



HAL
open science

Les arrêts de la Cour constitutionnelle suprême égyptienne du 14 juin 2012. La juridictionnalisation des transitions démocratiques en question

Mohamad Abdulghani, Raphaël Déchaux

► To cite this version:

Mohamad Abdulghani, Raphaël Déchaux. Les arrêts de la Cour constitutionnelle suprême égyptienne du 14 juin 2012. La juridictionnalisation des transitions démocratiques en question. *Revue internationale de droit comparé*, 2013, 2. hal-03135142

HAL Id: hal-03135142

<https://amu.hal.science/hal-03135142v1>

Submitted on 1 May 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Les arrêts de la Cour constitutionnelle suprême égyptienne du
14 juin 2012. La juridictionnalisation des transitions
démocratiques en question

Mohamad Abdulghani, Raphaël Déchaux

Citer ce document / Cite this document :

Abdulghani Mohamad, Déchaux Raphaël. Les arrêts de la Cour constitutionnelle suprême égyptienne du 14 juin 2012. La juridictionnalisation des transitions démocratiques en question. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 65 N°2,2013. pp. 359-389;

doi : <https://doi.org/10.3406/ridc.2013.20314>

https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2013_num_65_2_20314

Fichier pdf généré le 09/04/2018

**LES ARRÊTS DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE
SUPRÊME ÉGYPTIENNE DU 14 JUIN 2012
LA JURIDICTIONNALISATION DES TRANSITIONS
DÉMOCRATIQUES EN QUESTION***

Mohamad ABDULGHANI** et Raphaël DÉCHAUX***

L'article propose un commentaire de deux arrêts rendus le 14 juin 2012 par la Cour constitutionnelle suprême égyptienne, dans lesquels elle a déclaré inconstitutionnelles les lois relatives à l'organisation des élections législatives et présidentielles. Fortement critiquée en Égypte, cette jurisprudence a fait vaciller une transition démocratique jusqu'alors exemplaire. Un coup d'État militaire fut évité de justesse et ses effets se font encore ressentir aujourd'hui. Les auteurs tentent d'expliquer les causes et les conséquences de ces deux arrêts, dont l'impact a retenti jusqu'en Occident. Cette jurisprudence est ainsi appelée à occuper une place essentielle dans l'étude du « printemps arabe » par les comparatistes. Elle conduit notamment à s'interroger sur la juridictionnalisation des transitions démocratiques dans des États post-révolutionnaires.

Outre une discussion des arguments de la Cour, une traduction résumée des deux arrêts et un index chronologique des faits marquants de la période étudiée sont proposés.

The article offers a comment on two decisions adopted on the 14th June 2012 by the Constitutional Supreme Court of Egypt which declared legislation relating to the organization of parliamentary and presidential elections unconstitutional. This jurisprudence has been strongly criticized for it has interrupted the exemplary development – up until this date – of the period of transition to democracy. Even if the attempt at coup d'État failed, its consequences have not yet disappeared. The authors try

* La première partie de l'article a été écrite par M. ABDULGHANI et la seconde par R. DÉCHAUX. L'introduction et les annexes ont été réalisées à quatre mains. L'article est à jour de l'adoption de la nouvelle Constitution égyptienne.

** Doctorant à l'Université Aix Marseille, Membre du CEFF (EA 891).

*** Maître de conférences à l'Université Aix Marseille, Membre du GERJC-ILF (CNRS UMR 7318).

to explain the causes of these two decisions whose impact has provoked reactions in the West. Consequently, this jurisprudence deserves a core place in research into the Arab Spring in the area of comparative law. It makes juristes question themselves about the role and the influence of jurisdictions on democratic transitions in countries going through a period of post-revolt.

In addition to a discussion concerning the grounds of the Court, the article contains a translation of the two decisions and a chronological index of meaningful events during the period studied.

Les périodes de transition entre deux régimes sont rarement sereines. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, on observe souvent un phénomène d'encadrement de ces périodes aux moyens de « petites constitutions », comme ce fut le cas par exemple lors du passage de la IV^e à la V^e République en France avec la loi constitutionnelle du 3 juin 1958¹. Ces textes constitutionnels transitoires permettent d'assurer une certaine stabilité de l'autorité gouvernementale et de minimiser ainsi les risques d'insurrections violentes ou chaotiques. Néanmoins, dans certaines circonstances, une révolution « brute » est incontournable². En Égypte, lors de la chute du Roi et de la fondation de la I^{ère} République en 1952, les militaires ont conduit un coup d'État qui leur a permis de se maintenir au pouvoir pendant plus de 60 ans³. Lors de la révolte populaire de 2011⁴, le Conseil supérieur des forces armées [CSFA] a conservé un pouvoir de fait mais a organisé un référendum visant une modification des dispositions de la Constitution de 1971⁵. Suite au succès de la consultation (77% de « oui »), le CSFA a adopté une « Déclaration constitutionnelle » proclamant

¹ E. CARTIER, « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC*, 2007, pp. 513-534. L'expression « petite constitution », qui a été inventée par Marcel Prélot, soulève néanmoins quelques réserves car elle induit l'existence de « grandes » constitutions. L'expression « constitution transitoire » ou « constitution éphémère » paraît plus idoine et sera utilisée comme synonyme par la suite. Sur la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, v. W. ZIMMER, « La loi du 3 juin 1958 : contribution à l'étude des actes pré-constituants », *RDP*, 1995, pp. 383-411.

² Ainsi, les transitions au Portugal et dans la majorité des anciens pays communistes d'Europe de l'Est ont rarement connu de « petites constitutions », alors que ce fut le cas en Afrique du Sud ou, plus récemment, en Irak.

³ Le coup d'État du 23 juillet 1952 a été organisé par un groupe de militaires autoproclamé « les officiers libres » qui a gouverné l'Égypte jusqu'en 2011. Les quatre Présidents de cette période – Mohammed Naguib, Jamel Abdul Nasser, Anwar el-Sadat et Housni Moubarak – appartenaient tous à ce groupe d'officiers.

⁴ Cf. annexe 3 (chronique d'événements).

⁵ La révision portait notamment sur les élections législatives et présidentielles et la composition de la commission chargée de la rédaction de la nouvelle Constitution.

ces nouvelles dispositions et mettant fin à l'ancienne Constitution⁶. Les élections législatives et présidentielles de décembre 2011 et de juin 2012 – gagnées par les partis islamistes conservateurs – ont produit de fortes tensions entre le Conseil militaire et les différents partis politiques prétendant représenter la légitimité révolutionnaire.

Ces tensions ont atteint leur paroxysme lorsque, par deux arrêts du 14 juin 2012, la Cour constitutionnelle suprême égyptienne a déclaré inconstitutionnelles les lois relatives à l'organisation des élections législatives et présidentielles. L'impact de ces annulations – deux jours avant le second tour de la présidentielle – a retenti jusqu'en Occident, où de nombreux observateurs ont critiqué cette jurisprudence, allant jusqu'à s'appropriier l'expression de Mohamed Beltagui, un haut dirigeant des Frères musulmans, qui l'a qualifiée de « coup d'État »⁷. Jusqu'à présent, le contenu de ces décisions n'a pas été porté à la connaissance des juristes français et le bien-fondé de ces attaques contre la Haute juridiction égyptienne n'a pas été débattu. Malgré l'adoption de la nouvelle Constitution, ces deux arrêts méritent l'attention, pour deux raisons principalement.

Tout d'abord, ces arrêts marquent une nouvelle étape dans l'étude des transitions constitutionnelles, matière qui connaît depuis quelques années un intérêt grandissant au sein de la doctrine⁸. Alors qu'auparavant la révolution et le changement de régime restaient la seule affaire du pouvoir constituant – souverain –, l'apparition et le développement de la « justice transitionnelle » ont fait considérablement évoluer le déroulement des dernières transitions

⁶ Néanmoins, dans un arrêt du 17 mars 2011, le Conseil d'État – composé des tribunaux administratifs et du Tribunal administratif suprême – a déclaré que seules les dispositions relatives aux pouvoirs exécutif et législatif devraient être considérées comme caduques.

⁷ C. TALON et C. AYAD, « Égypte : un coup d'État institutionnel bouscule la présidentielle », *Le Monde*, 16 juin 2012 ; K. LAJON, « Le Parlement déclaré "illégal", les Égyptiens dénoncent un "coup d'État" », *Le journal du dimanche*, 14 juin 2012 ; M. CHAHINE, « Coup d'État institutionnel en Égypte », *Libération*, 15 juin 2012. Des analyses semblables ont été publiées dans la majorité des hebdomadaires français.

⁸ Pour l'étude des transitions en général, v. C. GOUAUD, « Recherches sur le phénomène de transition démocratique », *RDP*, 1991, pp. 81-120 ; I. THUMEREL, *Les périodes de transition constitutionnelle : contribution à l'étude du pouvoir constituant et des actes pré-constituants*, Lille, thèse dactylographiée, 2008 ; J.-P. MASSIAS, *Droit constitutionnel des États d'Europe de l'Est*, coll. « Droit fondamental », Paris, PUF, 2008, pp. 13-63. Pour l'étude de transitions spécifiques, v. E. CARTIER, *La transition constitutionnelle en France (1940-1945). La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »*, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », Paris, LGDJ, 2005 ; G. KAMINIS, *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », Paris, LGDJ, 1993 ; J.-P. MASSIAS, *Justice constitutionnelle et transition démocratique en Europe de l'Est*, Paris, Clermont-Ferrand, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1998.

démocratiques⁹. Au sein du « printemps arabe », la « révolution de papyrus » s'inscrit dans cette problématique de *juridictionnalisation des transitions*. Cette dernière peut prendre différentes formes : juridictions d'exception, commissions vérité et réconciliation, juridictions pénales internationalisées, etc. En Égypte, le CSFA a décidé de conserver l'ancienne juridiction constitutionnelle afin qu'elle soit une garantie de l'État de droit pendant cette période, sans modifier ni son statut ni sa composition. L'annulation par le juge égyptien des élections de l'Assemblée détenant le pouvoir constituant présente incontestablement un objet d'intérêt pour le comparatiste, même s'il ne s'agit pas totalement d'une nouveauté¹⁰.

Ensuite, ces deux arrêts sont appelés à occuper une place essentielle dans l'étude du « printemps arabe »¹¹. Si la Tunisie a été le premier État à évoluer vers la démocratie, l'Égypte reste un modèle économique, politique et culturel pour l'ensemble du monde arabo-musulman, et les arrêts du 14 juin 2012 constituent l'un des événements les plus importants depuis la chute de Moubarak.

La question de l'impartialité de la Cour constitutionnelle suprême égyptienne est directement posée par cette jurisprudence. Le juge est-il devenu l'instrument des militaires pour neutraliser la révolution, ainsi que

⁹ Le développement des études relatives à la justice transitionnelle est surtout dû aux auteurs anglo-saxons. V. par ex. M. S. WILLIAMS, R. NAGY et J. ELSTER (dir.), *Transitional justice*, New York, New York University Press, 2012. En français, v. B. CASSIN, O. CAYAL et J.-P. SALAZAR, *Vérité, Réconciliation et Réparation*, coll. « Le Genre Humain », Paris, Seuil, 2004 ; N. HAERINGER, P. SIMON et S. ZAPPI (dir.), *Vérité, justice, réconciliation : les dilemmes de la justice transitionnelle*, Paris, La Découverte, 2008 ; F. HOURQUEBIE, « La notion de justice transitionnelle a-t-elle un sens ? », *Revue lituanienne de droit constitutionnel*, n° 3 (11), 2008, pp. 127-139 (disponible sur <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis>) ; X. PHILIPPE, « Brèves réflexions sur les relations entre "justice transitionnelle" et "Constitution" », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu. Renouveau du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 373-385 ; X. PHILIPPE (dir.), *Transitions constitutionnelles et constitutions « transitionnelles » : quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflits ? Actes du colloque du 29 juin 2012* (à paraître).

¹⁰ Rappelons que la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud avait annulé la première constitution adoptée par l'Assemblée constituante dans une jurisprudence qui a depuis été largement commentée. V. C.C.S.A., arrêt du 1^{er} juillet 1996, *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, CCT 23/96, trad. et note in L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 223-295. Sur la transition sud-africaine, v. C. SALCEDO, *La transition démocratique sud-africaine. Essai sur l'émergence d'un droit public de la reconstruction de l'État*, Saarbrücken, Éditions universitaires européennes, 2011.

¹¹ Jusqu'à présent, peu d'études générales du « printemps arabe » ont été réalisées par des juristes. V. L. FRANJIE, « Révolutions arabes sur le chemin de la justice et de la paix », *Gaz. Pal.*, 25 déc. 2011, pp. 9-11 ; W. SABÈTE, « La transition constitutionnelle en Égypte. L'apport de la pratique constitutionnelle à la théorie de la constitution », *Politeia*, n° 20, 2011, pp. 53-79 ; M. TOUZEIL-DIVINA, « Printemps & révolutions arabes : un renouveau pour la séparation des pouvoirs ? », *Pouvoirs*, 2012, n° 143, pp. 29-45 ainsi que *Printemps arabe et démocratie*, Paris, La documentation française, 2012.

l'ont prétendu la plupart des médias occidentaux, ou a-t-il rendu une décision qui puisse se justifier *en droit*? Notons dès à présent que la Cour peut difficilement être assimilée à un juge transitionnel et qu'elle reste une institution emblématique de l'ancien régime. En effet, la justice transitionnelle est par définition une justice d'exception et, selon la définition onusienne, sa fonction est de « tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation [nationale] »¹². Si la Cour du Caire n'est donc pas formellement un « juge transitionnel », elle possède incidemment une mission de « surveillance » de la transition démocratique, tout en assurant une certaine continuité avec sa jurisprudence antérieure. La doctrine estime généralement que la présence d'une justice constitutionnelle lors d'une période de transition ou de consolidation démocratique est toujours un élément positif¹³. Toutefois, certains spécialistes comme le professeur Massias jugent que l'existence d'une juridiction constitutionnelle peut s'avérer un « obstacle à la transition »¹⁴. Le compte-rendu et la discussion des arrêts du 14 juin 2012 vont donc permettre de vérifier si le maintien de la Cour constitutionnelle suprême s'est révélé un atout pour la transition démocratique égyptienne : l'Égypte reste-t-elle un modèle pertinent pour les États post-révolutionnaires de la région? Face aux manipulations de la loi électorale instillées par le Conseil militaire, les arrêts du 14 juin 2012 s'expliquent par la volonté de la Haute juridiction de protéger les valeurs démocratiques à l'origine de la révolution du 25 janvier 2011. Toutefois, les conséquences politiques de cette stricte application des normes constitutionnelles ont malheureusement conduit à une fragilisation de la transition démocratique égyptienne.

¹² Rapport du Secrétaire général des Nations Unies devant le Conseil de sécurité, « Rétablissement de l'État de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit », Doc. S/2004/616, 2 août 2004, p. 7, § 8.

¹³ Par exemple, le Professeur Verdussen estime que les juges constitutionnels sont « des bâtisseurs, spécialement dans les États en voie de transition », « Essai de synthèse », in M. VERDUSSEN (dir.), *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, coll. « Centre d'études constitutionnelles et administratives », Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 1997, p. 250.

¹⁴ J.-P. MASSIAS, *Justice constitutionnelle et transition démocratique en Europe de l'Est*, op. cit., p. 405.

I. LA GARANTIE JURIDICTIONNELLE DE LA TRANSITION DÉMOCRATIQUE

Suite à la révolution de janvier 2011, de nombreuses concertations ont été nécessaires entre le CSFA et les partis politiques pour définir la feuille de route qui permettrait de rétablir les institutions nationales. En attendant les élections législatives, présidentielles et le référendum sur la nouvelle Constitution¹⁵, le Conseil a conservé les pouvoirs législatif et exécutif qu'il détenait depuis le départ de Moubarak. Ce maintien des militaires au cœur du pouvoir a été dénoncé comme une résistance à la démocratisation, après plus de 60 ans de régime autoritaire.

Le 14 juin 2012, dans sa décision n° 20¹⁶, la Cour constitutionnelle suprême a déclaré inconstitutionnelle l'élection de l'Assemblée nationale. En outre, elle a validé, dans sa décision n° 57¹⁷, la candidature du dernier Premier ministre de l'ancien régime à l'élection présidentielle. Dans un climat politiquement tendu, beaucoup de commentateurs ont alors prétendu que le juge avait choisi le camp militaire du CSFA au détriment des forces démocratiques révolutionnaires¹⁸. Une lecture attentive de ces deux décisions et de la loi électorale montre que l'annulation a sans doute été stratégiquement pensée et organisée par les militaires. La Cour a ainsi été dans l'obligation d'annuler les élections pour protéger les valeurs démocratiques et l'État de droit.

A. – *L'atteinte aux principes démocratiques par la nouvelle loi électorale*

Suite à une révolution, l'une des préoccupations essentielles du nouveau régime est d'empêcher les membres de l'ancien gouvernement de revenir au pouvoir. En France, l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 interdisait ainsi aux « membres des familles ayant régné sur la France » d'être élus Président de la République. Néanmoins, certains hommes politiques de l'Empire (voire de la Restauration) retrouvèrent une

¹⁵ La nouvelle Constitution, dont les résultats ont été proclamés le 25 décembre 2012, a été adoptée les 15 et 22 décembre par une forte majorité de plus de 64% de « oui » mais avec une participation extrêmement faible de 32,9% des inscrits. Il est difficile de soutenir, à l'heure où nous écrivons, que la transition démocratique a véritablement pris fin en Égypte.

¹⁶ Cf. annexe 1.

¹⁷ Cf. annexe 2.

¹⁸ Par exemple, le candidat Abdel Moneim Abou Fotouh déclara que « Maintenir le candidat de l'armée [dans la course] et renverser le Parlement élu après avoir accordé à la police militaire le droit de procéder à des arrestations est un véritable coup d'État et quiconque pense que des millions de jeunes vont laisser ce coup d'État se produire se leurre », *Le Monde*, 14 juin 2012.

place de premier plan dès les débuts de la III^e République¹⁹. Après la Seconde Guerre mondiale et l'épisode de Vichy, le général de Gaulle a favorisé la réconciliation nationale en se montrant particulièrement compréhensif envers les anciens fonctionnaires et responsables du régime pétainiste²⁰. En Égypte, l'objectif des autorités fut de favoriser l'élection des anciens opposants à Moubarak tout en privant ses anciens partisans d'être élus ou réélus. Entre la préférence aux anciennes oppositions et la discrimination des anciens responsables, une rupture radicale avec le droit antérieur a été ainsi accomplie.

1. Une loi électorale favorisant les anciens opposants

Le multipartisme a été introduit en Égypte au début des années 1980 mais il s'y est ancré dans une perspective très spécifique²¹. Vestige de la période « socialisante » du régime militaire, le droit électoral a toujours voulu favoriser les candidats indépendants, censés être des ouvriers et des paysans, pour qu'ils soient élus à côté des candidats traditionnels²². La nature autoritaire et antiparlementaire du régime se retrouvait ainsi dans la loi électorale par cette opposition aux partis politiques, les seuls à même de renverser le Gouvernement ou de structurer l'opposition au Parlement. Depuis la loi électorale du 31 décembre 1986, par principe, l'Assemblée nationale doit être composée de deux tiers de membres des partis, alors que le troisième tiers ne comprend que des candidats « sans étiquette ». Les membres des partis ne pouvaient pas se présenter sur les listes « sans étiquette », et un élu sur ces dernières listes ne saurait adhérer à un parti pendant la période de son mandat²³. Aussi contestable qu'elle soit sur le plan des principes démocratiques²⁴, cette tradition « anti-partis » du droit

¹⁹ Thiers constitue l'exemple le plus emblématique de cette continuité du personnel politique qui aura servi l'État français au cours du XIX^e siècle sous la Restauration, la Monarchie de juillet, la II^e République, le Second Empire et la III^e République.

²⁰ Cette volonté politique de « pardon » s'est concrétisée avec la théorie de l'inexistence juridique du régime de Vichy, qui sera appliquée par le Conseil d'État de l'arrêt *Époux Giraud* du 4 janvier 1952 (*Rec.* p. 14, *RDP* 1952, note WALINE, *Somm.* p. 187) jusqu'à l'arrêt d'Assemblée *Papon* du 12 avril 2002 (*Rec.* p. 139, *RFDA* 2002, p. 582, concl. BOISSARD).

²¹ Sur l'ouverture au multipartisme, v. N. BERNARD-MAUGIRON, *Le politique à l'épreuve du judiciaire : la justice constitutionnelle en Égypte*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 229 et s.

²² La loi électorale de 1979, prélude à la révision de 1980 sur le multipartisme, prévoyait ainsi que chacune des 176 circonscriptions électorales élisait au moins un ouvrier ou un paysan. Cette disposition a été reprise dans la loi de 1983. N. BERNARD-MAUGIRON, *Le politique à l'épreuve du judiciaire : la justice constitutionnelle en Égypte, op. cit.*, p. 215.

²³ Selon les dispositions de l'article 3 de la loi n° 38 de 1972.

²⁴ « La démocratie moderne repose entièrement sur les partis politiques », H. KELSEN, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur* (1932), reprint coll. « Bibliothèque Dalloz », Paris, Dalloz, 2004, p. 19. Tous les régimes autoritaires, et historiquement les monarchies absolues européennes, ont

électoral égyptien n'a pas été remise en cause par la révolution de janvier. Toutefois, la loi électorale a été modifiée. Les militaires ont promulgué le décret-loi n° 120 de 2011²⁵, qui donne aux membres des partis le droit de se présenter sur les listes des « sans étiquette », sans donner à ces derniers le droit de se présenter sur les listes des partis. Un mécanisme juridique est ainsi utilisé pour donner plus de chances aux membres des partis d'être élus à la chambre des représentants. Cette réforme favorisait dès lors les anciens opposants face à des candidats traditionnellement favorables à l'ancien régime.

2. Une loi électorale excluant les anciens responsables

La nouvelle majorité élue à l'Assemblée nationale en 2011 a voulu empêcher les membres de l'ancien régime de se présenter aux élections présidentielles²⁶. Il était difficile néanmoins de concrétiser cette interdiction sans faire abstraction de l'article 28 § 5 de la Déclaration constitutionnelle du 30 mars 2011. Selon cette disposition, la loi concernant l'élection présidentielle devait subir un contrôle de constitutionnalité *a priori*. Les responsables politiques étaient certainement conscients de la difficulté de faire approuver par la Cour une loi privant de leurs droits politiques toute une catégorie d'Égyptiens, quand bien même il s'agirait de l'ancienne classe dirigeante du régime militaire²⁷. Politiquement compréhensible, cette privation était difficilement justifiable pour un État de droit moderne. Les membres de l'Assemblée décidèrent alors d'intégrer ces dispositions dans le droit électoral en modifiant la loi n° 73-1956 concernant *l'exercice* des droits politiques. La manœuvre est connue de tout gouvernement : conserver le principe mais altérer son exercice pour nullifier ses effets. La loi n° 17-2012²⁸ – dite la loi de « privation politique »²⁹ – a ainsi ajouté un 4^e paragraphe à l'article 3 de la loi de 1956. La nouvelle disposition interdit aux membres de l'ancien régime ayant occupé lors des dix dernières années

témoigné de ce type d'hostilité envers les partis politiques, qui sont les seuls à même de structurer la démocratie parlementaire.

²⁵ Cf. annexe 1, cons. 3.

²⁶ En particulier après que les derniers Premier ministre et vice-Président de l'ancien régime aient déclaré vouloir se présenter à l'élection présidentielle en décembre 2011.

²⁷ La Cour constitutionnelle suprême relèvera d'ailleurs dans son arrêt que les membres du Parlement avaient connaissance de cette inconstitutionnalité, cf. annexe 2, cons. 9.

²⁸ Cf. annexe 2, cons. 2.

²⁹ La presse française a curieusement traduit cette loi par loi d'« isolement politique ». On lui préfère l'expression « privation » politique, qui est juridiquement mieux adaptée.

certaines postes, énumérés de manière explicite³⁰, d'exercer leurs droits politiques pour les dix prochaines années.

Cette interdiction avait déjà été adoptée dans l'histoire récente de l'Égypte. Suite au coup d'État de 1952, le « Conseil des officiers libres » avait promulgué un décret qui privait les partisans de l'ancien Roi de toute participation à la vie politique³¹. L'absence de contrôle de constitutionnalité avait même permis à cette loi d'être appliquée avec un effet rétroactif³². Par la suite, la Constitution de 1956, qui consacrait pourtant le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, avait explicitement prévu une dérogation pour le décret-loi de 1952³³. La Déclaration constitutionnelle de mars 2011 contenait un article sur la non-rétroactivité des sanctions pénales plus sévères mais sans prévoir de restriction.

B. – La protection des principes constitutionnels démocratiques par la Cour constitutionnelle suprême

En permettant dans sa décision n° 57 à l'un des piliers de l'ancien régime d'être présent au second tour de l'élection présidentielle et en prononçant le même jour dans sa décision n° 20 l'inconstitutionnalité de l'élection de l'Assemblée nationale, la Cour constitutionnelle suprême égyptienne fut accusée d'essayer de « revenir sur la démocratie »³⁴. La lecture des décisions de la Cour révèle pourtant qu'elle a simplement appliqué sa jurisprudence constante en matière d'égalité et de non-rétroactivité de la loi pénale.

1. Une application légitime du principe d'égalité

L'article 7 de la Déclaration constitutionnelle de mars 2011 réaffirme deux des principes fondamentaux du droit constitutionnel égyptien, le principe d'égalité entre les citoyens et le principe de l'égalité des chances qui en découle. Selon la Cour, le principe d'égalité est le fondement de tous

³⁰ L'art. 1 § 4 de la loi n° 17 de 2012 précise que l'interdiction vise « Toute personne qui a exercé pendant les dix dernières années à partir de 11 février 2011 les postes de Président de la République, vice-président, Premier ministre, président du Parti National Démocrate dissous, son secrétaire général, les membres de son bureau politique ou son secrétariat général, et ce pour les dix années à partir de la date mentionnée ».

³¹ Décret-loi n° 344-1952 modifié par la loi n° 173-1953.

³² Une première Cour suprême chargée de contrôler la constitutionnalité des lois avait été introduite dans le système juridique en 1969 et, en 1979, elle a été transformée en une Cour constitutionnelle suprême.

³³ Art. 32 et 120 de la Constitution.

³⁴ Selon les termes utilisés par Mme Hilary Clinton le 16 juin 2012 (*Le Monde*, 16 juin 2012).

les autres principes que le Parlement doit prendre en compte, notamment lorsqu'il légifère dans le domaine des droits politiques³⁵. En outre, la Déclaration de mars 2011 garantit, dans ses articles 32 et 41, l'intégralité des droits politiques des citoyens et, en particulier, celui d'être candidat.

Le principe d'égalité n'est pas, selon l'expression de la Cour constitutionnelle suprême, « un principe figé niant certaines nécessités pragmatiques ». Elle accepte que le législateur puisse moduler certaines dispositions pour répondre aux besoins d'intérêt général, à la condition qu'il ne provoque pas une rupture *caractérisée* de l'égalité entre les Égyptiens. Pour ce faire, le juge effectue un contrôle de proportionnalité « entre les dispositions législatives et les objectifs recherchés » par le législateur, car « l'absence d'objectivité dans l'aménagement du principe ne saurait être fondée et serait par conséquent inconstitutionnelle »³⁶.

L'application de ce principe d'égalité était au cœur de l'arrêt n° 20-34 du 14 juin 2012. En effet, la loi avait donné aux membres des partis le droit de se présenter sur les listes réservées à leur intention *et* sur les listes des candidats « sans étiquette », sans accorder à ces derniers le droit de se présenter sur les listes réservées aux partis. La Cour entame son raisonnement en précisant que les événements révolutionnaires ne sauraient justifier une limitation du droit des citoyens à l'égalité des chances et, particulièrement, à leur droit d'être candidat.

Le juge du Caire note ensuite que l'objectif recherché par le législateur depuis 1979 était de représenter la diversité des courants idéologiques et politiques de la Nation à l'intérieur de l'Assemblée nationale, pour qu'elle soit le reflet des composantes du peuple. Cependant, en accordant deux possibilités d'être élus aux membres de partis – sur la liste de son parti et sur la liste des « sans étiquette » – tout en ne donnant au candidat indépendant que le moyen d'être inscrit sur les listes « sans étiquette », le législateur a porté atteinte aux principes d'égalité et d'égalité des chances³⁷. Pour la Cour, il y a une rupture caractérisée entre l'objectif recherché par le législateur et la mesure adoptée qui entraîne l'inconstitutionnalité de l'intégralité du nouveau système électoral. Le juge annule en conséquence le décret-loi n° 123-2011 ainsi que les élections qui ont eu lieu lors de l'hiver 2011. Il précise en outre que la composition de l'Assemblée nationale est inconstitutionnelle dès son élection.

³⁵ M. A. MAHDI, « L'importance culturelle et traditionnelle des décisions constitutionnelles », *Revue de la Cour constitutionnelle suprême égyptienne*, n° 22, 2012 (disponible en arabe sur le site de la Cour).

³⁶ Cf. annexe 1, cons. 6.

³⁷ Cf. annexe 1, cons. 9.

On a déjà souligné que l'arrêt de la Cour fut très mal accueilli par la nouvelle majorité islamiste. Encore peu habitués aux contraintes imposées par l'existence d'une justice constitutionnelle performante, les membres de la coalition gouvernementale ont déclaré que la décision avait été fortement politisée. Pourtant, aussi bien le raisonnement du juge que les faits de l'espèce conduisent à la conclusion opposée : la Cour était parfaitement fondée à prononcer l'inconstitutionnalité du décret-loi. En effet, l'annulation ne repose pas sur une analyse tatillonne ou technique qui « maquillerait » une pression politique cachée du CSFA. Il s'agirait plutôt d'un cas d'école, et l'on imagine difficilement qu'une autre solution ait pu être adoptée par la Cour³⁸. Dans son arrêt, elle fait d'ailleurs référence aux articles 7, 32 et 41 de la Déclaration constitutionnelle du 30 mars 2011 et à sa jurisprudence constante en la matière. Face à une violation aussi manifeste du principe d'égalité, toute juridiction constitutionnelle ou suprême aurait certainement censuré la disposition. Cette conclusion amène à s'interroger sur la responsabilité des auteurs du décret-loi. Deux possibilités sont ici envisageables : soit ils espéraient – un peu naïvement – que le juge constitutionnel n'oserait pas aller à l'encontre de la volonté de la nouvelle légitimité démocratique, soit ils espéraient – stratégiquement – utiliser les conséquences de l'annulation des élections comme un avantage politique. Nombre d'éléments font pencher pour la seconde hypothèse, ainsi que nous l'expliquerons plus loin.

Dans la décision relative à l'élection présidentielle, le principe d'égalité était encore au centre de l'affaire, mais il a été appliqué sous un autre angle par le juge. En effet, dans la décision n° 20, la discrimination entre candidats de partis et candidats « sans étiquette » n'était pas en elle-même inconstitutionnelle, mais elle était justifiée par la volonté d'assurer une « bonne » représentation de la société égyptienne. Dans la décision n° 57, la Cour a relevé que la loi privait le Premier ministre de l'ancien régime de son droit à être candidat à l'élection présidentielle. D'un autre côté, elle autorisait la candidature de personnes ayant occupé des postes similaires « au niveau de leur nature et de l'ampleur de la responsabilité », comme le poste de vice-Premier ministre ou celui de ministre. En conséquence, une discrimination « factice », fondée sur des éléments subjectifs et sur « des situations juridiques identiques »³⁹, était ici manifeste. Le principe d'égalité et le principe d'égalité des chances étaient donc violés par la loi de privation

³⁸ La solution inverse aurait certainement été critiquée par les juristes égyptiens ou occidentaux et aurait décrédibilisé la Cour.

³⁹ Cf. annexe 2, cons. 7.

politique, qui a été déclarée inconstitutionnelle ; M. Chafik a pu ainsi se présenter au second tour de la présidentielle.

2. Une application étendue du principe de non-rétroactivité de la loi pénale

Si le principe d'égalité entre les individus est l'un des fondements de la démocratie, cette dernière ne se limite pas à ce seul principe. Une autre valeur fondamentale pour une société démocratique allait à l'encontre de la loi de privation politique : le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. Reprenant les dispositions des anciennes Constitutions, l'article 19 de la Déclaration constitutionnelle du 30 mars 2011 précisait : « La loi détermine les crimes et les sanctions. Nul ne peut être sanctionné sans jugement judiciaire, les sanctions ne s'appliquent que pour les actes postérieurs à la promulgation de la loi ». L'applicabilité de cet article à la loi de privation politique n'était pas évidente *a priori* puisqu'il s'agissait en l'espèce d'une sanction politique. L'interprétation de la Cour a alors été extensive sur deux points.

En premier lieu, le régime juridique de la sanction n'a pas été limité au seul domaine répressif mais a été étendu aux sanctions politiques. Le principe de non-rétroactivité en matière pénale était donc applicable à la loi, ce qui a permis d'accueillir le moyen d'inconstitutionnalité sur ce motif. En outre, le juge a précisé que le fait d'occuper le poste de Premier ministre sous l'empire de l'ancienne Constitution ne saurait provoquer automatiquement une inculpation *a posteriori*, tant que cette situation n'a pas été formellement pénalisée, par une loi pénale et non une loi politique.

En second lieu, l'article 1^{er} de la loi prévoyait l'application de la sanction sans qu'aucun jugement n'intervienne. Autrement dit, la cause de la privation des droits politiques était *la fonction* de Premier ministre et non *une certaine action* de sa part. Incontestablement, cette disposition impliquait qu'il existait, à l'encontre des anciens titulaires du poste, une véritable *présomption de culpabilité*. Encore une fois, du point de vue strictement juridique, cette disposition n'était pas acceptable, quand bien même politiquement la carrière de ces derniers n'a pu être réalisée que dans l'ombre du régime militaire, et donc des crimes qu'il commit. Le juge constitutionnel a pris la seule décision qui s'imposait dans un État de droit moderne : il a jugé que le pouvoir législatif empiétait sur le pouvoir judiciaire et que la loi souffrait d'une troisième inconstitutionnalité due à l'atteinte au principe de séparation des pouvoirs.

II. LA FRAGILISATION POLITIQUE DE LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE

Les annulations de la Cour constitutionnelle sont difficilement contestables sur le plan strictement juridique. Néanmoins, la situation exceptionnelle et le climat politique des plus tendus auraient pu conduire le juge à adopter une solution moins radicale. En effet, cette jurisprudence a davantage fragilisé la transition égyptienne qu'elle ne l'a consolidée. C'est d'autant plus regrettable que, dès sa création en 1979, la Cour du Caire a été considérée comme une juridiction libérale, qui a œuvré pour la démocratisation du régime et la garantie des droits fondamentaux des Égyptiens⁴⁰. Toutefois, la place de la Haute juridiction restait extrêmement ambivalente. D'un côté, elle fonctionnait comme un juge constitutionnel « à l'euro péenne ». De l'autre, la nature autoritaire du régime n'était dans les faits que très peu atténuée par son action⁴¹.

L'application des principes constitutionnels démocratiques dans le premier arrêt a conduit à l'annulation de l'intégralité des élections législatives de l'hiver 2011-2012. Cette situation est problématique par principe pour toute juridiction constitutionnelle car elle la pousse à « censurer » l'expression la plus récente de la volonté populaire. Pour atténuer les critiques auxquelles il était certain de s'exposer, le juge égyptien a néanmoins souhaité limiter les conséquences de son annulation. Il précise ainsi qu'« il n'est cependant pas nécessaire de procéder à toute autre mesure d'exécution pour que cette décision soit imposable dans les autres procès constitutionnels ou par rapport aux autres autorités de l'État »⁴². En d'autres termes, la Cour a refusé de prononcer explicitement la dissolution de l'Assemblée nationale. En outre, le juge a pris soin de préciser que l'annulation des élections n'entraînait pas celle des textes adoptés par l'Assemblée⁴³. La situation était alors étrange : bien que l'arrêt soit très clair sur l'inconstitutionnalité, le juge n'a pas voulu imposer de manière unilatérale à l'Assemblée l'arrêt de ses travaux de rédaction de la nouvelle Constitution. Même si l'effet inverse était sans doute recherché, un « conflit

⁴⁰ R. JACQUEMOND, « La Haute cour constitutionnelle et le contrôle de constitutionnalité des lois (1979-1987) », *ALJ*, 1987, p. 286 et s. V. eg. N. BERNARD-MAUGIRON, *Le politique à l'épreuve du judiciaire : la justice constitutionnelle en Égypte*, op. cit., p. 4 et p. 7.

⁴¹ N. BERNARD-MAUGIRON, op. cit., pp. 5-7.

⁴² Annexe 1, cons. 11.

⁴³ La Cour a repris ainsi sa jurisprudence de 1990 où elle avait annulé les élections législatives de 1987 tout en laissant une présomption de constitutionnalité pour les lois déjà adoptées, CCS, 19 mai 1990, *Rec.* vol. 4, p. 292 et s. Cette décision fut confirmée en 2000 lors de l'annulation des élections de 1995. En conséquence, il est de jurisprudence constante que l'incompétence de l'auteur de la loi n'entraîne pas annulation des actes qu'il a adoptés en droit constitutionnel égyptien.

constitutionnel » s'est alors produit⁴⁴. En conséquence, la légitimité de la Haute juridiction a grandement diminué, alors qu'il s'agissait de l'une des institutions issues de l'ancien régime qui conservait une certaine autorité auprès des Égyptiens.

A. – *Le conflit constitutionnel produit par la jurisprudence de la Cour*

Un conflit constitutionnel est une crise politique portant sur une disposition constitutionnelle ou, plus précisément, sur l'interprétation d'une de ces dispositions par son interprète authentique⁴⁵. En Égypte, c'est surtout le premier arrêt relatif à l'élection de l'Assemblée nationale qui a été contesté. Quant au second, si les éléments les plus radicalisés de la révolution ont critiqué le fait que la Cour n'annule pas la candidature de M. Ahmed Chafiq, c'est parce qu'ils y voyaient une preuve supplémentaire de la collusion entre la Haute juridiction et le CSFA. De toute façon, il aurait été quasiment impossible d'empêcher cette candidature deux jours avant le second tour de l'élection présidentielle, d'autant plus que M. Chafiq avait obtenu plus de 23% des voix lors du premier tour⁴⁶. Il était difficilement imaginable que la Cour annonce alors qu'il faille réorganiser le premier tour de l'élection présidentielle.

En revanche, le premier arrêt a marqué le retour de la crise politique en Égypte. Les responsables politiques en place étaient face à un dilemme important : quelles suites donner à cette annulation ? Le lendemain, le 15 juin 2012, le CSFA – qui attendait probablement cette décision – a adopté un décret prononçant la dissolution de l'Assemblée nationale, au motif de la bonne exécution de la décision de la Cour. Les Frères musulmans, qui avaient déjà estimé que la Cour était à l'origine d'un « coup d'État »⁴⁷, ont vivement dénoncé cette dissolution forcée. Néanmoins,

⁴⁴ La notion de « conflit constitutionnel » implique un affrontement sur une matière constitutionnelle qui met en péril le régime politique ou l'ordre constitutionnel. V. J. HUMMEL (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, coll. « L'univers des normes », Rennes, PUR et not. l'introduction : « Les conflits constitutionnels. Définition(s) d'un objet d'étude », pp. 9-30.

⁴⁵ J. HUMMEL, « Les conflits constitutionnels. Définition(s) d'un objet d'étude », *op. cit.*, pp. 10-11. Comme le relève l'auteur, tous les conflits politiques ne sont pas des conflits constitutionnels. Lorsque la controverse porte sur l'esprit ou l'intégralité de la constitution, elle dépasse le seul cadre d'un conflit constitutionnel, limité à une ou quelques dispositions de la charte fondamentale (le Professeur Hummel donne l'exemple de la Guerre de Sécession).

⁴⁶ Selon les résultats officiels parus sur le site de la commission suprême pour l'élection présidentielle (<http://www.elections.eg/>, en arabe), M. Chafiq a obtenu 5 505 327 voix au premier tour (23,66% des votants) et 12 347 380 au second tour (48,27% des votants).

⁴⁷ Cf. *supra* note 7.

l'organisation du second tour de l'élection présidentielle a limité leur mobilisation. Le 17 juin 2012, le CSFA en a profité pour adopter une troisième Déclaration constitutionnelle, qualifiée de « complémentaire », dans laquelle il tire la conséquence logique du décret de dissolution en s'accordant de nouveau la plénitude du pouvoir législatif. Cette déclaration prévoit également que le Président élu devra prêter serment devant la Cour. L'objectif des militaires était le suivant : ils espéraient qu'en cas de victoire de leur candidat à la présidentielle, ils pourraient récupérer l'intégralité du pouvoir jusqu'à l'organisation de nouvelles élections législatives (qui leur seraient peut-être plus favorables). Rappelons que le CSFA était à l'origine de la modification de la loi électorale et donc de son inconstitutionnalité. La manœuvre n'est certes pas très habile mais elle est efficace : convaincus que les attentes de la population portaient plus sur la stabilité et la sécurité du pays que sur une réelle démocratisation, les militaires espéraient ainsi un retour au pouvoir à moyen terme⁴⁸.

Le conflit constitutionnel était alors caractérisé puisque la jurisprudence constitutionnelle avait « conduit à une suspension provisoire des règles d'attribution et de fonctionnement des pouvoirs publics »⁴⁹. Généralement, la doctrine estime que ce type de conflit peut être résolu de deux façons : soit par un organe juridictionnel compétent (lorsque la constitution le prévoit)⁵⁰, soit par l'admission d'un consensus entre les différentes parties en présence. Le conflit sera dénoué en partie le 24 juin 2012, lorsque Mohamed Morsi sera reconnu victorieux du second tour de la présidentielle. Le nouveau Président va délibérément s'opposer à la troisième Déclaration constitutionnelle en prêtant serment le 29 juin au matin sur la place Tahrir, symbole de la révolution, et le même jour devant les membres de l'Assemblée nationale. Ce n'est que le lendemain qu'il prononcera son serment devant les membres de la Cour constitutionnelle. Mais la riposte du Président Morsi ne s'arrêtera pas à cette mesure symbolique et la crise va s'intensifier.

Le 8 juillet 2012, le nouveau chef de l'État adopte en tant que chef de l'exécutif un décret qui annule celui du CSFA du 15 juin 2012 prononçant la

⁴⁸ Leur candidat ayant obtenu plus de 48 % des voix au second tour de l'élection présidentielle après 60 ans de dictature, ce projet a bien failli être un succès. Les résultats montrent également que le rejet de l'ancien régime n'était que faiblement majoritaire. Une forte partie des Égyptiens ruraux était prête à redonner le pouvoir aux anciens dirigeants. Il n'est donc pas suffisant d'organiser des élections libres pour obtenir une démocratie. La démocratie est avant tout un esprit et une culture qui est protégée par des élections et non pas produite par ces dernières.

⁴⁹ J. HUMMEL, « Les conflits constitutionnels. Définition(s) d'un objet d'étude », *op. cit.*, p. 9.

⁵⁰ E. CARPENTIER, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, coll. « Fondation Varenne », Paris, LGDJ, 2006.

dissolution. Il invite également l'Assemblée nationale à se réunir de nouveau, sans tenir compte de la troisième Déclaration constitutionnelle ni de la décision de la Cour. Publiquement, le Président promet d'organiser de nouvelles élections parlementaires après le vote de la nouvelle Constitution. La situation se tend et l'armée dresse un cordon de sécurité autour du Parlement pour empêcher ses membres de siéger⁵¹. La Cour constitutionnelle rend le lendemain un avis public, dans lequel elle estime que le décret présidentiel du 8 juillet est contraire à sa décision et qu'il est donc nul. On notera que la Cour n'impose toujours pas la dissolution formelle de l'Assemblée nationale. Le 10 juillet 2012, les députés se réunissent une première fois pour quinze minutes seulement, en application du décret présidentiel et sans tenir compte de l'avis du juge constitutionnel. L'Assemblée décide même de « court-circuiter » la Haute juridiction en renvoyant la question de la validité de son élection à la Cour de cassation⁵² ! Cette dernière, prudente, s'estime incompétente le 15 juillet. Entre temps, la situation s'était un peu « décripée » car le Président Morsi fit part dans une déclaration publique de sa volonté de respecter la décision du 9 juillet 2012. Il était sans doute conscient que le rapport de force était incontestablement en faveur de son parti puisque celui-ci détenait désormais, avec ses alliés salafistes, le Parlement (Assemblée plus Sénat) et la Présidence de la République. Dans les faits, les militaires, minoritaires à toutes les élections, ne pouvaient plus véritablement peser sur la transition et il n'était donc pas nécessaire de poursuivre l'épreuve de force.

L'objectif principal du nouveau pouvoir – amputé de sa compétence législative – est alors d'avancer au maximum les travaux de rédaction de la future Constitution. Une nouvelle commission est désignée le 12 juin 2012 par l'Assemblée nationale⁵³. La question de la validité de cette dernière a

⁵¹ *L'Express*, 9 juill. 2012.

⁵² La saisine s'appuyait sur la compétence de la Cour de cassation en matière de contentieux de la légalité de l'élection *individuelle* des parlementaires. Toutefois, la Cour n'a jamais été compétente pour contrôler la constitutionnalité de la *loi électorale*.

⁵³ Une première commission avait été formée au lendemain de la première Déclaration constitutionnelle. Elle portait sur l'organisation du référendum du 19 mars 2011 et elle a donc été dissoute après son succès. Par la suite, l'ancien Parlement (Assemblée nationale plus Sénat) a nommé une deuxième commission de 100 membres pour préparer un premier « brouillon » de Constitution, dans laquelle toutes les forces politiques nationales étaient représentées. Les élections de l'hiver 2011-2012 ont conduit les parlementaires nouvellement élus à remanier la formation de la commission. Les islamistes conservateurs (Frères musulmans et salafistes) ont fait pression pour qu'elle soit composée *en proportion du nombre de sièges gagnés par parti*, ce qui conduisait la majorité parlementaire à fortement dominer la commission. Devant ce coup de force, la commission a été boycottée par les libéraux et les laïcs avant d'être annulée par une décision du tribunal administratif du Caire du 10 avril 2012. Le 12 juin 2012, avant la décision de la Cour constitutionnelle, le Président du CSFA a fortement invité le Parlement à arrêter la composition d'une troisième commission, ce qui sera effectué dès le lendemain. Cette dernière – composée

fait l'objet d'importants débats et a été renvoyée devant la Cour constitutionnelle en octobre dernier⁵⁴. Les risques d'annulation de la commission composée de parlementaires étaient considérés comme très probables. Cette dernière a donc rendu – en moins de six mois – son projet le 29 novembre 2012, puis elle s'est autodissoute. En définitive, la rédaction de la Constitution a été retardée puis accélérée à cause des risques que fit peser le juge constitutionnel sur la validité de la procédure constituante. Néanmoins, plus le gouvernement islamiste se maintient et plus sa légitimité s'accroît. Le 12 août 2012, le Président Morsi décide d'annuler purement et simplement la troisième Déclaration constitutionnelle. Il modifie également unilatéralement l'article 56 de la deuxième Déclaration constitutionnelle du 30 mars 2011 qui attribuait le pouvoir législatif au CSFA et, preuve de sa volonté de contrôler l'armée, il limoge le même jour le maréchal Hussein Tantaoui, chef du CSFA. D'un point de vue théorique, on voit que le pouvoir constituant – de fait – a changé de titulaire. Alors qu'il était d'abord détenu par le CSFA, c'est le Président de la République qui en a disposé avant que le peuple ne s'en saisisse lors du référendum de décembre dernier. Bien sûr, cette situation n'était justifiée que dans la mesure où l'Assemblée nationale était empêchée d'exercer son pouvoir constituant⁵⁵. Si le parti majoritaire issu des élections parlementaires et présidentielle semble avoir gagné son « bras de fer » avec les militaires⁵⁶, il est possible que la Cour constitutionnelle égyptienne soit une victime collatérale de la transition démocratique.

B. – *Le risque de délégitimation de la justice constitutionnelle*

L'annulation des élections législatives n'est pas une nouveauté pour la justice constitutionnelle égyptienne. Au cours des décennies 1980-1990, cinq élections avaient été annulées. Sans pousser l'analyse de ces

comme la deuxième – sera confirmée par le Président Morsi par une loi du 12 juillet. Elle fera l'objet d'un recours contentieux devant le tribunal administratif puis la Cour constitutionnelle, qui ne rendra aucune décision suite à la quatrième Déclaration constitutionnelle.

⁵⁴ *Le Monde*, 23 octobre 2012.

⁵⁵ Cette situation est typique des problématiques que pose la nature « a-formelle » du pouvoir constituant (sur cette question, v. R. DÉCHAUX, *Les normes à constitutionnalité renforcée. Recherche sur la production du droit constitutionnel*, coll. « Bibliothèque de droit constitutionnel », Paris, LGDJ, 2013 (à paraître)).

⁵⁶ La dernière séquelle du conflit a été la quatrième Déclaration constitutionnelle du Président Morsi du 22 novembre 2012, dans laquelle le chef de l'État s'arroge la totalité du pouvoir législatif. Devant la force des contestations – tant nationales qu'internationales –, il a été obligé d'annuler cette dernière le 9 décembre 2012, lors de l'annonce des résultats du référendum constitutionnel.

jurisprudences, on notera que, dans les deux premiers cas, l'annulation avait déjà été causée par un problème de droit de présentation des candidats « sans étiquette » et des atteintes à leur droit de candidature⁵⁷. Au final, entre les débuts de la « démocratisation » en 1980 et les années 2000⁵⁸, toutes les élections législatives ont été déclarées inconstitutionnelles⁵⁹. Il n'empêche, la doctrine égyptienne considérait avant la révolution que la Cour possédait une forte légitimité, même au regard des critères occidentaux de justice constitutionnelle⁶⁰. Ainsi, pour Mme Bernard-Maugiron, « le juge constitutionnel égyptien fonctionne dans un État de droit sans réelle démocratie »⁶¹. La place si particulière qu'avait la Cour au sein de l'ancien régime militaire en faisait même un modèle pour l'ensemble du monde arabe⁶². Cette situation s'explique notamment parce que l'indépendance et l'impartialité du juge égyptien comportaient des garanties importantes qui le mettaient plus ou moins à l'abri des critiques⁶³.

⁵⁷ En 1987, la loi électorale n° 114 de 1983, adoptée après la révision de 1980 qui ouvrit l'Égypte au multipartisme, fut déclarée inconstitutionnelle par la Cour (CCS, 16 mai 1987, *Rec.*, vol. 4, p. 43 et s. L'arrêt est en partie traduit par R. JACQUEMOND, *AIJC*, 1988, pp. 575-579. V. note R. JACQUEMOND, « La Haute cour constitutionnelle et le contrôle de constitutionnalité des lois (1979-1987) », *op. cit.*, pp. 292-295 et N. BERNARD-MAUGIRON, *op. cit.*, pp. 215-218). Le Président Moubarak préféra dissoudre la chambre basse le 14 février 1987 avant que la Cour n'ait statué. Elle déclara par la suite inconstitutionnelle la loi électorale de 1986 et, en conséquence, les élections de 1987 consécutives à cette dissolution dans un arrêt du 19 mai 1990, v. CCS, 19 mai 1990, *Rec.*, vol. 4, p. 256 et s. La nouvelle loi électorale de 1990 fut déclarée inconstitutionnelle pour les mêmes raisons, N. BERNARD-MAUGIRON, *op. cit.*, pp. 218-222.

⁵⁸ Dans un arrêt de 2000, la Cour a rétroactivement annulé les élections législatives de 1990 et de 1995, CCS, 8 juillet 2000, *Rec.*, vol. 9, p. 667 et s. L'inexistence d'un contrôle judiciaire de l'ensemble de la procédure électorale avait causé l'annulation de l'article 24 de la loi de 1956, v. N. BERNARD-MAUGIRON, *op. cit.*, pp. 224-225.

⁵⁹ Cela explique sans doute pourquoi l'argument selon lequel le régime de Moubarak était une « démocratie » – certes autoritaire ou « à l'orientale » – connaissait une telle diffusion en Occident alors qu'il était en parfaite contradiction avec la situation réelle du pays mais aussi avec la jurisprudence de la propre Cour constitutionnelle de l'Égypte.

⁶⁰ N. BERNARD-MAUGIRON, *op. cit.*, pp. 581-597. Les attaques contre la Cour que rapporte l'auteur sont assez limitées, et ne semblent pas plus virulentes que celles que connaît le Conseil constitutionnel français, *ibid.*, pp. 575-581. Il est surprenant de constater que la Cour ait pu survivre dans un cadre politique aussi autoritaire avec une jurisprudence aussi libérale. La tolérance du régime envers le juge constitutionnel s'explique sans doute par les difficultés concrètes que rencontrait la Cour à rendre effectives ses décisions mais aussi les justiciables pour la saisir (certains recours mettaient plus de dix ans avant d'être jugés).

⁶¹ *Ibid.*, p. 599. L'expérience de la juridiction constitutionnelle égyptienne sous l'ancien régime peut donc être considérée comme un succès au vu du contexte politique.

⁶² *Ibid.*, p. 616. Cette influence ne se limite pas au droit constitutionnel et, par exemple, le Code civil égyptien a été transposé dans la majorité des États arabes.

⁶³ *Ibid.*, pp. 61-77. Le processus de nomination des juges passant par la cooptation – à l'exception du président de la Cour –, ses membres sont plus éloignés du milieu politique que dans certaines démocraties occidentales. Leurs compétences juridiques sont également incontestables.

Malgré ce contexte, le conflit entre la Cour et les institutions égyptiennes de l'été 2012 a laissé des traces. Si, dans les faits, il est indéniable que le positionnement de la Cour ait été « forcé » par la situation – et notamment par l'inclusion volontaire de l'inconstitutionnalité de la loi électorale par le CSFA –, la question suivante se pose : dans quelle mesure certains membres de la Cour ont-ils pris part à cette tentative de manipulation des élections ? La prudence avec laquelle la Cour n'a pas assorti sa décision de mesures d'exécution tendrait plutôt à « blanchir » les membres de la Haute juridiction de ces accusations.

Quoi qu'il en soit, le discours critiquant l'implication politique du juge du Caire s'est fortement intensifié au cours de l'été dernier, comme il est rare qu'une Cour constitutionnelle en connaisse. Les conséquences s'en sont notamment ressenties lors de la rédaction de la nouvelle Constitution. Durant la séance du 6 septembre 2012, la commission a émis une proposition visant à limiter le contrôle de constitutionnalité des lois électorales et des droits politiques uniquement au contrôle *a priori*. Cette proposition a été insérée dans le projet qui a été adopté en décembre dernier⁶⁴. Alors que le contrôle *a posteriori* existait depuis 1979 dans l'ordre juridictionnel égyptien, ce retour – qui constitue une régression – est la principale conséquence du conflit de l'été 2012⁶⁵. Dans le domaine électoral, l'existence d'un contrôle *a priori* est très importante puisque, ce domaine étant complexe, les minorités parlementaires (si elles peuvent saisir la juridiction constitutionnelle) sont les mieux placées pour défendre sa constitutionnalité. Néanmoins, en cas d'accord entre les partis politiques, l'absence de contrôle *a posteriori* sera sans doute dommageable pour l'exercice des droits politiques des citoyens.

Les arrêts du 14 juin 2012 posent la question de l'étendue du contrôle de constitutionnalité que peut conduire une Cour constitutionnelle lors d'une transition démocratique. Au premier abord, ce contrôle apparaît souvent positif. De façon équivalente à l'instauration d'une justice transitionnelle, les garanties en matière de droits fondamentaux et de stabilité de l'État de droit sont alors indéniables. Les arrêts de la Cour constitutionnelle suprême

⁶⁴ Art. 177 de la nouvelle Constitution : « Les projets de loi concernant les droits politiques, les élections présidentielles, parlementaires et locales doivent être présentés devant la CCS avant leur promulgation. Elle dispose de 45 jours pour rendre sa décision. Si la CCS décide que le texte est contraire à la constitution, sa décision doit être exécutée. Une fois promulguées, ces lois ne seront plus justiciables devant elle ».

⁶⁵ En outre, la nouvelle Constitution limite à onze le nombre de membres composant la Cour.

renforcent et illustrent cette position. Néanmoins, après l'expérience du conflit de l'été 2012, il apparaît également que le contrôle de constitutionnalité ne s'exerce pas de la même manière lors d'une transition et dans un État consolidé. Une jurisprudence qui n'aurait sans doute pas causé de troubles dans une situation normale peut prendre des proportions désastreuses dans une situation post-révolutionnaire. Au fond, l'incapacité de la Cour constitutionnelle de s'adapter aux circonstances qui, malgré tout, président à son existence et à son office a été préjudiciable au bon déroulement de la transition démocratique.

Cette conclusion peut encore être étayée et mise en perspective. En Tunisie par exemple, le décret-loi du 20 août 2011 a interdit l'élection de membres de l'ancien parti de Ben Ali, le Rassemblement constitutionnel démocratique, ainsi qu'à toute personne ayant assumé « à l'époque de l'ancien président » une responsabilité gouvernementale. Le texte est muet sur la durée que couvre l'interdiction. En outre, une liste demeurée secrète de personnalités interdites de responsabilités politiques a été dérogée par la « Haute Instance » chargée des élections. Elle ajoute ainsi au problème démocratique celui de la transparence. Toutefois, l'absence de justice transitionnelle – le Conseil constitutionnel ayant été dissout le 23 mars 2011 – a permis à la transition tunisienne de ne pas connaître un conflit constitutionnel comme en Égypte.

En définitive, cette tendance des révolutions arabes à interdire aux partisans des anciennes dictatures de se présenter aux élections constitue bien une nouveauté des transitions contemporaines. Lors des révolutions en Europe de l'Est dans les années 1990, ce type d'interdiction n'a jamais été adopté et les anciens partis communistes ont pu présenter des candidats⁶⁶. Ces derniers ont même parfois gagné les premières élections générales, comme ce fut le cas en Bulgarie⁶⁷. Cette tolérance se justifie parce que le succès et la légitimité d'une transition démocratique sont assurés lorsqu'il est recherché dès l'origine un véritable esprit de modération, principale vertu du régime démocratique. Plutôt qu'un excès de juridictionnalisation qui se révèle parfois mal adapté aux transitions démocratiques, ces solutions pacifiques et plus consensuelles semblent donc préférables⁶⁸.

⁶⁶ Ce fut également le cas lors des transitions grecques, portugaises et espagnoles où les anciens partis autoritaires ont tous pu présenter des candidats.

⁶⁷ Lors des premières élections législatives des 10 et 17 juin 1990, le parti communiste bulgare – baptisé désormais parti « socialiste » bulgare – obtient plus de 52% des voix.

⁶⁸ Il est peut-être préférable de favoriser d'abord le développement démocratique du régime et ensuite, une fois ce dernier bien établi, de procéder à l'établissement d'une justice constitutionnelle efficace.

Annexe 1

Cour constitutionnelle suprême, affaire n° 20-34^{ème} année du 14 juin 2012,
*Élection de l'Assemblée nationale*⁶⁹

Au nom du Peuple

M. Anoar Darwich Moustafa contre MM. le Président de Conseil militaire, le Premier ministre, le ministre de la Justice, le Président de la Commission suprême électorale, le ministre de l'Intérieur et le *Mouhafez* de Kailoubia⁷⁰.

La procédure

L'affaire a été renvoyée par le Tribunal administratif suprême, le 20 février 2012, pour que la Cour juge la constitutionnalité du premier paragraphe de l'article 3 de la loi n° 38 de 1972 concernant l'Assemblée nationale⁷¹ telle que modifiée par le décret-loi n° 120 de 2011. Est également en cause le premier paragraphe de l'article 6 de la même loi telle que modifiée par le décret-loi n° 108 de 2011 et l'article 9 bis de la loi n° 38 de 1972 modifiée par le décret-loi n° 108 de 2011. Le requérant a en outre soulevé l'inconstitutionnalité de l'article 1^{er} du décret-loi n° 123 de 2011, qui a modifié les dispositions de l'article 5 du décret-loi n° 120 de 2011.

La Cour

Monsieur Anoar Darwich Moustafa a demandé au tribunal administratif de Kailoubia de suspendre l'exécution de la décision de la Commission suprême électorale relative aux résultats des élections parlementaires dans cette ville, en ce qui concerne les élections des candidats « sans étiquette »⁷². Le requérant conteste la décision validant le deuxième tour entre le représentant du Parti Al Hourieah Al Adalah et celui du Parti Al Nour qui désignait Monsieur Darwich Moustafa comme perdant. Le requérant considère que les articles contestés violent le principe d'égalité garanti par l'article 7 de la Déclaration constitutionnelle du 30 mars 2011. Ces articles distinguent les représentants des partis (3 millions) des candidats « sans étiquette » (50 millions). Ils réservent à ceux de la première catégorie deux tiers des sièges de l'Assemblée nationale et donnent aux candidats de la seconde catégorie le tiers restant. Toutefois, ils autorisent également les candidats de la première catégorie à se présenter pour le troisième tiers. Le tribunal administratif a rejeté le recours le 9 janvier 2012. M. Darwich Moustafa a fait appel devant le Tribunal administratif suprême qui a décidé de renvoyer la question devant la Cour constitutionnelle suprême [CCS].

⁶⁹ L'orthographe des noms a été traduite selon la phonétique des mots en arabe classique ; l'arrêt en arabe ne contient pas de titre et de numéro, ils ont été ajoutés par les auteurs.

⁷⁰ Ville du nord du Caire, dont le nom est parfois traduit par « Kalyoub », qui est le chef-lieu d'une *Mouhafaza* (l'équivalent d'un département selon le système français). Un *Al Mouhafez* est l'équivalent d'un Préfet [NDT].

⁷¹ Le terme utilisé par la CCS pour désigner la chambre basse est « Majless Al chaab » qui peut être traduit littéralement par « Assemblée du Peuple », auquel on a préféré l'équivalent français : Assemblée nationale. Le Parlement est bicaméral [NDT].

⁷² La CCS utilise en arabe l'expression « candidats indépendants » que nous avons préféré traduire par « candidats sans étiquette » [NDT].

- Sur le caractère politique de l'affaire :

1. La Direction des affaires de l'État⁷³ estime que la CCS n'est pas compétente pour trancher cette affaire car les dispositions législatives en question seraient de nature « politique », et leur examen conduirait la Cour à juger de la constitutionnalité de l'article 38 de la Déclaration constitutionnelle⁷⁴. Cet argument est infondé car le contrôle juridictionnel exercé par cette Cour sur la constitutionnalité des lois et règlements – selon l'article 49 de la Déclaration constitutionnelle et l'article 48 de la loi instaurant la CCS –, est fondé sur les principes de légalité⁷⁵ et d'État de droit⁷⁶. En outre, la jurisprudence constante de cette Cour a toujours éliminé les questions de nature politique de son champ de contrôle, car elles ne peuvent pas faire l'objet d'un procès devant le juge. Pour identifier la nature d'un texte, peu importe la qualification donnée par le législateur, seule compte la nature juridique véritable de ce texte, surtout quand elle ne va pas dans le même sens que la qualification donnée. La CCS est seule compétente pour décider si les dispositions soulevées devant elle doivent être considérées comme de nature politique et sont, par conséquent, hors du champ de l'office de la Cour, ou si elles sont de nature juridique et, par conséquent, la Cour pourra exercer son contrôle juridictionnel.

2. Considérant dès lors que les textes déférés prévoient les conditions d'organisation des élections législatives, qu'ils doivent donc être examinés de façon indivisible avec les autres textes de la loi n° 38 de 1972 qui déterminent la nature et le contenu du système juridique choisi par le législateur afin d'organiser les élections. En conséquence, cette loi sort par sa nature et son contenu du domaine des affaires politiques et rentre dans celui du contrôle de constitutionnalité de la Cour. L'exercice de cette compétence par la Cour ne viole pas l'article 38⁷⁷ de la Déclaration constitutionnelle qui reste, avec les autres dispositions de la Déclaration, la référence de ce contrôle de constitutionnalité. Par ces motifs, le moyen de l'incompétence de la Cour pour contrôler les textes en question est rejeté.

- Sur l'intérêt à agir :

3. Le premier paragraphe de l'article 3 de la loi n° 38 de 1972 concernant l'Assemblée nationale tel que modifié par le décret-loi n° 120 de 2011 prévoit que : « L'élection des deux tiers des membres de l'Assemblée nationale sera réalisée selon

⁷³ La Cour dispose d'une « Direction des affaires de l'État » qui est l'équivalence du ministère public en France [NDT].

⁷⁴ Contrairement à la France ou aux États-Unis, les actes non justiciables sont une notion législative et non juridictionnelle puisqu'il en existe une liste fixée dans la loi n° 112 de 1946 sur le Conseil d'État (elle comprend notamment les relations entre le Gouvernement et le Parlement, les mesures de sécurité intérieure et extérieure de l'État, etc.). Certes, la Cour interprète librement cette liste – elle a par exemple reconnu que la décision de recourir à l'état d'urgence par le Président était un acte politique – mais sans jamais l'étendre au contentieux électoral [NDT].

⁷⁵ La Cour utilise le terme « Al Charriah », qui signifie littéralement légalité, bien qu'en l'espèce la norme de référence soit constitutionnelle [NDT].

⁷⁶ La Cour n'utilise pas l'expression « État de droit » mais littéralement « principe de souveraineté du Droit et de soumission de l'État à ce principe » [NDT].

⁷⁷ Art. 38 : « Les conditions de participation aux élections parlementaires sont définies dans une loi. Elles peuvent prévoir une participation minimum des femmes dans les deux assemblées ».

le système des listes fermées⁷⁸ et le troisième tiers sera réservé aux « sans étiquette ». Le nombre des représentants [élus] de chaque *Mouhafaza* par le biais des listes fermées doit être égal aux deux tiers du nombre de sièges attribués à cette *Mouhafaza*, et le nombre de représentants [élus] des « sans étiquette » doit être égal à un tiers des sièges attribués ». L'article 9 bis de loi n° 38 de 1972 concernant l'Assemblée nationale, tel que modifié par le décret-loi n° 108 de 2011 prévoit que : « Le comité des élections dans chaque *Mouhafaza* prépare, après avoir tranché sur tous les recours, deux listes, la première contient les noms des candidats dans le système individuel ["sans étiquette"], et la seconde les noms des candidats inscrits sur les listes des partis ».

L'article 5 du décret-loi n° 120 de 2011 modifiant certaines dispositions de la loi n° 38 de 1972 et de la loi n° 120 de 1980 prévoyait que : « Les candidats des listes individuelles ne peuvent pas être membres d'un parti « et qu'ils restent » sans aucune appartenance à un parti politique jusqu'à la fin de leurs mandats »⁷⁹. Il a depuis été annulé par l'article 1^{er} du décret-loi n° 123 de 2011.

4. Considérant que l'intérêt à agir est une condition pour l'acceptation du recours devant le juge constitutionnel et qu'il est fondé sur le lien entre l'intérêt à régler le problème de droit devant le juge constitutionnel et le besoin de juger l'affaire devant le juge du fond. Considérant que l'objet du recours est de suspendre, puis d'annuler la décision de la Commission suprême des élections relative à la déclaration des résultats dans le troisième arrondissement de Kailoubia. L'intérêt est fondé dans ce recours car la loi impose aux deux tiers des membres de l'Assemblée nationale d'être des membres de partis et au troisième tiers d'être des membres « sans étiquette » alors que l'article 5 du décret-loi n° 120 de 2011 qui interdisait aux candidats des partis d'être élus sur les listes des « sans étiquette » a été supprimé. Elle offre donc *de facto* aux membres des partis deux opportunités pour être élus à l'Assemblée nationale, listes des partis et listes des « sans étiquette », alors que les « sans étiquette » n'ont pas ce droit, et qu'ils ne peuvent se présenter que sur la liste des « sans étiquette » en concurrence avec les candidats des partis. L'intérêt du jugement sur la constitutionnalité des articles susvisés (3, 6, 9 bis) ainsi que son élargissement à l'article 1^{er} du décret-loi n° 123 de 2011 est fondé car ils sont liés d'une manière indissociable. En outre, le jugement de la CCS a une influence directe sur l'affaire devant le juge du fond.

- *Sur le principe d'égalité et d'égalité des chances :*

5. Considérant que, dans sa décision de renvoi, le Tribunal administratif suprême reproche aux articles mentionnés de violer le droit à la candidature des citoyens ainsi que les deux principes d'égalité et d'égalité des chances mentionnés dans l'article 7 de la Déclaration constitutionnelle. Considérant que l'article 1^{er} de la Déclaration constitutionnelle du 30 mars 2011 prévoit que « la République Égyptienne arabe est un État démocratique fondé sur la citoyenneté » et que les

⁷⁸ Les listes fermées désignent les listes formées par des partis politiques traditionnels [NDT].

⁷⁹ L'adhésion à un parti d'un député élu « sans étiquette » conduit à la perte de son siège à la condition que cette déchéance soit votée par une majorité de deux tiers des membres de l'Assemblée [NDT].

articles 32 et 41 de la Déclaration ont défini les règles liées à l'élection des membres de l'Assemblée nationale et du Sénat. Au regard de ces dispositions, la Cour en conclut que le constituant a souhaité garantir les droits politiques de tous les citoyens, ces droits étant basés sur le droit d'être candidat, et de participer à un référendum⁸⁰. Considérant que si le législateur détient un pouvoir discrétionnaire pour organiser ces droits, il doit les encadrer dans les limites et conditions mentionnées dans la Déclaration constitutionnelle, il ne peut pas prendre en compte le lieu, le mécanisme ou la période de ces élections, pour porter atteinte aux droits garantis par la Déclaration, surtout s'il viole leur nature, menace leur existence, cause leur perte ou leur suppression.

6. Considérant que, selon la jurisprudence constante de cette Cour, le principe d'égalité devant la loi (mentionné par l'article 7 de la Déclaration constitutionnelle) n'est ni un principe figé abstrait niant certaines nécessités pragmatiques, ni une règle sclérosée refusant tout aménagement, ni le garant d'une équité algébrique découlant d'une Justice absolue. Ainsi, l'État est autorisé à prendre des dispositions pertinentes pour organiser telle ou telle situation et pour éviter un effet dommageable. Toutefois, l'application de ce principe ne doit pas être invoquée à l'appui de l'opportunisme de l'État, ni justifier des situations injustes, mais elle doit être proportionnée. Il est donc possible que la loi fasse varier son régime suivant la situation en cause. En effet, ce qui garantit l'effectivité du principe d'égalité devant la loi, c'est l'existence d'un équilibre entre les dispositions législatives et les objectifs recherchés. L'absence d'objectivité dans l'aménagement du principe ne saurait être fondée et serait par conséquent inconstitutionnelle.

7. Considérant que le contenu du principe d'égalité des chances, découlant du principe d'égalité, est lié selon la jurisprudence constante de cette Cour aux situations déterminées par la loi, que la protection constitutionnelle de ces situations a pour objectif de définir des priorités selon des mesures objectives justifiées par l'intérêt général. Considérant que le système politique en Égypte est fondé sur le pluralisme politique selon la Constitution de 1971 – ce qui a été confirmé par l'article 4 de la Déclaration constitutionnelle –, ce principe a comme objectif de renoncer au système de parti unique pour obtenir un système politique pluraliste. Le pluralisme a comme objectif d'approfondir la démocratie et se fonde sur deux droits : celui d'être candidat et celui d'être élu qui sont considérés comme des éléments de base substantielle. Ce principe est contenu dans l'article 3 de la Déclaration constitutionnelle, qui donne la souveraineté au peuple sans distinction entre ses différentes composantes.

8. Considérant que les principes d'égalité et d'égalité des chances sont des principes fondamentaux de la vie politique, ils obligent à traiter les candidats de la même manière juridique, sans aucune distinction fondée sur l'appartenance à aucun parti. Une telle distinction peut entraîner une discrimination fondée sur des opinions politiques, ce qui est interdit constitutionnellement. Il n'est pas possible que l'appartenance à un parti prive l'individu du droit d'exercer ses libertés et ses droits fondamentaux et notamment le droit de candidature, qui est un droit fondamental

⁸⁰ La Cour énumère ensuite l'ensemble des droits politiques des Égyptiens [NDT].

prévu dans tous les régimes démocratiques parlementaires fondé sur la souveraineté du peuple, et prévu par l'article 3 de la Déclaration constitutionnelle.

9. Considérant que l'article 38 de la Déclaration constitutionnelle prévoit que « Les deux tiers des membres de l'Assemblée nationale seront élus selon le système des listes fermées et le troisième tiers par des candidats "sans étiquette"... » ; que le législateur a voulu répondre aux principes d'égalité, d'égalité des chances et au principe d'équité en réservant les deux tiers de siège de l'Assemblée nationale aux membres des partis et le troisième tiers aux « sans étiquette » ; que l'intention des constituants était de représenter la diversité des courants idéologiques et politiques à l'intérieur de l'Assemblée nationale pour que cette Assemblée nationale soit le reflet des composantes du peuple, qu'elle le représente dans ses différents courants et tendances et pour qu'elle puisse répondre à sa fonction définie par l'article 33 de la Déclaration constitutionnelle. Or, cet objectif a été entravé par les textes législatifs consacrant deux tiers des sièges aux membres des partis tout en leur laissant le droit de se présenter au troisième tiers, normalement réservé aux « sans étiquette ». L'article 5 du décret-loi n° 120 de 2011, en annulant l'article 1^{er} du décret-loi n° 123 de 2011, s'oppose ainsi à la volonté du constituant. Il donne aux représentants des partis politiques deux chances d'être élus à l'Assemblée nationale, la première sur les listes des partis et la seconde sur les listes indépendantes. Les « sans étiquette » n'ont qu'une seule opportunité, et en outre les membres des partis leur font concurrence ; sachant que les membres des partis disposent d'un soutien financier et moral de la part de leurs organisations, cette situation viole l'article 38 de la Déclaration constitutionnelle. Cette discrimination n'est pas justifiée par un critère objectif fondé sur la nature du droit d'être candidat ou ses modalités d'exécution. Elle conduit en outre à une violation des règles de Justice inscrites dans l'article 5 de la Déclaration constitutionnelle. Cette inconstitutionnalité englobe tout le système électoral, la partie concernant l'élection des deux tiers consacrés aux membres des partis, comme celle concernant le tiers des « sans étiquette ».

10. Par ces motifs, le texte des articles 3, 6 § 1, 9 bis de la loi n° 38 de 1972 ainsi que l'article 1^{er} du décret-loi n° 123 de 2011 sont déclarés contraires aux dispositions de la Déclaration constitutionnelle. La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1^{er} du décret-loi n° 123 de 2011 entraîne par connexité l'inconstitutionnalité de l'article 2 du même décret-loi.

- Sur la légalité des élections :

11. Considérant cette inconstitutionnalité et vu que l'élection des membres de l'Assemblée nationale a eu lieu selon des dispositions inconstitutionnelles, la Cour en conclut, en application de sa jurisprudence constante, que la composition de l'Assemblée dans son intégralité doit être déclarée illégale dès son élection. Cela conduit à lui dénier toute autorité ou légitimité à partir de cette date. Il n'est cependant pas nécessaire de procéder à toute autre mesure d'exécution pour que cette décision soit imposable dans les autres procès constitutionnels ou par rapport aux autres autorités de l'État, en conformité avec l'article 49 de la loi n° 48 de 1979

organisant le fonctionnement de la CCS⁸¹. Cette décision n'entraîne pas l'annulation des lois et des décisions adoptées par cette Assemblée depuis son élection et jusqu'à la publication de cette décision au *Journal officiel*. Ces lois et décisions resteront valides, sauf en cas de modification de la part de l'autorité constitutionnellement compétente, ou de déclaration de leur inconstitutionnalité par la CCS pour un autre motif.

Pour ces motifs, la Cour décide :

1. L'inconstitutionnalité de l'article 3 § 1 de la loi n° 38 de 1972 concernant l'Assemblée nationale, modifié par le décret-loi n° 120 de 2011.
2. L'inconstitutionnalité de l'article 6 § 1 de la loi n° 38 de 1972 concernant l'Assemblée nationale, modifié par le décret-loi n° 108 de 2011.
3. L'inconstitutionnalité de l'article 9 bis de la loi n° 38 de 1972 concernant l'Assemblée nationale, modifié par le décret-loi n° 108 de 2011.
4. L'inconstitutionnalité de l'article 1^{er} ainsi que l'article 2 du décret-loi n° 123 de 2011.

Annexe 2

Cour constitutionnelle suprême, affaire n° 57-34^{ème} année du 14 juin 2012,
Élection du Président de la République

Au nom du Peuple

Monsieur Ahmed Mohamed Chafiq Zaki contre la Commission des élections présidentielles.

La procédure

L'affaire a été renvoyée à la CCS par la Commission des élections présidentielles [CEP] le 30 avril 2012 pour trancher sur la constitutionnalité de l'article 3 § 4 de la loi sur les droits politiques n° 73 de 1956 modifiée par la loi n° 17 de 2012.

Dans ses conclusions, la Direction des affaires de l'État [le ministère public] a demandé le rejet du recours.

La Cour

1. Considérant que, selon les éléments du dossier envoyé devant la CCS, Monsieur Ahmed Mohamed Chafiq Zaki a présenté devant la CEP sa candidature au poste de Président de la République pour participer à l'élection qui aura lieu les 23 et 24 juin 2012. Le 13 avril 2012, la CEP a accepté cette demande. Considérant que le 24 avril 2012, la loi n° 17 de 2012 modifiant la loi n° 73-1956 est entrée en vigueur en ajoutant un § 4 à l'article 3 de cette loi, qui prévoit de priver d'exercice de ses droits politiques « toute personne qui a travaillé pendant les 10 années qui précèdent la date du 11 février 2011 comme Président de la République, vice-Président, ou Premier ministre, etc. ». En application de cette loi, la CEP a décidé le 24 avril 2012 de retirer la candidature de M. Chafiq à l'élection présidentielle, en prenant en compte le fait qu'il était Premier ministre pendant la dernière période de l'ancien

⁸¹ « Les décisions de la Cour en matière constitutionnelle et ses ordonnances d'interprétation sont contraignantes pour toutes les autorités de l'État et pour tous les individus ».

régime. Ce dernier a fait un recours contre cette décision le 25 avril 2012, il a demandé son annulation et sa suspension, ainsi que le renvoi du dossier devant la CCS pour trancher sur la constitutionnalité de la loi n° 17 de 2012, ou, le cas échéant, de lui permettre de saisir directement la CCS. Considérant que la CEP avait des doutes sur la constitutionnalité de cette loi, elle a décidé le même jour d'accepter le recours, de suspendre sa décision, de maintenir le requérant sur les listes des candidats, de maintenir l'élection à sa date prévue et d'envoyer à la CCS la question de la constitutionnalité du § 4 de l'article 3 de la loi 73 de 1956 tel que modifié par la loi n° 17 de 2012.

- *Sur l'intérêt à agir :*

2. Considérant que l'article 3 de la loi n° 73 de 1956, modifié par l'article 1^{er} de la loi n° 17 de 2012 prévoit que : « Les personnes suivantes sont suspendues d'exercice de leurs droits politiques : 1- Les personnes soumises à une curatelle, tutelle. 2- Les malades mentaux pendant leur détention. 3- Les personnes qui ont fait faillite, cinq ans après la déclaration de leur faillite sauf en cas de restitution ultérieure de leurs droits. 4- Toute personne qui a exercé pendant les dix dernières années à partir de 11 février 2011 les postes de Président de la République, vice-Président, Premier ministre, président du Parti National Démocrate dissous, les membres de son bureau politique ou de son secrétariat général, et ce pour les dix années à partir de la date mentionnée ».

3. Considérant que l'intérêt à agir est une condition pour accepter le recours devant le juge constitutionnel et qu'il est justifié, selon la jurisprudence de cette Cour, par le lien avec l'affaire jugée au fond, c'est-à-dire que l'issue du procès devant le juge constitutionnel est nécessaire pour trancher les demandes des requérants devant le juge du fond. Étant donné que la décision de la CEP émise le 24 avril 2012 qui annule la candidature de Monsieur Ahmed Mohamed Chafiq Zaki à l'élection présidentielle est fondée sur le § 4 de l'article 3 de la loi n° 73 de 1956, modifié par l'article 1 de la loi n° 17 de 2012, le jugement de la constitutionnalité de cet article a une influence certaine sur l'origine du conflit présenté devant la Commission. Par conséquent, l'intérêt est fondé dans cette affaire.

- *Sur la non-rétroactivité de la loi pénale :*

4. Considérant que le requérant reproche au texte en question d'instaurer une sanction et de le priver d'exercice de ses droits politiques en se fondant sur des événements antérieurs à sa promulgation et de violer le principe de non-rétroactivité des sanctions.

La loi aurait également créé une présomption juridique sans qu'un jugement judiciaire permette de garantir les droits de la défense. Aussi, les sanctions ont été fondées sur des anciennes fonctions et non pas sur des actions définies. Enfin, le requérant considère que le texte viole le principe d'égalité devant la loi en opérant une distinction – arbitraire – entre ceux qui ont eu certains postes définis, et ceux qui n'en avaient pas, sans établir de critère objectif précis.

5. Considérant que le deuxième paragraphe de l'article 19 de la Déclaration constitutionnelle prévoit que : « La loi détermine les crimes et les sanctions. Pas de sanction sans jugement judiciaire, les sanctions ne s'appliquent que pour les actes postérieurs à la promulgation de la loi ». Le but de cet article est de garantir l'indépendance de l'autorité judiciaire dans ce domaine.

Le domaine de cet article ne se limite pas aux sanctions pénales, mais vaut également pour toute autre sanction prononcée par un tribunal, telle que la privation d'exercice de certains droits ou libertés.

Il n'est pas nécessaire que la sanction prise soit de nature répressive mais qu'elle soit infligée par un jugement judiciaire. Considérant que le texte envoyé devant la Cour prévoit l'interdiction d'exercer les droits politiques pendant les dix années qui suivent le 11 février 2011 pour tous ceux qui ont exercé certains postes, après avoir énuméré ces postes. En le faisant, le texte a prévu une sanction automatique et sans jugement judiciaire, ce qui constitue une atteinte de l'autorité législative à l'indépendance de l'autorité judiciaire, en violation des articles 19 et 46 de la Déclaration constitutionnelle. Considérant que l'article 1^{er} de la Déclaration constitutionnelle du 30 mars 2011 prévoit que « la République Égyptienne arabe est un État démocratique fondé sur la citoyenneté... » et que les articles 26 et 28 de cette Déclaration constitutionnelle ont défini les conditions nécessaires d'organisation de l'élection présidentielle. Considérant que la qualité de « citoyenneté » est indiquée par la Déclaration constitutionnelle comme le fondement d'un régime démocratique dans l'État, qui ouvre aux citoyens l'exercice des droits politiques.

Cet exercice est indissociable de celui de la souveraineté populaire, mentionné à l'article 3 de la Déclaration constitutionnelle : « La souveraineté est pour le peuple seul. Elle est la source de l'autorité et le peuple exerce cette souveraineté et la protège... ».

Considérant que l'exercice par les citoyens de leurs droits politiques, spécialement les droits d'être candidat et d'être élu, est considéré comme la manifestation et l'application les plus importantes de l'exercice de la souveraineté populaire, soit en leur qualité d'électeurs ayant le droit de choisir leurs représentants, après avoir été convaincus de leurs capacités à s'occuper des sujets qui les intéressent, soit en leur qualité de candidats qui sont en concurrence - selon des règles justes. Ces deux droits sont liés et complémentaires, et ils sont interdépendants. L'exercice par le législateur de son pouvoir discrétionnaire pour organiser ces droits est lié au respect des limites et des conditions prévues dans la Déclaration constitutionnelle, aux garanties données à chaque citoyen de les exercer selon des règles objectives - sans violer leur esprit, les diminuer, ou les supprimer.

6. Considérant que le texte objet du recours prévoit la suspension de l'exercice des droits politiques pendant la période définie pour les personnes ayant occupé les postes énumérés, la Cour constate qu'ils se trouvent privés de participer à l'exercice desdits droits, et à participer à la vie publique pendant la période définie, sans être en adéquation avec les dispositions de la Déclaration constitutionnelle. En conséquence, ses dispositions sont contraires aux articles 1, 26, 27, 31, 32, 35, 38 et 39 de la Déclaration constitutionnelle.

- Sur le principe d'égalité des chances :

7. Considérant que le principe d'égalité des chances⁸², un des éléments constitutifs du principe d'égalité, est lié selon la jurisprudence constante de cette Cour, aux cas d'espèces fournis par la loi, sa protection par le juge constitutionnel a pour objectif de définir des priorités, selon des mesures objectives justifiées par l'intérêt général. Considérant que le texte renvoyé devant cette Cour contient une interdiction pour une catégorie de citoyens d'exercer leurs droits politiques pour dix années, en se fondant sur le fait qu'ils ont occupé certains postes avant le 11 février 2011 sous l'ancien régime. Considérant que la loi prévoit que ces postes sont « Président de la République, vice-Président, Premier ministre, président du Parti National démocrate dissous, les membres de son bureau politique ou de son secrétariat général » sans mentionner ceux qui ont occupé ces postes dans la période antérieure à ces dix années, ou ceux qui ont occupé des postes similaires, quant à leur nature et à l'ampleur de la responsabilité, comme les postes de vice-Premier ministre, ministre, vice-secrétaire général du Parti national Démocrate. Ainsi, ce texte contient une distinction arbitraire qui n'est pas fondée sur des critères objectifs. Il constitue une discrimination entre les citoyens qui n'est pas justifiée par des éléments objectifs. Il crée une distinction factice entre des situations juridiques identiques qui entraîne la violation des principes d'égalité et d'égalité des chances découlant de l'article 7 de la Déclaration constitutionnelle.

- Sur l'État de droit

8. Considérant que la soumission à l'État au droit se base sur un principe démocratique qui prévoit que la loi ne devrait pas violer les droits. L'État ne doit pas décider que des nouvelles sanctions – pénales, correctionnelles, ou civiles – s'appliqueront avec un effet rétroactif à des actes qui n'étaient pas, au moment de leur exécution, constitutifs d'un acte criminel, d'une faute administrative ou d'une faute générant une indemnité. Considérant que ce texte est fondé sur une présomption qui ne coïncide pas avec la situation juridique de ses destinataires et qu'il viole la Justice ainsi que la notion d'État de droit. Infliger cette sanction à tous ceux qui ont occupé ces postes pendant les dix années antérieures à la date du 11 février 2011 est en outre considéré comme une sanction avec effet rétroactif, ce qui est contraire aux articles 8 et 19 de la Déclaration constitutionnelle.

9. Considérant que toutes les dispositions de l'article 1^{er} de la loi n° 17 de 2012 sont en contradiction avec les dispositions de la Déclaration constitutionnelle. Considérant en outre que l'ensemble de ces inconstitutionnalités n'étaient pas inconnues des membres du Conseil législatif. En effet, il résulte de la lecture des travaux préparatoires de l'Assemblée nationale liés à ce texte qu'elles avaient été relevées par certains membres. Considérant que l'article 2 de la loi n° 17 - 2012 ne peut pas être séparé de son article premier qui est déclaré inconstitutionnel. Cet article deuxième est déclaré inconstitutionnel par connexité.

Pour ces motifs, la cour décide :

⁸² La Cour a repris le même considérant de principe sur l'égalité que dans la décision n° 20-34.

L'inconstitutionnalité de l'article 1^{er} ainsi que de l'article 2 de la loi n° 17 de 2012 modifiant l'article 73 de la loi 1956 concernant l'exercice des droits politiques.

Annexe 3

Chronologique des événements

- 25 janvier 2011 : Les manifestations commencent Place Tahrir.
- 11 février 2011 : Départ du Président Moubarak qui remet le pouvoir aux militaires.
- 12 février 2011 : Le Conseil supérieur des forces armées [CSFA] promet une « transition pacifique » vers « un pouvoir civil élu ».
- 13 février 2011 : Première Déclaration constitutionnelle du CSFA.
- 19 mars 2011 : Large victoire du « oui » lors du référendum portant sur des modifications de la Constitution de 1971 et qui organise un régime transitoire jusqu'aux élections législatives et présidentielle.
- 30 mars 2011 : Le CSFA adopte une deuxième Déclaration constitutionnelle qui formalise les résultats du référendum et proclame l'annulation de l'ancienne Constitution.
- 28 novembre 2011 - 10 janvier 2012 : Élections parlementaires. Victoire des partis islamistes « Al Hourriah Al Adaleh »⁸³, issu du Mouvement des Frères musulmans, et « Al Nour »⁸⁴, issu des courants salafistes.
- 23 et 24 mai 2012 : Premier tour de l'élection présidentielle.
- 14 juin 2012 : La CCS proclame dans deux décisions l'inconstitutionnalité de la loi relative aux élections législatives et l'inconstitutionnalité de la loi interdisant aux responsables de l'ancien régime de se présenter à l'élection présidentielle.
- 15 juin 2012 : Le CSFA adopte un décret prononçant la dissolution de l'Assemblée nationale en exécution de la décision de la Cour.
- 16 et 17 juin 2012 : Second tour de l'élection présidentielle.
- 17 juin 2012 : Le CSFA adopte une troisième Déclaration constitutionnelle qui lui attribue le pouvoir législatif.
- 24 juin 2012 : Proclamation des résultats de l'élection présidentielle, victoire de Mohamed Morsi, candidat du parti « Al Hourriah Al Adaleh ».
- 8 juillet 2012 : Le Président Morsi adopte un décret contenant le retrait du décret de CSFA du 15 juin dernier.
- 10 juillet 2012 : La CCS rend un avis public dans lequel elle estime que le décret présidentiel est nul.
- 10 juillet 2012 : L'Assemblée nationale décide de renvoyer la question de la validité de son élection à la Cour de cassation.
- 12 juillet 2012 : Le Président Morsi proclame son intention de respecter la décision de la CCS du 9 juillet 2012.
- 14 juillet 2012 : La Cour de cassation se déclare incompétente pour réviser la décision du 14 juin 2012 de la CCS.

⁸³ Littéralement « la liberté et la justice ».

⁸⁴ Littéralement « la lumière ».

- 12 août 2012 : Le Président Morsi annule la troisième Déclaration constitutionnelle et décide de modifier la deuxième Déclaration. Il limoge le maréchal Hussein Tantaoui, chef du CSFA.
- 6 septembre 2012 : Dans le projet de Constitution, proposition visant à restreindre au contrôle *a priori* la compétence de la Cour constitutionnelle en matière de lois électorales et de droits politiques.
- 21 novembre 2012 : Le Président Morsi adopte une quatrième Déclaration constitutionnelle qui lui accorde l'intégralité du pouvoir législatif et interdit à toute juridiction de dissoudre le Sénat.
- 29 novembre 2012 : Le projet de Constitution est rendu public.
- 15 et 22 décembre 2012 : Adoption de la nouvelle Constitution. Les résultats sont proclamés le 25 décembre 2012.