

La démocratie par le droit constitutionnel

André Cabanis

Professeur à l'Université

Toulouse 1 Capitole

Deux arguments sont traditionnellement opposés à la proposition selon laquelle le droit constitutionnel pourrait jouer un rôle décisif dans l'installation et la consolidation de la démocratie. Le premier consiste à soutenir qu'aucun obstacle juridique ne saurait, en cas de crise majeure, protéger efficacement les libertés publiques et les droits de la représentation nationale. Cette analyse serait fondée sur le constat que, lorsque nécessité fait loi, aucun rempart de papier ne sera en mesure d'empêcher les rapports de force de s'imposer sur le terrain politique. Dans l'histoire, d'innombrables coups d'Etat et pronunciamientos le prouvent.

Pour s'en tenir à un épisode récent et à un pays voisin de l'Algérie, en témoigne le mode de remplacement du gouvernement malien il y a quelques jours : arrêté par les militaires le lundi 10 décembre au soir, le premier ministre Modibo Diarra annonce sa démission à la télévision le mardi 11 au matin. L'efficacité de la procédure en rachète, d'un certain point de vue et aux yeux de certains, le caractère expéditif. En tous cas, les mécanismes instaurés par la constitution de 1992 sont nettement mis de côté.

Un second argument tend à dévaloriser les textes constitutionnels en les banalisant. Même si nous n'y souscrivons pas, nous pouvons évoquer les arguments utilisés : la démonstration est fondée sur la volonté de débusquer des influences étrangères, de présenter les constitutions, surtout celles des pays en développement,

comme marqué par un phénomène de mimétisme pour employer un terme volontairement dévalorisant.

Parmi les modèles les plus fréquemment dénoncés figurerait le texte français de 1958, avec cet équilibre semi-présidentiel qu'il est censé avoir délibérément instauré. Il est vrai qu'un certain nombre de formules, présentes dans la plupart des constitutions du monde, ont clairement une origine étrangère : ainsi la référence au « gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple » a été inventée par le président des Etats-Unis, Abraham Lincoln ; la dénonciation de « l'exploitation de l'homme par l'homme » est empruntée au marxisme ; la protection de la propriété par l'obligation, en cas d'expropriation, d'une « indemnité préalable, juste et équitable » est extraite de la déclaration française de 1789... De nombreux mécanismes sont nés en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis. Certains croient pouvoir se fonder sur ce constat pour dénigrer les lois fondamentales de leur pays.

Nous ne partageons pas ce double réquisitoire. Il ne faut évidemment pas surestimer les attentes des peuples à l'égard de leur constitution. Ils savent bien qu'ils ne peuvent en exiger qu'elle leur garantisse leur bonheur individuel. Nous constatons tous et nous déplorons l'apparition d'un certain désenchantement, au sein des opinions publiques, par rapport aux grandes espérances liées à la transition démocratique du début des années 1990 : la montée de l'abstentionnisme électoral en est l'une des manifestations les plus évidentes.

En même temps, il faut souligner l'importance du débat constitutionnel. La presse se fait abondamment l'écho des intentions de la classe politique en matière de révision constitutionnelle, ne fût-ce que pour autoriser le renouvellement du mandat présidentiel. Puisque j'ai fait allusion au Mali à propos des transgressions possible

La démocratie par le droit constitutionnel

de la constitution, je peux évoquer ici le Bénin, si fier d'avoir une constitution inchangée depuis 1990 et dont les murs de la capitale ont été, à plusieurs reprises, recouverts d'immenses affiches installés par l'opposition : « touche pas à ma constitution ». Il y a un contraste cruel entre l'intérêt que suscitent les révisions constitutionnelles dans les pays en développement, portant sur des points parfois très techniques, et l'indifférence qui a accompagné la récente et très importante révision constitutionnelle dont la France a été le théâtre en 2008.

De même, il ne faut pas exagérer les influences étrangères dans chaque loi fondamentale nationale. Pour ce qui est de la constitution française de 1958, un constat fait justice des accusations proférées par certains qui croient pouvoir dénoncer une volonté de jouer un rôle de modèle, surtout auprès de ses homologues d'Afrique subsaharienne : à l'encontre de cette thèse, il vaut de noter que nombre de réformes adoptées au cours de ces quinze dernières années ont conduit à introduire en France des règles qui existaient déjà ailleurs : ainsi en va-t-il notamment du mandat présidentiel réduit à cinq ans, de l'introduction de la défense de l'environnement comme principe fondamental, de la reconnaissance des langues locales, de la question prioritaire de constitutionnalité... Le fait que le soi-disant modèle reprenne des normes étrangères ne doit pas conduire à proposer de substituer un mimétisme à un autre mais plutôt à constater l'existence d'une communauté de constitutionnalistes au niveau international, dont les analyses, les innovations, les propositions sont régulièrement introduites dans des textes nouveaux ou rénovés, selon des rythmes qu'il appartient à chaque pays de définir, en toute souveraineté.

Au surplus, le fait de reprendre dans la constitution française des articles appliqués depuis plus de dix ans ailleurs, n'induit évidemment pas l'existence de régimes identiques sur les deux rives de la

Méditerranée. Qu'il suffise d'indiquer que c'est en Mauritanie que l'influence de la constitution de 1958 est la plus importante, repris parfois jusqu'à donner l'impression d'une forme de copier-coller. L'on conviendra que cela ne suffit par pour que l'on puisse considérer que les pratiques politiques sont identiques à Paris et à Nouakchott.

Dans chaque pays, le constituant s'efforce de répondre aux aspirations et d'intégrer les valeurs caractéristiques du pays. Pour ce qui est de l'Algérie –exemple que nul ici ne contestera- le préambule est sans ambiguïté : le peuple algérien présente sa constitution comme l'œuvre de son génie propre, le reflet de ses aspirations, le fruit de sa détermination et le produit de mutations sociales profondes. Surtout, ce qui fait l'une des originalités du texte de 1996, dans la ligne de ses prédécesseurs, tient à la volonté de se poser lui-même en modèle et en source d'inspiration pour les peuples décolonisés et désireux d'affirmer leur pleine souveraineté.

Cette ambition algérienne prend sa source dans la conviction d'avoir conduit sa guerre de libération avec plus de détermination et de courage qu'aucune autre nation. Elle s'exprime dans la place que tiennent, depuis plus d'un demi siècle, les délégations venues d'Alger au sein des conférences internationales qui réunissent des représentants de ce que l'on présente d'abord comme le tiers monde, par opposition aux deux blocs. Cette ambition s'est également nourrie du désir de faire partager un certain nombre d'analyses quant aux voies d'un développement fondé sur la collectivisation de l'agriculture et sur l'affirmation des grandes industries structurantes.

Même si ce dernier aspect a perdu de son caractère convainquant, la version de 1996 continue à marquer de l'attachement à ce rôle de modèle et d'inspirateur. Il est constaté dès le préambule avec deux paragraphes révélateurs. Le premier affirme la confiance du peuple algérien dans « ses capacités à œuvrer pleinement au progrès

La démocratie par le droit constitutionnel

culturel, social et économique du monde d'aujourd'hui ou de demain ». Le second indique que le pays « s'honore du rayonnement de sa Révolution du 1^{er} novembre et du respect que le pays a su acquérir et conserver en raison de son engagement pour toutes les causes justes dans le monde ».

Ces principes sont précisés et complétés, dans le corps même du texte, par l'article 27 qui indique dans quel esprit le pays conduit sa politique internationale : solidarité avec tous les peuples qui luttent pour leur libération politique et économique, pour le droit à l'autodétermination et contre toute discrimination raciale. Cet engagement à venir en aide aux peuples qui combattent pour leur indépendance figurait déjà dans la constitution de 1963, à laquelle on peut se référer ici, même si elle n'a été appliquée que de façon éphémère. Elle démontre en tout cas, l'ancienneté et la force de cette volonté de jouer un rôle d'inspirateur.

C'est dans cette perspective que nous proposons quelques éléments de réflexion sur le rôle que le droit constitutionnel peut jouer dans l'installation et la consolidation de la démocratie. Nous souhaitons conduire cette analyse dans une perspective comparative, en portant notamment notre attention sur les constitutions des pays voisins de l'Algérie que ce soit au Maghreb et en Afrique subsaharienne francophone, même si l'on peut discuter du caractère plus ou moins représentatif de cet échantillon.

Il n'est bien sûr pas question pour nous de prétendre porter un jugement global sur les lois fondamentales de quelque pays que ce soit : chaque nation se dote des institutions qu'il juge les plus adaptées et elle est la mieux placée pour en décider. En revanche, il nous a paru intéressant d'une part de présenter les principes, les institutions et les mécanismes présents dans la plupart de ces textes, d'autre part à l'inverse d'en débusquer les éléments originaux et spécifiques, dans

une triple perspective : celle de l'affirmation de l'Etat de droit (I), celle de la consécration du pouvoir judiciaire (II) et celle de la montée en puissance du contrôle de constitutionnalité (III).

I – L’Affirmation de l’Etat de Droit

Il n'est presque aucune constitution qui ne fasse référence, sous une forme ou sous une autre, au respect de l'Etat de droit, ce qui n'implique pas que tout le monde en ait bien perçu la portée. Ainsi, au début des années 1990, le chef de l'Etat togolais expliquait qu'un pays qui respectait l'Etat de droit était un pays où tout le monde s'entendait, définition à la fois étroite d'un point de vue juridique et ambitieuse sur le plan politique.

De même, la Tunisie de Ben Ali avait émis des coupures de cinq dinars où l'Etat de droit figurait aux côtés de la démocratie et des libertés publiques, ce qui laissait un peu perplexe ceux qui utilisaient ces billets. En fait, il s'agit d'une vieille notion héritée du début du XX^e siècle qui connaît, depuis une vingtaine d'années, une résurrection un peu inattendue. Au-delà des conceptions de son fondateur, Kelsen, et des variantes qu'ont tenté de lui apporter les juristes français, Duguit et Hauriou, nous savons bien qu'il s'agit, en somme et tout simplement, d'imposer à la puissance publique l'obligation de se soumettre aux règles qu'elle a elle-même promulguées ou dont elle a hérité sans les modifier.

Il est de même bien connu qu'avec les analyses marxistes, cette reconnaissance du droit comme d'une valeur en soi a fait, durant quelques dizaines d'années, place à l'affirmation que le droit doit être au service de la révolution et du socialisme et qu'il faut savoir s'en libérer lorsqu'il y fait obstacle, notamment par une protection trop sourcilleuse des droits individuels.

La démocratie par le droit constitutionnel

La conception que chaque époque se fait de sa constitution, y compris en Algérie, reflète ces évolutions. Après le texte de 1963, un peu hâtif à la fois dans son élaboration et dans son application, l'évolution de la définition de la loi fondamentale algérienne est révélatrice d'un changement d'état d'esprit. Dans le préambule de 1976, la constitution est encore présentée comme un élément pour la réalisation d'une grande œuvre : « l'engagement définitif dans le socialisme ».

C'est en 1989 qu'apparaît la formule actuelle qui conduit à la définir par sa place dans l'ordre juridique, c'est-à-dire au sommet de l'ensemble des normes nationales : « La constitution est au-dessus de tous, elle est la loi fondamentale qui garantit les droits et libertés individuels et collectifs ». C'est également alors qu'apparaît la référence à la « primauté du droit ». Cette dernière terminologie rompt avec la formule généralement usitée dans les constitutions des pays de succession coloniale française et rappelle plutôt l'expression « rule of law » que préfèrent les Anglo-saxons mais dont la signification n'est, au fond, guère différente. On n'attachera donc pas trop d'importance à cette formulation sauf à constater qu'il n'est que deux autres Etats de tradition plus ou moins francophone à l'utiliser. Il s'agit de la Mauritanie avec une terminologie dont nous reparlerons plus loin, ainsi que de la Guinée Conakry, dont on sait les rapports particulièrement difficiles qu'elle entretint un temps avec l'ancien colonisateur.

Ailleurs le respect de l'Etat de droit est généralement associé à ce qui constitue l'une des préoccupations importantes du pays, telle la défense de la nation comme au Niger, en RDA et au Tchad, telle la démocratie pluraliste comme au Burundi et au Mali, tel le partage du pouvoir entre l'Union et les îles qui la composent comme aux Comores. Il n'est jusqu'aux Etats qui se sont ostensiblement réclamés

La démocratie par le droit constitutionnel

du marxisme qui y sacrifient désormais, ainsi du Burkina Faso et du Bénin. L'Etat de droit rapproche des pays aux destins très différents. Ce sont Madagascar et le Sénégal qui donnent les définitions les plus détaillées et convaincantes. Pour le premier, il s'agit d'un Etat « en vertu duquel les gouvernants et les gouvernés sont soumis aux mêmes normes juridiques, sous le contrôle d'une justice indépendante ». Pour le second, c'est un Etat « dans lequel l'Etat et les citoyens sont soumis aux mêmes normes juridiques sous le contrôle d'une justice indépendante et impartiale ».

Le mouvement en faveur de l'affirmation du respect de l'Etat de droit paraît irrésistible. Il est vrai que les organisations internationales exercent une forte pression sur les gouvernements, sur un ton qui ne laisse pas de choquer du point de vue du respect des souverainetés nationales et qui peut parfois se révéler contre productif. En même temps, il s'établit une forme de disjonction entre démocratie et Etat de droit alors que ces deux systèmes de valeurs devraient se conforter mutuellement.

Faute de pouvoir conditionner leur aide au bon fonctionnement de la démocratie chez les demandeurs d'aide financière et parce que l'on sait qu'en ce domaine la perfection n'existe pas, les bailleurs de fonds –Banque mondiale et FMI en tête- tendent à subordonner leur générosité au respect de l'Etat de droit. Ils exigent des Etats demandeurs qu'au minimum ils appliquent les règles qu'ils se sont données.

Des classements sont établis situant en tête des gouvernements les plus loyaux dans la mise en œuvre de leur réglementation économique, sociale, fiscale... ce qui permet de déterminer les mieux placés pour bénéficier des investissements étrangers. Nul n'échappe durablement à cette pression. Dans la plus récente édition du livre que nous avons consacré aux constitutions de l'Afrique francophone,

remontant à 2010, nous notions que quatre pays seulement osaient ne pas parler d'Etat de droit dans leur constitution : il s'agissait du Cameroun, de la Côte d'Ivoire, du Maroc et de la Tunisie. Un an plus tard, la nouvelle loi fondamentale dont s'est doté de royaume chérifien y fait référence dès sa première ligne. Il est trop tôt pour anticiper sur le texte dont va se doter la Tunisie mais l'on peut prévoir qu'il fera une place au respect du droit. Sans doute en ira-t-il de même, tôt ou tard, en Côte d'Ivoire...

Malgré cette évolution apparemment irrésistible, l'avenir n'est pas parfaitement clair. Nous avons déjà évoqué la constitution mauritanienne qui utilise l'expression suprématie de la loi mais surtout qui annonce une tendance sur les conséquences desquelles il convient de s'interroger. Le préambule de la loi fondamentale contient une phrase soigneusement balancée dont le début se veut rassurant, dont la deuxième partie ouvre des perspectives correspondant à des revendications qui inquiètent certains, enfin se concluant sur une note optimiste. Le début est donc rassurant : « la liberté, l'égalité et la dignité de l'homme ne peuvent être assurées que dans une société qui consacre la primauté du droit ». La deuxième partie est ambiguë : « soucieux de créer les conditions d'une évolution sociale harmonieuse respectueuse des préceptes de l'islam, seule source de droit ». La conclusion est optimiste : « et ouverte aux exigences du monde moderne ». On conviendra qu'un Etat de droit fondé sur la charia constitue une perspective auxquelles ne songeaient pas les inventeurs de cette notion il y a un siècle.

II – La Consécration du Pouvoir Judiciaire

Toutes les constitutions étudiées ici utilisent l'expression de pouvoir judiciaire, traditionnelle depuis L'esprit des lois de Montesquieu. Le terme ne s'est pas imposé aisément dans la mesure où nombre de théoriciens et de personnalités politiques avaient de la

peine à accepter que des juges, considérés comme des fonctionnaires parmi d'autres, prétendent s'ériger en pouvoir rival d'un chef d'Etat, de députés ou de sénateurs issus du suffrage universel. La constitution française dans sa version de 1958 conservée jusqu'à nos jours continue à parler d'autorité judiciaire, ce qui se veut évidemment dévalorisant. La constitution algérienne de 1963 intitule sobrement « la justice » les quatre petits articles consacrés à ce sujet. En 1976, le titre devient « De la fonction judiciaire ».

C'est seulement en 1989 qu'apparaît le terme de « pouvoir judiciaire ». Si l'on recherche les autres éléments d'évolution, l'on remarquera que le juge de 1963 est présenté comme soumis « à la loi et aux intérêts de la Révolution socialiste », cette dernière mention renvoyant évidemment aux concepts en honneur à l'époque et subordonnant l'application du droit aux projets de transformation radicale de la société. En 1976, le juge n'est plus soumis qu'à la loi mais un autre article indique que « la justice concourt à la défense des acquis de la Révolution », mention qui disparaît en 1989.

Si le terme de pouvoir judiciaire s'est désormais imposé un peu partout, le Maroc étant le dernier pays à s'y rallier en 2011, on retrouve une certaine diversité avec l'affirmation de l'indépendance de la magistrature et de l'inamovibilité de ses membres. Pour ce qui est de l'indépendance, les constitutions se répartissent entre celles qui la proclament en quelque sorte erga omnes, sans désigner d'adversaires précis, et celles qui la présentent comme spécialement opposable à l'exécutif et au législatif, l'Algérie ayant fait le choix de la première formulation mais ayant curieusement jugé nécessaire d'ajouter, et c'est, sur ce point, la principale adjonction de la constitution de 1996 par rapport à celle de 1989, que le pouvoir judiciaire « s'exerce dans le cadre de la loi », ce qui est peut-être dirigé contre une éventuelle tentation de gouvernement des juges. La spécificité algérienne est

encore plus nette par l'absence du principe d'inamovibilité qui figure dans à peu près toutes les autres constitutions de l'échantillon. Il n'y a que l'Algérie, la Mauritanie et jusqu'à ces dernières années la Tunisie à préférer expliquer que le juge est protégé contre « toute forme de pressions, interventions ou manœuvres de nature à nuire à l'accomplissement de sa mission ou au respect de son libre arbitre ». Même si cette dernière formule rassure, l'absence de l'inamovibilité dans la loi fondamentale algérienne est source de réflexion.

En fait, chacun sait qu'au-delà des proclamations sur l'indépendance des juges, tout dépend des conditions dans lesquels se déroule leur carrière, et notamment des possibilités de pression que peuvent exercer en ces domaines les groupes politiques au pouvoir. Ici, la composition et les compétences du Conseil supérieur de la magistrature sont décisives. Il faut reconnaître qu'il n'est guère de constitutions qui donnent, sur ces questions, les précisions que l'on pourrait souhaiter puisqu'il est à peu près toujours renvoyé à une loi organique et c'est bien ce que prévoit l'article 157 algérien à propos de la composition, du fonctionnement et des « autres attributions » du Conseil. Le seul élément précis, c'est, comme partout, que le chef de l'Etat préside le Conseil.

La constitution algérienne comporte cependant trois spécificités que l'on ne trouve généralement pas ailleurs. La première tient à une absence que l'on peut dire heureuse : la plupart des lois fondamentales, y compris le texte français, présentent le président de la République comme « garant de l'indépendance de la magistrature ». J'ai eu l'occasion d'écrire ailleurs qu'il était singulier de confier cette indépendance à celui qui était le plus susceptible d'y porter atteinte. Il faut se féliciter que le constituant algérien n'ait pas cru devoir se livrer à cette petite manifestation d'hypocrisie. Une deuxième spécificité tient à ce qu'il est précisé que c'est le premier président de la Cour

La démocratie par le droit constitutionnel

suprême qui préside lorsqu'il est question du statut de la magistrature et de la discipline des magistrats, ce qui peut constituer une protection en leur faveur. Ailleurs, il est souvent prévu que c'est le ministre de la Justice qui remplace le chef de l'Etat.

Enfin, troisième spécificité : en matière de nominations, de mutations et de déroulement de la carrière des magistrats, le Conseil a un pouvoir de décision alors qu'ailleurs, il est souvent évoqué seulement le droit de donner un avis. Ces précisions contrastent heureusement avec la constitution algérienne de 1976 qui accordait la vice-présidence au premier ministre, qui ne concédait au Conseil que le droit de donner son avis et qui renvoyait à une loi pour tout le reste.

Parmi les autres éléments qui figurent dans ce chapitre de la constitution algérienne consacré au pouvoir judiciaire, trois se retrouvent dans de nombreuses constitutions mais méritent cependant de retenir l'attention. Le premier concerne la référence à l'existence d'un Conseil d'Etat présenté comme l'organe régulateur des juridictions administratives. Ces dernières constituent une spécificité française que certains considèrent dans mon pays comme un héritage du passé dont il est difficile de se débarrasser mais qui complique l'organisation et le fonctionnement du système juridictionnel. L'on se bornera à constater que les trois pays centraux du Maghreb ne connaissaient pas, au lendemain de leur accès à l'indépendance, de juridictions administratives et qu'ils s'en sont librement dotés ces dernières années.

En deuxième lieu, ce chapitre institue une Haute Cour destinée à juger des actes de haute trahison du chef de l'Etat et des crimes et délits du chef du gouvernement. Une telle institution se retrouve dans quasi toutes les constitutions et elle n'est jamais utilisée. On songe à la formule de Churchill soutenant qu'il y a deux choses inutiles dans le monde : la vésicule biliaire et chambre des lords. Peut-être pourrait-on

y ajouter les Hautes cours dans le monde. Il est bien d'autres manières de se débarrasser d'un chef de l'Etat devenu gênant, tel la démission forcée, l'arrestation, le coup d'Etat, voire l'assassinat...

Enfin, en troisième lieu, ce chapitre témoigne d'une évolution qui consiste en la prise en compte des intérêts du justiciables. Cette tendance prend des formes diverses selon les constitutions. Pour ce qui est de l'Algérie, elle cumule défense des libertés (art. 139), égalité et accessibilité pour tous (art. 140), légalité du droit pénal (art. 142), protection contre tout abus ou toute déviation du juge (art. 150), garantie du droit de la défense (art. 152), etc. C'est sans doute l'une des innovations les plus heureuses apparues ces dernières années dans les lois fondamentales, un peu partout dans le monde.

III – La Montée en Puissance du Contrôle de Constitutionnalité

On s'est si bien habitué, en ce début du XXI^e siècle, à la place notable des Cours ou des Conseils constitutionnels, que l'on a peine à imaginer les obstacles qu'il a fallu surmonter pour que ces institutions se voient reconnaître le droit de jouer le rôle qui leur est actuellement reconnu. Pour ce qui est de la France, l'institution mise en place par la constitution de 1958 était implicitement cantonnée dans un rôle de contrôle du respect par le Parlement du domaine qui lui avait été affecté. Cette fonction correspondait au souci de limiter le pouvoir législatif en l'empêchant de se mêler des questions de gouvernement et en le réduisant à une compétence d'attribution strictement entendue.

Le Conseil constitutionnel devait être le chien de garde placé au service de l'exécutif et chargé de sanctionner les assemblées chaque fois qu'elles envisageraient de sortir de leur champ d'action. Il faudra attendre près de quinze ans, en 1971, pour que les choses évoluent. Deux considérations y contribuent. Il s'agit d'une part de l'apaisement relatif du débat politique qui rend alors la majorité au pouvoir moins sourcilleuse, d'autre part d'une volonté d'affirmation du Conseil liée

La démocratie par le droit constitutionnel

notamment au mécontentement de certains de ses membres à l'encontre de l'exécutif pour des raisons personnelles. Tout ceci aboutit à l'annulation d'une loi limitant la liberté d'association au nom du respect des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». C'est la décision La Cause du peuple qui marque ce revirement de jurisprudence.

Elle a eu le chance de rencontrer l'adhésion rarement réunie des juristes qui y ont vu un mode efficace de contrôle du respect de la constitution largement entendue, de l'opposition qui entendait s'en servir pour contester des textes législatifs dont elle n'avait pas pu empêcher le vote, d'une partie notable de l'opinion publique qui espérait une meilleure protection des libertés publiques, et même des partis au pouvoir qui se méfiaient d'un système trop verrouillé ne faisant pas une place suffisante à une contestation dont on avait vu en 1968 qu'elle pouvait prendre d'autres voies.

La volonté du Conseil constitutionnel français de s'affirmer comme une autorité à part entière rejoint alors le souci de la classe politique de concéder une certaine place à des institutions indépendantes, ce qui se traduit notamment par la réforme de 1974 qui permet à un nombre limité de députés ou de sénateurs de déclencher la procédure de contrôle. Même le gouvernement y trouve son compte puisqu'il est certaines circonstances où il utilise le Conseil pour obtenir l'annulation de dispositions législatives jugées outrancières et votées par une majorité mal maîtrisée. Tout se conjugue pour faire oublier l'argument des démocrates les plus scrupuleux qui, sous les III^e et IV^e Républiques, affectaient de s'indigner à la perspective qu'un organe non élu puisse prétendre s'opposer aux titulaires de la souveraineté nationale.

Il n'est donc plus guère de constitutions pour ne pas reconnaître un rôle important aux Cours ou Conseils constitutionnels. Les

comparer n'est pas sans intérêt, dans la mesure où les règles organisant leur composition et les conditions de leur saisine reflètent les intentions du constituant. Si l'on prend donc comme échantillon les pays voisins de l'Algérie au Maghreb et en Afrique subsaharienne, on en retire l'impression que le Conseil constitutionnel algérien fait figure d'institution assez classique, du moins à s'en tenir à ce qu'en dit la loi fondamentale et avec un regard extérieur dont vous allez sans nul doute contester la légitimité. Le nombre de conseillers, pour prendre un premier critère, se situe dans la moyenne, avec neuf membres, donc inférieur aux douze conseillers prévus au Maroc mais supérieur au cinq dont se contente jusqu'à présent le Sénégal.

Dans la mesure où vous ne sauriez vous contenter d'un tel constat mais que vous souhaitez peut-être une esquisse d'évolution, il vaut de noter que la tendance est plutôt à l'accroissement comme en témoignent, pour reprendre les mêmes exemples, d'une part le cas du Maroc avec un passage de quatre en 1970 à sept en 1972, puis à neuf en 1992, pour atteindre douze en 1996, d'autre part le cas du Sénégal si les projets de révisions annoncées sont réalisés. En 1963 en Algérie, ce nombre était de sept.

Plus révélatrice des intentions du constituant apparaissent les modalités de désignation des conseillers et notamment la proportion réservée au chef de l'Etat. Là encore l'Algérie se situe dans la moyenne avec trois membres choisis par le chef de l'Etat, donc beaucoup moins qu'au Sénégal encore où le président a un droit exclusif de nomination ce que beaucoup jugent comme manifestement exagéré, mais plus que là où ce droit se limite à une personne comme aux Comores, en Guinée et au Niger. Ici aussi une tendance se dessine à diminuer le pouvoir de désignation de la plus haute personnalité de l'Etat et le Sénégal pourrait être le premier concerné. Surtout, l'idée s'impose qu'il faudrait dépolitiser autant que possible les choix

effectués pour que les conseillers se considèrent non comme les porte-paroles de celui qui les a nommés mais comme les représentants de l'intérêt général. Une technique de plus en plus utilisée consiste à encadrer le choix effectué par l'exécutif et le législatif en précisant les qualités à privilégier.

Les formules sont extrêmement variables : « grande probité et sagesse » (Guinée), « grande moralité et probité » (Comores), « expérience éprouvée » (Congo), « réputation professionnelle établie » (Cameroun), etc. Le Nigeria avait même prévu une représentation genrée au sein du Conseil puis y a finalement renoncé. Les intentions ainsi manifestées sont louables. Il faut cependant reconnaître que, sauf sur ce dernier aspect, celui d'une représentation genrée, la plupart des objurgations adressées aux autorités en charge des nominations relèvent davantage du vœu pieux que de l'obligation juridique susceptible d'être vérifiée par une autorité extérieure.

A juste titre, la constitution algérienne ne sacrifie pas à cette mode qui fait figure d'alibi plus que contrainte réelle. Plus efficace, en revanche semble le fait de conférer le droit de désigner certains membres à des institutions de type juridictionnel. Il en va ainsi en Algérie avec la compétence reconnue en ce domaine à la Cour suprême et au Conseil d'Etat. Parmi les éléments, pouvant compléter de bons recrutements, l'on peut ajouter l'exhortation qu'adressait, paraît-il, Robert Badinter aux nouveaux membres, soutenant que leur principal devoir était désormais d'ingratitude à l'égard de celui auquel ils devaient d'être là.

Il reste un dernier point à évoquer dans le cadre de ce travail comparatif et c'est celui où l'Algérie se démarque de la façon la plus nette. Il s'agit du mode de saisine du Conseil. L'enjeu est d'importance dans la mesure où une loi non transmise ne fait l'objet d'aucune vérification quant à sa conformité à la loi fondamentale. En

La démocratie par le droit constitutionnel

Algérie, le nombre des autorités bénéficiant de cette prérogative est minimum, plus réduit qu'à peu près partout ailleurs, puisque la saisine n'est ouverte qu'au chef de l'Etat et aux présidents des deux assemblées. Dans la quasi-totalité des autres pays, la saisine est au moins élargie aux députés ou aux sénateurs, dans des proportions d'ailleurs variables, ce qui donne une chance à l'opposition d'y parvenir. Au-delà, une proportion de plus en plus nettement importante de pays se sont mis à accepter le contrôle par voie d'exception ou plutôt, comme on dit maintenant, la question prioritaire de constitutionnalité qui permet à tous les justiciables d'exciper de l'inconstitutionnalité d'une loi qui leur est opposée.

Les constituants les plus rétifs se sont résigné à introduire cette procédure : au Niger en 1999, en Guinée en 2010, au Maroc en 2011. La France s'y est résolue en 2008 et commence à la mettre en œuvre. On connaît les inconvénients de la coexistence de cette double procédure avec des recours dont il faut éviter qu'ils fassent double emploi. De même, il convient de pallier le risque que certains plaideurs n'utilisent la QPC pour retarder l'issue d'un procès dont ils savent qu'elle leur sera défavorable.

*

**

L'enjeu que constitue le respect du droit, en l'occurrence du droit constitutionnel, dépasse la question classique de la protection des libertés. Il est vrai qu'au XIX^e siècle, c'était le principal argument utilisé, celui de la défense des droits de l'homme par rapport aux tendances autoritaires inhérentes à l'exercice du pouvoir politique. Cet aspect n'a pas complètement disparu et un certain nombre d'organisations non gouvernementales, telle Amnesty International, continuent de s'en réclamer, reprochant à quasi tous les gouvernements d'y porter atteinte avec des critères de jugement tels

La démocratie par le droit constitutionnel

qu'il n'en est à peu près aucun qui puisse se sentir totalement à l'abri des critiques. Par la suite, au XX^e siècle, la tendance désormais dominante conduit à insister plutôt sur l'idée de règles du jeu, de normes arrêtées d'un commun accord, que chacun est en mesure de connaître et auquel il doit se conformer.

On se retrouve autour d'une formule de Gurvitch selon lequel « la démocratie n'est pas le règne du nombre mais le règne du droit ». La stabilité des règles applicables apporte une sécurité qui doit être préférée à la recherche de la perfection par d'incessantes réformes : la fixité des systèmes électoraux et l'équilibre des pouvoirs pour régir la vie publique, la continuité des prélèvements fiscaux et des garanties offertes aux citoyens dans le domaine administratif, la protection de la propriété et de la famille pour ce qui est des rapports privés. Tout ceci n'est évidemment pas très exaltant dans une perspective de réforme de la société et les doctrines socialistes ne sauraient s'en contenter...

En ce début du XXI^e siècle et sans renoncer au souci de protection des droits individuels et collectifs, ni à la préoccupation de sécurité juridique, il s'établit un élargissement de la prise en compte de ce rapport démocratie-droit par des techniques d'appréciation qui prétendent se situer au niveau de la planète. C'est la forme que prend ici le phénomène de la mondialisation et de recherche de la meilleure gouvernance. Chaque pays se voit soumis à des procédures de classements fondés sur des critères improbables qui mêlent respect des libertés, transparence dans la prise de décision, honnêteté des acteurs de la vie publique sincérité des élections, multipartisme... On peut regretter cette mode des palmarès qui ne prend pas en compte les spécificités nationales et qui prétend soumettre tout le monde aux mêmes critères sans intégrer les problèmes spécifiques à chaque nation. On peut même s'en indigner en considérant qu'il y a là une forme d'immixtion dans les affaires internes de chaque Etat de la part

La démocratie par le droit constitutionnel

d'institutions et de personnalités étrangères auto-proclamées, disposant d'une légitimité aléatoire, et qui se mêlent de questions qui relèvent en priorité du jugement des populations concernées, les mieux à même d'apprécier leurs intérêts, de définir leurs priorités et de les traduire dans leurs votes. Ces palmarès, considérés comme injustes et vexatoires lorsqu'ils expriment des jugements de type politique, paraissent largement critiquables lorsqu'ils risquent de faire obstacle au développement économique en décourageant les investisseurs étrangers.

Même si les excédents de la balance extérieure de l'Algérie lui épargnent ce genre de problème d'accès aux financements internationaux, nombre de pays d'Afrique, d'Amérique latine ou d'Asie y sont soumis. Ces tentatives de pression extérieure peuvent susciter des réactions nationales opposées. C'est ce qu'il faut éviter en faisant en sorte que chacun s'approprie ce lien entre démocratie et droit, hors de toutes immixtions venant de l'étranger.