, il a le droit..., alors que le droit par essence organise une relation. C'est l'expression d'un individualisme qui se développe au détriment du lien social.

Des législations ont expressément dénoncé l'abus de droit, comme l'art. 7 du Code civil suisse : « L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. » L'art. 7 du Code civil espagnol, après avoir édicté que « les droits doivent être exercés conformément aux exigences de la bonne foi » ajoute : « La loi ne protège pas l'abus d'un droit ou son exercice antisocial. Tout acte ou omission qui, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances de sa réalisation dépasse manifestement, au préjudice d'autrui, les limites normales de l'exercice d'un droit, donnera lieu à indemnité, ainsi qu'à l'adoption des mesures judiciaires ou administratives de nature à faire cesser cet abus. »

2. *La bonne foi* : Il n'y a pas de droit sans bonne foi. On évite aujourd'hui de parler de bonne foi et même de juger la bonne foi, par crainte de juger des intentions et pour se limiter à des faits bruts. Or la bonne foi est, bel et bien, une catégorie juridique. Elle se manifeste dans des comportements tangibles et souvent réitérés qui ne laissent

aucun doute sur l'intention camouflée de la part de ceux qu'on appelle communément ayants droit.

Quelle gravité dans cette observation d'Elizabeth Zoller :

« L'avènement de la modernité a modifié le rôle de la bonne foi comme ciment du tissu social. La société occidentale moderne est construite non plus sur la foi, mais sur l'intérêt.

« Là encore l'art. 2 du Code civil suisse dispose que « chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'art. 281 du Code civil hellénique prévoit que l'exercice d'un droit est prohibé s'il dépasse manifestement les limites imposées par la bonne foi. La bonne foi selon les juristes allemands (*Treu und Glauben*) devient un critère décisif d'interprétation. On la trouve dans le 157 du Code civil allemand qui dispose : « Les contrats doivent être interprétés comme l'exige la bonne foi en corrélation avec les usages admis en affaire. » Le paragraphe 242 dispose : « Le débiteur est obligé d'effectuer la prestation comme l'exige la bonne foi avec les usages admis dans les affaires. » De là est né un principe essentiel des droits germaniques, celui de la protection de la confiance légitime. » (Elizabeth Zoller, Dictionnaire, pp. 143-145)

3. *Le déni de justice* : Montesquieu écrivait : « L'injustice n'est souvent pas dans le jugement, mais dans les délais » ! Il faudra aujourd'hui repenser toutes les modalités hypocrites des dénis de justice. Un magistrat ne dira jamais : Je proclame un déni de justice. Mais il ne juge pas ! Ne pas juger dans une affaire, et une affaire banale et même en référé, après six ou sept ans, n'est-ce pas un déni de justice ? Un tribunal au Liban qui ne prononce pas un jugement à propos de la validité d'un concours administratif après 12 ans, n'est-ce pas un déni de justice ?

François Monnier écrit :

« Aujourd'hui, face à la montée en puissance du pouvoir judiciaire et sous la pression de la construction européenne, il (le déni de justice) devrait connaître un regain d'intérêt (...) A une époque où l'institution judiciaire ne travaille plus uniquement pour juger mais aussi pour se consolider et s'affirmer comme un contrepuvoir institutionnel, la question mérite intérêt (...) Comment, dans ces conditions, ne pas redouter une multiplication des dénis de justice... » (Dictionnaire..., p. 359361).

2

Justice constitutionnelle et autres instances judiciaires : Revaloriser le droit jurisprudentiel

Il y a de quoi être surpris et fort admiratif à propos des acquis de la jurisprudence constitutionnelle au niveau mondial en ce qui concerne la normativité et l'universalité des principes fondamentaux du droit. C'est souvent à d'autres niveaux, dans les campagnes électorales, la magistrature judiciaire et administrative, les rapports des citoyens avec l'administration et dans les pratiques au quotidien que les perversions du droit se manifestent, ou plutôt se camouflent avec le plus souvent une *préciosité légaliste super-sophistiquée*.

Arrêtons-nous d'abord aux campagnes électorales. Le droit de vote, fruit d'un combat de plusieurs siècles, source de légitimité du pouvoir et condition de bonne gouvernance, se trouve, avec l'hypermédiatisation et le support de spécialistes en marketing commercial, et moins en information et communication au sens noble, régi moins par le droit que par la démagogie. Il m'est arrivé d'entendre de la part d'une source judiciaire que le trucage d'un enregistrement dans une information électorale télévisée au Liban constitue une « pratique normale » dans la compétition politique !

La prééminence du droit, un droit devenu sans frontières, et une idéologie des droits de l'homme et de l'Etat de droit risquent d'occulter les dérives d'un *droit sans justice*. La notion de *limite* est au cœur même du droit qui, quand il est instrumentalisé, cesse d'être normatif.

Le titre même de l'œuvre de Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), doit inciter en permanence à rechercher l'essence du droit, dont la finalité n'est pas la *loi* (*lex*), mais la *justice* (*jus*). Quand Montesquieu écrivait : « Il ne faut toucher aux lois que d'une main tremblante », il n'imaginait pas toutes les techniques postmodernes d'aujourd'hui de manipulation par des experts en juridisme ou même par des légalistes dont la conscience est comatique.

En outre le droit se trouve aujourd'hui affronté, après les multiples expériences du capitalisme, du socialisme et du communisme, à la tryptique : liberté, égalité, fraternité. Liberté et égalité, même dans les meilleures conditions d'égalité des chances, sont antinomiques ! La liberté en effet implique que des gens sont plus entrepreneurs, plus

imaginatifs, plus travailleurs... Il y aura donc nécessairement de l'inégalité, même avec les meilleures conditions juridiques d'égalité des chances.

Quel sera le correctif au décalage, aujourd'hui encore plus accentué avec la mondialisation, entre riches et pauvres ? Quel droit de la fraternité, de la solidarité... avec l'individualisme contemporain ? « L'égalité extrême », dont parle Montesquieu, prend l'aspect d'une revendication égalitaire individualiste au détriment d'une justice distributive. L'exemple type est celui de certains grands magnats de la finance ou du cinéma en France qui « accusent » le gouvernement de lourdes charges fiscales et qui préfèrent éviter ces charges dans un autre pays, sans aucune référence dans leurs propos à une patrie, à une citoyenneté, à des concitoyens.

Le droit aujourd'hui est le fruit d'une longue évolution culturelle et dans les techniques de légifération, de procédure électorale, de jurisprudence, de dialogue des juges et de normativité à travers les jurisprudences constitutionnelles. Cependant toute évolution risque de comporter des effets pervers quand on s'éloigne de son *esprit*. Ou même elle risque d'être victime de son succès même, car des manipulateurs cherchent à la contourner et la corrompre.

La relecture, aujourd'hui et actualisé, *De l'Esprit des lois* (1748) de Montesquieu est indispensable. L'inflation juridique, l'instrumentalisation et la judiciarisation du droit, la subjectivisation du droit aux dépens du lien social, les soucis légitimes de *liberté* et *d'égalité* aux dépens de la *fraternité* et de la solidarité, tant aux niveaux internes et interétatiques... exigent la relecture des pères fondateurs, dont Montesquieu, et peut-être la réécriture du droit, fort marginalisé, du troisième tryptique : la *fraternité*.

3

Que faire ?

Droit constitutionnel jurisprudentiel qui irrigue l'ensemble du droit

Il s'agit de repenser la socialisation juridique, l'enseignement dans des facultés de Droit et non de loi, renforcer les processus qualitatifs de légifération et les études d'impact et d'effectivité des lois,

et la fonction vraiment indépendante de la magistrature et de la justice constitutionnelle à travers la jurisprudence.

Le Droit, absolument indispensable pour domestiquer le *politique*, ne peut à lui seul fonder une *société*. Le rejet aujourd'hui sur le droit de tous les heurs et malheurs du début du 21^e siècle : décalage croissant entre pauvres et riches, terrorisme, fanatisme, crise de l'ONU, « mondialisation de l'indifférence » selon l'expression du Pape François... camoufle une crise valorielle d'un humanisme perdu, qui se cherche et à retrouver.

Relisons le chapitre *De l'Esprit des lois* intitulé : « De la corruption du principe de la démocratie » (VIII 2). La démocratie peut être exploitée et instrumentalisée au risque de corrompre les principes qui la fondent. Montesquieu écrit :

« Lorsque les principes du gouvernement sont une fois corrompus, les meilleures lois deviennent mauvaises et se trouvent contre l'Etat, lorsque les principes en sont sains, les mauvaises ont l'effet des bonnes, la force du principe entraîne tout ».

Le Droit est aujourd'hui paradoxalement victime de son évolution et de son succès, car c'est alors que prolifèrent, par d'autres moyens, ceux qui manipulent les plus beaux principes de la démocratie, du suffrage universel, des droits de l'homme, de la liberté et de l'égalité..., avec des gants de velours et un discours verbeux, précieux et sophistiqué.

Quelques phénomènes d'un droit sans justice, la *lex sans jus*, suivant l'ancienne terminologie romaine, du côté de pouvoirs publics et de légalistes professionnels :

1. Judiciarisation du droit
2. Instrumentalisation de la loi.
3. Inflation juridique.
4. Politisation du droit sous couvert de lutte contre la corruption, avec la technique d'ouverture de dossier.
5. Exploitation de la symbolique de la loi pour donner l'illusion du changement. Du côté des *citoyens* :

1. Subjectivisation du droit aux dépens du lien social.
2. Citoyen grognon, contestataire, rouspéteur..., sous prétexte de participation, à l'encontre du *citizen power*.
3. Illusion politique d'être informé¹⁰.

Il y a une pensée universelle du droit, qui découle du commerce des juges et du besoin de construire un monde commun, mais les aménagements juridiques sont variables. Il s'agit d'étudier la dialectique d'une universalisation nécessaire et utile pour l'humanité et, en même temps, du respect de la diversité culturelle.

Les hautes Cours de justice constitutionnelle sont chargées de la normativité du droit et de la régulation de cette normativité. Or cette normativité se trouve presque à tous les niveaux dans le monde postmoderne, avec l'hypermédiation, la complexité et l'instrumentalisation du droit, galvaudée, malmenée, dévoyée, en violation *De l'esprit des lois*, selon le beau titre de Montesquieu. (1748). L'esprit des lois, c'est la justice. « Il faut sortir de la loi pour entrer dans le droit », selon un adage français.

La justice constitutionnelle peut-elle aujourd'hui demeurer dans une tour d'ivoire suprême, émettant d'excellentes décisions normatives au plus haut niveau, alors que le désordre normatif ravage la société, le plus souvent à travers ce qu'on appelle loi et droit ? Que faire ?

1. *D'abord l'enseignement du droit* : Y a-t-il des Facultés de loi ou de droit ? La professionnalisation à outrance de l'enseignement du droit, qui est certes un besoin et une nécessité pour de futurs avocats et magistrats, introduit le droit dans la logique du marché. A défaut d'une solide formation, les codes éthiques des avocats et des magistrats servent à maquiller des manipulations legalistes avec bonne conscience et un discours précieux et ultrasophistiqué.

Un enseignement exclusivement professionnel du droit produit des techniciens de la loi, des legalistes, des spécialistes en juridisme, et non des législateurs, et vraiment des avocats et des magistrats. Le droit est d'une importance telle qu'on ne peut le confier exclusivement à des

¹⁰ . Dossier "La manipulation", *Sciences humaines*, no 287, déc. 2014, pp. 28-51.

juristes professionnels, ni à des magistrats professionnels, mais à des bâtisseurs de justice pour un monde postmoderne qui, malgré les progrès du droit et de l'Etat de droit, se trouve ravagé par des injustices et des barbaries. Les barbares d'aujourd'hui sont savants !

Professionnalisation du droit, certes, mais sans mercantilisation du droit, sans le dépouiller de son esprit, car le droit n'est pas une marchandise comme une autre.

Quelle est la place de la bonne foi dans l'enseignement du droit, la formation des juristes et des magistrats, la pratique des tribunaux, les jurisprudences de nos pays ? Si cette place est fort réduite, et souvent inexistante, c'est que le monde postmoderne qui a perdu sa boussole et ses repères présuppose que tous les êtres humains sont des anges, que le droit seul désormais tient lieu de religion, de morale, et même d'humanisme, alors que le droit seul ne peut fonder une société. La philosophie positiviste d'autrefois d'Auguste Comte devient juridisme positiviste.

2. *Propager la culture de la justice constitutionnelle* : Cette justice ne s'occupe pas seulement de dire le droit en conformité avec la Constitution, suivant le vocabulaire en vogue. La Constitution n'est pas un texte comme un autre, ni même un texte dit fondamental dans la hiérarchie (technique !) des normes, suivant la terminologie juridique connue. La Constitution est surtout un *ensemble de valeurs fondatrices d'une nation*, un patrimoine valoriel, une vision d'avenir, un projet de société.

Dominique Schnapper, ancienne membre du Conseil constitutionnel français, écrit :

« Une société est menacée si ses membres ne partagent pas certaines valeurs et refusent leur héritage, s'ils ne forment pas une communauté inscrite dans une histoire (...). Si les individus démocratiques nourrissaient des désirs immodérés, s'ils en arrivaient à oublier les obligations de toute vie collective, comment pourrait-on assurer l'ordre social ? (...) La démocratie ne deviendrait-elle pas alors incapable d'assurer la cohésion sociale et la vie en commun ? »¹¹

¹¹ . Dominique Schnapper, *L'esprit démocratique des lois*, Paris, Gallimard, 2014, 322 p., pp. 27-28.

Quel profil donc du juge constitutionnel ? Il n'est pas un technicien de la loi, ni même un grand spécialiste en droit constitutionnel au sens courant, ni un avocat hautement spécialisé, ni un juge ordinaire ayant plus de vingt ans de carrière. Il est en charge de rétablir en permanence et de propager l'essence du droit, la philosophie du droit à l'encontre de toutes ses instrumentalisation. Obligation de réserve ? Oui, mais pas propension à la paresse, à l'isolement, au désengagement, au silence complice, à l'autosatisfaction, à une justice constitutionnelle en tant que « maison de retraite pour des privilégiés ».

Il appartient à la justice constitutionnelle de réhabiliter la théorie du droit, partout malmenée dans le supermarché valoriel d'aujourd'hui.

3. *Le droit vivant jurisprudentiel* : Il faudra aujourd'hui repenser, à la lumière des pères fondateurs du droit, et sans bouleverser aucune des doctrines ou théories du droit, et dans une vision compréhensive (comprendre, *cum-prendere*, signifie embrasser dans un ensemble), repenser à la fois la loi, le droit et la jurisprudence.

La loi et le droit organisent, déterminent le cadre, encadrent juridiquement un problème et une situation. Mais le droit vivant, humain, humaniste, réel et concret, qui répond effectivement aux problèmes de la vie, oui de la vie (c'est encore du droit !), c'est le droit jurisprudentiel. N'en déplaise à ceux qui veulent que le juge soit encore « la bouche de la loi », donc servile aux pouvoirs législatif et exécutif. Le droit, c'est le juge et la jurisprudence¹². Sinon, j'envisagerai des programmes informatiques pour le règlement des problèmes juridiques. Je ne sais pas si l'ingénierie juridique moderniste commence à y penser. Si elle n'y pense pas, c'est parce qu'il y a le risque d'extension du chômage aux avocats et aux justiciers, deux exercices professionnels parmi les rares professions non menacées aujourd'hui par le chômage avec le juridisme à outrance.

Le droit jurisprudentiel vivant, on l'apprend dans le droit administratif et surtout toute la genèse de ce droit et, surtout encore, comme je l'ai appris en 2^e année de Droit, et comme on ne l'apprend plus aujourd'hui quand presque tout se trouve codifié, avec le

¹² . Louis Favoreu, *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, 1252 p.

Professeur éminent, inoubliable et grand humaniste, Philippe Ardant¹³. Il faudra aujourd'hui redonner sens et vie à la jurisprudence en tant que source essentielle du droit, vivant, à la différence de la loi qui, si elle est par essence « impersonnelle et générale », c'est dans un but de justice. Mais le Droit, lui, concerne des personnes, il est social, humain ou il n'est pas.

Quelle évolution positive dans le droit constitutionnel depuis que la notion de « droit constitutionnel jurisprudentiel »¹⁴ commence à émerger. Nous allons dire désormais : droit civil jurisprudentiel, droit des affaires jurisprudentiel..., ce qui arrêterait des perversions du droit dit positif et qui se trouve de moins en moins positif, c'est-à-dire effectif, à l'âge des manipulations à la fois de la loi et de la démocratie.

La jurisprudence constitutionnelle, soucieuse essentiellement des normes du droit, droit humaniste et de la justice à l'âge des dangers pour l'avenir des démocraties et du désordre normatif, doit désormais irriguer l'ensemble du droit et l'ensemble des organes judiciaires. Gouvernement des juges, selon l'expression utilisée par Walter Clark en 1914 ? La notion a été tant galvaudée. Considérer que la défense d'une norme, puisée de l'expérience humaine séculaire, de liberté, d'égalité, de dignité de l'homme..., c'est *gouverner*, cela montre à quel point des légalistes, des politologues et des gouvernants n'ont rien compris au Droit, encore moins à la justice et encore moins à l'exercice du pouvoir démocratique⁷.

Loi positive ? Disons aujourd'hui loi écrite. *Positive* implique la saine application et effectivité de la loi, sans détournement, ni instrumentalisation, ni manipulation... Il faut aujourd'hui, dans le désordre normatif, un droit *positif*, au sens authentique, c'est-à-dire valoriel et effectif (« considéré comme doté d'une orientation, de qualités, conforme à une orientation, à des qualités de référence », selon *Le Robert*).

Nombre d'écrits anciens reprennent une grande valeur dans la philosophie du droit et la gestion judiciaire du droit. B. N. Cardozo écrit en 1921 :

¹³ . Encore professeur à la Faculté de droit de l'Université Saint-Joseph à Beyrouth dans les années 1960-1962.

¹⁴ . Louis Favoreu, *op. cit.*, p. 5.

« Je considère le pouvoir créateur du droit du juge comme une des réalités de la vie ». ⁸

Aussi Wanda Mastor écrit :

« La conception strictement légaliste du droit est aujourd'hui abandonnée et on ne peut nier le caractère normatif des décisions juridictionnelle. »⁹

« Crépuscule des élites » avec le recul du sens du *vrai*. On le relève dans une interview avec le président Ronald Trump :

⁷. Wanda Mastor, «Plaidoyer pour le gouvernement des juges », *ap.* Stéphane Mouton (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Paris, LGDJ, 2016, 324 p., pp. 64-74.

D. de Béchillon, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », Paris, Dalloz, 2002.

O. Pfersmann, « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? », réponse à M. Troper, *ap.* S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publications de la Sorbonne, Science politique, 2001.

M. Troper, « Du bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *Le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, 2001.

E. Lambert, *Le gouvernement des juges*, préface de Franck Moderne, Dalloz, 2005.

⁸. B. N. Cardozo, *The nature of the judicial process*, Yale University Press, NewHaven, 1921, p. 10, cité par Wanda Mastor, *op. cit.*, p. 67.

⁹. Wanda Mastor, *op. cit.*, p. 66.

« Est vrai ce que je dis, parce que je le dis. Si ce que je dis ne reflète pas la vérité de faits passés, peu importe. Les faits viendront demain vérifier ce que j'affirme instinctivement aujourd'hui... »

En couverture du numéro du 23/3/2017 de *Time Magazine* qui publie cette interview la question suivante : « La vérité est-elle morte ? »¹⁵.

L'importance accordée à la jurisprudence varie selon les systèmes juridiques. Dans la tradition juridique anglo-saxonne de la *common law*, la jurisprudence est une source importante du droit, alors que dans les

¹⁵ . Cité par Antoine Courban, «Le crépuscule des élites », *L'Orient-Le Jour*, 31/3/2017, et interview avec le président Ronald Trump, *Time Magazine*, 23/3/2017.

pays de traditions romano-germaniques, le respect de la jurisprudence est nettement moins important. C'est la jurisprudence cependant qui était la science du droit.

Les pays de la *common law* connaissent-ils autant d'excès de légifération ? L'effectivité du droit est-elle davantage garantie dans des pays de tradition romano-germanique ? La loi positive, si explicite qu'elle soit, peut-elle définir des principes, des valeurs et des normes de justice dans un monde aussi ravagé par la professionnalisation mercantile, l'hypermédiatisation, la compétition sauvage, la dilution de notions fondatrices du droit, notamment celles du bien commun, du public et de l'Etat ?

L'inflation juridique aujourd'hui est-elle due exclusivement à la complexité croissante du droit, à l'extension des frontières du droit dans un droit sans frontières, à la multiplicité des instances nationales et régionales qui disent le droit... ? La propension à *rechercher des règlements techniques à des problèmes de fond* en société camoufle les réalités concrètes qui expliquent les raisons profondes de l'ineffectivité du droit. L'excès de technicité juridique est elle-même génératrice d'un cycle de surplus de technicité le plus souvent inopérante quant à l'effectivité du droit. Un rapport publié de 1991 intitulé : « De la sécurité juridique » contient la phrase demeurée dans les mémoires :

« Quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête qu'une oreille distraite. »

Des années plus tard, le rapport de 2006 : « Sécurité juridique et complexité du droit » constate que la situation ne s'est guère améliorée. La révision constitutionnelle en France du 23 juillet 2008 et traduite par la loi organique du 15 avril 2009 sur les **études d'impact** essaie de régler le problème de la qualité et de la simplification du droit. Pierre de Montalivet écrit à ce propos :

« L'inflation des ordonnances constitue l'un des signes d'un désordre normatif (...) Elle révèle un phénomène plus général, à savoir une crise du fonctionnement de nos institutions politiques. »

C'est le signe d'un déficit démocratique, dû au non respect de l'esprit de la Constitution et du droit en général.

« La modification des comportements apparaît comme le remède le plus efficace »¹⁶. La Cour européenne des droits de l'homme dénonce souvent ce qu'elle appelle « les déficiences structurelles ». Le vice-président du Conseil d'Etat, Jean-Marc Sauve, écrit :

« Le droit souple n'est pas la marque de la déliquescence de notre ordre juridique ; c'est plus simplement le signe de son adaptabilité »¹⁷.

« La frénésie législative peut enfin conduire à des textes si mal rédigés qu'ils en deviennent incompréhensibles et, par voie de conséquence, inapplicables¹⁸. »

Le *rescrit administratif* est un acte unilatéral individuel par lequel l'administration interrogée par un administré sur sa situation juridique ou sur le statut d'un projet qu'il souhaite entreprendre, apporte une réponse qui la lie en prenant une position formelle sur l'interprétation des règles de droit applicable à ladite situation ou audit projet¹⁹.

« Un jour ou l'autre, le droit étatique et son juge ont tôt fait de les récupérer dans les mailles de leur filet ; et avec eux remonte à la surface tout ce qui fait le droit post-moderne, sa complexité normative, son désordre textuel, son insécurité contentieuse »²⁰.

Il faudra méditer sur cette réflexion de Portalis :

« Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si étendus qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout. Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi (...) L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions

¹⁶ . Pierre de Montalivet, « L'inflation des ordonnances », *Revue du droit public*, no 1, 2017, pp. 37-46, p. 43-45.

¹⁷ . Rapport annuel du Conseil d'Etat 2013, « Le droit souple », *La Documentation française*, 2016, avant-propos, p. 5.

¹⁸ . Rozen Noguellou, « Instabilité législative: mesures et comparaisons à travers l'exemple du droit de l'urbanisme », *RDP*, n o 1, 2017, pp. 71-81, p. 78.

¹⁹ . Benoît Plessix, « Une réponse? Le rescrit », *RDP*, no 1, 2017, pp. 83-96.

²⁰ . Benoît Plessix, p. 96.

qui peuvent naître sur chaque matière. (...) Il ne faut point de lois inutiles, elles affaibliraient les lois nécessaires²¹. »

Dans la tradition du *common law*, le Parlement ne cherche pas à absorber tout le droit. Le juge d'ailleurs ne fait pas la règle de droit, mais la *déclare*, car elle existe de toute éternité, selon la thèse de Matthew Hale²². Le juge en effet, lorsqu'il tranche un cas, n'est que l'un des chaînons d'une construction normative.

Léon Duguit, dans son *Traité de droit constitutionnel* (1^{er} § 16, p. 171) considère que la loi positive ne peut être conçue que comme un mode d'expression de la règle de droit :

« Je ne saurais trop protester contre la tendance qui compte encore en France un certain nombre de représentants (...), tendance d'après laquelle toute disposition régulièrement émanée de l'organe législatif d'un pays est une norme de droit devant laquelle le juriste doit s'incliner sans mot dire. S'il en est ainsi, l'étude du droit ne vaut pas une minute d'effort ; *elle est un pur travail de manœuvre. La loi est un document pour le juriste, rien de plus, c'est-à-dire un élément dans la recherche qu'il doit faire de la norme juridique s'imposant à un moment dans un groupe donné.* » (Constitution et son juge, p. 342).

La loi est-elle nécessairement *règle de droit* ? Est-elle une *norme* ? Il faudra se référer à la philosophie du droit, car c'est la jurisprudence surtout qui définit les concepts, principes et valeurs.

« La conscience, la bonne foi, la raison, la morale, la justice pouvaient et devaient bien inspirer ses (le chancelier) solutions, non pas que le *common law* ne visât pas lui aussi la justice, mais il était reconnu qu'il n'y parvenait pas toujours ; de sorte que le recours à *l'equity* introduisit donc, dans le système d'administration du droit, un précieux élément de souplesse et de rectification²³. »

Martin Luther King écrit : « Je suis d'accord avec Saint Augustin : « Une loi injuste n'est pas une loi. »

²¹ . Cité par Jean-Louis Debré, *Ce que je ne pouvais pas dire*, 2016, p. 236.

²² . *History of the Common Law of England*, 1713, et William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 1765, cités par...

²³ . Etienne Picard, *Common Law*, ap. *Dictionnaire...*, pp. 238-245.

John Rawls : « La justice est la vertu la plus importante d'une société démocratique. »²⁴

²⁴ . Apprendre à philosopher, *Rawls*, Paris, RBA- et collection Le Monde, 2016, 160 p.

5^e Atelier interculturel pour la démocratie à Nicosie

**Complémentarité et harmonie entre
les instances judiciaires**

Pour une justice constitutionnelle normative
qui irradie l'ensemble du droit

Antoine Messarra

Membre du Conseil constitutionnel

Quel est aujourd'hui l'état des rapports entre les Cours et Conseils constitutionnels et les autres instances judiciaires pour la promotion de la justice et de l'Etat de droit ?

Le « 5^e Atelier interculturel pour la démocratie », organisé à Nicosie par la Commission européenne pour la démocratie par le droit du Conseil de l'Europe (Commission de Venise) à l'occasion de la présidence chypriote du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, les 3-4 avril 2017, apporte une contribution originale à l'étude de ces rapports dans le cadre du programme : « Renforcer la gouvernance démocratique dans les pays du Sud de la Méditerranée. »

Le 5^e Atelier a groupé plus de quarante participants de Cours et Conseils constitutionnels et hautes instances judiciaires de 12 pays, européens (Chypre, Espagne, France, Géorgie, Italie) et arabes (Algérie, Egypte, Jordanie, Liban, Maroc, Palestine, Tunisie). Ont participé du Liban, le président du Conseil constitutionnel, Issam Sleiman ; le président du Conseil supérieur de la magistrature, Jean Fahd ; et l'auteur de ces lignes.

Les Ateliers interculturels sont organisés depuis 2012 par la Commission de Venise qui coopère avec 105 Cours suprêmes, « plateforme pour échange et partage de bonnes pratiques, parce que nous ne pouvons pas nous sécuriser sur nos expériences » (*Gianni Buchicchio*, Commission de Venise). Le 5^e Atelier, présidé par Chypre,

est inauguré par le ministre chypriote des Affaires étrangères, Ioannis Kasoulides.

51

52 Antoine Messarra

Plus de vingt interventions et les débats sont centrés autour de trois axes : l'indépendance de la magistrature constitutionnelle, les interactions à travers les recours par voie d'exception, et des problématiques récentes sur l'évolution du droit.

1. *Magistrature constitutionnelle : nomination et indépendance* : L'insistance sur l'indépendance de la justice constitutionnelle et sur les procédures techniques de nomination camoufle le problème plus central du juge constitutionnel lui-même et de son profil. Il doit toujours y avoir des procédures de nomination. Aucune procédure n'est idéale si on considère que la nomination n'a aucune influence lorsque le juge est lui-même indépendant (*Abdel Azizi Salman, Egypte*) et aussi si le juge pratique ce que Robert Badinter appelle « le devoir d'ingratitude ».

La désignation par le roi dans une monarchie constitutionnelle revêt une symbolique différente que dans des régimes républicains. Dans le cas du Liban, et dans une société pluricommunautaire, la pluralité des instances de nomination, le Parlement et le Gouvernement, respecte nombre d'équilibres, au sens positif, sous condition cependant que le juge constitutionnel soit lui-même indépendant. En Tunisie, un effort a été entrepris pour la « reprise du contrôle par la justice » (*Fraj Bizid, Tunisie*).

Il faudra surtout expliciter la notion de séparation des trois pouvoirs où la justice constitutionnelle est encore perçue au sein du pouvoir judiciaire. Or la magistrature constitutionnelle, et c'est le cas au Liban, est indépendante du pouvoir ou autorité judiciaire, étant elle-même garante du principe de séparation des pouvoirs (*Issam Sleiman, Liban*).

2. *Les rapports interjudiciaires et le dialogue des juges* : On considère que les décisions de la justice constitutionnelle sont presque partout respectées (*Mourad Medelci, Algérie*). Elles sont aussi valorisées même dans les cas, notamment en Jordanie, où la justice

constitutionnelle est relativement jeune et où on évite « l'excès de filtre » quand l'exception d'inconstitutionnalité est soulevée (*Fayez Hamarneh*, et *Hassan Abdallah*, *Jordanie*). Les contraintes dans le cas de la Palestine (*Fawaz Sayma*, *Palestine*) s'expliquent par le contexte de l'occupation.

Etudes 53

Avec les recours par voie d'exception, on fixe des « délais raisonnables » pour éviter les procédures dilatoires (*Aivars Endzins*, *Lettonie* ; et *Mohammed Rouabhi*, *Algérie*). La justice constitutionnelle exerce un rôle de « législateur négatif » (*Zaza Tavadzé*, *Georgie*). Il ressort surtout des débats l'impact du dialogue des juges (*Mohammed Atarguine* et *Mohammad Sqalli Hussaini*, *Maroc*).

L'expérience de la QPC en France depuis 2010 montre qu'« il n'y a pas de partage du contrôle constitutionnel, surtout que la QPC ne peut être soulevé d'office par le juge ». Près de 30.000 QPC ont été soulevées, mais 2% seulement ont été transmises au Conseil constitutionnel français qui a dû examiner près de 100 questions par an. Plus important encore : « Le filtre ne s'est pas transformé en bouchon » (*Claire Bazy Malaurie*, *France*). Il serait fort utile à l'avenir de se pencher sur l'analyse du contenu des cas soulevés devant les tribunaux pour mieux apprécier la qualité normative du filtrage.

3. *Evolution du droit et démocratie* : Trois problèmes majeurs sont soulevés dans les interventions et les débats, sur la gestion du pluralisme religieux et culturel, l'eupéanisation de la justice, et les dérives actuelles du droit.

A l'encontre d'une mentalité jacobine, plus particulièrement au Sud de la Méditerranée, la protection des minorités ou la gestion du pluralisme religieux et culturel doit s'opérer « à travers des institutions et des processus supplémentaires » (*Elena Drymiatou*, *Chypre*). En outre l'eupéanisation du droit dans les pays de l'Union européenne « rend le travail judiciaire complexe, et même gênant, et implique une nouvelle vision du constitutionnalisme aujourd'hui » (*Encarnacion Roca Trias*, *Espagne*). Pourquoi complexe ou « gênant », est-ce pour cause de procédure ou de divergence normative ? Le problème mérite l'analyse à travers la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme.

On souligne que la Constitution devient « un texte de moralité positive, un ethos des droits de l'homme » (*Selios Nathanael, Chypre*).

Normativité d'autant plus nécessaire que le droit aujourd'hui se trouve victime de son progrès même. Du côté des légalistes professionnels, il s'agit de cinq dérives : judiciarisation du droit, instrumentalisation de la loi, inflation juridique, politisation du droit

54 Antoine Messarra

sous couvert de lutte contre la corruption et exploitation de la symbolique de la loi pour donner l'illusion du changement. Du côté des citoyens, il s'agit de trois dérives : subjectivisation du droit aux dépens du lien social, extension de la mentalité contestataire sous couvert de participation et d'*accountability*, alors que la citoyenneté implique engagement, *citizen power* ; et illusion d'être informé dans l'hypermédiatisation actuelle.

La question est posée : La loi est-elle nécessairement aujourd'hui *règle de droit* ? Est-elle une *norme* ? Aussi la justice constitutionnelle et jurisprudentielle en général doit-elle désormais irradier l'ensemble des instances judiciaires et s'introduire au cœur de la société.

Pour aller plus loin

Montesquieu, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de, *De l'esprit des lois*, présentation par Jean-François Mattei, coll. « Le Monde de la Philosophie », Flammarion et le Monde, 2008, 1186 p.

La fraternité, Actes du 3^e Congrès de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français-ACCPUF, Ottawa, juin 2003, 814 p.

Alain Supiot (dir.), *La solidarité* (Enquête sur un principe juridique), Paris, Odile Jacob, 2015, 356 p.

Yves Sintomer, *Petite histoire de l'expérimentation démocratique* (Tirage au sort et politique d'Athènes à nos jours), Paris, La Découverte, 2011, 292 p.

Dominique Schnapper, *L'esprit démocratique des lois*, Paris, Gallimard, 2014, 322p.

Jean-Yves Chérot et Benoît Frydman (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Paris, Bruylant, 2012.

___, *A quoi nous sert le droit ?*, Paris, Gallimard, Coll. « Folio », 2015.
 Jacques Commaille, *L'esprit sociologique des lois* (Essai de sociologie politique du droit), Paris, PUF, 1994.
 Sandra Laugier et Albert Ogien, *Le principe démocratie* (Enquête sur les nouvelles formes du politique), Paris, La Découverte, 2014.
 Pierre Rosanvallon, *Le bon gouvernement*, Paris, Seuil, 2015.
 Tzvetan Todorov, *Les ennemis intimes de la démocratie*, Paris, Laffont, 202, 260 p.

Etudes 55

Stéphane Mouton (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, Actes du colloque des 9-10/10/2014 par l'Institut Maurice Hauriou, Université de Toulouse I, Paris, LGDJ, 2016, 324 p.

Alain Eraly, *Autorité et légitimité* (Le sens du collectif), Paris, Erea, 2015, 250 p.
 François-Bernard Huyghe, *La désinformation* (L'arme du faux), Paris, Colin, 2016, 192 p.
 Michael J. Sandel, *Justice*, Paris, Albin Michel, 2016, Philippe-Joseph Salazar, *Au verbe, citoyens !*, Lemieux, 2017.
 Catherine Thibierge, (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, 912 p.

Le désordre normatif, *Revue du droit public*, 2006, et notamment la contribution de G. Drago, « Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », p. 45.
 Coll. *Un dialogue juridico-politique : Le droit naturel, le législateur et le juge*, PU Aix-Marseille, 2010,
 Antoine J. Bullier, *La Common Law*, Paris, Dalloz, 2007.

*Le Liban au 4^e Congrès en Lituanie
de la Conférence mondiale sur la
justice constitutionnelle*

**Etat, droit et démocratie : Des rapports à
redéfinir**

Antoine Messarra

Membre du Conseil constitutionnel

La réflexion profonde et exhaustive au niveau mondial à propos des défis actuels et des objectifs de la justice constitutionnelle a été entreprise dans le cadre du 4^e Congrès de la conférence mondiale sur la justice constitutionnelle.

Organisé à Vilnius (Lituanie), les 11-14 septembre 2017, le 4^e Congrès a été un « exercice essentiel de bilan » (*Gianni Buquicchio*, Commission de Venise, Conseil de l'Europe), « une chance unique pour échanger des expériences, à l'occasion du 25^e anniversaire de la Constitution de la Lituanie, et un dialogue international avec un langage commun et compris de tous sur des questions essentielles » (*Dainius Zalimas*, président de la Cour constitutionnelle de Lituanie).

Le 4^e Congrès sur le thème : « L'Etat de droit et la justice constitutionnelle dans le monde moderne » a réuni 422 participants de 91 pays des cinq continents. Le but : clarifier les défis et les critères, dresser un bilan et établir un « baromètre représentatif » (*Schnutz Rudolf Durr*, secrétaire général de la Conférence mondiale) après des années tumultueuses depuis le 1^{er} Congrès, et surtout depuis la Seconde guerre mondiale. La notion de défi est répétée à trois reprises dans l'exposé introductif du président de la Commission de Venise au sein du Conseil de l'Europe.

Période tumultueuse, mais aussi stimulante pour déterminer « ce qui va et ne va pas » (*Richard Wagner, Canada*). « époque nouvelle aussi où des pouvoirs sauvages menacent la démocratie, époque de post-vérité, post-mensonge et post-censure, où les avis se fondent sur des émotions » (*République dominicaine*) et « où le poison politique

57

semble augmenter dans le jeu politique partout dans le monde » (*Ghana*). Il en résulte que « nous devons évoluer » (*Congo*). Dans l'ambiance sereine de Vilnius, capitale de la Lituanie, « pays frontière, agressé au cours de son histoire par l'occupation et l'oppression et qui a appris le prix à payer, sans compromission, pour l'Etat de droit », les participants retiendront qu'il faudra « éviter la lecture aveugle de la loi » (*S.E. Dalia Grybauskaitė, présidente de la République de Lituanie*). Les participants sont aussi fort gâtés « tout à la fois par l'excellence de l'organisation, les activités culturelles complémentaires et la gastronomie locale » (*Ulrich Meyer, Suisse*). Le 4^e Congrès mondial permet surtout de « concrétiser les objectifs du Conseil de l'Europe, de se pencher sur le conflit de normes, de promouvoir un dialogue judiciaire, d'engager une méthodologie comparative et, dans le cadre de la Cour européenne des droits de l'homme, de servir d'instrument constitutionnel pour l'ordre public européen » (*Linos-Alexandre Sicilianos, vice-président de la Cour européenne des droits de l'homme*).

On déplore cependant, comme dans la plupart des congrès internationaux, la faible participation arabe (seulement Algérie, Egypte, Liban, Maroc, Mauritanie) où cependant 15 Etats disposent d'une magistrature constitutionnelle. Le Liban était représenté par le président du Conseil constitutionnel, Issam Sleiman, et Antoine Messarra, membre du Conseil. Des pays arabes meurtris, agressés ou en transition démocratique, surtout en ce qui concerne la Palestine, peuvent et doivent alerter les démocraties aujourd'hui pacifiées. Un questionnaire de plusieurs pages avait au préalable été adressé aux 110 cours membres sur « L'Etat de droit et la justice constitutionnelle » dans chacun des pays concernés.

Il ressort de plus de trente communications, dont certaines portent sur la synthèse des réponses au Questionnaire, ainsi que des débats de trois jours, quatre perspectives d'action.

1

Retour à l'essence du droit

Où résident aujourd'hui les défis, où résident les thérapies du droit ? On peut dégager du 4^e Congrès trois volets :

a. *Le contexte culturel dans la mondialisation* : On relève presque partout « cynisme, méfiance, vent de pessimisme, sentiment d'impuissance, populisme, recrudescence des conflits, où tout le monde s'improvise en information et où les institutions démocratiques subissent les frais à l'encontre d'une vigoureuse démocratie » (*Richard Wagner*, Canada). On parle aussi de « populisme sous une forme non libérale » (*Ben Vermeulen*, Pays-Bas). On dénonce l'instrumentalisation du droit qui « sert de passe-partout » (*Christoph Grabenwarter*, Autriche) et « l'utilisation de la Constitution pour se donner une légitimité formelle, ce qui entraîne une Constitution sans constitutionnalisme » (*Carlos Bernal Pulido*, Colombie), ainsi que la propension « à la judiciarisation du droit et à un droit procédural » (*Christoph Grabenwarter*, Autriche).

L'universalité des droits de l'homme est ainsi menacée, avec une « diversité sauvage à propos du principe de la primauté du droit » (*Hanafi Ali Gebali*, Egypte) et des « valeurs constitutionnelles souvent difficiles à définir » (*Gediminas Mesonis*, Lituanie). Des participants vont plus loin : « Le droit n'est plus le fondement de la civilisation, quand il devient un cadre sans contenu, sans signification, anti-essence : S'agit-il alors de droit ou de non-droit quand la loi ne fonctionne pas ou fonctionne mal ? » (*Stanislas Shevchuk*, Ukraine).

b. *L'apport de la justice constitutionnelle à la normativité du droit* : La prédominance d'une conception formelle, plus legaliste que juridique, exige le retour à *De l'esprit des lois*, selon les pères fondateurs. L'apport de la justice constitutionnelle à ce propos est fondamental, notamment avec la mise en œuvre des notions de sécurité juridique, l'exigence de prévisibilité des lois et de confiance légitime. Avec aussi le principe de proportionnalité (Allemagne), la constitutionnalisation de l'ensemble du droit (*Yi-Su Kim*, Corée du Sud). Tout cela renforce « la clarté du droit à la fois formel et substantiel » (*Mourad Medelci*, Algérie). On peut se poser le problème : l'extension du contradictoire dans la justice constitutionnelle, sauf en ce qui

concerne des aspects du contentieux électoral, ne ravale-t-il pas cette justice à un litige ordinaire entre particuliers, au détriment de la dimension normative ?

c. *Le patrimoine constitutionnel* : C'est dans le cadre de la session de l'Union des Cours et Conseils constitutionnels Arabes que le problème du patrimoine constitutionnel arabe est posé (*Adel Omar Sherif*, Egypte). Il s'agit surtout du patrimoine de pluralisme juridique à moderniser et de l'émergence historique de la loi positive dans l'histoire du monde arabe.

2

Pas de Droit sans Etat

Des interventions font état d'une opposition éventuelle entre Etat, droit et démocratie, sans cependant approfondir la problématique. Il a fallu un effort pour s'engouffrer dans cette voie qu'on peut présenter en deux volets.

a. *Où en est la culture démocratique* ? On relève : « Etat de droit et état de la démocratie peuvent être opposés, avec même une tension entre Etat de droit et démocratie et un fossé entre mouvements populistes et Etat. » Où en est la solidarité ? (*Mourad Medelci*, Algérie). Dans la liste des indicateurs de l'Etat de droit, quelle est la place de la morale ? (*Nadir Elmoumni*, Maroc). Primauté du droit certes, mais sans prééminence, car le Droit seul, même le mieux élaboré, ne peut fonder une société, (*socius*, compagnon), c'est-à-dire le vivre ensemble harmonieux et solidaire.

b. *Les droits de l'Etat* : Face à une intervention qui passe sous silence : « Je préfère le désordre à l'injustice », oubliant que c'est le *déordre* (sic) qui a toujours été source d'injustice, la voix libanaise résonne dans l'immense salle du 4^e Congrès. Nous nous enfonçons aujourd'hui dans une culture libéraliste à la mode pour la défense de droits fondamentaux par opposition cependant à l'Etat. Or, dans une approche anthropologique bien empirique, on oublie que l'Etat, dans le cas surtout de l'Occident, est le fruit d'un long cheminement historique de plus de quatre siècles à l'encontre d'hégémonies féodales et seigneuriales. La loi, produite par un Parlement, issue du suffrage

universel et mise en œuvre par une magistrature indépendante, est corrélative de l'Etat.

Il n'y a pas de droit par opposition à l'Etat. Attention cependant: Etat ne signifie pas le régime en place, ni les gouvernants, mais l'institution diversifiée et symbolique chargée de la mise en œuvre du droit. Avant l'Etat, il y avait des coutumes, traditions, règles basées sur des rapports de force, contrôle social... L'affaiblissement aujourd'hui de l'Etat, même dans des démocraties dites consolidées, est dû à l'émergence de puissances économiques transnationales, d'organisations transétatiques terroristes, de guerres par procuration dans des Etats fragiles ou fragilisés, et surtout à l'extension de l'individualisme et de la mentalité contestataire aux dépens du lien social.

Des superpuissances sont aujourd'hui impuissantes face au chantage et à la barbarie d'un régime qui massacre son peuple. On le constate d'abord dans la subjectivisation du droit au sein de la famille où l'enfant postmoderne conjugue : J'ai le droit, tu as le droit, il a le droit..., alors que le droit, par essence, organise une relation. Dans la décision du Conseil constitutionnel libanais no 7/ 2014 du 28/11/2014 relative à la prorogation du mandat du Parlement libanais, il fallait « sauver l'Etat dans l'Etat de droit » face à une stratégie planifiée de sabotage institutionnel.

La genèse de l'Etat constitutionnel moderne coïncide avec la genèse même du droit. Un tel retour aux sources comporte des effets à la fois culturels et pratiques en ce qui concerne les aménagements du pluralisme juridique pour la gestion du pluralisme religieux et culturel. C'est le droit de l'Etat qui doit être *relevant* par rapport à toute autre autonomie segmentaire dans des affaires délimitées. Nombre d'interventions le soulignent, parfois de façon évasive et timide, mais clairement : « Hors de l'Etat pas de garantie des libertés » (*Fernando Jorge Ribeiro*, Guinée Bissau). Ou aussi : « La première des libertés, c'est la sécurité » (*Dominique Rousseau*, Andorre). Ou encore : « L'Etat a l'obligation de garantir sa sécurité » (*Théodore Holo*, Bénin). On relève aussi que « l'état d'urgence n'est pas nécessairement contre l'Etat de droit et qu'il faudra trouver un équilibre entre intérêt privé et intérêt public ou interpréter des lois internes dans une perspective internationale » (*Danius Zalimas*, Lituanie). Quand on parle dans le langage courant du « pouvoir de l'Etat », il y a risque d'équivoque, car il ne s'agit pas de l'Etat avec ses institutions différenciées qui se contrôlent en vertu du

principe de la séparation des pouvoirs, et d'une complémentarité institutionnelle (*Hongrie*), mais d'un clan familial au pouvoir, ou d'une ploutocratie gouvernante. L'Etat constitutionnel est synonyme d'ordre public, de bien commun, d'intérêt général. Il ne faut plus avoir honte de réhabiliter le sens de l'Etat dans la mondialisation galopante d'aujourd'hui. S'il faut désormais hiérarchiser les droits de l'homme (*Schnutz Rudolf Durr*, secrétaire général de la Conférence mondiale), il faudrait distinguer entre droits de l'Etat, au sens de la collectivité, de l'ordre public, de l'intérêt général et bien commun, et droits fondamentaux individuels et sociaux.

3

Le citoyen acteur essentiel

La justice constitutionnelle peut-elle se limiter à des recours institutionnels sans se limiter elle-même et limiter l'extension même de l'Etat de droit ? Des ententes interélites expliquent l'absence de recours à propos de lois manifestement anticonstitutionnelles. On peut dégager deux justifications en faveur du recours des citoyens à la justice constitutionnelle par voie d'exception ou de plainte, en évitant cependant les excès de l'*actio popularis* et de la procédure de l'*amparo*. Les deux principales justifications sont : la justice effectivement *rendue* surtout pour des groupes vulnérables (*Christoph Grabenwarter*, Autriche), et l'exigence de « s'approprier et incorporer le droit et la Constitution » (*Mourad Medelci*, Algérie et *Yi-Su Kim*, Corée du Sud), le citoyen étant « titulaire d'un droit de défendre la Constitution et acteur essentiel » (République dominicaine).

Il y aurait deux possibilités d'accès, par voie d'exception ou dans le cadre du contentieux électoral (*Papa Oumar Sakho*, Sénégal) ou dans le cadre de plainte constitutionnelle (*Christoph Grabenwarter*, Autriche). On soulève le cas au Congo où un ministre membre d'un parti politique n'est plus reconnu par son parti qui sollicite la démission du ministre qui, en tant que ministre, représente toute la nation.

4

Le juge constitutionnel : Indépendance et stratégie de confiance

Une session est consacrée au « Bilan sur l'indépendance des Cours membres ». Les présentations et débats peuvent être répartis en trois perspectives d'avenir.

a. *Solidarité intrajudiciaire face aux pressions* : Des « réalités » de l'indépendance sont exposées, « sans que beaucoup de gens ne soutiennent les juges » (*William Atuguba*, Ghana). En Turquie, l'apologie du limogeage de plusieurs juges à la suite de la tentative de coup d'Etat suscite des réactions pertinentes et nuancées. En Ukraine, on relève trois décisions non exécutées. En Ouganda, des « normes minimales pour le fonctionnement des Cours avec des conditions acceptables de service font souvent défaut, avec l'obligation de trancher dans des conditions pénibles ». On sollicite le soutien aux Cours en difficulté.

b. *La personne même du juge* : Il faudra distinguer entre l'indépendance de la magistrature qui relève de considérations matérielles et techniques et l'indépendance de la personne même du magistrat. L'indépendance est considérée comme « la clé de voûte de la démocratie » et « dernier rempart de la primauté du droit » (*Richard Wagner*, Canada), la démocratie étant « lettre morte sans l'indépendance des Cours et du juge lui-même qui, dans le cas de la Suisse, est élu par le Parlement, mais nullement subordonné à aucune instance » (*Ulrich Meyer*, Suisse).

Les qualités personnelles du juge : liberté, conscience, responsabilité, honnêteté... constituent la garantie fondamentale (*Domingo Hernandez Emparanza*, Chili), l'indépendance n'étant pas un « droit au juge », mais une garantie en faveur des justiciables (*Richard Wagner*, Canada). On ne peut en conséquence « désigner comme magistrats des gens de tout genre, de sorte que les politiques comprennent qu'ils ne peuvent utiliser les juges à n'importe quelle fin » (*Oumarou Narey*, Niger).

c. *Stratégie de confiance et transparence* : A l'encontre d'une conception éculée d'un autre âge sur l'obligation de réserve, sauf en ce qui concerne le secret des délibérations et les affaires qui pourraient être soumises à la justice constitutionnelle, on peut relever quatre observations pertinentes :

1. Il faudra « accepter et ne pas empêcher les critiques institutionnelles qui ne mettent pas en cause la Cour (Allemagne), cette critique étant fort légitime.

2. Favoriser la transparence qui donne confiance dans les décisions et dans la qualité des juges (*Richard Wagner*, Canada), surtout dans un monde hypermédiatisé où on diffuse n'importe quoi dans les médias (Congo). On propose même des sessions de formation des journalistes aux affaires constitutionnelles (République dominicaine), surtout quand les citoyens n'ont plus confiance dans les institutions (*Carlos Bernal Pulido*, Colombie).

3. La solidarité entre les juges constitue une profonde garantie (*Didier Lenotte*, Monaco). Le Liban, deux fois cité dans la synthèse des Rapports nationaux, fournit un exemple pertinent de solidarité à la suite d'une crise institutionnelle. Il s'agit du Procès-verbal no 94 du 31/7/2013, cité dans le Rapport national libanais, où les dix membres du Conseil ont proclamé à l'unanimité leur solidarité et l'engagement de faire face à toute pression. Le coût de l'inaction est relevé, surtout quant à son coût pour l'avenir.

4. Il y a une obligation majeure, en vue d'instituer la confiance, à fournir des solutions structurelles et des décisions claires « de sorte que les décisions ne soient pas des textes vides » (*Mogoeng Mogoeng*, Afrique du Sud).

La base de données Codices, de la Commissions de Venise, qui comporte plus de 9.000 cas, avec un index alphabétique et un glossaire, constitue « un outil permanent d'échange et un patrimoine constitutionnel commun » (*Schnutz Rudolf Durr*). Le 5^e Congrès mondial se tiendra en 2020 en Algérie.

*Lebanon at the Fourth Congress of the
World Conference on Constitutional
Justice Held in Lithuania*

**Redefining the Nexux between State,
Law and Democracy**

Antoine Messarra

Member of the Constitutional Council

The recent challenges and objectives, which constitutional justice faces, were discussed thoroughly within the fourth congress of the World Conference on Constitutional Justice.

This congress held in Vilnius (Lithuania), on the occasion of the 25th anniversary of the Lithuanian Constitution, from the 11th to the 14th of September 2017, was “a unique chance to exchange experiences, and deal with fundamental issues in a common, mutually understood language” (*Dainius Zalimas*, President of the Constitutional Court of Lithuania).

The fourth congress on “The Rule of Law and Constitutional Justice in the Modern World” was the panel for 422 participants of 91 countries from five continents. The main purpose was “to bring challenges and criteria to light, take stock and set a representation barometer” (*Schnutz Rudolf Durr*, General Secretary of the World Conference) after the long tumultuous years that followed the first Congress. The concept of challenge was mentioned thrice in the introduction held by the President of the Venice Commission of the Council of Europe.

It is a turbulent period, but also challenging in order to determine “what works and what doesn’t” (*Richard Wagner*, Canada). A new era where savage powers threaten democracy, an era of “posttruth, post-lie, where opinions are founded on emotions” (Dominican Republic) and “where the political poison seems increasing in the

political game all over the world” (Ghana). Therefore, “changing with the time is crucial, today” (Congo).

In the serene atmosphere of the Lithuanian capital, Vilnius, her Excellency Ms. Dalia Grybauskaitė stated: “We learnt the value of the rule of law from our experience, for having been deprived of it and occupied for decades.” She continued: “We know that the rule of law is not a blind reading of legal acts,” an important point, which the participants should always remember. The participants enjoyed “a perfect organization, additional cultural activities, and an excellent local gastronomy” (*Ulrich Meyer*, Switzerland).

The fourth World Congress allows achieving the goals of the Council of Europe, discussing the conflict of norms, promoting a judicial dialogue, deepening and strengthening the protection of Human Rights, and respecting the rule of law” (*Linos- Alexandre Sicilianos*, Vice President, European Court of Human Rights).

However, we notice, in most international conferences, the poor Arab participation (only Algeria, Egypt, Morocco, Mauritania, and Lebanon were present) where 15 States have constitutional courts. Lebanon was represented by the President of the Constitutional Council, Issam Sleiman, and Antoine Messarra, a member of the Council. Most of the Arab countries are plagued by war, occupied or in transition to democracy, particularly Palestine. A questionnaire on “The Rule of Law and Constitutional Justice” was sent to the 110 member Courts to be discussed during the meeting.

Within these three days, more than thirty interventions were held, where the answers to the questionnaire were exposed. These debates provided four perspectives of action.

1

Returning to the Essence of Law

“The law is sick”, said Jean Carbonnier. It is a human phenomenon, subject, by nature, to pathologies and therapies. Where are, today, the challenges, where are the therapies of law? Three main points can be considered:

a. The cultural context within the globalization: We notice all over the World “cynicism, suspicion, pessimism, helpless feelings,

populism, increasing conflicts where everybody acts as a reporter and democratic institutions are sacrificed for a vigorous democracy” (Richard Wagner, Canada). We talk as well about “populism in an unliberal form” (*Ben Vermeulen*, the Netherlands). We reject the manipulation of the law that serves as a “one-size-fits-all” (*Christoph Grabenwarter*, Austria), “the use of the Constitution to enjoy a legitimacy that leads to a Constitution without Constitutionalism” (Carlos Bernal Pulido, Colombia), and the propensity “for the judicialization of the law, as well as for a procedural law” (*Christoph Grabenwarter*, Austria).

The universality of human rights is threatened by “a savage diversity concerning the principle of the supremacy of the law” (*Hanafi Ali Gebali*, Egypt) and “constitutional values, often hard to define” (Gediminas Mesonis, Lithuania). Some participants went further: “The law is not the foundation of a civilization anymore, it is nowadays a framework without content, meaning, lacking any essence: are we talking here about law or lawlessness, when law does not work or work poorly?” (*Stanislas Shevchuk*, Ukraine).

b. The Contribution of the Constitutional Justice to the Normativity of Law: The predominance of a formal notion, more legalistic than legal, requires the reintroduction of the Spirit of Laws, as seen by the founding fathers. The contribution of the constitutional justice in this case is fundamental, particularly with the implementation of the concepts of legal security, the predictability of the laws, and legitimate expectations. With the principle of proportionality (Germany) comes the constitutionalization of the laws (*Yi-Su Kim*, South Korea). Elements that strengthen “the coherence of formal and substantive law” (*Mourad Medelci*, Algeria). We can consider the following issue: except for electoral disputes aspects, extending the adversarial process to the constitutional justice does not reduce this justice to ordinary proceedings between individuals, at the expense of a normative dimension?

c. The Constitutional Heritage: It is within the session held for the Union of the Arab Constitutional Courts and Councils that the constitutional Arab heritage was raised (*Adel Omar Sherif*, Egypt). This question raised the modernization of the legal pluralism heritage and the historical emergence of the positive law in the history of the Arab World.

2

No Law without a State

The speeches reveal a possible opposition between State, law and democracy, without a thorough examination of the issues. It took a huge effort to take this route that should be exposed in two points.

a. *Where is the culture of democracy today?* We notice that “the Rule of law and the state of the democracy can be opposite, with tensions between rule of law and democracy, and a gap between populist movements and the State”. Where is solidarity today? (*Mourad Medelci*, Algeria). In the checklist of the rule of law, where the morality stands? (*Nadir Elmoumni*, Morocco). Predominance of the law, certainly, but without supremacy, for the law alone, even the best drafted one, cannot build a society, where “living together” in harmony and solidarity is the main issue.

b. *The Rights of the State:* When one of the spokesmen said: “I prefer disorder to injustice”, his remark went without mention, ignoring that dis-order has always been the source of injustice. The Lebanese voice echoed in the big room of the fourth congress then and considered that we are sailing, today, further and further into a culture, which promotes the “trendy” liberalism that claims fundamental rights against the State. However, in an empirical anthropologic approach, we forget that the State, especially in the West, was the result of a long history of more than four centuries of struggle against the hegemony of feudal nobility. The law, enacted by a parliament elected by popular vote, implemented by independent judiciary, is directly linked to the State.

The law shall not be opposite to the State. Nevertheless, the State is neither the regime holding power, nor those who govern. It is a multifaceted and symbolic institution in charge of the implementation of the law. Customs, traditions, rules based on power relationships and social control existed before the State. The weakening of the NationState, today, even in what it is known as consolidated democracies, is due to the emergence of transnational economic powers, transnational terrorist organizations, and proxy wars within weak or weakened countries, and the rise of individualism and protesting public opinion at the expense of social bond.

Superpowers are powerless, nowadays, due to blackmail and barbarianism of political regimes that slaughter their people. We notice

this in the” subjectivization” of the rights within any family where the postmodern child conjugates: “I have the right, you have the right, he has the right,..., while the law and rights are made to organize a relationship. In the Lebanese Constitutional Council decision no 7/2014, dated November 28, 2014 on the Extension of the Lebanese Parliament Mandate, we needed to “save the State within the State of the rule of law” from a planned strategy of institutional sabotage.

The birth of the modern Constitutional State coincides with the birth of the law. Such a return to the sources has cultural and practical impact regarding the adaptation of the legal pluralism in relation to the management of the religious and cultural pluralism. The right of the State should be relevant to any segmental autonomy on specific issues. Several interventions stressed on it, sometimes vaguely, but it was made clear when it was said: “Freedoms are not guaranteed outside the State,” (*Fernando Jorge Ribeiro*, Guinea Bissau), and “the leading source of freedoms is security” (*Theodore Holo*, Benin). Thus, “the state of emergency is not necessarily against the rule of law. We should find a balance between the private and public interest, especially that the law is interpreted, today, within an international perspective.” (*Danius Zalimas*, Lithuania). When we talk about “the power of the State”, there is a risk of uncertainty for it does not concern the State and its highly distinct institutions, which check each others in virtue of the principle of the separation of powers, but of nepotism or plutocracy (Hungary). The constitutional State is the public order and the common good. We should not be ashamed of including the meaning of the State within the globalization of today. If Human Rights should be prioritized (*Schnutz Rudolf Durr*, General Secretary of the World conference), we should, however, differentiate between the rights of the State, which include the community, the public order, and the common good, and the fundamental rights that concern individuals and societies.

3

The Citizen as a Key Actor

Is the constitutional justice able to be limited to institutional recourses without limiting itself and limiting the expansion of the rule of law? Agreements among the elite clarify the absence of remedy for unconstitutionality of the laws unconstitutionality. Two causes are identified in favor of the citizens’ appeal to constitutional justice by way

of a plea or through the complaint, preventing any excess of “*actio popularis*” and “*amparo*” proceedings. The two main justifications given are: justice is effectively done for members of vulnerable groups (*Christoph Grabenwarter*, Austria) and it is required to make active use of the law and the Constitution” (*Mourad Medelci*, Algeria and *Yi-Su Kim*, South Korea). Any citizen has the right to stand up for the Constitution (Dominican Republic), he/she is a key actor. There are two possible ways to access, by way of a plea, within the framework of an electoral dispute (*Papa Oumar Sakho*, Senegal) or constitutional complaint (*Christoph Grabenwarter*, Austria). We notice the case in Congo where the minister, who belonged to a political party, but, in fact, represented the whole nation, was asked by his own party to resign.

4

The Constitutional Judge: Independence and Confidence- Strategy

One of the sessions was dedicated to discuss the stocktaking on the judges’ independence. The interventions and debates discussed three prospects.

a. Enforcing solidarity between the judges to confront pressure: “Real stories” concerning the independence of the judge were raised, “a little number of people supported the judges” (*William Atuguba*, Ghana). In Turkey, the glorification of firing several judges following the attempted coup provoked relevant and subtle reactions. In Ukraine, three decisions had not been enforced. In Uganda, “minimal norms for the functioning of the courts in decent conditions are frequently unavailable, with the obligation to decide in difficult circumstances.” We ask for support to the struggling courts.

b. The independence of the judge: A distinction should be drawn between the independence of the judge, taking into account material and technical considerations, and the independence of the judge as a person. The independence is considered “key to democracy” and “last bastion of the primacy of law” (*Richard Wagner*, Canada). Democracy is meaningless without the independence of the judge who, as in Switzerland, is elected by the Parliament, and is never subordinated to any organ” (*Ulrich Meyer*, Switzerland).

The personal qualities of any judge: freedom of conscience, responsibility, honesty,... form the basis of the fundamental guarantee

(Domingo Hernandez Emparanza, Chili), the independence is not a right granted to the judge, it is a guarantee to the defendants (*Richard Wagner*, Canada). We cannot “choose anyone to fill this position. Therefore, the politicians become aware that they cannot refer to the judges for every reason” (*Oumarou Narey*, Niger).

Confidence-Strategy and Transparency: Since the confidentiality has been considered outdated, except for the secrecy of the deliberations of the courts, four relevant remarks may be stated:

1. We should “accept and never prevent any organ from criticizing, provided that they don’t involve the Court (Germany), such criticism is absolutely legitimate.”

2. Promote transparency that increases confidence in the decisions taken and in the quality of judges (*Richard Wagner*, Canada), particularly in a hyper-mediatized world where everything is disseminated through the media (Congo). We suggest training sessions for journalists specialized in constitutional issues (Dominican Republic), notably when the citizens have no confidence in their institutions (*Carlos Bernal Pulido*, Colombia).

3. Solidarity between the judges is the effective guarantee (*Didier Lenotte*, Monaco). Lebanon, mentioned twice in the summary of the national reports, is an example of solidarity. It is the 2014 minutes, cited in the Lebanese national report, when ten members of the Council declared unanimously their solidarity and commitment to confront any pressure. The cost of inaction was discussed, taking into account its cost in the future.

4. There is a fundamental obligation in order to build confidence, to provide structural solutions and clear decisions “so the decisions adopted will not be meaningless” (*Mogoeng Mogoeng*, South Africa).

Codices is the database of the Venice Commission that includes more than 9000 case-laws, with an alphabetical index and glossary. It is considered “a permanent tool of exchange and a common constitutional heritage” (*Schnitz Rudolf Durr*). The 5th World congress will take place in 2020 in Algeria.

**La rédaction des décisions au Conseil
constitutionnel du Liban** Rapport national à la
Conférence de l'ACCPUF²⁵

Antoine Messarra

Membre du Conseil constitutionnel

1

Confection des décisions

Organisation générale

- 1.1. Le circuit décisionnel au sein de votre Cour est-il
organisé par un (ou plusieurs) texte(s) ?

Le circuit décisionnel au sein du Conseil constitutionnel libanais est organisé par deux textes : loi no 250 du 14/7/1993 et ses amendements et Règlement intérieur par la loi no 243 du 7/8/2000 et ses amendements.

- 1.2. L'organisation interne de votre Cour se distingue-telle de l'organisation au sein des tribunaux ordinaires ?

L'organisation interne du Conseil constitutionnel libanais se distingue de l'organisation au sein des tribunaux ordinaires par cinq points :

²⁵ Les no renvoient au Questionnaire adressé en avril 2007 aux Conseils et Cours membres de l'ACCPUF.

a. *La suprématie constitutionnelle* : Le Conseil est indépendant des trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire et, en conséquence, parfaitement indépendant par rapport aux trois pouvoirs.

73

En outre, il ne relève, ni par sa localisation géographique dans le cadre du Palais de Justice, ni par son autorité du ministère de la Justice et du ministre de la Justice. Le président du Conseil constitutionnel libanais a dû cependant, à l'encontre d'une perception répandue, souligner à maintes reprises que le Conseil ne relève pas du pouvoir judiciaire dans le cadre de la notion de séparation des trois pouvoirs, mais il est lui-même garant du principe de séparation des pouvoirs.

b. *L'indépendance financière* : Le budget du Conseil est déterminé dans un chapitre autonome du Budget général de l'Etat approuvé par le Parlement, et non au sein du budget du ministère de la Justice, et le Conseil jouit de l'autonomie de gestion budgétaire, avec un contrôle budgétaire a posteriori.

c. *Le droit de saisine* : Il est restreint, en vertu de l'article 19 de la loi au Chef de l'Etat, au Président du Parlement, au Chef du gouvernement, et Chefs des communautés officiellement reconnues en ce qui concerne limitativement le statut personnel et les libertés religieuses et de culte.

d. *Les procédures* : Les procédures de décision en ce qui concerne la constitutionnalité des lois et le contentieux des élections présidentielles et législatives sont différentes des procédures des tribunaux ordinaires, notamment sans débat contradictoire, tout en respectant cependant, surtout en matière de contentieux électoral, l'esprit du contradictoire et l'exigence d'investigation et d'écoute de témoins.

Dans le contentieux électoral, le Conseil, collectivement ou le juge constitutionnel rapporteur, jouit de l'autorité du juge d'instruction, à l'exclusion de l'émission de mandat d'arrêt (art. 32).

e. *La finalité des décisions* : Il y a certes le risque fréquent de considérer la justice constitutionnelle comme prolongement de la justice ordinaire, avec la dérive d'élaborer les décisions dans le même style, la même forme et les mêmes perspectives que les décisions des

tribunaux ordinaires. Or la justice constitutionnelle ne tranche pas des litiges à caractère interpersonnel, même dans le contentieux électoral. Elle se penche exclusivement sur la normativité constitutionnelle des lois et la régularité des élections présidentielles et législatives. La constitutionnalité implique la prise en compte de la finalité du droit, sa philosophie, le texte et les valeurs fondatrices de l'édifice constitutionnel national, généralement contenues dans le Préambule.

1.3. Quelles sont les modalités de répartition des saisines ? Qui et comment (critères) est exercée cette répartition ?

Les attributions du Conseil étant fort limitées, tant en ce qui concerne les ayants droit au recours en matière de constitutionnalité des lois et de contentieux des élections présidentielles et législatives, un Projet a été élaboré par le président du Conseil constitutionnel en vue de l'extension des attributions, notamment en ce qui concerne l'interprétation de la Constitution et le recours par voie d'exception. (*L'extension des attributions du Conseil constitutionnel*, actes du séminaire organisé en partenariat avec Fondation Konrad Adenauer, le 6/5/2016, pour un débat autour du Projet élaboré par le président du Conseil constitutionnel, Issam Sleiman, 2017).

La répartition des saisines entre les dix membres du Conseil est décidée par le Président, qui désigne un rapporteur, en prenant en considération la charge de travail de chacun des membres et les qualifications et expériences particulières de chacun des dix membres, certes en accord avec le membre concerné.

La répartition des saisines est couverte du sceau du secret, afin de protéger le membre concerné de tout contact personnel de la part de ou des requérants.

1.4. Mis à part les membres (juges) de votre institution, combien de services et d'agents de votre Cour participent à la confection des décisions ?

Les attributions du Conseil étant, d'après la législation en vigueur, limitées, la confection de la décision se limite généralement, dans une première étape, au Rapporteur, puis au Président avec le concours des membres ou de tout membre qui a procédé à

l'approfondissement de la saisine en raison de sa compétence particulière ou dans le but éventuel d'enregistrer un avis dissident. Cette faculté est reconnue à chacun des membres et il faudra la maintenir et la défendre dans un souci de renforcement de l'indépendance du juge constitutionnel.

1.5. Quels sont les actes préparatoires aux décisions ?
Comment sont-ils élaborés ?

Les actes préparatoires aux décisions consistent le plus souvent, en ce qui concerne la *constitutionnalité des lois*, à requérir

le procès-verbal des débats parlementaires sur la loi, l'exposé des motifs,
le procès-verbal des réunions de la commission parlementaire ad hoc, toute documentation pertinente quant aux faits que la loi se propose de couvrir et quant à des travaux scientifiques et des jurisprudences comparatives.

En ce qui concerne le *contentieux des élections législatives*, le Conseil se réfère aux données contenues dans le Rapport de la commission de Supervision des élections. En outre, le ministère de l'Intérieur doit fournir au Conseil procès-verbaux, documents et informations disponibles pour que le Conseil puisse entreprendre son investigation (art. 28).

1.6. Y a-t-il adéquation entre les missions et l'organisation interne de la Cour ? A défaut, pouvez-vous en identifier les causes (manque de moyens humains et/ou matériels, manque de formation des personnels, isolement de la Cour, gestion du temps...) ?

Bien que le nombre des saisines soit limité en raison des attributions restreinte du Conseil, il y a beaucoup de travail préparatif pour des décisions effectives ou éventuelles, de gestion interne, de publications, d'organisations de conférences nationales, arabes et internationales..., comme il ressort de l'expérience du mandat actuel du Conseil constitué depuis le 5 juin 2009. Il s'agissait de sortir de

l'isolement et de l'inaction, faute de fréquentes saisines, dans la perspective de transformer le Conseil en institution nécessaire et permanente, et non en instance provisoire qui ne travaille que dans l'espace temporel d'une saisine. C'est le même cas pour l'Armée, la Police, les services de Sécurité intérieure, la Défense civile... Travaillent-ils uniquement quand il y a guerre, vol, incendie... ?

Le cadre administratif est limité à 15 membres (annexes du Règlement intérieur par la loi no 243 du 7/8/2000). Il faudra une réorganisation et une extension au cas où les attributions sont élargies à l'instar de l'évolution mondiale de la justice constitutionnelle, et même de l'évolution de la justice constitutionnelle dans le monde arabe.

- 1.7. Merci de joindre un schéma explicatif du circuit interne de traitement des saisines et de prise de décision, indiquant aussi la chronologie.

En ce qui concerne la *constitutionnalité des lois*, le circuit interne et la temporalité du traitement s'effectuent comme suit :

Tableau 1 – Constitutionnalité des lois (art. 18-22)

Conditions	Délais
Droit de saisine : Chef de l'Etat, Président du Parlement, Chef du gouvernement, 10 députés au moins, et Chefs des communautés officiellement reconnues en ce qui concerne uniquement le statut personnel et les libertés religieuses et de culte	l'application de la loi et désignation par le Président d'un Rapporteur.
1. 15 jours qui suivent la publication de la loi au <i>Journal officiel</i> puis convocation immédiate par le Président des membres du Conseil pour une décision éventuelle de suspension de	2. 10 jours pour la présentation du Rapport.
	3. Convocation du Conseil dans un délais de 5 jours pour une séance ouverte jusqu'à la prise de décision.
	4. 15 jours pour la prise de décision et, à défaut, la loi est considérée exécutoire.

Tableau 2 – Contentieux électoral : Election du Président de la République et du Président du Parlement (art. 23-34)

Conditions	Délais
Saisine par le tiers au moins des membres dont se compose le Parlement	1. Dans les <i>24h</i> qui suivent l'élection légalement le
2. Session ouverte et décision dans les maximum	<i>3 jours</i> au

Tableau 3 – Elections législatives (art 24-32)

Conditions	Délais
1. Saisine par le candidat non proclamé élu dans la même circonscription	1. <i>30 jours</i> qui suivent la proclamation des résultats
2. Notification du recours au Président du Parlement, au Ministère de l'Intérieur et au Député dont l'élection est contestée	2. <i>15 jours</i> pour le député dont l'élection est contestée pour qu'il présente ses observations et la documentation pour sa défense et avec possibilité pour le député proclamé élu et le candidat contestataire de désigner un avocat.
	3. <i>3 mois</i> pour le Rapporteur pour présenter son Rapport.
	4. <i>1 mois</i> depuis la réception du Rapport pour la prise de décision.

1.8. Merci de préciser si l'élaboration de la décision diffère selon :

- l'objet du recours (conflit de compétences, question de validité, protection des droits, contentieux électoral...),
- la nature du contentieux (abstrait/concret...),

-le moment de la saisine (a priori/a posteriori), -la qualité du saisissant (autorité publique, individu...)

Pas de recours individuel ou associatif au Conseil.

Pas de contrôle a priori

Le contrôle abstrait s'exerce en ce qui concerne la constitutionnalité des lois. Pas de contrôle abstrait en ce qui concerne le recours en interprétation de la Constitution, bien que l'Accord d'entente nationale de Taëf de 1989 ait confié cette interprétation au Conseil. Cependant lors du vote de l'amendement constitutionnel en 1990, le recours pour interprétation de la Constitution n'a pas été reconnu.

Processus décisionnel

- 1.9. Chaque affaire donne-t-elle lieu à la désignation d'un rapporteur ? Par qui est-elle faite ? Son nom est-il diffusé ?
- 1.10. Ce rapporteur coordonne-t-il entre les membres un travail collectif ou effectue-t-il un travail individuel ?
- 1.11. Quel est le rôle du juge rapporteur dans l'élaboration de la décision ?
- 1.12. Par qui et comment est élaboré le projet de décision ? A quel moment est-il élaboré ? Quelles sont les pratiques de votre Cour sur ce point ?

Suite à une saisine en constitutionnalité des lois ou en contentieux électoral, un membre du Conseil, désigné comme rapporteur, effectue un travail individuel.

En ce qui concerne le contentieux électoral de 2009, le Conseil actuel a préféré la désignation de deux rapporteurs pour chaque recours en vue d'une investigation conjointe et encore plus approfondie.

Cependant tous les membres disposent du dossier de la saisine pour étude comme ils l'entendent et, éventuellement, pour préparer des observations orales ou écrites.

Il ressort de l'expérience du Conseil actuel, depuis sa formation le 5 juin 2009, que la contribution du Rapporteur à l'élaboration de la décision n'est ni décisive, ni déterminante. Cela dépend aussi de la nature de la requête et de son niveau de complexité. Mais le texte du

Rapporteur permet d'engager le débat par l'ensemble des membres du Conseil et pour l'élaboration de la décision finale.

Dans des décisions en matière de constitutionnalité des lois (prorogation du mandat du Parlement, loi sur les anciens loyers...), il est arrivé que la décision reprend la majeure partie du texte du Rapporteur. C'est aussi le cas pour des décisions en matière de contentieux électoral où les résultats de l'investigation du Rapporteur sont repris dans la décision. Mais les conclusions de la décision ne sont pas nécessairement celles du Rapporteur dont le rôle fondamental est le déblayage du terrain et la fourniture aux membres d'un document de travail aussi exhaustif que possible en vue d'une délibération collective et en vue de contributions individuelles par des membres. Les membres disposent de toute latitude pour étudier le dossier, orienter ou déterminer même la décision et, éventuellement, enregistrer un avis dissident.

- 1.13. Dans quelle mesure le personnel administratif est-il associé aux travaux du/des membres (juges) et à la mise en forme de la décision ? Précisez la contribution de chaque service.

Le personnel administratif, dans un souci de secret, est étranger à toutes les étapes de prise de décision. Il est associé aux démarches administratives de l'enquête, surtout en matière de contentieux électoral.

Le service de documentation est associé, à la demande de tel ou tel membre, à une assistance à caractère documentaire et sans rapport avec le processus décisionnel.

- 1.14. Le projet de décision est-il communiqué aux membres avant la séance ? En discutent-ils ? Des contre-projets sont-ils fréquents ?
- 1.15. Les membres (juges) disposent-ils d'assistants ou référendaires pour l'élaboration ou la discussion du projet de décision ? Quel est leur nombre ? Quelles sont leurs modalités de recrutement ? Quel est leur rôle ?
- 1.16. Existe-t-il différentes formations de jugement au sein de la Cour ? Merci de préciser leur composition et les modalités de répartition des affaires.

Le projet de décision est débattu, discuté, avec éventuellement des remaniements. Des avis dissidents se manifestent éventuellement et sont publiés conjointement avec la décision.

Les attributions du Conseil étant limitées dans l'état actuel de la législation et avec un nombre restreint de recours, il ne s'avère pas nécessaire de surcharger le cadre de formation de jugement. Au cas où le recours par voie d'exception est institué à l'avenir au Liban, un élargissement de l'assistance juridique devient impérative.

- 1.17. Cette répartition peut-elle avoir une incidence sur la rédaction de la décision ?
- 1.18. Comment se déroule le délibéré (examen global, examen de chaque considérant, propositions de rédaction alternative...) ?
- 1.19. Hormis les membres, qui est présent lors du délibéré ? certains personnels de la Cour y assistent-ils ?
- 1.20. Comment la décision est-elle prise (vote à bulletin secret, à main levée, consensus...) ?
- 1.21. De fait, la décision adoptée est-elle souvent différente du projet de décision proposé ?
- 1.22. Y a-t-il un procès-verbal de la séance ? Par qui est-il fait ? Est-il communicable ? Si non, combien de temps est-il secret ?

Le délibéré se déroule à huis clos entre les dix membres du Conseil, par souci du secret des délibérations et de la protection de la liberté de chacun des membres.

Le plus souvent la décision est prise à l'unanimité et par consensus, sinon à la majorité et par vote généralement non secret.

Aucun procès-verbal de la séance n'est établi, mais le dossier de l'affaire est conservé aux Archives. La décision elle-même et, éventuellement, l'avis dissident d'un ou de plusieurs membres, reflètent le contenu global des délibérations.

2

Méthodes rédactionnelles

- 1.23. Sous quelle structure/forme est rédigée la décision ? Distinguer, le cas échéant, selon les chefs de compétence de la Cour.
- 1.24. Avez-vous des standards de rédaction ? Des formules types ? Existe-t-il un guide pratique interne ?
- 1.25. Quel style rédactionnel est retenu (style direct, déductif/discursif, conversationnel...) ? Quel est le volume habituel des décisions ?
- 1.26. Tous les actes de procédure et d'instruction (reformulation de la question, requalification, moyen d'office, audition, demande d'information, etc.) sont-ils mentionnés dans la décision ?

Pas de guide pratique interne pour la rédaction des décisions, mais des habitudes judiciaires qui se maintiennent par la seule force de l'accoutumance. Il y a cependant un réel besoin de *repenser la rédaction des décisions judiciaires et constitutionnelles*. Pourquoi ce besoin de repenser ? Pour trois raisons au moins :

a. *Le principe : Nemo censetur ignorare legem* (Nul n'est censé ignorer la loi) : Ce principe ne concerne pas seulement le citoyen, mais s'impose aussi au législateur qui, en vertu de jurisprudences constitutionnelles concordantes, doit se conformer à des exigences d'intelligibilité, de clarté et d'accessibilité de la loi. Le principe ne s'impose-t-il pas aussi aux juges judiciaires et constitutionnels ? La science de la légistique, qui porte sur la rédaction des lois, doit naturellement s'étendre à la rédaction des décisions constitutionnelles. Le jargon et la préciosité du langage judiciaire en général, la phraséologie qui défie toute démarche d'analyse grammaticale logique du texte... doivent désormais être repensés sans encourir le risque de dénigrement par des professionnels de justice pour manque d'expérience ou de compétence juridique ! Le fondement même du langage juridique, comme en témoigne l'ancien Code civil français, est la clarté.

b. *Les griefs des requérants* : Faut-il rapporter dans la décision constitutionnelle tous les griefs allégués par les requérants, au risque de surcharger le contenu de la décision sans grande pertinence normative ?

Le Conseil souligne dans une décision :

« Considérant que le Conseil constitutionnel n'estime pas nécessaire de s'arrêter à tous les motifs invoqués par les Requérants » (Décision 5/2001 du 29/9/2001 relative à la nomination dans les catégories A et B de la Fonction publique).

Il n'est pas nécessaire d'énumérer tous les griefs des requérants pour les quatre motifs suivants :

a. *Griefs non déterminants* : Le Conseil n'étant pas lié par l'argumentation des requérants, les griefs n'ont pas un caractère déterminant, mais peuvent néanmoins révéler un renforcement du principe du contradictoire.

b. *La qualification des données* : Comme la qualification par les requérants doit souvent être rectifiée par le juge constitutionnel, il n'est pas nécessaire d'énumérer tous les griefs soulevés.

Les problèmes de qualification ont souvent porté au Liban sur la campagne électorale : diffamation, dissension confessionnelle, trucage de l'information, fraude...

En matière de constitutionnalité des lois, la qualification a souvent porté sur des problèmes d'égalité, de droit de propriété, de droit au logement, de circonstances exceptionnelles..., souvent présentés par des requérants sous forme de slogans ou de généralités en vogue.

c. *Contentieux de pleine juridiction* : Le Conseil jouit de la pleine juridiction pour se pencher sur des griefs non soulevés par les requérants.

La Cour européenne des droits de l'Homme a posé un sérieux garde-fou à l'exigence de motivation suffisante des décisions de justice constitutionnelle en précisant qu' « *elle ne saurait se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument avancé* » (CEDH, 9 nov. 2004, req. no 55631/00, 55728/00).

d. *Des décisions résumées ou pleine motivation ?* Il y a une tendance dans la pratique judiciaire ordinaire au Liban à résumer, parfois de façon expéditive et peut-être à bon escient, les conclusions normatives. Faut-il étendre cette pratique aux décisions constitutionnelles ? Nombre de problèmes se sont posés au Conseil, dans le *contentieux électoral*, en ce qui concerne la propagande électorale, les dépenses électorales, les qualifications de la fraude et de

la manipulation..., problèmes qui exigent une clarification par rapport à une culture constitutionnelle et une opinion publique déboussolées et dans un état de désordre normatif.

En ce qui concerne la *constitutionnalité des lois*, nombre de problèmes aussi exigent l'élaboration de décisions approfondies sur le plan normatif. Ce fut notamment le cas à propos de trois décisions :

a. *La promotion d'officiers de la Sûreté générale à la suite d'un concours administratif* : Le Conseil a été saisi à propos d'une loi de promotion d'inspecteurs à la Sûreté générale (Décision 1/2012 du 3/12/2012), alors que des candidats avaient intenté un recours devant le Conseil d'Etat depuis 2002 sans que le Conseil d'Etat ne tranche après 10 ans le litige ! Faut-il garder le silence sur un déni de justice à propos d'un concours administratif ?

b. *La loi sur les anciens loyers* : La loi régissant les anciens loyers d'habitation depuis plus de 70 ans, avec des amendements successifs au moyen de lois spéciales, est contestée devant le Conseil (Décision no 5/2014 du 13/6/2014). Cette loi pose des problèmes normatifs : droit de propriété, droit au logement, justice proportionnelle, sécurité juridique... Résumer la décision, suivant une tendance judiciaire courante, réduit tout le problème juridico- socioéconomique à un problème particulier d'évacuation d'un appartement. En ce qui concerne notamment la notion de sécurité juridique, soulevée par des requérants et l'opinion comme un slogan, elle est explicitée fort clairement comme suit dans la décision du Conseil:

« Considérant que l'obligation de sécurité juridique ne s'applique pas au cas présent pour quatre motifs au moins :

- La sécurité juridique doit être *générale* et non à l'avantage d'une partie aux dépens de l'autre, ce qui entraîne la sécurisation d'une partie aux dépens de l'insécurité de l'autre.
- La sécurité juridique exige la conformité à des *conditions légales* ne découlant pas de lois exceptionnelles, bien que continues, lois par nature circonstanciées.
- La confiance légitime se fonde sur la *confiance* qui est par nature relationnelle, et donc dépourvue d'exploitation ou de préjudice, et aussi sur la légitimité et non simplement la légalité.

- La sécurité juridique et la confiance légitime exigent du bénéficiaire l'exercice par lui-même aussi de la *sagesse* face à l'éventualité de changement de législation.

Considérant que la relation entre anciens propriétaires et locataires, si elle se caractérise par le déséquilibre et le défaut d'équité, ne peut être régie en dépit de sa longue continuité par les notions de sécurité juridique et de confiance légitime, mais en ce qui concerne le bénéficiaire par les exigences de prévisibilité, de prudence et de disponibilité à des mutations » (Décision 6/2014 du 6/8/2014).

c. *La prorogation du mandat au Parlement* : La loi no 16 du 11/11/2014 prorogeant le mandat du Parlement a été l'objet d'une Décision développée (Décision no 7/2014 du 28/11/2014). La Décision pose des problèmes normatifs à propos des notions de circonstances exceptionnelles,

conditions d'élaboration d'une nouvelle loi
électorale, périodicité impérative des élections,
continuité des institutions,
sauvegarde de l'Etat dans l'Etat de droit au cas où la vacuité institutionnelle déjà à la Présidence de la République risque de s'étendre au Parlement...

« Les décisions d'appel au législateur » (D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrétien, 3^e éd. 1998, p. 104) ou d' « injonctions au législateur » (Rec. Tables analytiques 2003, p. 543) invitent les organes législatifs à corriger à temps un vice de constitutionnalité en voie de formation (cf. par ex. Cons. Cons. Français, 9/12/2010, no 2, 010-618, DC, cons. 37).

Le Conseil constitutionnel libanais ne s'est pas contenté de formuler une décision, mais aussi de formuler comme suit des principes qui doivent régir la régulation de la situation :

« Considérant que l'invalidation de la loi inconstitutionnelle de prorogation, dans la situation présente, entraîne la vacuité dans le pouvoir législatif jointe à la vacuité à la Présidence de la République, ce qui constitue radicalement une violation de la Constitution.

Aussi pour pallier la vacuité à la Chambre des députés et pour ne pas rompre la voie en vue de l'élection présidentielle, la prorogation est considérée comme voie de fait (*amran wâqi'an*).

Après délibération, le Conseil constitutionnel affirme (*yu'akkid*) à l'unanimité ce qui suit :

1. La périodicité impérative des élections est un principe constitutionnel absolu qui ne supporte aucune violation.
2. Toute liaison de cette périodicité impérative à un accord sur une législation électorale, ou une autre considération, est contraire à la Constitution.
3. Les circonstances exceptionnelles doivent être temporellement délimitées et circonscrites, limitativement, à la durée de ces circonstances.
4. Les élections doivent se tenir immédiatement à l'expiration des circonstances exceptionnelles et sans attendre la fin du mandat prorogé.
5. Le blocage des institutions constitutionnelles, surtout à la tête de l'Etat, constitue une violation flagrante de la Constitution.

Le Conseil constitutionnel décide à l'unanimité :

1. La recevabilité du recours en la forme.
2. Le rejet du recours afin d'éviter l'extension de la vacuité au sein des institutions constitutionnelles » (Décision 7/2014 du 28/11/2014).

Il ressort de cette expérience qu'il peut y avoir dans la décision constitutionnelle deux types de considérants : ceux *justificatifs* sur le plan du droit, et ceux *explicatifs-pédagogiques* visant à la promotion de la culture constitutionnelle dans une société, ou du moins dans un contexte particulier de socialisation du droit et d'acculturation du droit.

Ce n'est pas sans peine que le Conseil libanais s'est acheminé, à l'encontre d'une accoutumance rédactionnelle, dans une voie qui va au-delà de considérants résumés et exclusivement justificatifs.

La propension à l'*imperatoria brevitatis* ne révèle-t-elle pas un autoritarisme par lequel le juge, procédant par argument d'autorité, énonce des propositions incontestables ? Blaise Pascal (1623-1662) écrit : « Trop de brièveté du discours l'obscurcit. » Certes la prolixité tout autant que le laconisme peuvent être un obstacle à la clarté de la décision.

La décision doit comprendre tous les *rationes decidendi* entendus comme l'« ensemble des arguments de droit avancés par le juge à l'appui de sa décision. »

La pleine motivation, la motivation suffisante, la motivation non excessive, évitant la motivation-fleuve et les digressions, devient aujourd'hui nécessaire au moins pour deux raisons :

- a. *Légitimation* : La légitimation de la jurisprudence constitutionnelle se rattache aux droits de la défense et aux exigences du procès équitable.
- b. *Intelligibilité* : L'explication renforce l'intelligibilité, la lisibilité et la simplification de la lecture de la décision.

La pleine motivation se heurte cependant à deux obstacles :

- a. *Les délais* : L'exigence de statuer dans un délai très court implique des contraintes rédactionnelles, la célérité de la justice étant une composante de sa qualité au même titre que la motivation.
- b. *La collégialité* : Le développement de la motivation rend le consensus plus difficile, d'autant plus en cas d'absence d'expressions d'avis dissidents. Il faudrait favoriser l'expression de la dissidence qui « offre un fondement différent pour une solution identique » (W. Mastor, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Paris, Economica-PUAM, 2005, p. 17), ce qui est le cas au Liban dans des décisions fort rares.

La réalisation de l'objectif de pleine motivation implique nécessairement l'expression des opinions séparées des juges constitutionnels, non seulement quant à la solution du litige, mais aussi quant à sa motivation. Cette perspective s'oppose à celle du doyen G. Vedel (G. Vedel, « La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? Contre : Le point de vue de deux anciens membres du Conseil constitutionnel », in CC 2000, no 8, p. 112).

Suivant un modèle juridique positiviste, encore dominant dans la culture française, le juge règle par voie d'*autorité* des différends entre parties. L'évolution de la justice constitutionnelle contraint à un réexamen du modèle traditionnel. Le juge constitutionnel devient gestionnaire institutionnel en conformité avec des valeurs. Le choix des valeurs est au fondement de la justice constitutionnelle. Il s'agit donc,

surtout aujourd'hui, de faire face à un *normatisme mou*, loin de la rigueur Kelsénienne et des pères fondateurs du droit, pour retrouver *De L'esprit des lois* (1748), selon l'œuvre de Montesquieu.

1.27. Comment utilisez-vous les visas ? Que figure dans les visas de vos décisions ?

La norme de référence première étant la *Constitution libanaise*, qui elle-même comporte un *Préambule*, jugé partie intégrante de la Constitution, les décisions du Conseil ne comportent généralement pas de visas.

Mais il arrive que le Conseil insère sa propre jurisprudence parmi les visas et fait alors l'économie d'une motivation. Le Conseil prend aussi en considération des lois ou des décrets.

1.28. La décision mentionne-t-elle ses précédents ? Si non, est-ce en raison d'un rejet de l'autorité des précédents ?

Il existe une continuité dans la jurisprudence constitutionnelle au Liban de 1994 à 2017. Une seule décision en matière électorale est fortement contestée et ne peut en aucun cas constituer un précédent (Décision no 5/2002 du 4/11/2002 relative aux élections au Metn). La défection des membres du Conseil constitutionnel en ce qui concerne les recours électoraux des années 2005-2007 ne peut aussi constituer un précédent (Décision no 1 à 12 du 8/7/2009).

Le Conseil place ses propres décisions au cœur du droit existant et assure l'autorité de sa jurisprudence, s'opposant ainsi que le Conseil soit à nouveau saisi d'une question sur laquelle il a déjà été amené à se prononcer.

La décision du Conseil relative à la prorogation du mandat du Parlement (Décision no 7/2014 du 28/11/2014) constitue un précédent d'une clarté normative et prospective inégalée. Du fait qu'elle va plus loin que le rejet ou la recevabilité du recours, elle a pesé et pèse lourdement sur les perspectives parlementaires et les débats publics au Liban.

- 1.29. La décision mentionne-t-elle des références à la jurisprudence de cours étrangères ? Si oui, dans quelles circonstances ? Quelle est la méthodologie retenue ?
- 1.30. La décision mentionne-t-elle des références à la jurisprudence des cours européennes ou internationales ? Si oui, dans quelles circonstances ? Quelle est la méthodologie retenue ?
- 1.31. La décision mentionne-t-elle des références doctrinales ? Si oui, dans quelles circonstances ? Quelle est la méthodologie retenue ?

Il en est parmi des professionnels de justice en général et de justice constitutionnelle au Liban qui considèrent que la référence à des auteurs ou à des jurisprudences dans les décisions est *indigne d'une Cour suprême* qui, elle, doit être *la* référence. Il y a du vrai dans cette tendance, mais si cette tendance devient absolue, il y a là une prétention incompatible avec l'exigence de dialogue effectif des juges et de modestie dans la recherche scientifique, surtout quand il s'agit de problèmes relativement nouveaux ou fort litigieux dans le débat scientifique.

Quelques décisions avant le mandat du Conseil actuel font référence à des auteurs, surtout entre 2001 et 2005. Ils font références à des auteurs libanais et étrangers et à des jurisprudences françaises.

Le Conseil actuel, constitué le 5 juin 2009, ne cite pas de références dans ses décisions, mais des avis dissidents relèvent de courtes références à des dictionnaires juridiques à propos de problèmes linguistiques et à des précédents de tribunaux ordinaires.

- 1.32. Les noms des membres (juges) présents apparaissent-ils ?
- 1.33. Le nom du membre (juge) rapporteur est-il mentionné ?

Les noms des juges présents sont rapportés. Le nom du Rapporteur est mentionné uniquement dans le Procès-verbal interne, et non diffusé publiquement en ce qui concerne la *constitutionnalité des lois*.

En ce qui concerne le *contentieux électoral*, le nom du Rapporteur est pratiquement connu, mais sans publicité officielle, du fait qu'il doit être en contact avec les requérants et des témoins.

- 1.34. Quel est le contenu du dispositif ? Le statut du dispositif est-il différent de l'exposé des motifs ?
- 1.35. Comment la décision est-elle référencée ?
- 1.36. Merci de joindre un exemple de décision – le cas échéant, un exemple de chaque type de décision si celui-ci diffère selon la compétence exercée par la Cour.

Le contenu du dispositif comporte en général la recevabilité ou l'irrecevabilité du recours en la forme et dans le fond.

Il est arrivé, en ce qui concerne la prorogation du mandat du Parlement en 2014, que le dispositif contient des *directives en cinq points* pour la régulation constitutionnelle de la situation après la prorogation (*Décision 7/2014 du 28/11/2014*).

3

Techniques de motivation des décisions

- 1.37. Comment la rédaction de la décision fait-elle ressortir les techniques de contrôle exercées ? Merci d'illustrer par des exemples de formulation.
- 1.38. Comment la rédaction de la décision fait-elle ressortir les différents degrés (intensité) de contrôle exercés ? (par ex. restreint, normal, proportionnalité...) Merci d'illustrer par des exemples de formulation.
- 1.39. Le contenu de la décision reflète-t-il tous les éléments pris en compte pour décider ?
- 1.40. La Cour utilise-t-elle des motivations par renvoi ?
- 1.41. La mise en œuvre de certains pouvoirs du juge est-elle spécifiquement motivée ? (pouvoir d'interprétation, pouvoir d'injonction aux destinataires de la décision, pouvoir de modulation des effets dans le temps de la décision...)

Dans le contentieux électoral, le Conseil a eu le souci de détailler dans la décision ses investigations, notamment en matière de corruption et de domiciliation électorale.

En ce qui concerne d'autres aspects, notamment ceux relatifs à la propagande électorale, des développements auraient été souhaitables, surtout que la législation récente en ce domaine au Liban exige apprentissage, effort de clarification et de normalisation.

Comme le problème du transfert *d'enregistrement à l'Etat civil* aux élections législatives de 2009 est soulevé par plusieurs requérants, le Conseil consacre une clause spéciale dans l'une de ses décisions où il est précisé :

« Les opérations de transfert ont été réalisées en conformité avec les dispositions de la loi, et étaient limitées puisque le nombre des votants qui avaient transféré leur enregistrement à Zahlé ne dépasse pas 404 électeurs au scrutin de 2009, suivant les données fournies par le ministère de l'Intérieur et des Municipalités et confirmées par l'investigation des rapporteurs. »

Dans la décision concernant le candidat Elias Skaff contre le député Nicolas Fattouche, il est précisé que l'investigation dans les registres de vote à propos des électeurs dont on prétend qu'ils n'ont pas pu exercer leur droit de vote en raison d'obstacles à l'accès aux bureaux, ces électeurs ont effectivement voté. La décision relève des noms, numéros de registres et de bureaux de vote, « *ce qui signifie que les allégations du requérant sont infondées.* » Il est souligné à propos du bureau 166 Saadnayel que la commission d'inscription de première instance a inscrit le nombre de voix dans le procès-verbal sans effectivement les compter, mais la commission supérieure a effectué la rectification et comptabilisé les voix.

Aux élections législatives de 2009, en matière de *corruption*, le Conseil souligne dans une décision :

« Il s'est avéré que le montant de 200.000 dollars versés par un candidat à un évêque n'est pas exempt de toute visée électorale, mais le montant a été déposé et immobilisé dans le carnet d'épargne de l'évêque et l'opération est antérieure à la période à partir de laquelle commence le compte des dépenses électorales. »

Aux mêmes élections de 2009 à Beyrouth, il est souligné dans une décision :

« A propos de déclarations de hautes instances religieuses, le requérant ne se réfère pas au contenu même de la déclaration, mais à sa diffusion médiatique (...) Il faut distinguer entre l'expression d'un avis ou opinion à caractère public et à propos d'un problème de société en tant que position de principe, et les propos écrits ou oraux qui comportent une diffamation ou des allégations contraires aux lois en vigueur. Les élections sont, et doivent être, un champ de compétition politique sur des principes, idées et programmes qui touchent la vie des citoyens, et la liberté de tels propos est garantie et protégée par l'art. 13 de la Constitution (...)

« Il ressort des témoignages du requérant qu'il n'a présenté aucune plainte auprès de la Commission de contrôle des élections, alors que cela lui était loisible. L'affirmation qu'il ne vaut pas la peine de présenter une telle plainte rend l'affirmation non judicieuse. » (Cf. *Annuaire du Conseil constitutionnel*, 2009-2010, vol. 4, pp. 23, 26, 27).

- 1.42. Le renforcement de la motivation des décisions est-il perçu comme un impératif par la Cour ? Quelles évolutions/pratiques la Cour a-t-elle pu adopter en ce sens ? Quelles sont celles actuellement étudiées ou en cours de réflexion ?

La motivation des décisions constitue une exigence sur le double plan *justificatif* et *explicatif*, et en vue de consolider une *approche globale du droit constitutionnel*. Si le droit constitutionnel institutionnel se limite au texte de la Constitution, le droit constitutionnel jurisprudentiel irrigue l'ensemble du droit : civil, commercial, administratif, pénal...

- 1.43. Votre Cour publie-t-elle les résultats des votes du délibéré ? Admet-elle des opinions dissidentes ou séparées ?

Les avis dissidents sont publiés conjointement avec la décision (art. 12 en vertu de l'amendement par la loi no 43 du 3/11/2008) : « L'avis dissident est considéré comme partie intégrante de la décision. » Depuis le mandat de l'actuel Conseil constitutionnel, tous les *litiges électoraux* ont été tranchés à l'unanimité.

L'opinion dissidente, quant à la solution et même quant à la motivation, constitue un élément fondamental de l'indépendance de la justice constitutionnelle et du juge constitutionnel.

Les recours relatifs à la *constitutionnalité des lois* ont fait l'objet de trois avis dissidents :

- a. La prorogation des délais de convocation du corps électoral (Décision no 1/2013 du 13/5/2013).
- b. Le recours relatif aux anciens loyers (Décision no 5/2014 du 13/6/2014).
- c. Le recours relatif aux anciens loyers : avis dissident de trois membres (Décision no 6/2014 du 6/8/2014).

Il faut un quorum présentiel de 8 membres sur 10 (art. 11) et une majorité de 7 membres sur 10 pour la prise de décision (art. 36). Aussi en cas d'impossibilité de prise de décision pour motif de quorum ou de majorité qualifiée, l'art. 37 dispose qu'un « Procès-verbal des faits » est établi (*mahdar bil-wakâ'i*), au cas où dans le délai de 15 jours, depuis l'ouverture de la séance, aucune décision n'est prise. De 1994 à 2017, le fait est survenu une fois (Procès-verbal no 1 du 21/6/2013). Dans un but de transparence, de respect du travail accompli par le Rapporteur et par des membres du Conseil, en conformité avec la reconnaissance par les statuts du Conseil des expressions dissidentes, et pour éviter un abus de minorité,

Il faudrait à l'avenir interpréter la notion de « Procès-verbal des faits » (*mahdar bil-wakâ'i*) dans sa pleine signification et non de simple relevé des dates et de la présence des membres.

La notion de « procès-verbal des faits » (*mahdar bi-l-waqâ'i*), en vertu de l'article 37 des Statuts du Conseil, déborde le cadre d'un compte rendu des réunions et leur chronologie. Les *waqâ'i* (faits), selon le dictionnaire *Lisân al-'arab*, impliquent la « proximité » (*danâha*) et, selon le dictionnaire *al-Mungid*, « le suivi des petits et grands faits ».

Toute sentence judiciaire doit éviter le déni de justice, protéger les libertés, réaliser la justice et que la justice soit effectivement *rendue*. Le défaut de décision à la majorité qualifiée de sept membres pourrait constituer un abus de minorité, et donc une imposition de facto au détriment de la majorité qualifiée décisionnelle. Subsidiairement, en cas de non adoption de cette interprétation, il faudrait publier les travaux préparatoires de la décision, travaux qui n'ont pas été objet de délibération, avec la signature des membres présents et qui le souhaitent, en raison du droit absolu de chaque membre à délibérer, exprimer son avis et enregistrer éventuellement sa dissidence.

L'expression « *procès-verbal des faits* » (art. 37) dans les Statuts du Conseil ne se borne pas à la publication d'un compte-rendu administratif. Des données et travaux préparatoires ont été établis par des membres présents du Conseil et n'ont pas été objet de délibération. Ces « faits » (*waqâ'i'*) devraient être intégrés dans le « *procès-verbal des faits* », si les auteurs y souscrivent et si ces documents ne portent pas atteinte à l'exigence du secret de la délibération qui d'ailleurs n'a pas eu lieu. L'intégration de ces faits au *procès-verbal* se justifie par le droit d'expression de chaque membre du Conseil et éventuellement son droit d'inscrire sa dissidence.

L'obligation de motiver toutes les décisions du Conseil couvre tous les cas d'impossibilité ou de divergence dans le partage des voix et, en conséquence, la disposition relative à la publication du *mahdar bi-l-waqâ'i'* (*Procès-verbal des faits*), de sorte que *l'impossibilité ne soit pas assimilée à la défection du Conseil ou à un déni de justice*.

- 1.44. Par qui et comment sont élaborés les supports de communication accompagnant la décision (commentaires, communiqués, traduction, entretien presse...etc.) ? Envisagez-vous ces documents comme des éléments de motivation complémentaire ?

Il y a le risque que le juge professionnel considère que juger consiste uniquement à appliquer la loi en vigueur (cf notamment : John T. Noonan, Jr et Kenneth I. Winston, *The Responsible Judge. Readings in Judicial Ethics*, Praeger, 1993). Or la justice est faite pour les justiciables.

On oublie que dans l'Antiquité, le public était associé à la justice, avant l'avènement du juge professionnel (R.C. Van Caenegem, *Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge University Press, 1987, et rééd. 1993 et Steven J. Burton, *Judging in Good Faith*, Cambridge University Press, 1992 et rééd. 1994).

La fonction du juge, et du juge constitutionnel en particulier, n'est pas seulement d'exprimer une position. Cette fonction comporte de nombreux aspects : régler un différend, créer un précédent, appliquer des règles, délibérer avec des collègues, sauvegarder l'ordre public et l'intérêt général... Ce sont autant de questions d'éthique judiciaire, fruit d'un processus intellectuel. Un jugement est autorisé quand il repose sur un fondement solide, un raisonnement cohérent, est livré à l'examen public pour s'en convaincre de la justesse et l'équité et pour l'acculturation du droit. L'information à propos des activités et décisions est nécessaire. La tendance des institutions publiques à inculper les médias pour publication de rumeurs ou de données erronées est injustifiée quand ces institutions se cloisonnent et n'aident pas les journalistes à décoder des données souvent complexes.

Le plus souvent un résumé ou synthèse de la décision est communiqué aux médias avec le texte intégral de la décision. Ce sont des éléments de motivation qui ne se proposent pas d'orienter l'information, mais d'en assurer l'authenticité.

- 1.45. Les autorités d'application ont-elles pu rencontrer des difficultés d'interprétation d'une décision de la Cour ? Merci de l'illustrer par un ou plusieurs cas significatifs.

Le cas significatif libanais est celui de la décision relative à la loi réglementant les anciens loyers (Décision no 6/2014 du 6/8/2014), loi qualifiée par le Conseil de « loi programme ». Le Conseil a invalidé, à la majorité de sept membres, les art. 7 et 13 et l'alinéa B-4 de l'art. 18. Comme le Parlement ne s'est pas penché avec célérité sur l'amendement des dispositions annulées, le problème a été controversé et des tribunaux ont préféré l'expectative. Une polémique en a découlé sur l'application ou la non application par les tribunaux d'une loi

partiellement amputée et pourtant en 58 articles. Une loi incomplète constitue-t-elle un vide juridique ? Le Conseil a été saisi d'un nouveau recours après l'amendement en 2016 de la loi. Le Conseil aurait-il dû souligner que l'amputation de deux articles et d'un alinéa n'empêche pas l'effectivité de la loi qualifiée de « loi programme » et que l'on pourrait aussi qualifier de « loi expérimentale », suivant une terminologie française, texte qui pourrait être susceptible de complétude ultérieure à la lumière de l'expérience.

1.46. Dans cette hypothèse, existe-t-il une procédure d'interprétation par la Cour de ses propres décisions ? Cette situation s'est-elle produite ? Merci de l'expliquer.

Il n'y a pas de procédure d'interprétation des décisions par le Conseil libanais et, à notre sens, il ne devrait pas y avoir. Les décisions doivent être suffisamment claires et le Conseil doit être vigilant pour prévenir des dérapages d'interprétation. Le souci de clarification et de vigilance se manifeste dans la décision précitée relative à la prorogation du mandat du Parlement (Décision 7/2014 du 28/11/2014).

***** L'exigence prioritaire dans la rédaction des décisions de la justice constitutionnelle réside, comme pour les lois et la légistique en général, dans la clarté, l'intelligibilité et l'accessibilité.**

Quant à la *forme*, elle doit certes être régie par des normes de cohérence, de hiérarchie argumentaire et de rationalité, avec des expressions : *Attendu, considérant, vu*, ou d'autres termes..., cela n'a aucune importance.

L'accoutumance des tribunaux à rédiger de telle ou telle manière n'est pas nécessairement une école de clarté, de logique et d'intelligibilité. *L'accoutumance ne doit pas se transformer en servitude*. Des modalités variables sont envisageables pour un *esprit qui pense en fonction de la difficulté et de l'envergure du cas étudié*.

Le souci légitime de nuance, de clarté et d'argumentation s'accommode parfaitement avec des écritures variables et sans phraséologie ou jargon complexe, sophistiqué et précieux. Il ne faut pas non plus faire des surenchères de professionnels de justice contre des collègues, non moins spécialistes, mais qui cherchent à mieux adapter

la rédaction des décisions aux méthodes élémentaires de la stylistique de chaque langue. L'abus de conjonctions, de verbes, d'adverbes, de phrases subordonnées à d'autres subordonnées, les verbes au passif, les pronoms indéfinis..., ce n'est pas la limpidité et l'élégance de l'écriture française. Pour la langue *française* (et non *en français*), il s'agit de l'ancien ouvrage, aujourd'hui malheureusement oublié par les institutions scolaires et de formation, de E. Legrand, *Méthode de stylistique française* (Paris, J. de Gigord, 16^e éd., 1964, 276 p.).

Quelles ont été les réactions à la suite du changement par le Conseil constitutionnel français du style de rédaction des décisions ?

A titre d'exemple nous pouvons citer, dans le cas du Liban, des décisions rédigées avec clarté, simplicité et profondeur. Dans le cas d'autres pays, nous citons cette décision du Conseil constitutionnel italien à propos de la liberté de conscience et le « primat de la conscience » qui ne doit pas être « dégradée », ni « conditionnée » par de soi-disant « choix » dits « alternatifs ». Ce sujet qui prête fort à une phraséologie philosophique compliquée est exposé avec simplicité, clarté et profondeur :

« (Le principe suprême de la laïcité de l'Etat) implique non pas l'indifférence de l'Etat devant les religions, mais la garantie de l'Etat pour la sauvegarde de la liberté de religion, dans un régime de pluralisme confessionnel et culturel (...) La prévision obligatoire d'une autre matière pour ceux qui ne suivent pas l'enseignement de la religion catholique serait une discrimination patente à leur égard parce que cette proposition se présente comme une obligation alternative à l'enseignement de la religion catholique. Or, face à l'enseignement de la religion catholique on est appelé à exercer un droit de liberté constitutionnelle qui ne peut être *dégradé* dans sa valeur et l'engagement de conscience qu'il implique par une option entre des disciplines scolaires *équivalentes* » (*L'école, la religion et la constitution* XII^e Table ronde internationale, Aix-en-Provence, 13-14 sept. 1996, in *Annuaire internationale de justice constitutionnelle*, XII, 1996, Paris, Economica et Presses universitaires d'Aix Marseille, 1997, p. 272, souligné par nous).

La conférence d'ACCPUF à l'occasion de son 20^e anniversaire sur : « La rédaction des décisions » revêt une grande importance¹ en vue d'ébranler des stéréotypes et des accoutumances érigées en règles serviles et intangibles.

On peut joindre à ce Rapport, comme exemple, la Décision 6/2014 du 6/8/2014 relative aux anciens loyers d'habitation et l'avis dissident de trois membres (*Recueil des décisions, 1994-2016*, 2 vol., traduction de l'arabe au français).

¹. Nous présentons ici une bibliographie sélectionnée, établie en coopération avec Mme Rita Saadé Aouad, conservatrice de la Bibliothèque du Conseil constitutionnel libanais et assistante de recherche, bibliographie qui montre la pertinence du problème :

- Jean-Pierre Ancel, « La rédaction de la décision de justice en France », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, 1998, no 3, pp. 841-852.
- D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, no 7, 2012, pp. 2-16.
- Ian B. Campbell, « Réflexions autour de la rédaction de la décision de justice », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, no 3, juil.-sept. 1998, pp. 827-840.
- Maxime Charité, « Réflexions sur la modernisation du mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel », *Revue générale de droit* (www.revuegeneraledudroit.eu), Etudes et réflexions, no 1, 2017, 16 p.
- C. Teitgen-Colly (dir.), *Les figures du juge administratif*, LGDJ – Lextenso, 2015.
- F. Malhière, « La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation), contribution à l'étude des représentations de la justice », Paris, Dalloz, 2013.
- P. Mbongo (dir.), *La qualité des décisions de justice*, Actes du colloque de Poitiers, 8-9 mars 2007, Editions du Conseil de l'Europe, 2008.
- Ch. Perelman et P. Foiriers, (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978,
- M. Hécquard – Théron et P. Raimbault (dir.), *La pédagogie au service du droit*, LGDJ, 2011.
- Ariane Vidal-Naquet, « Les visas dans les décisions du Conseil constitutionnel », *Revue française de Droit constitutionnel*, no 67, 2006, pp. 535-570.

Célébration des 20 ans de l'ACCPUF à Paris

La rédaction des décisions constitutionnelles

Motivation, légitimation, transparence et pédagogie

Antoine Messarra

Membre du Conseil constitutionnel

Pour célébrer le 20^e anniversaire de l'Association des Cours et Conseils constitutionnels ayant en Partage l'Usage du Français (ACCPUF), l'Association et le Conseil constitutionnel français, en coopération avec l'Organisation Internationale de la Francophonie (OIT), ont rassemblé les membres de l'Association, les 15-16 novembre 2017, au siège du Conseil constitutionnel à Paris, autour du thème : « La rédaction des décisions des Conseils constitutionnels ».

Le président du Conseil constitutionnel français, M. Laurent Fabius, inaugure la rencontre. « Il s'agit, dit-il, de renforcer notre ouverture internationale à travers l'institution repère dans nos sociétés en bouleversement, car nous avons tellement de choses en commun à donner et à recevoir. L'ACCPUF, fondée il y a 20 ans, en 1997, et qui groupe aujourd'hui 48 Cours constitutionnelles, est un acteur essentiel de la démocratie. L'ACCPUF se propose de consolider l'Etat de droit dans l'espace francophone. Francophonie et démocratie sont les deux faces d'une même médaille, plateforme collaborative pour l'échange de nos bonnes pratiques. La francophonie est une grande cause, non seulement en tant que communauté linguistique, mais communauté de valeurs et d'intérêts avec une vision du monde. Léopold Senghor défendait un humanisme intégral qui se tisse autour de la terre avec 800 millions de francophones. Notre projet est concret, engagé dans l'histoire et comporte des solutions. »

Le Liban était représenté par le président du Conseil constitutionnel, M. Issam Sleiman, et M. Antoine Messarra, membre du Conseil et auteur du Rapport national sur la rédaction des décisions (cf. pp. 73-97 de ce volume).

99

Plus de vingt interventions et les débats sont centrés autour de la qualité des décisions et les perspectives d'amélioration.

1

La qualité des décisions constitutionnelles

Pour les préparatifs de la conférence, un long questionnaire avait été adressé aux 48 Etats membres de l'ACCPUF à propos de la rédaction des décisions. Une synthèse de 34 réponses reçues est présentée par M. Mathieu Disant, expert de l'ACCPUF.

A la question : Qu'est-ce qui fait la qualité d'une décision constitutionnelle ? (*Jean-Eric Rakotoarisoa*, Madagascar), les réponses dépendent souvent de l'objet de la décision et son degré de nouveauté et de complexité.

1. *La fabrique de la décision* : On relève que la magistrature constitutionnelle, appelée à traiter un nombre de plus en plus grand de cas, doit être secondée par des assistants, des référendaires... (*Jadranka Sovdat*, Slovénie). Au Canada, on recense près de 600 requêtes par an. Il faudra au Canada que les décisions soient rédigées en français et en anglais et concilier deux systèmes juridiques. Aussi les juges sont-ils assistés par 16-18 jurilinguistes (*Roger Bilodeau et Chantal Demers*, Canada).

En Suisse, on compte 132 juges assistants. En Roumanie, la Cour a dû trancher au cours des dix dernières années, plus de 17.000 recours (*Mircea Stefan Minea*, Roumanie). C'est donc la charge de travail qui induit l'organisation (*Mourad Medelci*, Algérie). Le juge rapporteur prépare la décision, avec pleine latitude pour la présentation de contre-projets et d'expression d'une opinion dissidente (*João Pinto Semedo*, Cap Vert). Comme tous les membres de la Cour ont les mêmes droits, le président peut généralement être rapporteur (*Michel Charasse*, France). Une timide réserve est exprimée à propos des juges

référendaires : « Je préfère rédiger mon opinion toute seule » (*Bernadette Renauld*, Belgique). Des Etats africains font remarquer : « Dans nos pays, on n'a pas toutes ces ressources » (*Jean Eric Rakotoarisoa*, Madagascar).

2. *La structure* : Il ressort de l'enquête que les modalités sont relativement uniformes : rappel des faits, exposé des arguments échangés, argumentation juridique, dispositif, et éventuellement table des matières si la décision est longue et complexe (*Mathieu Disant*, France).

3. *La motivation* : Elle est qualifiée comme étant « l'âme du jugement dont on ne comprendra la portée que si on rappelle que jusqu'au 18^e siècle, il était interdit de motiver, car il s'agit d'un acte du roi. Aujourd'hui, la qualité de la motivation est le reflet de la qualité même du jugement. Elle sert de base à l'autorité d'exécution du jugement, outre que la motivation remplit une fonction de mémoire montrant pourquoi on en est arrivé là » (*Yves Donzallaz*, Suisse).

La motivation « du fait qu'elle se fonde sur une expertise pointue doit occuper une place centrale » (*Michaëlle Jean*, secrétaire générale de l'OIF). Elle contribue à la « qualité même de la justice, renforce la stabilité des institutions, et assure la capitalisation des pratiques ». Il faudra cependant éviter la dérive d'une motivation-fleuve qui pourrait « empiéter sur les autres instances judiciaires » (*Dominique Rousseau*, Andorre) et prêter à des interprétations incompatibles avec les fondements de la décision.

A quoi sert la motivation ? « A éclairer, convaincre, contrôler, se souvenir... » (*Matthieu Disant*, France). En cas de revirement de jurisprudence ou d'insuffisance d'une jurisprudence antérieure, il faudra justifier le revirement et expliciter la jurisprudence antérieure. La motivation sert aussi de référence doctrinale. On relève : « Le constitutionnalisme d'aujourd'hui se manifeste à travers la solidité de l'argumentation » (*Laurence Burgorgue-Larsen*, Andorre), excluant « tout soupçon d'arbitraire » (*Mircea Stefan Minea*, Roumanie). En ce qui concerne l'interprétation, « la loi antérieure à la Constitution doit être interprétée à la lumière de la Constitution nouvelle. »

Quel est le volume d'une décision ? Le volume semble en croissance, allant de 5 à 40 pages ! Il s'agit cependant de rechercher la juste mesure. On cite cette observation de Montesquieu dans *Mes pensées* : « Ce qui manque aux orateurs en profondeur, ils vous le donnent en longueur. »

Pourquoi évite-t-on le plus souvent les références doctrinales ? On voudrait éviter les controverses et ne pas privilégier quelques auteurs... C'est la motivation qui renforce la crédibilité de la justice. Dans des démocraties non consolidées ou menacées, les considérants explicatifs ont une fonction pédagogique et doctrinale majeure.

4. *Le style* : Style indirect sous la forme d'attendus, de considérants... ou style direct afin de rendre le jugement compréhensible par d'autres que des professionnels, surtout que « la décision vise des publics différents et qu'aucune technique rigide de rédaction ne peut s'adresser à tous » (*Yves Donzallez*, Suisse). On distingue entre le style décisionnel et le style explicatif (*Ulrich Meyer*, président de l'ACCPUF). Il ressort du Rapport national libanais que les principales exigences de la légistique : clarté, intelligibilité et accessibilité, s'étendent à l'écriture des sentences judiciaires.

5. *La dissidence* : 19 Cours dans l'espace francophone refusent l'expression adjointe à la décision de l'opinion dissidente. Il est des cas où il s'agit d'une opinion concurrente qui soutient la décision, mais non nombre de ses motifs.

2

Perspectives pour demain

Les réponses au Questionnaire, provenant de 34 pays de l'espace francophone, et la synthèse de ces réponses, ainsi que les actes de la conférence apportent un éclairage et des méthodes pour l'élaboration et la rédaction des décisions constitutionnelles.

Des cas et des exemples de décisions sont présentés au cours de la dernière table ronde sous le titre : « Travaux sur l'écriture et les méthodes rédactionnelles » (Belgique, France, Roumanie, Bénin). Il ressort des interventions et des débats, et d'après notre lecture personnelle et notre suivi de la conférence, trois perspectives pratiques.

1. *Structure et style des décisions* : Tout en soulignant l'importance d'une méthodologie générale qui, dans certains pays, est consignée dans des guides et manuels internes, le Rapport libanais critique la force d'une accoutumance servile et rigide. Le Conseil constitutionnel français, depuis début 2017, a brisé cette accoutumance par l'adoption d'un style direct dans ses jugements par souci d'être plus didactique.

La force de l'accoutumance, souvent par paresse, fait répéter ironiquement par quelques participants : « Considérant que nous avons renoncé aux considérants... ! » Il n'y a donc pas, il ne devrait pas y avoir, un « standard de rédaction ». L'écriture varie (*Dominique Rousseau*, Andorre) et doit varier suivant la nature des cas, des cultures, comme dans les cas de la Belgique, du Canada, d'Andorre et de l'Ile Maurice, et la nature d'une requête. On insiste sur l'exigence d'une « langue plus belle et non compliquée » (*Ulrich Meyer*, président de l'ACCPUF, Suisse) et sur « la préférence stylistique du juge qui doit prédominer » (*Roger Bilodeau et Chantal Demers*, Canada).

Le style, la forme, la structure... d'une décision sont des moyens au service d'une fin. Il faudra éviter de les transformer en finalité, laquelle est la clarté, l'intelligibilité, l'accessibilité, la légitimité, la normativité... d'une décision.

2. *Exigence pédagogique et culturelle* : On cite la phrase de Boileau : « Ce qui se conçoit bien s'énonce clairement » (*Jean Spreutels*, Belgique). La distinction dans le Rapport libanais entre considérants *justificatifs* sur le plan du droit positif, et considérants *explicatifs* dans un but pédagogique et culturel, est citée dans le Rapport de synthèse. C'est dire que la décision « a une valeur pédagogique, car la motivation constitue un instrument de politique juridictionnelle, permettant de promouvoir les valeurs essentielles sur lesquelles repose l'Etat de droit » (*Jean Spreutels*, Belgique).

Dans les cas de revirement de jurisprudence, un surplus explicatif est nécessaire. Là aussi « l'exigence pédagogique l'emporte sur la concision » (*Mourad Medelci*, Algérie). Cependant l'excès inutile risque de transformer la justice constitutionnelle en une instance de plus dans la hiérarchie judiciaire (*Dominique Rousseau*, Andorre). Les instances de justice internationale « sont contraintes à des motivations longues, parce que l'auditoire s'étend aux Etats et au-delà des requérants, et pour faire accepter la décision, aider le regard critique des commentateurs, assurer l'exécution par l'autorité nationale, sans verser cependant dans une argumentation-fleuve qui fait perdre le fil du raisonnement » (*Laurence Burgorgue – Larsen*, Andorre).

L'exigence pédagogique et culturelle varie-t-elle suivant les cultures du *civil law* et du *common law* ? Tout en admettant qu'« il n'y a pas de séparation absolue entre les deux systèmes, l'exigence pédagogique est plus grande dans le *civil law* » (*Dominique Rousseau*, Andorre).

3. *Fonction normative suprême de la justice constitutionnelle* : C'est au cours de la présentation de quatre exemples de décisions (Belgique, France, Roumanie, Bénin) que le problème de la fonction normative suprême de la justice constitutionnelle se pose avec acuité, au-delà des approches exclusivement techniques de la « fabrique des décisions ».

Dans un des exemples présentés, le principe normatif de la décision, bien qu'explicite, se trouve noyé dans l'habileté argumentaire de la décision. Une décision est-elle un exercice d'argumentation juridique ou une recherche profonde de la norme ? Il y a dans tout texte des places stratégiques : le titre, les intertitres, le début d'un paragraphe, la conclusion... Noyer une norme dans un flot argumentaire n'est pas seulement une erreur technique. Il révèle un désordre normatif répandu aujourd'hui et la propension postmoderne et postvérité, *Post truth politics*, suivant l'expression de l'écrivain et dramaturge Steve Tesiot (1942-1996) quant à la hiérarchie des valeurs et l'universalité des principes fondamentaux.

Dans un pays où un seul député et tout citoyen peut saisir la justice constitutionnelle (*Gilles Badet*, Bénin), cela n'alimente-t-il pas, en pratique, la judiciarisation du droit et la mentalité contestataire ? Ne ravale-t-il pas la justice constitutionnelle au niveau de toute autre instance intermédiaire de médiation, d'arbitrage et de jugement ? La propension excessive au contradictoire ravale aussi la normativité constitutionnelle au niveau d'une justice interpersonnelle.

La justice constitutionnelle se trouve de plus en plus confrontée, avec la mondialisation et l'évolution du droit, à des problèmes de « conflit de normes » (*Dominique Rousseau*, Andorre) et de « justice constitutionnelle proportionnelle où il s'agit de la mise en balance des droits des individus et ceux de la société, proportionnalité qui se décline partout dans une grande variété de situations » (*Laurence Burgorgue-Larsen*, Andorre). La proportionnalité est au cœur de la Constitution de Tunisie. Dans les cas de recours par voie d'exception et de la Question prioritaire de constitutionnalité, il s'agit souvent de « moduler dans le temps la décision » (*Mathieu Disant*, rapport de synthèse). Dans d'autres cas, il faudra formuler des « réserves d'interprétation » (*Corinne Luquiens*, France). Il est aussi à craindre que l'ingéniosité de la plaidoirie, à travers le contradictoire, l'emporte sur la recherche de la norme de justice dans des litiges qui, par essence, ne sont pas de nature interpersonnelle.

Plus qu'une « réserve d'interprétation » et qu'une « modulation dans le temps », il faudra des fois, comme ce fut le cas au Liban dans la décision no 7/2014 du 28/11/2014 relative à la prorogation du mandat du Parlement, non pas donner des orientations ou des directives aux deux pouvoirs législatif et exécutif, mais déterminer le processus permettant la régulation constitutionnelle d'une situation du fait, qualifiée même de « voie de fait » dans la décision, incompatible avec la Constitution. Tel est aussi le cas dans des jugements de la Cour européenne des droits de l'homme où les violations établies sont spécifiques ou structurelles, c'est-à-dire représentatives d'un nombre important d'autres affaires. Les notions employées par la Cour sont ceux de « moyenne spécificité », « diligence attendue », « temps utile », « arrêt pilote », c'est-à-dire qui révèle des défaillances structurelles ou générales dans le droit ou la pratique de l'Etat. ***

L'acte fondateur de l'ACCPUF remonte au 9 avril 1997, association qualifiée de « partenaire privilégié et modèle de coopération, en vue d'une jurisprudence source d'inspiration doctrinale » (*Schnutz Rudolf Durr*, secrétaire général de la Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle). Dans un message aux participants, le président de la Cour constitutionnelle en France, M. Laurent Fabius, qualifie l'ACCPUF de « l'un des réseaux les plus aboutis de la Francophonie » et souligne l'importance « de cette grande famille francophone et les échanges qui ont rythmé les travaux ».

Colloque international du Laboratoire méditerranéen de droit public - LMDP **La justice face aux nouveaux défis du service**

public aujourd'hui

Bien commun, interdépendance sociale et légitimation citoyenne de l'Etat ²⁶

Antoine Messarra

Membre du Conseil constitutionnel

Quels services publics aujourd'hui dans l'espace méditerranéen face à de nouvelles mutations ? Que faire en vue de revigorer, dynamiser et rendre plus opérationnelles des institutions gestionnaires et dispensatrices de services publics, et aussi des médiations et des organes judiciaires et constitutionnels garants des droits des usagers ?

La problématique est au cœur du 2^e Colloque international du Laboratoire méditerranéen de droit public (LMDP), dirigé par le Pr. Mathieu Touzeil-Divina, de l'Université Toulouse 1 Capitole, colloque organisé à Athènes au Centre national d'administration publique et territoriale (EKDDA) et au Conseil d'Etat hellénique, sous le patronage

²⁶ Conférence de synthèse de l'auteur au *Laboratoire méditerranéen de droit public* LMDP, Colloque international sous le patronage et en présence du Président de la République hellénique, M. Prokopios Pavlopoulos, en partenariat avec : Centre national d'administration publique et territoriale – EKDDA, Conseil d'Etat hellénique, Université de Toulouse 1 Capitole, Institut Maurice Hauriou, Sciences Po Toulouse, Agence de l'eau Adour Garonne, Ambassade de France en Grèce, Athènes, 19-20/10/2017.

du Président de la République hellénique, M. Prokopios Pavlopoulos, les 19-20/10/2017.

107

Plus de 40 interventions, fruit de travaux des équipes du Laboratoire et la participation de spécialistes de douze pays méditerranéens (Algérie, Chypre, Egypte, Espagne, France, Grèce, Italie, Liban, Maroc, Syrie, Tunisie, Turquie) permettent de dresser un panorama de la situation, des obstacles, des pratiques, des mutations et des perspectives d'avenir en ce qui concerne l'avenir doctrinal, gestionnaire et jurisprudentiel du service public et aussi les projets futurs du LMDP.

Il ressort des contributions inaugurales, ateliers, tables rondes et débats quatre perspectives doctrinales, jurisprudentielles et opérationnelles : Pourquoi ce colloque ? Quelle définition du service public ? Quelles sont les réalités méditerranéennes du service public ?

Que faire ?

1

Pourquoi le thème du service public aujourd'hui?

L'actualité et la pertinence du thème se confirment avec la présence du Président de la République hellénique, M. Prokopios Pavlopoulos, qui intervient à la clôture du colloque pour transmettre une vision bien plus large que celle de l'« intérêt général », celle du « bien commun », c'est-à-dire « l'intérêt de tous ». « Nous vivons, dit-il, une crise profonde du service public et de la notion même de service vraiment public, crise dont l'origine est la crise du droit public lui-même, crise où le pouvoir régulateur de la loi est dépassé et sapé, en opposition avec la *res publica* (chose publique) d'autrefois. C'est pour cela que l'Union européenne a été créée. Le Colloque lance un SOS pour le service public au-delà de

considérations legalistes. C'est le public qui donne à l'Etat toute sa consistance. »

On souligne donc, quant au thème, « qu'il n'y a pas de meilleur choix en vue d'un colloque pour les citoyens et pour l'adaptation à de nouvelles exigences » (*Christophe Chantepy*, ambassadeur de France en Grèce). Il s'agit aussi de « découvrir les points communs qui nous unissent et d'entrevoir de nouveaux progrès vers les objectifs du LMDP » (*Nicolaos Sakellariou*, président du Conseil d'Etat hellénique), « d'appréhender et penser les réalités socio-politiques du service public et la fonction médiatrice du droit » (*Ifigenia Kamtsidou*, présidente de l'EKKDDA), « d'entrevoir une méthodologie et de travailler l'identité méditerranéenne dans la lignée de Fernand Braudel » (*Mathieu Touzeil-Divina*), « de dégager des influences et confluences » (*Spiridon Flogaitis*, Grèce), « d'engager un itinéraire » (*Christos Kaloudas*, France). Il s'agit donc d'une entreprise nécessaire de « ressourcement » (*Jean-Paul Costa*, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et président de la Fondation René Cassin, France).

2

Définir le service public : Dilemme de l'esprit public

Une profonde réflexion s'engage autour de la définition du service public et de l'actualisation de la définition, car « la notion est aujourd'hui bousculée » (*Bernard Stirn*, Conseil d'Etat français). La genèse juridique du service public remonte en France à l'arrêt Blanco (T.C. 8/2/1873) où l'Etat est déclaré civilement responsable, par application des art. 1382, 1383 et 1384 du Code civil, du fait qu'une enfant a été renversée et blessée par un wagonnet de la manufacture des tabacs.

Nombre de pères fondateurs sont cités, dont Léon Duguit, Maurice Hauriou, Gaston Jèze, René Chapus..., mais sans rappeler littéralement la définition de Léon Duguit qu'il a fallu relire au cours de la conférence de synthèse, en soulignant les termes les plus pertinents :

(Le service public) est « toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé, contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'*interdépendance sociale* et

qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par *l'intervention de la force gouvernante* » (*Traité de droit constitutionnel*, vol. II, Sirey, 1923, p. 55).

« Interdépendance sociale », voilà bien, en ce début du XXI^e siècle, le cœur du problème. « Nous sommes juristes, nous devons définir », relève un participant, mais n'y a-t-il pas un risque dans l'obsession de *dé-finir* (*de-finis*, marquer des frontières) à propos du droit dont on dit aujourd'hui qu'il est devenu sans frontières et à propos de la notion même de *public* qui implique tout le vivre ensemble, ce qui *fait société* ?

De fait, avec la jurisprudence la plus explicite et la mieux élaborée, « l'intérêt général est impossible à définir, d'une part parce qu'il n'est pas la somme des intérêts particuliers et, aussi, parce qu'il transcende ces intérêts et se détermine par son but » (*Lara Karam Boustany*, Liban). C'est méconnaître le sens profond de l'intérêt général que de le réduire à une dimension legaliste, car la notion est sociologue, politique et philosophique. Service ? Intérêt... ? Bien sûr, mais c'est le public, le sens du public, l'esprit public qui pose problème aujourd'hui. Dans la perspective de l'Etat moderne, le dilemme est dans le public, car « le public est au cœur du droit et de la civilisation » (*Spiridon Flogaitis*, Grèce). Ne sommes-nous pas à Athènes ? Il faudra rappeler que tous les participants sont à proximité de l'agora athénienne, en confrontation avec la *polis*, la cité d'Aristote, avec Sophocle et sa problématique d'Antigone à propos de la loi, du droit et de la justice.

Combien il est dangereux d'assimiler public à *officiel* dans la mondialisation qui entraîne l'extension presque illimitée du public, en concomitance avec le développement des identités individuelles et collectives. Les causes de l'extension du public, causes qui se répercutent en droit sur l'élargissement des services publics, sont notamment l'explosion démographique, l'interdépendance économique, l'inflation des réseaux sociaux, l'urbanisation galopante et sauvage, la pauvreté et les disparités socio-économiques. En parallèle, nous vivons l'affaiblissement des Etats en faveur d'organisations économiques transnationales, ainsi que le développement de l'individualisme aux dépens du lien social. Autrefois, nous conjugions à l'école : J'aime, tu aimes... Aujourd'hui nos enfants et petits-enfants conjuguent, face à des parents déboussolés : J'ai le droit, tu as le droit... Certes l'enfant a des droits, mais le droit, par essence,

organise une *relation*. Des démocraties, pourtant dites consolidées, deviennent aujourd'hui ingouvernables avec le développement d'une mentalité de rouspéteurs et contestataires.

Vivons-nous la fin du politique, au sens de la *polis* d'Aristote, avec un populisme à fleur de peau, la politique réduite à la polémique, la politique spectacle ? Dans le célèbre triptyque : liberté, égalité, fraternité, c'est l'expérience historique, avec le capitalisme sauvage, le socialisme d'Etat, le communisme soviétique..., qui montre que liberté et égalité, même dans les meilleures conditions, sont antinomiques. La liberté fait que des gens sont mieux nantis par leur naissance, le milieu familial, la localisation géographique..., sont travailleurs, ambitieux, entreprenants..., alors que d'autres le sont moins et peut-être ne veulent pas trop prendre des initiatives, s'appliquer et entreprendre. Des inégalités en découlent, même dans les meilleures conditions démocratiques.

C'est le troisième élément du triptyque, la fraternité, qui va corriger les effets antinomiques de la liberté et de l'égalité. La notion de « bien commun », chère à Thomas d'Aquin, est bien plus riche, explicite et répond aux exigences du monde d'aujourd'hui. Les Romains, avec la *res publica* (chose publique), étaient bien plus explicites que des académiques et intellectuels d'aujourd'hui. La chose publique, en tant que *chose*, est à vivre au quotidien, en famille, à l'école, dans le quartier, la rue, le plus proche voisinage d'habitation, dans l'exercice de toute fonction. Elle doit être intégrée, appropriée, devenir une partie intégrale de soi. L'autre n'est pas autre, mais prochain, un autre moi-même. Aristote en qualifiant l'homme d'animal social pensait dans cet esprit *public*.

Sommes-nous vraiment *société* ? On dénonce aujourd'hui la « *société liquide* », « *modernité liquide* », « *amour liquide* »... sans consistance (Zygmunt Bauman, *La Vie liquide*, Paris, Le Rouergue / Chambon, 2006). Comment *faire société* (*socius*, compagnon) ? C'est là le dilemme du public, aujourd'hui menacé par quatre phénomènes généralement cumulatifs : 1) l'exploitation par des élites au pouvoir de politiques publiques en faveur de clients et dans un but électoraliste, 2) l'extension d'une culture individualiste aux dépens du lien social, 3) une privatisation sauvage au profit de grands financiers et entrepreneurs, 4) un pluralisme juridique ou des régimes d'autonomie fort judicieux mais souvent sans régulation étatique.

C'est le public, la *polis* (et non la *police* dont on a souvent parlé) qui contribue à la « réaffirmation de la conscience sociale de l'Etat, notion cependant absente du débat public alors qu'il s'agit de rechercher non seulement une logique de gestion, mais une logique de sens. Or le débat public n'est plus un vecteur de rassemblement et d'appartenance » (*Marietta Karamanli*, France).

C'est dire que l'intérêt général ou, mieux, le bien commun, n'est pas réductible à la notion mercantile d'usager et de consommateur, et aux « seuls forces du marché » (*Georgios Dellis*, Grèce).

3

Réalités méditerranéennes du service public

La description des réalités du service public dans les douze pays méditerranéens, à la lumière des interventions et débats, porte sur trois aspects : principes de mise en œuvre, champs d'intervention, et problèmes de gestion.

a. *Les principes* : Qu'en est-il de l'égalité à propos surtout de l'accès des femmes à la carrière militaire ? (*Stamatina Xefteri, Maria Gkana, Theodora Papadimitriou*, Grèce) ? On souligne qu'en raison de nombre de dérives, « le service militaire a été tué par le principe d'égalité, et qu'en matière de fisc notamment, le principe d'égalité n'est pas absolu et que le Conseil constitutionnel français se trouve submergé par des QPC en matière d'égalité fiscale, l'égalité étant un sujet mobilisateur » (*Bernard Stirn*, France). Il faudra revenir à *De l'esprit des lois* de Montesquieu, où Montesquieu dénonce « l'égalité extrême ». En matière militaire « les besoins des armées ont changé et de nouvelles exigences se manifestent en vue d'un service civil ouvert à tous » (*Bernard Stirn*, France).

Quant au principe de *continuité*, notamment en période d'urgence, on relève que le principe « trouve sa légitimité dans le principe de la continuité de l'Etat » (*Yilnaz Didem*, Turquie), « l'Etat ne pouvant pas avoir d'éclipse » (*Bernard Stirn*, France).

Le principe de *mutabilité* ou d'adaptabilité (*Judith Gifreu Font*, Espagne) « n'a jamais été aussi nécessaire aux services publics qu'aujourd'hui et sur tous les terrains : procédés de gestion, davantage de dialogue, délégation de responsabilité, réformes, exercice de l'autorité dans des organisations complexes » (*Bernard Stirn*, France).

On insiste sur les principes de *neutralité* en matière de service public de l'enseignement (*Ayham Alata*, Syrie et France), « d'*effectivité* pour répondre à des besoins quantitatifs et qualitatifs, et aussi d'*acceptation* » (*Pierre Delvolvé*, France), surtout que « les monopoles s'effacent et des considérations éthiques émergent » (*Bernard Stirn*, France). Dans le cas du Liban, dans les années 2001-2004, le ministère d'Etat pour la réforme administrative, sous la direction du ministre Fouad el-Saad, avec le soutien de l'Union européenne, a élaboré sept chartes, sans malheureusement un suivi après lui, sur les rapports du citoyen avec l'administration « en vue de promouvoir une culture et une praxis de service public » (*Giacomo Roma*, Italie ; *Rkia el-Mossadeq*, Maroc).

b. *Champs d'intervention* : Quatre principaux champs d'intervention, ceux des biens culturels (*Eleni Pipelia*, Grèce), de l'eau (*Aemilia Ioannidis*, Grèce et France ; *Sami Serageldin*, Egypte ; *Walid Laggoune*, Algérie ; *Carlo Iannello*, Italie ; *Yannis Eustathopoulos*, Grèce), de l'énergie (*Grégory Kalfleche* et *Fabrice Bin*, France), et du sport (*Mathieu Maisonneuve*, France et Liban) sont étudiés.

c. *Problèmes de gestion* : C'est à propos de l'exemple de sport, activité par excellence d'équipe et donc de compétition solidaire, que presque tous les problèmes de gestion se posent : « Argent, violence, dopage... avec un contentieux largement détourné du contrôle étatique. A quoi donc se limite l'horizon des plaideurs sportifs ? » (*Mathieu Maisonneuve*, France et Liban). Concession, régie, délégation, privatisation..., toutes ces procédures d'organisation et de gestion, ainsi que le cas de ceux qu'on appelle « les opérateurs » (*Alaa Kotb*, Egypte ; *Vahit Polat*, Turquie ; *Vassilios Kondylis*, Grèce) sont examinées. Ce qui nous plonge davantage dans la réalité de la réalité, non à la manière de faux programmes télévisés de Télé-réalité, c'est l'expérience concrète d'un ancien ministre : « Je me suis trouvé affronté à une structure obsolète, paralysie flagrante, manque de rationalité, pas de description des postes, ignorance du nombre exact de fonctionnaires, et un fonctionnaire avec lequel je voulais dialoguer et qui me dit : c'est la première fois dans ma carrière que je discute avec un ministre, lequel ne gouverne qu'avec ses conseillers » (*Antonis Manidakis*, ancien ministre de la Restructuration administrative, Grèce).

S'agit-il de l'organisation bureaucratique ou pour le *service* au plein sens du mot service, et pas au sens juridique formel ? Qui sont les

bénéficiaires ? Quelle accessibilité aux services ? Où vont effectivement les prestations, aides et allocations ? Des approches pragmatiques permettent d'appréhender le droit du service public sous l'angle de son effectivité.

4 Que faire ?

Il ressort des interventions, des travaux des équipes du LMDP et des débats, nombre de propositions de changement et d'action que nous pouvons résumer en quatre perspectives.

1. *Sauvegarder les acquis de l'Etat démocratique, incarnation et acteur du public* (polis) : Mesure-t-on les dangers, dans la culture dominante aujourd'hui, de l'affaiblissement des Etats et même de grands Etats et de petites nations fragiles ou fragilisées ? On insiste à plusieurs reprises sur la notion, souvent oubliée, de droits régaliens (*rex, regis*, roi), droits inhérents à l'Etat, dont le droit d'engager ou de ne pas engager une guerre (*Pierre Delvolvé*, France). Or le droit de disposer d'une armée nationale et d'engager ou de ne pas engager une guerre est aujourd'hui usurpé par des Etats en vue de guerres internes, encore dites civiles, par procuration dans d'autres Etats fragiles ou fragilisés.

Quant aux politiques dites publiques, il faut à l'avenir mieux ouvrir les yeux, surtout dans des observatoires de la démocratie et de la gouvernance, sur l'absence de débat public, les détournements populistes de tels débats, les privatisations sous couvert de légalité en faveur de groupes de pression de grands entrepreneurs, les filières de clientélisme derrière un écran de juridisme, l'accessibilité des prestations à des réseaux de clients...

Il faut, d'une part, observer les changements en cours à propos de l'Etat dans la mondialisation et relire les travaux de Norbert Elias sur quatre siècles d'histoire en Occident en vue de l'émergence de l'Etat à l'encontre des seigneuries et féodalités hégémoniques (*La dynamique de l'Occident*, 1939, Calman-Lévy, 1975, 320 p.). Cependant une psychologie historique d'hostilité à l'Etat, de la part de juges, et aussi d'intellectuels libéraux et de gens ordinaires, en raison de l'hégémonie de pouvoirs tyranniques au sommet (nazisme, fascisme, étatisme

soviétique...) confond la notion d'Etat d'après les pères fondateurs avec ses dérivées. On jette ainsi le bébé avec l'eau du bain.

2. *Du droit positif, administratif et constitutionnel, aux recherches et praxis d'effectivité* : Les tribunaux administratifs et la justice constitutionnelle se trouvent alertés par des cas de violations du droit du service public. Les cas non soumis au contentieux sont bien plus nombreux, camouflés, ou avec une barbarie apparemment douce, et sont plus généraux que l'intérêt dit général. Il ne faudrait plus à l'avenir que des juges, sous couvert de devoir de réserve, se comportent en étrangers à la société, *leur* société, dont ils font partie, car « l'avenir de la société dépend de l'action publique » (*Bernard Stirn*, France ; *Filippo Patroni*, Italie). C'est ainsi qu'« on passera à un juge administratif régulateur et protecteur » (*Jean-Paul Costa*, France) en vue d'un « service public qui, malgré tout, n'est pas voué à l'extinction » (*Bernard Stirn*, France) et, si l'on peut dire, un service public *agoracentrique*.

Les politiques dites publiques sont-elles vraiment publiques ? Ne camouflent-elles pas des partages clientélistes ? Ces politiques vont-elles effectivement aux bénéficiaires ? Ces questions impliquent la vérification de l'absence d'une appropriation privée du public et, a contrario, « une conception dynamique et des objectifs opérationnels du service public et la vérification que l'intérêt général est respecté » (*Antonis Maniatakis*, Grèce). C'est ainsi qu'on vérifie « comment l'intérêt général prend forme et se concrétise » (*Marietta Karamanli*, France) et que le service public « acquiert sa valeur forte au-delà du droit administratif formel » (*Stavroula Ktistaki*, Grèce ; *Joseph Ramon Fluente* – *Gaso*, Espagne), car « l'avenir même de la cohésion sociale dépend de l'action publique » (*Bernard Stirn*, France).

Aussi la propension à exagérer « la préférence pour la gestion privée » (*Bernardo Giorgio Mattarella*, Italie), propension qui témoigne d'une « résistance à l'Etat » (*Pierre Delvolvé*, France), comporte plein de risques pour l'avenir, surtout que des « services publics relèvent par nature de l'Etat » (*Stavroula Ktistaki*, Grèce).

Le pire ennemi de l'intérêt général est le légalisme qui camoufle les violations du public. On relève que « des contrats administratifs sont faussés par la corruption au bénéfice d'entrepreneurs privés où on perd le contrôle de ces contrats » (*Marta Franch Sager*, Espagne).

Dans cette perspective nombre de procédures administratives et constitutionnelles devraient être instituées ou revigorées, avec des « modalités souples de régulation des conflits » (*Aemilia Ioannidis*, Grèce).

et France), des recours individuels ou associatifs ou par voie d'exception devant la justice constitutionnelle, des « actions de groupe et collectives » (*Marietta Karamanli*, France)...

Nombre de décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, peut-être impopulaires au regard d'une mentalité individualiste, suscitent l'admiration quand elles insistent, en vue de la cohésion sociale, sur les « obligations du service public » (*Georgios Dellis*, Grèce), du fait même que la notion de service public, « autrefois étroite, va de plus en plus s'élargir » (*Bernard Stirn*, France).

3. *Pas de public sans participation citoyenne* : Autant il faut désormais insister sur la distinction fondamentale et inhérente au politique entre le privé et le public, autant il faut renoncer à la mentalité d'une nouvelle génération qui hérite d'un patrimoine de combat pour la démocratie, combat engagé par les grands-parents et parents, alors que cette nouvelle génération entre en démocratie comme dans un hôtel à cinq étoiles ou un supermarché pour la consommation de droits de l'homme. Or le public, ce n'est pas l'apanage exclusif de l'Etat, sinon cet Etat serait hégémonique. Le public relève de tous et de chacun, appartient à tous et à chacun, pour une sociabilité harmonieuse. C'est dans les couloirs du colloque qu'une participante, députée de sa région en France, raconte qu'un bureau de poste ayant été fermé dans sa région, les habitants se sont mis à manifester. Elle les exhorte alors à aller à ce bureau, où personne n'y allait auparavant, pour ouvrir des comptes. C'est alors que le bureau, pour des raisons d'effectivité, est réouvert par l'autorité municipale (*Marietta Karamanli*, France). Nous pouvons aussi citer une interview télévisée du Président Georges Pompidou (1969-1974) à propos de problèmes de sécurité. A la suite d'émeutes à Paris, des Français se sont mis à dénoncer l'absence de la police. Le Président Pompidou leur dit: S'il y a peu de policiers, vous vous plaignez : Où est la sécurité ? S'il y a trop de policiers, vous dites: Pourquoi ce terrorisme ? « L'ordre, dit-il, est aussi en chacun de nous. » Le cas des policiers volontaires en Grande-Bretagne constitue un exemple d'un ordre public intégré, approprié par une citoyenneté constructrice d'Etat.

4. *Le droit de la solidarité et de la fraternité* : Le droit du service public, sans moralisme et sans nécessairement une référence religieuse dogmatique, ne peut se détacher en ce début du XXI^e siècle d'une vision

plus large du droit de la solidarité et de la fraternité. On pourra se référer à nombre de travaux récents, qui émanent non de philosophes mais pleinement d'institutions éminentes, dont l'Association des Cours et Conseils constitutionnels ayant en partage l'usage du français – ACCPUF (3^e Congrès de l'ACCPUF, *La fraternité*, Ottawa, 2003) et de juristes (Alain Supiot, *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Paris, Odile Jacob, 2015). Ce droit, apparemment récent, rejoint parfaitement les pères fondateurs du politique et des théories du droit et de la justice. A ceux qui pourraient contester une telle approche, c'est l'expérience historique cumulée qui montre que le droit positif, sans un socle valoriel de justice, ne peut à lui seul fonder une société. Tous les défis du droit dans le monde d'aujourd'hui et dans l'expérience même de l'Union européenne en particulier résident dans la solidarité et les perturbations de la *polis* d'Aristote.

C'est dire que nous devrions tous désormais poursuivre la réflexion et l'action, aller plus loin dans les trois dimensions du *public* dans le service public, les dimensions à la fois culturelles, politiques et juridiques, et dans une perspective d'« interdépendance sociale », selon la définition de Léon Duguit.

Dans son dernier roman, vaste fresque historique, épopée de la Révolution française, *Quatre-vingt-treize* (1874), œuvre de la plus profonde maturité, Victor Hugo rapporte le dialogue suivant, engagé par Gauvain :

« La république c'est deux et deux font quatre. Quand j'ai donné à chacun ce qui lui revient...

Il vous reste à donner à chacun ce qui ne lui revient pas.

Qu'entends-tu par-là ?

J'entends l'immense concession réciproque que chacun doit à tous et que tous doivent à chacun, et qui est toute la vie sociale » (Livre 7, V. Le Cachot, p. 248).

L'immense avantage du colloque, à travers le thème du service public en Méditerranée, est d'inciter à repenser tout le droit. Le service public est le meilleur indicateur de l'Etat de droit ou au contraire, l'indicateur d'une « crise du droit public », comme le souligne dans l'exposé de clôture le Président de la République hellénique, M.

Prokopios Pavlopoulos. République, on l'oublie, est bien la *res publica* des vieux Romains, plus modernes à ce propos que des contemporains.

L’invocabilité des droits et libertés dans le cadre de l’article 61-1 de la Constitution française (QPC)²⁷

Pierre de Montalivet

Professeur à l’Université Paris – Est Créteil

²⁷ Pierre de Montalivet, professeur agrégé de droit public à l’Université Paris-Est Créteil (UPEC), Directeur de la filière Carrières publiques, Enseignant à Sciences Po Paris.

Article qui nous a été communiqué par l’auteur, extrait de l’ouvrage : Pierre de Montalivet, Michel Verpeaux, Agnès Roblot-Troizier, Ariane Vidal-Naquet, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, « Themis », 2^e éd., 2017, pp. 510-519, article reproduit avec l’aimable autorisation des PUF et légèrement modifié pour la publication.

CC, No 2010-5 QPC, 18 juin 2010, SNC Kimberly Clark, REC. p. 114.

1. Considérant que l'article 271 du code général des impôts est relatif aux règles de déductibilité en matière de taxe sur la valeur ajoutée ; que le 1 de l'article 273 du même code, issu de l'article 18 de la loi du 6 janvier 1966 susvisée, dispose que des décrets en Conseil d'État déterminent les conditions d'application de l'article 271 ; qu'en particulier, son troisième alinéa, qui fait l'objet de la question prioritaire de constitutionnalité, prévoit que ces décrets fixent « la date à laquelle peuvent être opérées les déductions » ;

2. Considérant que, selon la société requérante, les dispositions du troisième alinéa du 1 de l'article 273, qui renvoient à un décret en Conseil d'État le soin de fixer les délais dans lesquels doivent être opérées les déductions de taxe sur la valeur ajoutée, porteraient atteinte au droit énoncé à l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et dont disposent « tous les citoyens » de « constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée » ; que ces dispositions méconnaîtraient également le droit de propriété proclamé à son article 17 ; qu'elles seraient, par suite, entachées d'incompétence négative ;

3. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 61-1 de la Constitution : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé » ; que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit ;

4. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution : « La loi fixe les règles concernant... l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures... Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'État dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique... » ; que les dispositions de l'article 14 de la Déclaration de 1789 sont mises en œuvre par l'article 34 de la Constitution et n'instituent pas un droit ou une liberté qui puisse être invoqué, à l'occasion d'une instance devant une juridiction, à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution ;

5. Considérant, d'autre part, que le 1 de l'article 273 du code général des impôts, en ce qu'il renvoie à un décret en Conseil d'État le soin de fixer les délais dans lesquels doivent être opérées les déductions auxquelles ont droit les personnes assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée, ne porte pas atteinte au droit de propriété garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 ;

6. Considérant que la disposition contestée n'est contraire à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit.

La question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a eu le mérite de permettre aux justiciables d'invoquer la Constitution, non plus seulement contre les actes administratifs et de droit privé, mais désormais aussi contre la loi. Elle réduit cependant le champ des normes invocables aux droits et libertés, excluant de cette invocabilité toutes les normes de procédure et de compétence. L'article 61-1 de la Constitution donne en effet le droit au justiciable de soutenir « qu'une disposition

législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit », tandis que la loi organique du 10 décembre 2009 relative à son application fait référence à l'atteinte aux « droits et libertés garantis par la Constitution » loi organique sur le Conseil constitutionnel). Le constituant a souhaité que le justiciable, se réappropriant la Constitution, puisse par le biais de la QPC défendre subjectivement ses droits mais non se faire le défenseur objectif de l'État de droit en général. Le Comité Ballardur avait considéré que le justiciable n'avait pas « vocation à s'ériger en gardien de la procédure législative ou du respect des compétences respectives du législateur et du pouvoir réglementaire » (*Une Ve République plus démocratique*, rapport au président de la République, 2007, p. 88).

Aussi claire qu'elle puisse à première vue paraître, l'expression de « droits et libertés que la Constitution garantit » n'est en réalité pas sans ambiguïtés. En particulier, se posait la question de savoir s'il était possible d'invoquer les normes qui, sans constituer elles-mêmes des droits ou des libertés, n'étaient pas sans lien avec ces derniers. Cette question se posait en particulier concernant les objectifs de valeur constitutionnelle, qui apparaissent comme des conditions d'effectivité des droits et libertés constitutionnels, ou l'incompétence négative du législateur, qui consiste pour celui-ci à ne pas épuiser sa compétence, que ce soit en adoptant des dispositions insuffisamment précises ou en reportant abusivement sur des autorités administratives ou juridictionnelles la définition de certaines règles. À l'inverse, l'on pouvait se demander si toutes les normes édictées par la Déclaration des droits de l'homme et les autres textes proclamant des droits pouvaient être invoquées.

Le mérite de la décision no 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark*, est d'apporter une réponse à certaines de ces questions. La société requérante prétendait en l'espèce que certaines dispositions du code général des impôts, qui renvoient à un décret en Conseil d'État le soin de fixer certains délais en matière de TVA, étaient entachées d'incompétence négative en ce qu'elles méconnaissaient le droit de toute personne de consentir à l'impôt et le droit de propriété. Le Conseil constitutionnel adopte une position équilibrée et nuancée : d'une part il accepte que le grief de l'incompétence négative soit invoqué devant lui lorsque est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit, d'autre part, dépassant une interprétation purement littérale de la Déclaration des droits de l'homme, il refuse de considérer que le « droit

» de toute personne de consentir à l'impôt proclamé par son article 14 soit invocable au titre de la QPC. Plus généralement, il ressort de la jurisprudence du Conseil que deux catégories de normes sont invocables au fondement d'une question : celles pouvant être qualifiées de « droits et libertés garantis par la Constitution », invocables en toutes circonstances, et celles qui ne bénéficient pas de cette qualification mais qui sont invocables en lien avec un droit ou une liberté que la Constitution garantit.

1

L'invocabilité inconditionnée des « droits et libertés garantis par la Constitution »

Sont invocables en toutes circonstances les « droits et libertés garantis par la Constitution », à l'exclusion des normes de compétence et de procédure.

A. Sont tout d'abord invocables les « droits et libertés garantis par la Constitution ».

Sont de toute évidence concernées les normes constitutionnelles qualifiées de droit ou de liberté par la Constitution ou le Conseil constitutionnel. Outre ceux résultant des articles numérotés de la Constitution de 1958, il peut s'agir des droits de 1789 (v. par ex. CC, 2010-26 QPC, 17 septembre 2010, cons. 5-10, à propos du droit de propriété), de 1946 (v. par ex. CC, 2010-98 QPC, 4 février 2011, cons. 3, à propos du droit pour chacun d'obtenir un emploi) ou de la Charte de l'environnement de 2004 (CC, 2011-116 QPC, 8 avril 2011, cons. 57, le Conseil faisant même référence aux obligations résultant de la Charte), les 3 générations de droits étant représentées. Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République comptent aussi parmi les droits et libertés garantis par la Constitution (v. par ex. CC, 2010-20/21 QPC, 6 août 2010, cons. 6, à propos de l'indépendance des enseignants-chercheurs). Les droits des personnes privées comme publiques sont d'ailleurs invocables: les collectivités territoriales ont ainsi pu invoquer leur libre administration (CC, 2010-12 QPC, 2 juillet 2010, cons. 2-4), le principe de leur autonomie financière (CC, 201029/37 QPC, 22 septembre 2010 ; 2010-56 QPC, 18 octobre 2010, cons.

3-6) et leur droit à la libre disposition de leurs ressources (CC, 2011149 QPC, 13 juillet 2011, cons. 2-7). Même un syndicat mixte est en mesure d'invoquer le principe de libre administration des communes (CC, 2010-107 QPC, 17 mars 2011, cons. 3-6).

Certains « principes » peuvent également être invoqués, comme l'égalité (CC, 2012-271 QPC, 21 septembre 2012, v. *no* 66), la dignité de la personne (CC, 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, cons. 19-20), la rétroactivité de la loi pénale plus douce (CC, 2010-74 QPC, 3 décembre 2010, cons. 3) ou encore la laïcité, principe qui « figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit » (CC, 2012-297 QPC, 21 février 2013, cons. 5).

La présente décision montre néanmoins que tout ce qui est appelé « droit » par la Constitution n'est pas nécessairement et automatiquement invocable dans le cadre de la QPC. Ainsi alors que, selon l'article 14 de la Déclaration de 1789, « Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée », le Conseil affirme que ces dispositions « sont mises en œuvre par l'article 34 de la Constitution et n'instituent pas un droit ou une liberté qui puisse être invoqué, à l'occasion d'une instance devant une juridiction, à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution

» (cons. 4). Il considère en effet que l'article 14 bénéficie plus aux parlementaires qu'aux citoyens eux-mêmes. Ainsi, si cette position peut décevoir, elle montre que le Conseil n'adopte pas une interprétation purement littérale des dispositions constitutionnelles et s'intéresse avant tout aux destinataires réels des normes invoquées. Excluant les normes s'adressant au législateur, il semble retenir une conception des droits et libertés conforme à certaines définitions doctrinales, à savoir des « permissions [...] au bénéfice de toutes les personnes [...] en règle générale, et au bénéfice des classes les plus générales de personnes à titre exceptionnel » (L. Favoreu *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 7e éd. 2015, § 87).

B. À l'inverse, la Constitution interdit aux parties d'invoquer les normes de compétence ou de procédure.

Ainsi, au titre des premières, ne peuvent être invoquées les règles relatives à la compétence du législateur organique (CC, 2012241 QPC, 4 mai 2012, cons. 20), celles portant sur la compétence du pouvoir exécutif (comme celles de l'article 13 de la Constitution, relatif au pouvoir de nomination du président de la République : CC, 2012281 QPC, 12 octobre 2012, cons. 10) ou celles relatives à l'exercice des compétences des collectivités territoriales, comme le principe de subsidiarité, consacré par l'article 72 alinéa 2 de la Constitution (CC, 2013-304 QPC, 26 avril 2013, cons. 7). De même, ne constitue pas un droit ou une liberté la possibilité donnée par l'article 72-1 alinéa 3 au législateur d'organiser une consultation des électeurs en cas de modification des limites d'une collectivité territoriale (CC, 2010-12 QPC, 2 juillet 2010, cons. 3).

Au titre des secondes, le Conseil a pu déclarer que « le grief tiré de la méconnaissance de la procédure d'adoption d'une loi ne peut être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité » (CC, 2010-4/17 QPC, 22 juillet 2010, cons. 7). Le justiciable ne peut par exemple invoquer le principe de clarté et de sincérité des débats parlementaires (CC, 2013-370 QPC, 28 février 2014, cons. 9-11) ou « les règles prévues par l'article 47 de la Constitution », relatives aux lois de finances (CE, 20 juin 2012, *Fédération générale des fonctionnaires Force Ouvrière (FGF-FO)*, no 358830). Ainsi les grands principes budgétaires ne constituent pas des droits invocables à l'appui d'une QPC (CE, 25 juin 2010, *Région Lorraine*, no 339842, à propos de l'annualité ; CE, 15 juillet 2010, *Région Lorraine*, no 340492, à propos de la sincérité). Il en va de même de l'exigence constitutionnelle de transposition en droit interne des directives européennes (CC, 2010-605 DC, 12 mai 2010, cons. 19), ce qui n'empêche pas le Conseil de contrôler par la QPC les dispositions législatives n'entrant pas dans le champ d'une directive et de sanctionner les « discriminations à rebours » (CC, 2015-520 QPC, 3 février 2016).

L'exclusion prononcée par le juge s'est étendue à certaines dispositions qui ne concernent spécifiquement ni la compétence ni la procédure mais qui ne constituent manifestement pas des droits : ainsi le Conseil a, sans surprise, décidé que l'article 75-1 de la Constitution, selon lequel « Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France » n'institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Cette disposition constitutionnelle dont la normativité est douteuse n'est donc pas invocable dans le cadre de la QPC (CC,

2011130 QPC, 20 mai 2011, cons. 3). Il en va de même de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946, aux termes duquel « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité » (CC, 2015- 459 QPC, 26 mars 2015, cons. 6).

De manière heureuse, les normes invocables à l'appui d'une QPC ne se réduisent pas aux normes pouvant être qualifiées de « droits et libertés garantis par la Constitution », mais s'étendent à d'autres normes, à condition que soient affectés de tels droits et libertés.

2

L'invocabilité conditionnée des normes combinées avec des « droits et libertés garantis par la Constitution »

L'exclusion par le constituant des normes de compétence et de procédure pouvait être vue comme une restriction malheureuse du champ d'application de la QPC, oubliant que les conditions de forme en matière constitutionnelle sont indirectement des garanties du bon fonctionnement d'une démocratie et partant de la liberté politique du citoyen. Le grand juriste allemand Jhering n'avait-il pas montré que « la forme est la sœur jumelle de la liberté » ? Sensible à cette question, le Conseil constitutionnel a adopté une interprétation ouvrant la voie à l'invocation, dans certaines conditions, de certaines normes ne constituant pas en elles-mêmes des droits et libertés, qu'il s'agisse de normes de fond ou de compétence.

A. Le Conseil constitutionnel a pu ouvrir l'invocabilité aux objectifs de valeur constitutionnelle, c'est-à-dire à des normes de fond constituant le corollaire de droits et libertés.

En principe, n'étant pas des droits et libertés mais des buts s'imposant aux pouvoirs publics, notamment au législateur, les objectifs de valeur constitutionnelle (sur lesquels, v. *no* 32) ne sont pas invocables directement devant les tribunaux et se trouvent donc exclus des normes invocables à l'appui d'une QPC. C'est ce que le Conseil a très logiquement considéré à propos de l'égalité financière des collectivités territoriales par des mécanismes de péréquation (CC, 201029/37 QPC,

22 septembre 2010, cons. 5), de la bonne administration de la justice (CC, 2010-77 QPC, 10 décembre 2010, cons. 3), de la sauvegarde de l'ordre public (CC, 2014-422 QPC, 17 octobre 2014, cons. 12) ou du bon usage des deniers publics (CC, 2014-434 QPC, 5 décembre 2014, cons. 7).

Chacun de ces objectifs « ne peut, en lui-même, être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution ». Dans le même sens, même s'il ne l'a pas qualifié d'objectif, le Conseil exclut des normes invocables la promotion du développement durable consacrée à l'article 6 de la Charte de l'environnement (CC, 2012-283 QPC, 23 novembre 2012, cons. 22) ainsi que le préambule de cette Charte (CC, 2014-394 QPC, 7 mai 2014, cons. 5), à propos duquel le commentaire officiel du Conseil indique que « Les cinq premiers alinéas formulent des constats, les deux derniers énoncent des objectifs ». Il a de même refusé l'invocation de l'objectif de parité (CC, 2015-465 QPC, 24 avril 2015, cons. 14). Il est vrai cependant que les objectifs constituent des conditions d'effectivité des droits et libertés constitutionnels, à telle enseigne que leur fondement textuel réside fréquemment dans les dispositions constitutionnelles qui les consacrent, notamment dans la Déclaration de 1789.

Ainsi les formules utilisées par le Conseil montrent que les objectifs peuvent être invoqués en lien avec d'autres droits et libertés. En énonçant à chaque fois (sauf pour la parité) qu'un objectif ne peut « en lui-même » être invoqué à l'appui d'une QPC, le juge indique implicitement qu'il peut l'être lorsqu'il est combiné avec un droit ou une liberté, plus exactement lorsqu'est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Le Conseil a eu l'occasion d'appliquer cette jurisprudence à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. L'intitulé même de cet objectif montre qu'il s'agit d'une norme à destination du législateur et plus généralement des pouvoirs publics, du moins des autorités normatives. Aussi le Conseil avait-il pu énoncer à son propos que « sa méconnaissance ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité » (CC, 2010-4/17 QPC, préc., cons. 9). Il lui arrive néanmoins de vérifier l'intelligibilité des dispositions soumises à son examen (CC, 2012-272 QPC, 21 septembre 2012, cons. 5). Surtout, dans la décision no 2012285 QPC du 30 novembre 2012, *M. Christian S.*, le Conseil accepte l'invocabilité de l'objectif s'il est combiné avec le principe du français

comme langue de la République, consacré à l'article 2 de la Constitution : « l'atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité de la loi qui résulte de l'absence de version officielle en langue française d'une disposition législative peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité » (cons. 12). En l'espèce, pour les raisons historiques que l'on sait, certains textes en vigueur en Alsace et en Moselle demeuraient écrits en langue allemande, sans qu'ils aient fait l'objet d'une traduction officielle en français. La position du Conseil permet au citoyen de bénéficier de cette traduction. On remarquera que l'invocabilité admise par le Conseil ne vaut que pour l'accessibilité de la loi et qu'elle est circonscrite au cas très spécifique de l'absence de version officielle en langue française d'une disposition législative. Elle montre que le Conseil qualifie implicitement le principe du français comme langue de la République comme un droit garanti par la Constitution au sens de l'article 61-1 (M. Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 2016, § 82). Il reste que la reconnaissance par le juge d'une invocabilité conditionnée des objectifs de valeur constitutionnelle n'est pas exempte d'inconvénients: les objectifs découlant largement des droits et libertés eux-mêmes, la limite véhiculée par l'incise « en elle-même » ou « en lui-même » pourrait n'être qu'artificielle.

Mais le Conseil a su jusqu'à présent faire un usage raisonnable de cette ouverture. Ajoutons d'ailleurs qu'il admet l'invocation en lui-même du pluralisme des courants d'idées et d'opinions (CC, 2011-4538 SEN, 12 janvier 2012, cons. 5 ; 2012-233 QPC, 21 février 2012, cons. 5-10 ; 2013-353 QPC, 18 octobre 2013, cons. 11). Mais le pluralisme est alors qualifié de principe et non d'objectif.

B. Le Conseil constitutionnel a également pu ouvrir l'invocabilité à des normes procédurales ou de compétence particulièrement liées aux droits fondamentaux constitutionnels.

Il en est ainsi tout particulièrement en matière d'incompétence négative du législateur. Dans la présente décision *Kimberly Clark*, le Conseil a posé que « la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit » (cons. 3). Il précisera plus tard que cette invocabilité ne vaut que « dans le cas où cette méconnaissance affecte

par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit » (CC, 2012-254 QPC, 18 juin 2012, cons. 3). C'est ainsi que l'incompétence négative a pu être reconnue en lien avec le droit de propriété (CC, 2010-33 QPC, 22 septembre 2010, cons. 2-4), la liberté d'entreprendre et la liberté de communication (CC, 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, cons. 6) ou encore le principe de participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail (CC, 2016-579 QPC, 5 octobre 2016, cons. 5-9). Il reste que cette invocabilité conditionnée connaît elle-même des limites : la décision *Kimberly Clark* montre que, le consentement à l'impôt proclamé par l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme ne constituant pas un droit au sens de l'article 61-1 (cons. 4), l'incompétence négative est plus difficilement invocable en matière fiscale, même si elle a pu être admise par ailleurs (CC, 2012-298 QPC, 28 mars 2013, cons. 5-7 ; 2014-431 QPC, 28 novembre 2014, cons. 6-11).

Elle ne peut l'être non plus à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la Constitution du 4 octobre 1958 (CC, 2010-28 QPC, 17 septembre 2010, cons. 9). Dans le même esprit, le Conseil d'État a estimé que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne saurait être invoquée « à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la révision de la Constitution ayant conféré cette compétence au législateur » (CE, 20 décembre 2011, *Briand*, no 346960). Cette restriction peut se comprendre mais paraît excessive. Il en va de même du principe de séparation des pouvoirs. Principe essentiellement formel, il est à première vue exclu des normes invocables. Dans un premier temps, le Conseil d'État avait transmis la question au Conseil constitutionnel (CE, 14 avril 2010, *Lazare*, no 329290), mais ce dernier ne s'était pas prononcé sur ce point (CC, 20102 QPC, 11 juin 2010, cons. 20-23). Il était difficile d'ignorer que la finalité du principe est la protection de la liberté politique du citoyen, de sorte que dans un deuxième temps, le Conseil constitutionnel a admis son invocation à propos d'une loi de validation (CC, 2010-100 QPC, 11 février 2011, cons. 2-5). Il a fini par considérer, dans un troisième temps, que « La méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit » (CC, 2016-555 QPC, 22 juillet 2016, cons. 9). La formulation est légèrement différente, mais conduit là encore à reconnaître une invocabilité

conditionnée. En définitive, le Conseil constitutionnel a su dépasser une interprétation littérale des « droits et libertés garantis par la Constitution » pour adopter une jurisprudence équilibrée et nuancée, respectueuse de l'esprit de l'article 61-1, dans laquelle les « droits » évoqués par les textes ne sont pas tous invocables et certains objectifs de fond ou certains principes de forme peuvent en revanche l'être. Il reste que sa jurisprudence relative à l'invocabilité conditionnée de certaines normes n'est pas sans poser un certain nombre de difficultés. Quoi qu'il en soit, on peut s'interroger à l'avenir sur une révision des textes constitutionnel et organique, visant à élargir les normes constitutionnelles invocables par les justiciables aux normes de procédure et à toutes les normes de fond, comme c'est le cas dans d'autres États étrangers, comme l'Allemagne s'agissant du contrôle concret, l'Espagne s'agissant de la question d'inconstitutionnalité ou l'Italie. Cette extension permettrait d'assurer une plus grande effectivité de la Constitution.

Démocratie et justice

Khalil Saïd Abourjeily

Ancien président de chambre au Conseil d'Etat Juge honoraire

Professeur de droit public à l'Université La Sagesse

1

Définition de la démocratie

Il me semble que la meilleure définition de la démocratie est celle du président américain Abraham Lincoln (1809-1865). Selon lui , « ***la démocratie est le gouvernement du peuple par le peuple , pour le peuple*** ».

A. Gouvernement du peuple par le peuple

Autrefois, le peuple se gouvernait directement dans les cités phéniciennes et grecques et aujourd'hui dans certains cantons suisses, on remarque des traits de ce gouvernement. La démocratie directe impossible à exercer dans les sociétés modernes où les citoyens sont par millions, le peuple élit ses représentants. D'où le nom de la « démocratie représentative » qui est dominante. Mais, quand même, il subsiste encore certaines traces de démocratie directe dans certains pays (comme la France de la Ve République) que l'on convient d'appeler démocratie semi-directe (le peuple élit directement le Président de la République, peut voter des lois ou un amendement constitutionnel à lui soumis).

La démocratie, quelle que soit sa forme, ne peut fonctionner sans liberté et un certain niveau de culture chez les citoyens. Une véritable représentation du peuple exige des élections libres. Car, pour choisir il faut être libre. Pour faire un bon choix de ses représentants, le citoyen

doit être libéré d'abord de l'ignorance comme il doit avoir aussi un certain niveau de civisme qui lui permet de préférer le bien commun (l'intérêt général) à son propre intérêt.

129

En un mot, une véritable démocratie exige des citoyens libres et vertueux. Ici, on rejoint l'éthique. On ne peut passer sous silence l'importance d'une bonne loi électorale qui complète la Constitution. Une mauvaise loi électorale peut torpiller le système démocratique. Preuve en est notre loi électorale de 2008 inspirée de la loi 1960, qui a fait perdurer au pouvoir, pendant plus d'un demi-siècle une féodalité multiforme, familiale, confessionnelle et financière. Les différents projets et propositions de loi électorale actuels ont dernièrement abouti, après une longue gestation, à l'adoption à la majorité écrasante de 113 voix, d'une nouvelle loi électorale basée sur la représentation proportionnelle et répartissant le territoire en quinze circonscriptions électorales inégales avec une voix préférentielle. Jouissant de l'aval des trois hautes instances et l'opposition ne réunissant pas dix députés pour saisir le Conseil constitutionnel, cette loi échappa bel et bien à la censure de ce dernier. Ce vote à majorité imposante d'une loi créant un système électoral très complexe et reflétant les intérêts de la classe dirigeante ne peut être regardée comme un brevet de constitutionnalité. D'où l'importance primordiale d'accorder au Conseil constitutionnel la saisine de droit de la loi électorale censée être le prolongement de la Constitution et son écho concret et authentique.

B. Pour le peuple

Le but du gouvernement démocratique (ou son objet), c'est la réalisation du bien du peuple (c'est le peuple tout entier qui est concerné). Le bien du peuple ne peut être autre chose, que le bien général ou l'intérêt public ou l'intérêt général (ces termes étant synonymes).

Les gouvernants ont pour mission de gérer la chose commune, *res publica*. Cela suppose des gouvernants doués de vertu et éclairés. C'est-à-dire un homme d'Etat doit être cultivé et compétent. Car les problèmes qui se posent dans la société moderne sont très compliqués : économie, finances, environnement, planification, globalisation...

On ne peut réaliser l'intérêt général sans science et conscience. Ici encore on rejoint l'éthique et la vertu. Aujourd'hui on est à la mode,

on parle de transparence ! La vertu la plus importante d'un gouvernant quel qu'il soit (parlementaire, ministre, président, juge, administrateur), c'est la justice . La corruption c'est l'ennemie de la démocratie et de la justice, une métastase qui menace les sociétés modernes, surtout celles qui sont en voie de développement. On peut y voir le dragon de l'Apocalypse dont les tentacules sont partout enracinés.

2

La Justice

La justice est le fondement de tout gouvernement. Un adage arabe célèbre dit dans ce sens « *La justice est le fondement du pouvoir.* » La justice est une vertu, voire la vertu la plus importante. On peut dire même qu'elle résume les autres vertus. La justice a plus d'un sens : la justice diffuse, la justice au sens strict du terme (celle exercée par les juges), la justice au sens large du mot. C'est celle exercée par les gouvernants et les citoyens eux-mêmes.

A. La justice diffuse ou universelle

Ici, on rejoint l'éthique. Les citoyens eux-mêmes doivent être bien éduqués. Le grand nombre de citoyens diplômés n'est pas toujours un signe de bons citoyens. Il ne suffit pas que la Justice habite les Palais de justice, mais il faut encore qu'elle habite la conscience des citoyens dans le commerce quotidien. Un adage connu exprime bien ce genre de justice. Il dit : « *Il faut donner à chacun son dû.* » Les palais de justice ne doivent connaître que des affaires importantes et compliquées. La justice doit habiter les consciences, consciences des citoyens, mais surtout celles des juges et des avocats. Sinon la corruption sera maître de la situation. A la veille du déluge dit l'Ecriture Sainte en décrivant la situation qui régnait alors : « *La violence et la corruption règnent partout.* » Ces deux maux – répandus aujourd'hui – seraient le présage de grands désastres.

A l'heure actuelle, où le monde entier devient une cité grâce au développement grandiose des voies de communications à tous les plans, on sent, plus que jamais le besoin accru d'une justice internationale efficace. Car l'exploitation des États faibles par les États forts, l'esprit

de domination qui sévit et ne trouve pas de frein, un pareil monde semble un terrain favorable au terrorisme, cet ogre rebelle à toutes les potions magiques. Une justice plus grande à l'échelon international favorisera – sans conteste – la paix internationale.

B. La justice au sens stricte du terme

C'est l'un des piliers de l'État. Pour avoir une bonne justice, il faut plusieurs conditions réunies. Car, la justice est une chaîne : *on a besoin de bons juges, d'une bonne police judiciaire, de bons auxiliaires de justice, de bons avocats, de procédures adéquates et rapides*. Car, une justice lente est une injustice voire un déni de justice.

Il y a lieu ici de souligner ce qu'il faut comprendre par un bon juge ? Un bon juge doit être compétent, indépendant, impartial, consciencieux, courageux, diligent et productif. Ces qualités sont des conditions sine qua non du procès équitable consacré par l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (adoptée par le préambule de notre constitution – parag. B) qui stipule:

« Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial... ».

Ces conditions sont aussi consacrées par l'article 20 de notre Constitution qui énonce:

« Le pouvoir judiciaire, fonctionnant dans les cadres d'un statut établi par la loi et assurant aux juges et aux justiciables les garanties indispensables, est exercé par les tribunaux des différents ordres et degrés. (...) Les juges sont indépendants dans l'exercice de leur magistrature. (...) » (texte traduit de l' arabe par le Ministère de la Justice).

Ces deux textes condamnent implicitement l'existence d'un tribunal militaire qui juge les crimes et délits où est impliqué un ou des militaires, même si les faits criminels ou délictuels n'ont aucune relation avec la conduite ou la fonction militaire. Ces deux textes condamnent également l'existence d'un tribunal qui juge en premier et dernier ressort tel que notre Conseil d'État. D'où l'importance de mettre sur pied les tribunaux administratifs de premier degré créés par la loi numéro 227 en date du 31 mai 2000 qui demeure inappliquée en attendant l'édiction des règlements que nécessite sa mise en œuvre.

Dans ce contexte du procès équitable, on ne peut passer sous silence deux maux graves dont souffre notre système judiciaire. Il s'agit en *premier lieu*, du coût très onéreux de la justice. En principe, celle-ci doit être gratuite ou semi – gratuite et par conséquent à la portée de tout le monde. Excepté le recours en annulation des actes administratifs devant le Conseil d'État, les taxes et frais judiciaires sont tellement élevés qu'une bonne partie de citoyens renoncent à recourir aux tribunaux. On dirait que les recettes du Ministère de la Justice sont conçues pour alimenter le trésor de l'État. De plus, ce qui rend la situation plus grave, c'est que l'aide judiciaire conçue pour les justiciables n'ayant pas les moyens de saisir les tribunaux, est basée sur le principe du bénévolat des avocats! Autrement dit, basée sur l'injustice. On se rappelle encore que les avocats français ont, à la fin du siècle dernier, manifesté vêtus de leurs robes, pour améliorer l'assistance judiciaire et les honoraires des avocats assistants payés par l'État. Et ils ont eu gain de cause.

En *second lieu*, un autre mal est à souligner. Il s'agit de nos codes de procédures (civiles et administratives) qui ne prévoient pas une procédure raccourcie et diligente pour trancher les litiges mineurs. L'article 102 de la loi sur le Conseil d'État (projet de loi mis en exécution par le décret n° 10434 du 14 juin 1975 et ses amendements) a soumis les requêtes de plein contentieux dont le montant ne dépasse pas la somme de 2.000 LL à une procédure raccourcie. Mais par le fait de la dépréciation de la monnaie, ce texte est tombé, depuis longtemps, en désuétude. La réactivation de cette procédure attend l'intervention du législateur.

D'autre part, en vue de réaliser l'État de droit, le législateur constitutionnel par la loi constitutionnelle du 21 sept. 1990 a créé un Conseil constitutionnel. Selon l'art. 19 modifié de la Constitution.

→

Un Conseil constitutionnel sera institué pour contrôler la constitutionnalité des lois et statuer sur les conflits et pourvois relatifs aux élections présidentielles et parlementaires. (...). Les règles concernant l'organisation du Conseil, son fonctionnement, sa composition et sa saisine seront fixées par une loi."

En application de l'art. 19 précité fut promulguée la loi n° 250 du 14 juillet 1993 (création du Conseil constitutionnel) qui fut suivie de la loi du 7 août 2000 sur le règlement intérieur du Conseil

constitutionnel. Le fonctionnement de ce dernier et son organisation ont bientôt révélé l'étroitesse de la saisine et de sa compétence à laquelle échappent les lois promulguées avant son fonctionnement et celles postérieures qui ne feront pas l'objet d'une saisine. Cela revient à dire que la majorité écrasante de nos lois échappent au contrôle de constitutionnalité, (notre article : "Le déni de justice constitutionnel malgré l'existence du Conseil constitutionnel", *Revue ALADL* 1997, Barreau de Beyrouth, pp.42-51).

Pour rendre cette haute juridiction plus active et plus efficiente il convient de :

- lui accorder le droit de trancher les exceptions d'inconstitutionnalité soulevées par les parties ou par les tribunaux en cours d'instance.

- lui confier le droit le contrôle de constitutionnalité des lois dites "lois organiques" : lois organisant les organes de l'État : lois électorales, lois sur les tribunaux et leur organisation, lois de procédures, lois pénales ...

Son actuel président, Dr. Issam Sleiman, est convaincu de la nécessité d'en élargir la saisine en vue de le rendre plus efficient (*Annuaire du Conseil Constitutionnel*, 2013, Issam Sleiman : « Pas d'État sans magistrature constitutionnelle », pp.15-17).

- lui confier le droit d'interpréter la Constitution et tout principe d'ordre constitutionnel sur la requête de l'une des autorités suivantes en sus de dix députés : Le Chef de l'Etat, le président de la Chambre des Députés, le président du Conseil des Ministres. Cette réforme est d'autant souhaitée que notre système politique manque d'un organe d'arbitrage en cas de crise. Tout le monde connaît le coût national de l'interprétation de l'art.49 de la Constitution par le président de la Chambre des Députés. Interprétation qui a empêché l'élection d'un président de la République pendant plus de deux ans.

C. La justice au sens large du terme

Il s'agit de la justice sociale. Les gouvernants doivent œuvrer en vue de réaliser gratuitement : l'enseignement, l'hospitalisation, les services médicaux. Sans oublier la Sécurité sociale, il faut assurer des logements à prix réduits aux classes moyennes et défavorisées (une politique d'habitat). Il faut aussi œuvrer pour un développement équilibré des

régions (c'est déjà un principe d'ordre constitutionnel qui figure dans le préambule de notre Constitution – al. G).

D'autre part, la justice au sens large exige l'application de la loi sur tout le territoire de l'Etat et sur tous les habitants de ce territoire : citoyens et étrangers. Autrement dit, l'Etat doit être souverain sur son propre territoire. C'est là un principe d'ordre constitutionnel (consacré par le Préambule de la Constitution) et international, sinon il sera voué aux troubles voire à la dislocation...

3

L'éthique

Si l'on interroge le Larousse sur le sens de ce terme, il nous donne les réponses suivantes :

1. Elle concerne les principes de la morale.
2. Elle fait partie de la philosophie qui étudie les fondements de la morale.
3. C'est l'ensemble des règles de conduite.
4. Éthique médicale : ensemble des règles morales, qui s'imposent aux différentes activités des médecins.

Toute institution comme toute profession ou métier ne peuvent se passer des règles de la morale. Le respect des règles de l'éthique rend le fonctionnement de l'institution meilleur et efficace. L'éthique suppose le respect de certaines valeurs reconnues et nécessaires dans une société humaine : le respect de la personne humaine, la conscience professionnelle, le sens de l'honneur, l'honnêteté.

A. L'éthique du citoyen

Le citoyen a des droits et des obligations qu'il doit connaître et savoir exercer avec responsabilité. Ce genre d'éthique est inhérent à l'éducation (rôle de la famille, de l'école, des médias, de l'Etat).

B. L'éthique de la magistrature

Cette mission éminente a des contraintes. Elle impose au juge un comportement professionnel et social distingué par *l'esprit de réserve et l'honnêteté*. Il doit se méfier de tout acte, de tout

comportement, de toute parole qui pourraient porter atteinte à la magistrature ou la discréditer. A noter que le juge prête serment avant de commencer ses fonctions en déclarant au nom de Dieu suprême de se comporter comme un juge honnête et d'observer le secret des délibérations. Ce serment est inspiré de l'éthique.

Dans ce contexte, il y a lieu de souligner que le Ministre de la Justice (Dr Bahige Tabbara) a édicté le 14/11/2004 un arrêté créant une commission formée de quatre hauts magistrats, à savoir:

- Tanios el- Khoury, premier président de la Cour de Cassation
 - Ghaleb Ghanem, président du Conseil d'Etat
 - Philippe Kheirallah, premier président honoraire de la Cour de Cassation
 - Tarek Ziadé, président honoraire de l'Inspection judiciaire, dont la mission fut de mettre en valeur les règles de conduite des juges. La commission chargée a proposé un projet qui obtint l'approbation du Haut Conseil de la Magistrature et du Bureau du Conseil d'État. Cette Charte fut publiée par le Ministre de la Justice (le juge Adnane Addoum) en date du 25 janvier 2005. Elle comprend les règles fondamentales suivantes au nombre de huit :
1. L'indépendance
 2. L'Impartialité
 3. L'intégrité
 4. L'obligation de réserve
 5. Le courage moral
 6. La modestie
 7. La loyauté et la dignité
 8. La compétence et la diligence

A chaque règle est consacré un petit commentaire. L'Ensemble de la charte comprend 24 pages. Il y a lieu de remarquer que la commission eut le mérite de proposer les deux règles 5 et 6 qui ne figuraient pas dans les chartes qu'elle a consultées.

C. L'éthique de la profession d'avocat

L'avocat est un auxiliaire de justice. Il doit se comporter conformément à sa mission avec les juges devant lesquels il plaide et avec ses clients. Ses obligations sont déterminées par la loi (le statut des avocats) et par

les règles qui régissent le mandat. Les deux règles morales qu'il doit observer sont : le secret professionnel et la loyauté (fidélité). La préoccupation de défendre les droits de ses clients doit l'emporter sur l'esprit de lucre.

D. L'éthique des médecins

Le plus grand médecin de l'antiquité, Hippocrate (médecin grec) a établi une éthique qui est à l'origine du serment que prêtent les médecins (Serment d'Hippocrate).

La médecine portant sur la vie et la santé des hommes doit respecter certaines règles de morale que la sagesse humaine a découvertes avant la révélation des religions divines. A la tête de ces règles, soigner le malade avec conscience et honnêteté. A noter que nombre de médecins sont des experts assermentés auprès des tribunaux. A ce titre, ils sont des auxiliaires de justice.

E- L'éthique et la justice impliquent l'intégrité des agents publics

L'éthique et la justice impliquent l'intégrité de tous les agents publics. L'agent public doit être compris dans le sens large du terme, c'est à dire toute personne occupant une charge publique. Un homme intègre signifie incorruptible. La corruption étant devenue un fléau national et international, l'Etat libanais jusqu'à présent n'a pas tenté d'y remédier sérieusement malgré les lois promulguées et n'a pas encore adhéré à la Convention internationale de l'anti- corruption. Bien que la loi n° 145/1999 sur l'enrichissement illégal) semble parfaite, les seules dispositions appliquées sont celles relatives aux déclarations des fortunes. Le reste demeure lettre morte. La raison en est que certains de ces textes minés aboutissent à sa paralysie. Je m'explique:

1. Tout d'abord, les articles 8 et 17 excluent du champ d'application de cette loi les chefs de l'Etat, du Gouvernement et les ministres qui jouissent d'immunités constitutionnelles. La poursuite de l'un d'eux exigeant un vote parlementaire à la majorité de deux tiers (art. 60 et 70 de la Constitution), les hauts dirigeants continuent de jouir d'une impunité légendaire.

2. En second lieu, l'article 10 a établi une condition de forme préalable à la poursuite. La victime doit présenter un cautionnement bancaire exorbitant de 25 millions de L.L. pour que sa plainte soit reçue, de quoi intimider tout le monde. Ajoutons à cela la menace de l'article 15 qui peut conduire le plaignant de mauvaise

fortune à être condamné à verser des centaines de millions de L.L. à titre d'amende et de réparation sans parler d'emprisonnement. Somme toute, les articles 10 et 15 viennent immuniser hermétiquement tout responsable.

3. En troisième lieu, faute de plaignant et comme toute personne ayant connaissance de l'enrichissement illégal ne peut informer le procureur général ou le juge d'instruction, comment ces deux autorités juridictionnelles peuvent-elles être saisies? Cela ne semble possible que lorsque l'enrichissement est le fruit d'un crime ou d'un délit apparent.

La corruption ou l'enrichissement illégal étant souvent un mal discret et intangible, il échappe à la preuve et à la poursuite. D'où la nécessité de trouver une solution adéquate et efficace qui respecte d'une part la présomption d'innocence de l'intéressé et qui ne laisse d'autre part aucun délinquant échapper à la sanction. Cet objectif ne peut être atteint avec l'article 7 de la loi sur le secret bancaire qui laisse le fonctionnaire ou l'agent public jouir de ce privilège tant qu'il n'est pas l'objet d'une poursuite en matière de corruption.

Mais il ne suffit pas de lutter contre la corruption dans le secteur public. Il faut étendre cette lutte au secteur privé pour qu'elle soit complète. Agissant dans ce sens, le ministre d'Etat Fouad el Saad nomma le 14 janvier 2002 une commission de juristes - dont j'étais membre- chargée d'élaborer un projet de loi sur la lutte contre la corruption dans le secteur privé. Le projet qu'elle a préparé fut soumis à l'avis du ministère de la justice et discuté par une commission élargie groupant de grandes autorités juridictionnelles et administratives (le président du Conseil d'Etat, le chef du Département législatif au ministère de la justice, les présidents de la Fonction Publique et de l'Inspection Centrale). Ce projet de 56 articles dort encore en paix dans les tiroirs de la Présidence du Gouvernement, en attendant des jours meilleurs.

Notre système démocratique est gravement menacé par la corruption. Mais, la réforme anti-corruption tant espérée et attendue chez nous exige, comme toute réforme d'ailleurs, une volonté politique déterminée, qui s'avère jusqu'à présent absente. La mentalité politique régnante est corrompue et en état de métastase. Mais, on doit toujours miser- malgré les horizons très sombres- sur les hommes de bonne volonté qui œuvrent pour le relèvement du pays des Cèdres. Dans ce

contexte positif et pour sortir la loi n°15/1999 de sa paralysie et rendre la lutte contre la corruption vraiment efficace, on peut suggérer ceci:

a. Tout d'abord, il faut lever le secret bancaire concernant les

personnes soumises à cette loi et leurs parents, jusqu' au 4e degré.

b. Il y a lieu de créer une instance formée de personnalités indépendantes reconnues pour leur intégrité et soumises au secret professionnel, dont la mission sera la suivante:

- Contrôler de façon permanente l'état de la fortune de tous les agents publics et personnes visées par la loi de l'enrichissement illégal. Pour faciliter la tâche de cet organisme, il sera branché mécaniquement aux comptes bancaires des personnes soumises à son contrôle.

- Recevoir des informations de n'importe quelle personne. Elle doit les étudier. Elle demande, en cas de besoin, des explications et des justifications à la personne concernée. Si l'enrichissement n'est pas justifié ou qu'il résulte d'un crime ou d'un délit, elle doit en avvertir le procureur général de Beyrouth ou le procureur général auprès de la Cour de cassation en vue de déclencher l'action publique.

Les droits de la défense seront respectés. Les poursuites et la procédure de jugement se dérouleront dans le secret absolu. Seul sera publié le jugement définitif devenu irrévocable.

F- Y a-t-il une éthique pour les dirigeants?

Si les dirigeants politiques n'ont pas une charte d'éthique déclarée, cela ne signifie point qu'ils sont dispensés d'observer les règles de l'éthique ou de la morale politique. Parmi ces règles figurent en premier lieu : la science, la conscience, la compétence, la dignité, l'intégrité, le respect de la Constitution et des lois. Bref, ils doivent exercer leur mandat comme le fait un bon père de famille. *Le critère du bon père de famille*, admis par le droit romain, est consacré par le droit libanais dans l'article 785 du Code des obligations et des contrats sous le titre « Des obligations du mandataire ». Mais, à propos du mandat, que peut – on dire de nos parlementaires qui ont prorogé deux fois leur mandat prétextant de circonstances exceptionnelles, faisant fi de l'opinion publique et du peuple source des pouvoirs? C'est là un véritable coup d'État contre la Constitution et contre le collège électoral !! Notre Conseil constitutionnel ayant refusé d'annuler la loi n° 16/2014

prorogeant le mandat des députés dont il était saisi, on ne peut trop blâmer le peuple libanais (trop éprouvé et trahi durant les dernières décades) pour n'avoir pas réagi énergiquement contre ladite loi manifestement inconstitutionnelle. Quoiqu'il en soit le système démocratique parlementaire demeure le système de gouvernement le moins mauvais.

Pour terminer avec l'importance de la morale chez les citoyens comme chez les dirigeants et tous ceux qui exercent une fonction publique, il y a lieu de rappeler le fameux vers d'un poète arabe (que je traduis) :

« *La morale fait les nations Si elle disparaît, elles disparaîtront.* »

Culture, liberté, éthique, justice sont les fondements de tout État, de tout gouvernement. Mais les trois premières notions sont impliquées dans la justice. Pas de justice sans liberté, sans culture (l'ignorance est l'ennemi de la justice et de tout gouvernement), pas de justice sans respect de l'éthique, pas de justice sans vertu. Plutôt la justice est la mère des vertus. Et l'adage traditionnel : « *La justice est le fondement du pouvoir* » qui surplombe le portail du Palais de Justice de Beyrouth en dit long. Il doit être la maxime de vie, non seulement de nos juges et de nos gouvernants, mais aussi de tout citoyen et de tout habitant sur notre territoire.

Quelques problèmes contentieux de la nouvelle loi électorale*

Mireille Najm-Checrallah Avocat
à la Cour

La nouvelle loi électorale n°44/2017, votée le 17 juin 2017, fut accueillie par les Libanais avec un grand soulagement, après des années d'attente. Elle a le mérite d'introduire un changement majeur dans le système électoral antérieur, en adoptant pour la première fois le système de la proportionnelle, sur la base d'une liste ouverte à une seule voix préférentielle.

Toutefois, cette loi comporte un défaut majeur, en ce qu'elle est fondée sur un découpage inégal des circonscriptions électorales, ce qui favorise les formations politiques traditionnelles, et altère l'esprit même de la proportionnelle. Elle porte d'ailleurs en cela atteinte au principe constitutionnel, qualifié de fondamental par le Conseil constitutionnel, selon lequel chaque voix doit avoir la même valeur électorale dans les différentes circonscriptions¹.

* Problématique empirique et résumé de l'étude publiée dans la partie en arabe de ce volume.

¹. Ce principe fondamental est énoncé dans la décision du Conseil constitutionnel libanais n° 4/1996 du 7 août 1996:

“Considérant que la loi doit être la même pour tous les citoyens, en partant du principe selon lequel chaque vote doit avoir la même valeur électorale dans les différentes circonscriptions électorales, et cela à travers le découpage des circonscriptions,

Considérant que la sincérité du système de représentation ne porte pas seulement sur l'égalité du droit de vote, mais repose également sur le découpage des circonscriptions électorales qui garantit l'égalité dans la représentation politique (...)".

141

Mireille Najm-Checrallah

Elle prévoit en outre un seuil de représentativité assez élevé, en-deçà duquel la liste sera éliminée, ce qui rendra l'accès au Parlement particulièrement difficile pour les nouveaux mouvements politiques. La nouvelle loi a également omis de prévoir un quota de représentativité pour les femmes, qui aurait pu encourager la candidature féminine et l'entrée d'un nombre plus élevé de candidates au Parlement. Ce nouveau système de vote s'accompagne par ailleurs d'une panoplie de dispositions complexes et parfois contradictoires ou lacunaires, qui rendent non seulement sa compréhension difficile, mais donneront vraisemblablement lieu à des difficultés liées à son application lors des prochaines élections. Ces difficultés d'interprétation et d'application engendreront sans doute un riche contentieux, en premier lieu devant le Conseil d'Etat, qui est la juridiction compétente pour connaître d'un grand nombre de litiges dans la phase pré-électorale. Mais le défi majeur en la matière se présentera au Conseil constitutionnel, principal juge électoral des élections législatives, qui aura à traiter pour la première fois, sur la base de la nouvelle loi, d'un nombre de litiges que nous prévoyons bien plus élevé que celui des élections de 2009, en raison de la complexité de cette loi²⁸. Nous énumérons ci-après quelques-unes de ces difficultés que le Conseil pourrait rencontrer :

Sur le plan pratique, le Conseil constitutionnel qui est composé de dix membres ne dispose peut-être pas des ressources humaines et matérielles suffisantes pour mener rapidement les enquêtes et les recherches juridiques. En effet, pour chaque recours, deux rapporteurs sont désignés parmi ses membres pour préparer le dossier et remettre un rapport dans un délai de trois mois. Ce délai ne pourrait pas être respecté si le nombre de recours est élevé, car les rapporteurs ne disposent d'aucune assistance technique ou humaine afin de mener leur mission. Il faudra que les décisions soient rendues dans un bref délai.

²⁸ Dix-neuf recours en annulation des élections ont été soumis au Conseil constitutionnel à la suite des élections législatives du 7 juin 2009.

Tout en notant que la soumission d'un recours en invalidation d'une élection n'a pas pour effet de suspendre le mandat du député concerné.

En termes de *dépenses électorales*, le Conseil constitutionnel, ainsi que la Commission de supervision des élections, qui joue un rôle primordial dans le contrôle de la campagne électorale, buteront sur plusieurs obstacles.

Etudes 143

En premier lieu, la nouvelle loi lève le secret bancaire sur le seul compte spécial de campagne, en excluant les comptes personnels des candidats, ceux de leurs conjoint(e)s, ascendants et descendants. Ceci constitue une grave entrave à la mission de contrôle de ces deux institutions. De même, l'article 62 de la nouvelle loi reprend les dispositions de la loi précédente en excluant explicitement de la liste des dépenses prohibées, les subventions et aides si elles sont fournies par des candidats ou des institutions détenues ou gérées par des candidats de façon habituelle et régulière pendant au moins trois ans avant le début de la campagne électorale. Enfin, l'absence d'une loi sur le financement des partis politiques fait obstacle au contrôle des contributions faites par ceux-ci à leurs candidats²⁹.

- Par ailleurs, aucune période préliminaire à la période de la campagne électorale n'est prise en considération pour le calcul des dépenses électorales. Ce qui permet aux candidats de dépenser sans compter avant l'ouverture officielle de la campagne électorale, tout en notant que la date fixant le début de la campagne n'est pas précisée dans la nouvelle loi³⁰.

Concernant les irrégularités sur lesquelles se fondent les recours électoraux, le Conseil constitutionnel s'appuie principalement sur les preuves rapportées par les plaignants. Or celles-ci doivent être suffisamment sérieuses et convaincantes pour que le Conseil procède à une enquête plus approfondie dans ce sens, sous peine du rejet du recours. Toutefois, les candidats battus ne disposent pas nécessairement des moyens suffisants pour rapporter de telles preuves. Celles-ci

²⁹ . Toutes ces difficultés sont notées dans le rapport final de la Commission de supervision qui relève que la majorité des dépenses électorales durant les élections de 2009 se sont produites en dehors du cadre de son contrôle effectif.

³⁰ . C'est la date de convocation des électeurs qui sera probablement adoptée pour le début de la campagne électorale.

peuvent à titre d'exemple porter sur des achats de voix, ou des irrégularités commises dans les bureaux de vote, qui sont très difficiles à prouver. En outre, concernant les dépenses électorales, les candidats n'ont pas accès aux rapports qui sont remis régulièrement par les autres candidats à la Commission de supervision, ni aux rapports finaux de

Mireille Najm-Checrallah

ceux-ci, qui ne sont pas publiés³¹. Ils/elles ne peuvent non plus accéder aux procès-verbaux des bureaux de vote ni à ceux des Comités d'enregistrement.

Des détails techniques liés au comptage et au dépouillement des voix entraîneront nécessairement des difficultés d'interprétation. Nous donnons à titre d'exemple le calcul du *quotient électoral*, qui est obtenu en divisant le nombre de vote total par le nombre de sièges dans la grande circonscription : faut-il y inclure les votes blancs et les votes annulés (ce qui élèverait le quotient) ? Et si plusieurs listes électorales sont en-deçà du quotient, doit-on éliminer seulement la dernière en procédant de nouveau aux calculs à chaque fois, ou faut-il éliminer toutes les listes qui n'ont pas atteint le quotient d'un seul coup, et ensuite procéder de nouveau au calcul en une seule fois ? Autant de questions auxquelles le Conseil aura peut-être à répondre.

Le Conseil constitutionnel sera confronté à un choix difficile dans le cas où il décide d'annuler l'élection. En effet, celui-ci peut décider soit de réorganiser des élections pour le siège concerné dans la circonscription électorale en question, soit de déclarer vainqueur le candidat ayant obtenu le meilleur résultat suivant.

Cependant, l'adoption de la proportionnelle, avec l'obligation pour les candidats de se regrouper au sein de listes, peut avoir des effets inattendus si une élection est annulée dans une liste particulière. Il pourrait en particulier avoir des répercussions négatives sur l'élection d'autres candidats appartenant à d'autres confessions, dans des listes différentes.

Par ailleurs, le premier alinéa de l'article 43 de la loi 44/2017 dispose que « si un siège de la Chambre des Députés se trouve vacant,

³¹ . Seul le rapport final de la Commission de supervision des élections est publié, sans aucune date limite fixée par la loi. La publication peut ainsi se faire à une date ultérieure au délai de 30 jours fixé pour soumettre le recours au Conseil constitutionnel, ce qui prive les candidats battus d'avoir accès aux informations y contenues.

à la suite d'une démission, de l'invalidation de l'élection, ou de toute autre cause, des élections sont tenues dans les deux mois suivant la vacance ou la publication de la décision d'annulation du Conseil constitutionnel dans le Journal officiel ». Cela soulève la question de savoir si, en vertu de l'article 43 de la loi n° 44/2017, le Conseil constitutionnel est tenu de décider la reprise des élections pour le siège vacant à la suite de sa décision d'annulation. Ou bien pourrait-il

Etudes 145

outrepasser l'article 43, en vertu de sa pleine juridiction en matière de contentieux parlementaire, en ajustant sa décision suivant la spécificité de chaque cas ?

Nous notons également des lacunes pour la résolution de certains litiges électoraux, pour lesquels les deux instances compétentes, en l'occurrence le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel, se sont déclarés tous deux incompétents pour en connaître. Cette compétence négative joue en particulier dans le cas de recours contre la déclaration d'un candidat élu d'office (*tazkia*).

De même, la loi électorale ne prévoit pas de recours contre la décision d'approbation par le ministère de l'Intérieur de la candidature des individus ou des listes³². Toutefois, concernant ce dernier point, le Conseil constitutionnel s'est déclaré compétent pour connaître des conditions d'éligibilité des candidats, et ceci par voie d'exception, à l'occasion d'un recours en annulation d'une élection. Il pourrait étendre cette solution au contrôle des critères d'éligibilité des listes, et se déclarer compétent pour en connaître.

Enfin, il convient de noter que l'écart des voix est un critère primordial dans l'appréciation de la validité de l'élection. Ainsi, le Conseil constitutionnel prend en compte l'écart important entre les voix obtenues par le candidat battu et son adversaire, de sorte qu'il n'annule l'élection de ce dernier qu'en cas de présence d'irrégularités graves, répétées et intentionnelles. Dans le cas contraire, il rejette le recours en considérant que l'annulation pourrait aboutir à altérer la volonté populaire qui s'est clairement exprimée dans le sens de l'élection du candidat dont l'élection est contestée.

³² Seuls les recours contre la décision de refus d'une candidature individuelle, ou celle du refus d'inscription d'une liste, sont prévus respectivement aux articles 44 et 54 de la loi 44/2017.

60 Years German Basic Law

**The German Constitution and its Court
Review with Focus on Article 4 on Freedom of
Faith, Conscience and Creed**

Documentary Note

*Lili Roggenhofer*³³

Established via parliamentary council consisting of 65 representatives of Western German states in 1949, the German constitution responded to the failure of the Weimar Constitution and the authoritarianism of Nazi rule in terms of stronger government apparatus and emphasis on human rights.¹ The German constitution consists of 146 articles that lay out the basic rights of German citizens, and the structure and role of the government organs.³⁴³⁵

Given the significant worldwide interest in German constitutional theory and jurisprudence, the purpose of this article is to explore the book “60 Years German Basic Law: The German Constitution and its Court” by Bröhmer, Hill and Spitzkatz to reflect on its representation of major constitutional decisions by the Federal Constitutional Court.

The authors of this book, Bröhmer, Hill, and Spitzkatz are three German judges with various positions at international universities and at the Konrad-Adenauer-Stiftung in Asia. Hence they contribute legal expertise, particularly in the areas of constitutional law, rule of law and

³³ Doctorante stagiaire au Conseil constitutionnel en 2017. ¹

[“Die Entstehung des Grundgesetzes.” Der Weg, 9 June. 2017.](#)

³⁴ Kaufmann Sabine, Ziegler Wiebke. “Das Grundgesetz.” Planet Wissen, 9 June.

³⁵ .

public international law to their investigation of the German constitution. Beginning with a translation of the German Constitution, the investigation goes on to discuss relevant cases for Article 1 to

147

Article 19 of the Basic Rights section of the constitution. These explorations are used to emphasise the role of German Basic Law as a theoretical and practical protector of fundamental rights. With the role of safeguarding the constitution, the Federal Constitutional Court must strike a balance between individual rights and the interests of the society as a whole. Thus they illustrate how the constitutional court played a fundamental role in turning the Basic Law from a technical instrument into an identity-shaping national document. To provide a detailed and focused synthesis, this analysis will focus on the role the constitution attaches to religion.

1

Religion in the German Constitution

As a document stating the basic human rights of German citizens, the Constitution outlines their rights to “freedom of faith, conscience, and creed”. Although details in the relationship between state and religious communities are governed via the “Law of Church and State”, the Basic Law remains highly relevant to the freedom and limits of religion in German society.³⁶ Article 4 and Article 140 of the Basic Law discuss the religious and philosophical rights of individuals specifically and are partially supplemented by the Articles 12, 19, and 33 of the Basic Law.

Article 4 [Freedom of Faith, Conscience, and Creed]

(1) Freedom of faith, of conscience, and freedom to profess a religious or philosophical creed, shall be inviolable. (2) The undisturbed practice of religion shall be guaranteed.

³⁶ “Religionsverfassungsrecht.” Bundesministerium des Innern, 9 June. 2017.

(3) No person shall be compelled against his own conscience to render military service involving the use of arms. Details shall be regulated by a federal law.³⁷

First and foremost Article 4 of the Basic Law outlines the right of citizens to freedom of religion or philosophical creed and conversely the duty of the state to guarantee this freedom for citizens.

This balance of right and duty, illustrated via the role of religion in the relationship between individuals and the state or society, can be analyzed in terms of two areas: first the scope of religious freedom and freedom of conscience and second the conflict between religion and the state as illustrated by the example of schools.

In their section on religion, Bröhmer, Hill, and Spitzkatz thus proceed to discuss freedom of religion via these two different areas, and through six different cases.

1. The Scope of Religious Freedom and Freedom of Conscience

- a) the “Lumber Room” case
- b) the case of “Conscientious Objection II”
- c) the “Halal” case

2. The relations between religion and the state

- a) the “school Prayer” case
- b) the “Classroom crucifix” case
- c) the “Head Scarf Ban” case

Hence, this investigation will proceed by summarising the relevant issue from each case, focusing on aspects such as: the religious freedom of associations, the positive and negative freedom of individual in cases of religious freedom, and the neutrality of the state.

2

The Scope of Religious Freedom as Defined in the Basic Laws of the German Constitution

³⁷ Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 2

As outlined above, the German constitution sets out the scope and limits of religious freedom in Article 4 in terms of making this freedom inviolable, by guaranteeing the undisturbed practice of religion, and by renouncing the enforcement of military service involving arms.³⁸ It is important to note that religious freedom is not only guaranteed to individuals, but also to associations, with their rights being provided for in Article 140. The following three sections will elaborate on the relevance of Article 4 to the scope of religious freedom in German society.

The “Lumber Room” Case: Freedom of Religion and Conscience for Associations

The scope of religious freedom as outlined in German Basic Law can be discussed from a multilevel perspective. It must be regarded in terms of the nature of the subject, and in terms of the permissible actions of that subject. The “Lumber Room” case illustrates the conflict between religious and business areas of jurisdiction and thus highlights the importance of defining how religious freedom applies to different subjects as well as to different actions. A commercial collector of rags and old clothes appealed against the similar activities of the Catholic Rural Youth Movement of Germany in 1965 on the grounds that it was violating fair trade standards. This was dealt with by the Regional Court, which ruled the case from a commercial perspective, claiming that the activities of the association were activities of fair commercial competition and thus permissible.³⁹ Bröhmer, Hill, and Spitzkatz argue that there are further dimensions to this case and discuss the question of religious freedom of the catholic youth association in terms of its nature as a group as well as the intentions of its actions.

The fundamental rights as outlined in Article 4.1 and 4.2 apply not only to individuals, but also to churches and religious groups, and even to associations that have “set themselves the goal of cultivating, not completely but only partially, a religious life or a life based on other beliefs”.⁴⁰ It signifies that the Catholic youth association, which was not

³⁸ Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 2

³⁹ Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 259

⁴⁰ Article 4.1 states that “Freedom of faith of conscience, and freedom to profess a religious or philosophical creed, shall be inviolable” and Article 4.2 states that “The

organisationally, but only institutionally linked to the Catholic Church, can be afforded the right to the undisturbed practice of religion as its goals are of an ecclesiastical nature.⁴¹ The announcements about rag collection and ensuing collections also fall under the practice of religion protected by Article 4.2. The Federal Constitutional Court sees the pursuit of charitable collections as a part of the identity of this association and argues that this is fundamental to affording its protection under Article 4.2.⁴² An additional point is raised by the authors in their discussion of publicity from the pulpit. They suggest that such activities point to a major question: Does such an association have the right to instigate announcements for the collection of rags directly from the religious pulpit?⁴³ The Federal Constitutional Court argued that the Regional court should have recognised the “special nature” of competition between both groups and should have ruled the case as a competition between a businessman and a “competitor acting within the scope of the practice of religion”.⁴⁴ Thus it was concluded that the complainant was protected by Article 4 of the basic law and was thus not violating the freedom of action of any other group.⁴⁵

The twofold structure of this case raises important implications regarding the definition of religious freedom, its limits, and how it comes into question when confronted with other areas of jurisdiction such as business. Mainly, the investigation of this case shows how Article 4 can protect the scope of religious freedom for associations, for example in the commercial realm.

The “Conscientious Objection II” Case: The Existence and Protection of the State in Relationship to Freedom of Conscience

The case of conscientious objection is interesting in terms of the relative importance it attaches to the freedom of conscience versus that which it attaches to the protection of the state. The explicit guarantee in Article 4.3 of the right to refuse military service accords precedence to

undisturbed practice of religion shall be guaranteed.”, see Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 2

⁴¹ Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 261

⁴² Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 263 - 264

⁴³ Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 263

⁴⁴ Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 264

⁴⁵ Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 265

protection of the free exercise of conscience on the part of the individual in situations in which the state makes special demands on citizens. Hence, the right of conscientious objection represents a bar to the enforcement of the constitutionally grounded obligation to contribute to the armed defence of the country and as a result to the maintenance of the state. Bröhmer, Hill, and Spitzkatz seemed to recognise this problem for the state, but argued that “only such individuals subject to military service are recognised as conscientious objectors that can with sufficient certainty be assumed to meet the conditions of Article 4.3 sentence 1” and that it can therefore be assumed that “only those who have actually made a decision of conscience against military service involving the use of arms will accept civilian service”.⁴⁶ However, this makes the assumption that said individuals will meet the conditions of Article 4.3 sentence 2. Ultimately, the tension between freedom of conscience and the need to protect the state seems unresolved. Article 4.3, and the case of conscientious objection clear outline two important points regarding the role of religion in the German Basic Law. In this section, the authors demonstrated how the existence of the state can be partially undermined through a wide interpretation of the freedom of conscience.

The “Halal” Case: Reconciliation of the Freedoms of Two Interest Groups

The case concerning the production and sale of Halal meat in Germany is an especially pertinent example of the conflict between two interest groups and how these interests are protected via different laws. The Muslim practice of slaughtering animals without prior stunning, by severing certain major blood vessels to kill the animals by letting blood drain out of their neck, stands in opposition to animal welfare legislation in Germany. In 1986 animal welfare legislation provided for the prohibition of slaughtering without prior stunning but maintained exceptions were permitted where “compulsory” religious rules required the ritual slaughtering.⁴⁷

The Federal Constitutional Court criticised this “solution” and suggested that the contradiction could only be solved via “practical concordance” where the broadest possible scope of rights for both groups is sought. As a result the aggregate sum of the two balanced

⁴⁶ Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 271

⁴⁷ Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 276

rights must be larger than what could be achieved if one right were given absolute prevalence. They pointed out that giving “the absolute prevalence to animal welfare could not achieve that goal”.⁴⁸ Thus Bröhmer, Hill, and Spitzkatz compare the relative salience of the arguments on both sides. They claimed that the purpose of the Animal Protection Act is to protect the life and well-being of animals out of responsibility for animals as humankind’s fellow creatures, which is based on ethical principles and appeals to broad sections of the population.⁴⁹ At the same time the ban on Halal meat would also weigh on Muslims, as butchers would have to import their meat, thus foregoing their activity as slaughterers and resulting in uncertainty about the nature of the meat, and customers might need to renounce the consumption of meat.⁵⁰ In short the Federal Constitutional Court criticised the decisions of the administrative courts, arguing that they misjudged the possibility of constitutional interpretation of s. 4a.2 no. 2, part 2 of the Animal Protection Act. Even with their provisions for exceptions, the administrative courts disproportionately restricted the fundamental rights of Muslim butchers and their customers.

In fact, the question of religious freedom relative to animal welfare must be examined in accordance with Article 2.1 as well as Articles 4.1 and 4.2.⁵¹ The constitutional court thus demanded a widening of the interpretation of the relevant norm so that Muslim butchers could be granted exceptional circumstances if a definite norm issued by the respective religious group existed and if this norm was regarded as mandatory in the conception that the group had of itself. Ultimately, the Halal case of 1986 led to an adaptation of interpretations of the Basic Law which helped ease the tension between religious norms and animal welfare.

3

⁴⁸ Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 277

⁴⁹ . Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 281-282

⁵⁰ . Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 282-283

⁵¹ . Article 2.1 states that “Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order of the moral law.” Articles 4.2 and 4.1 state that “Freedom of faith and of conscience, and freedom to profess a religious or philosophical creed, shall be inviolable.” and “The undisturbed practice of religion shall be guaranteed”.

The Role of Neutrality of the State with Respect to Freedom of Religion and Freedom of Conscience

Bröhmer, Hill, and Spitzkatz emphasise the relevance of a neutral state when they posited that “ The state, in which adherents of different or even opposing religious and philosophical convictions live together, can guarantee peaceful coexistence only if it itself maintains neutrality in questions of belief.”⁵² The topic of state neutrality plays an important role in the Basic Law and in the resolution of cases relating to Article 4. However, it also poses problems to the positive freedom of religious citizens, to the state’s strong belief of its basis in western Christian culture, and to the religious freedom of civil servants. The authors explore the importance of state neutrality in relation to freedom of religion and conscience throughout the second chapter in their section on Article 4.

The “School Prayer” Case: Reconciliation of Positive and Negative Freedom of Different Groups in Shared Governmental Institutions Such As Schools

The issue of communal school prayer raises challenges to the positive and negative freedom of pupils as well as teachers. Whilst school prayer is not in violation of the positive freedom of religion of those who want to pray as a manifestation of their belief, it could be “problematic in the light of negative freedom of religion of those students (and potentially teachers) who do not want to pray.”⁵³ School prayer is only one example for such an issue, but it exemplifies, at a basic level, the tension that religion can cause between positive freedom of one group against negative freedom of another.

Bröhmer, Hill, and Spitzkatz underscored that in terms of the contention between positive and negative freedoms, the fundamental right to negative freedom to profess a belief is not violated if a pupil may choose freely and without coercion as to whether or not to participate in prayer.⁵⁴ Hence the Federal Constitutional Court suggested that the conflict between these two rights was to be eased by permitting voluntary participation. They also considered the possibility of such a

⁵² . Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 305

⁵³ . Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 287

⁵⁴ . Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 287

dissident student becoming an outsider, but concluded that this is an unlikely and avoidable scenario if teachers promote the educational goals of respect and tolerance.⁵⁵

To the question about allowing religious references in interdenominational state schools, the Federal Constitutional Court offered the argument that the introduction of Christian references in organising state schools is not absolutely forbidden. It argued that Christian elements into the secular environment of schools is legitimate due to Christianity being recognised as a formative cultural and educational factor. Whilst it is the state's role to remain neutral in questions of religion, the introduction of Christian references is not perceived as an obstruction to this goal. Christianity is seen to be part of the development of Western history and culture and thus a continuation of its historical circumstances.⁵⁶ The Federal Constitutional Court did not see Christian references in state institutions, such as schools, as a challenge to state neutrality because of the state's western roots.⁵⁷

Permitting pupils to choose whether or not to participate in school prayer allows the Federal Constitutional Court to deal with the issue of conflicting positive and negative freedom in schools. However, it does not adequately address the question of religious references in interdenominational schools, and thus leaves open the question of state neutrality. This analysis of the School Prayer case seems to contradict itself in that it underlines the importance of state neutrality in terms of participation in school prayer, but then conversely argues for the existence of Christian references as a part of Western history and culture. At the heart of the arguments of the Federal Constitutional Court lies the assumption that Christian religious references are a fundamental part of Western culture and education and thus are in line with state neutrality. This is contentious and an argument that needs further examination and analysis.

The “Classroom Crucifix” Case: Challenges to State Neutrality

⁵⁵ . Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 297-298

⁵⁶ . Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 291

⁵⁷ . Article 7.1 of the Basic law posits “The entire school system shall be under the supervision of the state.”

This case covers similar ground to that covered in the previous cases, however it still yields useful insights to the notion of state neutrality. Article 13.1 sentence 3 of the school regulations for Elementary School in Bavaria states that a cross or crucifix shall be affixed in every classroom. Yet, this act is contradictory to two aspects of Basic Law: that the state and its institutions, thus also schools, should be neutral and, that, as stated in Article 4.1, freedom of conscience and religion are inviolable.⁵⁸ The complaint in 1991 by parents whose children attended a state school in Bavaria raised the question of the relevance of school crucifixes and was referred to the administrative court. These parents argued that their children were being subconsciously influenced in a Christian direction as a result of the affixation of these crucifixes in classrooms. Whilst the administrative court denied the appeal, the Federal Constitutional Court in retrospect argued that this decision infringed on various rights of the complainant. This denial by the administrative court was an infringement of Article 19.4 of the Basis Law, which gives citizens the right to have recourse to courts if they feel the public authority is violating their rights.⁵⁹ In addition to this, the affixation of crucifixes was an infringement of the fundamental rights of the complainant under Articles 4.1 and 6.2 sentence 1.⁶⁰ The freedom of religion in Article 4 guarantees the positive right to participation in acts of worship prescribed by a certain faith, but thus also conversely implies the freedom to stay away from acts of worship not shared (negative right).²⁸ In fact, with affixation of crucifixes in schools, students were forced to “learn under the cross”.⁶¹ Furthermore, Article 4 is not only relevant to the freedom of individuals, but also to the role of the state in remaining neutral. It is relevant at this point that Article 4 confers upon the state the duty to guarantee room for individuals to operate and develop in their religious or philosophical area of choice and also to protect them from obstruction by adherents of other

⁵⁸ . Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 301

⁵⁹ . Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 303-304; Article 19.4 states that “Should any person’s rights be violated by the public authority, he may have recourse to the courts. If no other jurisdiction has been established, recourse shall be to the ordinary courts. The second sentence of paragraph (2) of Article 10 shall not be affected by the paragraph.”

⁶⁰ . Article 6.2 states that “The care and upbringing of children is the natural right of parents and a duty primarily incumbent upon them. The state shall watch over them in the performance of this duty.” ²⁸ Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 304

⁶¹ . Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 306

religious tendencies or competing religious groups.⁶² This duty is further underlined in Articles 33.1, 33.3 and 140 of the Basic Law, which bar the legal establishment of religion and forbid the privileging of particular confessions and the exclusion of those of other beliefs.⁶³ The crucifix is clearly a religious symbol and also has a significant impact on pupils that have not yet formed religious views. Hence, the affixation of crucifixes in school seems to go against the mandate of the state to remain neutral.

Others have claimed that due to the German state's educational mandate, it has authority to lay down education objectives. Dissenting Judges Seidl, Sollner, and Haas argued that this case must be viewed in light of the Constitution of the free state of Bavaria of 1946 and must thus take into account Article 135 which states that "pupils shall be taught and brought up in accordance with the principles of the Christian confessions", the details of which are to be specified by the Elementary Schools act.⁶⁴ Finally, they added that as a sign of the Western history and culture of Germany the crucifix is justified as a decisive cultural and educational factor.⁶⁵ Hence the dissenting judges did not consider the affixation of a crucifix as an impediment to the neutrality of schools as state institutions and accordingly to the freedom of religion and conscience of individuals.

The affixation of crucifixes and the light it sheds on the relevance of state neutrality and Article 4 of the Basic Law has strong implications for the accepted view on the upbringing of children. This case poses questions about the way in which the education of children is divided between parents and state and how much influence the state should have in terms of religion and religious pluralism.

The "Head Scarf Ban" Case: Civil Servants and Freedom of Religion

At the center of the headscarf debate, which the authors engage with in the last case of this section, is the question of state neutrality and its relevance to citizens and civil servants. Whilst it seems evident, as discussed above, that the neutrality of the state helps ensure the religious

⁶² . Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 305

⁶³ . Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 305

⁶⁴ . Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 311-312, see Article 7.1 of the Basic Law which states that has an educational mandate, see Article 13.1 of the Elementary Schools act for relevance to this particular case.

⁶⁵ . Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 311-312

freedom of citizens, the relationship between the state's neutrality and that of its representatives (i.e. civil servants) remains to be discussed. The case of a teacher with Muslim and Afghani background in Baden-Württemberg outlines the role that state neutrality plays for civil servants and also supports the conclusion of the Federal Constitutional Court that "social change, which is associated with increasing religious plurality, may be the occasion for the legislature to redefine the admissible degree of religious reference permitted at school."⁶⁶ In this particular case the teacher, who was not permitted to wear a headscarf in her role as teacher appealed to the Stuttgart Higher School Authority where her appeal was rejected on the basis that it was an expression of cultural differentiation.

Bröhmer, Hill, and Spitzkatz argued that the decision of the Stuttgart Higher Education Authority violated Article 33.2 which grants every German equal access to every public office and Article 33.3 which provides that admission to public office is independent of religious belief.⁶⁷ In addition, Article 4.1 of the Basic Law protects individuals who choose to wear a headscarf.

Clearly, a teacher is protected by the Basic Law if they choose to wear a headscarf at school, yet it is interesting to investigate the impact that this has on the neutrality of the state. Although the head scarf does open up the possibility of conflict in this regard, the Constitutional court claims that these are only "abstract dangers" and that the headscarf is not an obvious religious symbol as it only becomes one when it is connected to the person wearing it and their behaviour.⁶⁸ Thus, the conclusion can be drawn that, by letting a teacher wear a headscarf, the school, an extension of the state, is not making a specific religious statement. Nonetheless, the impact on students, of the teacher wearing a headscarf may still be strong as a teacher is in close contact with their pupils. The Federal Constitutional Court still concluded that the decision of the Stuttgart Higher School Authority infringed on the legal position and rights of the complainant.⁶⁹⁷⁰

A counter argument to the decision of the Federal Constitutional Court was that of dissenting judges Jentsch, Di Fabio and Mellinghoff. They based their argument on the nature of the teacher as a civil servant.

⁶⁶ . Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 318

⁶⁷ . Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 322

⁶⁸ . Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 326

⁶⁹ . specifically in terms of Articles 4 and 33, see Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p.

⁷⁰

In becoming a civil servant the teacher can no longer rely on the effect of the fundamental rights to guarantee freedom in the same way as a citizen who is not directly part of the state organization.⁷¹ They claim that civil servants must “loyally identify with themselves the constitutional state in important fundamental questions and when observing their official duties, because the state is represented by its civil service and is identified with the physical civil servant.”⁷² In short, the fundamental personal liberty of a civil servant is only guaranteed to the extent that it is compatible with the laws inherent in the state’s relationship with civil servants. This is summarized in the point that “The fundamental openness and tolerance in society may not be transferred to the state’s internal relationships.”⁷³

The implications of this case for civil society are interesting in that they highlight the question of the nature of the state. This case clearly demonstrates how the state and its neutrality are seen to extend into its institutions, particularly schools, and its civil servants, in this case teachers. It raises interesting questions regarding the scope of religious freedom for these civil servants and how far the state can actually guarantee freedom of religion.

*** In “60 Years German Basic Law: The German Constitution and its Court”, Bröhmer, Hill, and Spitzkatz offer an extensive discussion of the entire Basic Rights section of the German Constitution. They achieve a high level of analysis by looking at specific cases and how these were ruled by administrative courts, only to have their judgements adjusted later on by the Federal Constitutional Court. In some cases, the authors add further depth by discussing counter arguments in the form of the dissenting opinion of judges. The purpose of this article has been to highlight the aspects of the book that relate to the religious laws, specifically Article 4. Each relevant case discussed by the authors has thus been summarized and some basic implications drawn out from it.

The analyses in the book yield interesting insight on several issues. The first case on the “Lumber Room” judgment opens up the debate to the question of what constitutes the “subject” in article 4. It

⁷¹ Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 333

⁷² Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p.335

⁷³ Bröhmer, Hill, Spitzkatz, 2012, p. 345

discusses how a subject can be an individual, a group with religious views or an association with non-religious yet conscience-driven views.

The case of conscientious objection shows how securing the state militarily can potentially infringe on the freedom of religion and freedom of conscience. Conflicting interests and freedoms of individuals or groups are also demonstrated in all cases as freedom of religion is shown to conflict with commercial activity, military protection of the state, and animal welfare. Further, the cases regarding religious freedom in schools (i.e. school prayer, affixation of crucifixes) illustrate how the positive freedom of one, might be compromised by the negative freedom of another in terms of religion. Finally, the neutrality of the state, its institutions, and its servants is problematized. The analysis offered in this section pushes one to consider the extent to which state neutrality exists and can be legally supported as well as its relevance for freedom of religion and conscience.

On the whole, the authors of this extensive volume on the German constitution provide a reader with case-specific background for each of the three sub-points to Article 4 of the Basic Law. Their deep and detailed explanations help understand all the tensions and implications implicit in these basic legal points concerning freedom of religion and conscience and how they can exist in society.

→

Bibliography

Bröhmer J., Hill C., Spitzkatz M., *60 Years German Basic law: The German Constitution and its Court*. The Malaysian Current Law Journal Sdn Bhd, 2012, Selangor Darul Ehsan, Malaysia

[“Die Entstehung des Grundgesetzes.” Der Weg, 9 June. 2017, https://www.derweg.org/deutschland/geschichte/grundgesetz/](https://www.derweg.org/deutschland/geschichte/grundgesetz/)

Kaufmann Sabine, Ziegler Wiebke. “Das Grundgesetz.” Planet Wissen, 9 June. 2017, http://www.planet-wissen.de/geschichte/menschenrechte/geschichte_der_verfassung_in_deutschland/pwiedasgrundgesetz100.html

“Religionsverfassungsrecht.” Bundesministerium des Innern, 9 June.

2017, http://www.bmi.bund.de/DE/Themen/Gesellschaft-Verfassung/Staat-Religion/Religionsverfassungsrecht/religionsverfassungsrecht_node.html

أحكام المحكمة الدستورية الفيدرالية-الألمانية: الحقوق والحريات الأساسية، ترجمة
د. احمد السوداني، الجزء 2، مؤسسة كون ارد اديناور، طبع في المغرب، 2017، 500
ص (متوفر في مكتبة المجلس الدستوري، لبنان).

Quatrième partie

Informations et activités 2017

*Repères***Le Conseil constitutionnel:
Création, amendements et membres
1993-2017**

1. *Création* : Le Conseil constitutionnel a été créé en vertu de l'article 19 de la Constitution et de la loi 250 du 14/7/1993, dont l'art. 2 dispose que le Conseil est composé de dix membres : cinq désignés par le Parlement à la majorité absolue, et cinq désignés par le Conseil des ministres à la majorité des deux tiers des membres du Gouvernement.

2. *Membres* : En vertu de l'art. 3 de la loi 250/1993 du 14/7/1993, les membres du Conseil sont choisis parmi les anciens magistrats ou ceux en fonction et qui ont exercé la magistrature judiciaire ou administrative durant vingt ans au moins, ou parmi les professeurs de l'enseignement supérieur qui ont enseigné une matière dans la discipline juridique durant vingt ans au moins avec le grade actuel de professeur, ou parmi les avocats qui ont exercé la profession durant vingt ans au moins.

3. *Durée du mandat* : L'art. 4 de la loi précitée fixe la durée du mandat des membres à six ans non renouvelables. Elle stipule qu'à titre exceptionnel, le mandat de la moitié des membres du premier Conseil prend fin après trois ans par tirage au sort et que les cinq membres remplaçants sont désignés pour six ans par l'instance qui a choisi les membres titulaires.

L'article 4 précité a été amendé par la loi no 242 du 22/10/2012 (*Journal officiel*, no 45, 25/10/2012) supprimant le tirage au sort.

4. *Amendement* : L'art. 3 de la loi 250/1993 est amendé par la loi 305 du 21/3/1994, en y ajoutant un alinéa considérant que, pour les magistrats judiciaires et administratifs habilités à être membres du

165

Conseil, l'exercice antérieur de la profession d'avocat est pris en compte.

5. *Membres du 1^{er} Conseil* : Les dix membres du premier Conseil, désignés le 23/12/1993, sont MM. : **Adib Allam, Salim Azar, Pierre Gannagé, Khaled Kabbani, Antoine Khair, Wajdi Mallat, Muhammad Majzoub, Jawad Osseirane, Kamel Raydan, Michel Turkieh.**

Les membres, après la prestation du serment devant le Chef de l'Etat, en vertu de l'art. 5 de la loi 250/1993, ont élu, en vertu des Statuts intérieurs du Conseil, MM. : **Wajdi Mallat, président**; Muhammad Majzoub, vice-président ; Kamel Raydan et Adib Allam, respectivement secrétaire et membre du Bureau.

6. *Démission* : Le 2/4/1997 le président du Conseil, M. Wajdi Mallat, présente sa démission en tant que président et membre.

Le 21/5/1997, le Conseil, réuni sous la présidence de son viceprésident, procède à un tirage au sort pour quatre membres, suite à la démission du président, tirage qui porte sur les membres MM. : Salim Azar, Pierre Gannagé, Muhammad Majzoub, Jawad Osseirane.

Cinq autres membres sont désignés en remplacement du président démissionnaire et des quatre membres touchés par le tirage au sort, MM. : **Mustapha al-Aouji, Hussein Hamdane, Salim Jreissati, Fawzi Abou Mrad, Amine Nassar.**

Le Conseil, réuni dans sa nouvelle composition, élit MM. : **Amine Nassar, président** ; Mustapha Aouji, vice-président ; Kamel Raydan et Adib Allam, membres du Bureau.

7. *Amendement des conditions de la qualité de membre* : La loi no 250/1993 a subi plusieurs amendements concernant la qualité de membre, notamment par les lois 305 du 21/3/1994, 150 du 30/10/1999, 650 du 4/2/2005, du 9/6/2006 en conformité avec l'art. 57 de la Constitution, et 43 du 3/11/2008.

En vertu du nouvel art. 3 de la loi 43 du 3/11/2008, les dix membres du Conseil sont choisis parmi les personnes suivantes :

- les magistrats honoraires qui ont exercé la magistrature judiciaire, administrative ou financière durant 25 ans au moins ;

Informations 167

- les professeurs de l'enseignement supérieur qui ont enseigné une matière dans les disciplines du Droit, des Sciences politiques ou administratives durant 25 ans au moins ;

- les avocats qui ont exercé la profession d'avocat durant 25 ans au moins, à condition que l'âge du membre ne soit pas inférieur à 50 ans et ne dépasse pas 74 ans.

8. Continuité : Le Conseil était composé avant la loi 43/2008 de MM : **Amine Nassar, président ; Mustapha Aouji, vice-président ; Fawzi Abou Mrad, Emile Bejjani, Hussein Hamdane, Salim Jreissati, Mustapha Mansour, Afif al- Mukaddem, Gabriel Siriani, Sami Younes.**

En 2003 expire le mandat de cinq membres, MM. : Amine Nassar, président ; Mustapha Aouji, vice-président ; Fawzi Abou Mrad, Hussein Hamdane et Salim Jreissati, sans que de nouveaux membres remplaçants ne soient désignés. Il en découle qu'ils ont continué à exercer leur mandat, **en vertu de l'art. 4 de la loi 243 sur les Statuts intérieurs**, puis ont suspendu leurs activités le 8/8/2005.

En 2006 expire le mandat des autres membres élus et désignés en 2000, à savoir MM : Emile Bejjani, Moustapha Mansour, Afif alMukaddem, Gabriel Siriani, Sami Younes.

Suite à la défection dans la désignation d'un nouveau Conseil, les anciens membres ont continué à assurer les activités du Conseil, sans qu'ils ne tranchent les recours cumulés en invalidation en raison du défaut de quorum.

9. Composition actuelle depuis le 5/6/2009 : Le 18/12/2008, en application de la loi 43/2008, le Parlement élit cinq membres du Conseil, MM : **Zaghloul Attiyah, Antoine Khair, Antoine Messarra, Ahmad Takkieddine, Tarek Ziadé.**

Le 26/5/2009, le gouvernement désigne les cinq autres membres : **MM. Souheil Abd el-Samad, Assaad Diab, Salah Moukheiber, Issam Sleiman, Toufic Soubra**. Le décret de nomination no 2105 est publié le 30/5/2009.

Les dix nouveaux membres, qui prêtent le serment devant le Chef de l'Etat le **5/6/2009**, tiennent le même jour leur première séance, au siège du Conseil, sous la présidence du doyen d'âge, M. Tarek Ziadé, et élisent MM. **Issam Suleiman, président** ; Tarek Ziadé, viceprésident ; Assaad Diab, secrétaire ; et Souheil Abdel Samad, membre du Bureau.

A la suite du décès du membre et secrétaire, Assaad Diab, un décret no 3749 du 13/4/2010 est publié désignant **M. Mohamad Bassam Mortada**, ancien magistrat, pour la durée restante du mandat. Le Conseil avait préalablement élu M. Ahmed Takieddine, en tant que secrétaire en remplacement d'Assaad Diab.

Background Details

The Constitutional Council: Creation, Amendments and Membership 1993-2017

1. *Creation:* the Constitutional Council was created in virtue of the Constitution (art. 19) and the law no 250 dated 14 July 1993, which article 2 specifies that the council shall comprise ten members; five shall be appointed by absolute majority vote in Parliament and five designated by the two- third majority of the cabinet.

2. *Eligibility Requirements:* According to Article 3 of the law no 250/ 1993 dated 14 July 1993 the members of the Constitutional Council are made up of former magistrates or judges still holding office for at least twenty years, of eminent university professor in specialized legal discipline for at least twenty years, or of lawyers that practiced for over twenty years.

3. *Term of office:* The article 4 of the law cited above stipulates that the term is fixed for six years with no opportunity for re-election. It states, only exceptionally, after three years, half of the members of the first council, chosen by lottery, were required to leave and replaced by five new.

Article 4 was amended by the law no 242 dated 22 October 2012 (*Official Bulletin*, no 45, 25 October 2012).

4. *Amendments:* Article 3 of the law number 250/1993 was amended by the law no 305 dated 21 March 1994, adding a paragraph considering that, as for the administrative and judicial magistrates

authorized to be members of the Council, the former practice of the profession of lawyer shall be taken into account.

169

5. *Members of the 1st Council:* the ten members of the first council were: **Mr. Adib Allam, Mr. Salim Azar, Mr. Pierre Gannageh, Mr. Khaled Kabbani, Mr. Antoine Kheir, Mr. Wajdi Mallat, Mr. Muhammad Majzoub, Mr. Jawad Osseirane, Mr. Kamel Raydan, and Mr. Michel Turkieh.** After taking an oath before the President of the Republic pursuant to the article 5 of the law 250/ 1993, members elected, under the act 516 related to the internal statutes of the council, **Mr. Wajdi Mallat, president**, Mr. Muhammad Majzoub, vice-president, Mr. Kamal Raydan and Mr. Adib Allam, respectively members of the bureau and secretary.

6. *Resignation:* On April 4, 1997, Mr. Wajdi Mallat resigned as president and member of the council. On May 21, 1997, the council chaired by its vice-president conducted a random draw that aimed at replacing the four following members: Mr. Salim Azar, Mr. Pierre Gannageh, Mr. Muhammad Majzoub, and Mr. Jawad Osseirane.

Five others were appointed to replace the president and the four members who lost their posts in the draw: **Mr. Mustapha Al Aouji, Mr. Hussein Hamdane, Mr. Salim Jreissati, Mr. Fawzi Abou Mrad, and Mr. Amine Nassar.**

At its first meeting, the council elected **Mr. Amine Nassar for president**, Mr. Mustapha Aouji, Vice-President, Mr. Kamal Raydan and Mr. Adib Allam, members of the bureau.

7. *Amendment of the conditions of membership:* the law n° 250/ 1993 witnessed number of amendments, such as the laws n° 305 dated 21 March 1994, n° 150 dated 30 October 1999, n° 650 of 4 February 2005 and of 9 June 2006 in accordance with the article 57 of the constitution, and n° 43 of 3 November 2008.

According to the new article 3 of the law n° 43 of 3 November 2008, the ten members of the council are chosen among the following persons:

- Honorary judges who held office in the judicial, administrative, or financial court for at least 25 years.
- Academics who taught law, political science, or administration for at least 25 years.
- Lawyers who practiced their profession for at least 25 years, their age shall be between 50 and 74 years.

Informations 171

8. *Continuity:* Former to the law n° 43/2008, the constitutional council was composed of **Mr. Amine Nassar, president, Mr. Mustafa Aouji, vice-president, Mr. Fawzi Abou Mrad, Mr. Emile Bejjani, Mr. Hussein Hamdane, Mr. Salim Jreissati, Mr. Mustapha Mansour, Mr. Afif Mukaddem, Mr. Gabriel Siriani, and Mr. Sami Younes.**

In 2003 the term of office of five constitutional members expired: Mr. Amine Nassar, president, Mustafa Aouji, vice-president, Fawzi Abou Mrad, Hussein Hamdane, and Salim Jreissati.

In 2006 the term of the remaining members elected and appointed in 2000 expired, namely Mr. Emile Bejjani, Mr. Hussein Hamdane, **Mr. Mustapha Mansour, Mr. Afif Mukaddem, Mr. Gabriel Siriani, and Mr. Sami Younes.**

The failure to elect a new council led to allow the judges to continue to serve after their term of office has ended, without adjudicating on cumulative recourses filed for invalidity unable to reach a quorum.

9. *Recent composition:* the 18th of December 2008, according to the law 43/2008, the Parliament elected five members of the council: **Mr. Zaghloul Atiyah, Mr. Antoine Khair, Mr. Antoine Messarra, Mr. Ahmed Takkieddine, and Mr. Tarek Ziadé.**

The 26th of May 2009, the cabinet appointed five others: **Mr. Souheil Abdel Samad, Mr. Assaad Diab, Mr. Salah Moukheiber, Mr. Issam Sleiman, and Mr. Toufic Soubra.**

The ten new members that took an oath before the president the 5th of June 2009 and held the same day the first session presided over by the eldest, Mr. Tarek Ziadé, sat to elect their **president, Mr. Issam Suleiman**, Mr. Tarek Ziadé, vice- president, Mr. Assaad Diab, Secretary, and Mr. Souheil Abdel Samad, member of the bureau. Following the death of Mr. Assaad Diab, member and secretary, the

decree n° 3749 dated 13 April 2010 was published appointing **Mr. Mohamad Bassam Mortada**, former judge, to serve the remainder of the term. The council previously elected Mr. Ahmed Takieddine, as secretary to replace Mr. Assaad Diab.

*Justice constitutionnelle***Bibliothèque spécialisée du Conseil constitutionnel**

La Bibliothèque du Conseil constitutionnel, spécialisée en matière de justice constitutionnelle, est régulièrement alimentée et mise à jour par des collections et travaux récents sur la jurisprudence constitutionnelle libanaise, arabe et internationale.

Des rapports continus avec la plupart des juridictions constitutionnelles dans le monde et la consultation documentaire des publications les plus récentes permettent l'enrichissement constant des acquisitions.

La Bibliothèque du Conseil constitutionnel, par sa spécialisation même, constitue une source référentielle nécessaire et utile, pour les membres certes du Conseil constitutionnel, mais aussi pour les chercheurs et les étudiants intéressés par le bloc de constitutionnalité. Ce bloc ne se limite pas à l'organisation des pouvoirs étatiques, mais porte sur l'ensemble de la législation dans sa conformité ou incompatibilité avec les dispositions constitutionnelles, les principes constitutionnels et les valeurs matricielles de la Loi fondamentale et dont la supraconstitutionnalité est légitime et reconnue.

La Bibliothèque spécialisée du Conseil est ouverte aux chercheurs, sous condition d'une autorisation préalable et sans prêt externe. Un développement du site internet du Conseil a été assuré en coopération avec le Programme des Nations Unies pour le Développement au Liban-UNDP en vue de la consultation des titres disponibles.

La Bibliothèque est gérée par Mme Rita Saadé Aouad.

Décisions du Conseil constitutionnel 1994-2016
--

A l'occasion des vingt ans de la création du Conseil constitutionnel, le recueil des décisions du Conseil, de 1994 à 2016, vient de paraître en traduction française (2 vol., 2017, 430 et 624 p).

Le Recueil en langue arabe en deux volumes des décisions depuis 1994 avait paru en 2016. Les décisions étaient auparavant éparpillées dans le *Journal officiel*, dans des recueils de législation, et dans les publications du Conseil constitutionnel.

Le recueil comporte deux volumes : 1. Les décisions relatives à la constitutionnalité des lois. 2. Les décisions relatives au contentieux électoral.

Le Recueil est préparé et édité en coopération avec le Projet de soutien aux élections libanaises du Programme des Nations Unies pour le Développement – PNUD, projet financé par l'Union Européenne et le Ministère britannique des Affaires étrangères et du Commonwealth. Le président du Conseil constitutionnel, Issam Sleiman, écrit dans la Préface : « Nous nous sommes engagés, depuis la prise en charge de nos fonctions au Conseil constitutionnel, à combler les lacunes jurisprudentielles dues au nombre réduit des recours, en élaborant des études doctrinales constitutionnelles qui paraissent dans l'*Annuaire* du Conseil que nous publions périodiquement à la fin de chaque année. Le recueil des décisions constitue aussi une étape importante dans la diffusion de la culture de la justice constitutionnelle, la rationalisation des opérations électorales et le développement de l'expérience démocratique du Liban. »

Les recueils en 2 volumes, en arabe et en français, sont disponibles au siège du Conseil constitutionnel, en écrivant au Conseil : conscont@cyberia.net.lb / et, à partir de février 2018, sur le site du Conseil : ccliban.org

Me Mireille Najm-Checrallah a assuré la révision de la traduction des décisions de l'arabe, l'extraction des principes les plus importants et l'établissement de l'index thématique. Hanane Nassar a assuré la traduction d'un certain nombre de décisions qui n'avaient pas été antérieurement traduites de l'arabe au français. Le travail a été effectué sous la supervision du Président du Conseil constitutionnel, Issam Sleiman, et du membre du Conseil, Antoine Messarra.

La coordination et le suivi ont été assurés par Guilnard Asmar et l'équipe du Projet d'assistance aux élections libanaises du PNUD, avec le concours de la secrétaire du Conseil constitutionnel, Ghada Tabbara, et de Rita Saadé Aouad,

Charles Bou Khair et Mustapha Jnoun. La finalisation typographique a été exécutée par Grace Maasri Abou Khalil.

La traduction française a été effectuée dans le souci constant de concilier rigueur et lisibilité, sans pour autant perdre de vue le sens et l'esprit du texte d'origine.

Une juriste bilingue spécialisée en droit constitutionnel a été chargée de l'harmonisation du lexique juridique adopté dans les différentes traductions, ainsi que de la révision a posteriori. La traduction littérale d'un mot ou d'une expression de l'arabe vers le français peut parfois donner lieu à des approximations. Il a fallu également s'adapter aux différents styles employés par les compositions du Conseil constitutionnel qui se sont succédé depuis 1994.

Chaque décision est introduite par un chapeau comprenant trois parties :

1. Le dispositif de la décision ;
2. Les articles de la Constitution et des Conventions internationales sur lesquels se fonde la décision, ainsi que des lois relatives à la création du Conseil constitutionnel et à son Règlement intérieur ;
3. Les idées principales dans chaque décision et qui sont extraites des motifs. L'index thématiques permet à l'utilisateur de se repérer selon le thème recherché.

Conseil constitutionnel, *Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, 1994-2014*, 2 vol., en coopération avec le Projet de soutien aux élections du Programme des Nations Unies pour le Développement - UNDP, 2015.

A l'occasion des vingt ans de la création du Conseil constitutionnel, le Conseil a publié un Recueil en deux volumes des décisions (1994-2014) avec un index thématique, et cela en coopération avec le Projet de soutien aux élections du Programme des Nations Unies pour le Développement – UNDP et le financement de l'Union européenne et du ministère britannique des Affaires étrangères.

Le premier volume porte sur les décisions relatives à la constitutionnalité des lois (no 1-38). Le deuxième porte sur les contestations relatives aux élections législatives (no 1-52).

Le président du Conseil constitutionnel, Issam Sleiman, souligne dans l'introduction : « Les décisions du Conseil constitutionnel en vingt ans dépassent la centaine, en vertu desquelles des lois ont été invalidées, ainsi que des résultats d'élections législatives.

« Ces décisions confirment, entre autres normes, la portée du Préambule de la Constitution, partie intégrante de la loi fondamentale. Les décisions relatives à la constitutionnalité des lois ont explicité des normes constitutionnelles. Celles relatives aux contestations électorales ont notamment relevé des lacunes dans la législation électorale et le déroulement du scrutin.

« Depuis la prise en charge du Conseil actuel de ses fonctions en 2009, nous avons œuvré à combler la vacuité jurisprudentielle en élaborant des études contenues dans les *Annuaire*s du Conseil, publiés à la fin de chaque année.

« L'initiative du Programme des Nations Unies pour le Développement s'inscrit dans une perspective dont l'utilité est multiple. »

La méthodologie adoptée a consisté à relever, à partir des considérants des décisions, les mots clés et les principes. Les résultats de la décision, les articles sur lesquels se fonde la décision, et les normes fondamentales figurent dans trois cases au début de chaque décision. Les décisions avaient paru, en leur temps, au *Journal officiel* et dans les publications du Conseil, vol. 1 à 8.

La collecte des décisions pour les années 1994-2014, avec le relevé des mots clés, a été effectuée par *Rabih Kays*, avocat. L'établissement de l'index thématique a été effectué par *Mireille Najm Chekrallah*, avocate. Les deux recueils sont publiés sous la direction du Président du Conseil, *Issam Sleiman*, et du membre du Conseil, *Antoine Messarra*. La coordination a été assurée par l'équipe du Projet de soutien aux élections du Programme des Nations Unies pour le Développement – UNDP, avec l'aide du secrétariat du Conseil, *Ghada Tabbara*, *Charles Bou Khair* et *Mustapha Jannoun*, et l'exécution de l'editing final par *Grace Maasri* et *Denise Dagher*.

Le Conseil constitutionnel libanais dans la loi et la jurisprudence, par Paul Morcos et Mireille Najm Chucrallah, Projet de soutien électoral du Programme des Nations Unies pour le Développement en coopération avec le Conseil constitutionnel, Beyrouth, 2015, 140 p. (en arabe).

Le livre-guide, publié dans le cadre du Projet de soutien électoral du Programme des Nations Unies pour le Développement en coopération avec le Conseil constitutionnel, constitue une référence et un repère sur les conditions de saisine, les jurisprudences et les normes dégagées durant les années 1994-2014.

Le livre est élaboré par Paul Morcos (1^{re} Partie : Le cadre juridique du Conseil constitutionnel) et Mireille Najm Chekrallah (2^e Partie : Le Conseil constitutionnel à travers ses jurisprudences).

Le président du Conseil, Issam Sleiman, souligne dans l'introduction : « Il est nécessaire de faire connaître aux citoyens et à la société civile, outre aux juristes et aux hommes politiques, l'institution relativement récente du Conseil constitutionnel, surtout que cette institution implique des spécificités qui la distinguent des autres instances de l'Etat, y compris le Parlement et l'institution judiciaire. Ces spécificités portent notamment sur la composition du Conseil et la nature du travail sur la constitutionnalité des lois et la validité des élections. Le Programme des Nations Unies pour le Développement, dans le cadre de son Projet de développement de la démocratie par les élections, a pris l'initiative d'éditer le guide. »

La 1^{re} Partie, élaborée par Paul Morcos, comporte un exposé de la loi qui régit le Conseil, les procédures et des tableaux explicatifs.

Dans la 2^e Partie, élaborée par Mireille Najm Chekrallah, sous le titre : « Le Conseil constitutionnel à travers ses jurisprudences », l'auteure écrit : « Le Conseil a consacré dans ses jurisprudences en vingt ans, en tant que garant de la constitutionnalité des lois et de la régularité des élections, un ensemble de normes. Des jalons ressortent de cette jurisprudence, ainsi que des tableaux explicatifs sur les notions de sincérité du scrutin, régularité des élections et égalité des citoyens devant la loi. »

Déjà paru, à l'occasion des vingt ans de la création du Conseil, un recueil en deux volumes des décisions du Conseil, de 1994 à 2014, dans le cadre du Projet de soutien électoral du Programme des Nations Unies pour le Développement et en coopération avec le Conseil constitutionnel. Le livre-guide est disponible au siège du Conseil et sur le site du Conseil en cours de réaménagement et de développement.

