



HAL
open science

Le Conseil constitutionnel et la Haute cour constitutionnelle égyptienne : divergences et convergences

Nathalie Bernard-Maugiron

► **To cite this version:**

Nathalie Bernard-Maugiron. Le Conseil constitutionnel et la Haute cour constitutionnelle égyptienne : divergences et convergences. *Annuaire internationale de justice constitutionnelle*, 2017, 22 (2006), pp.11-35. 10.3406/aijc.2007.1826 . hal-02865008

HAL Id: hal-02865008

<https://hal.science/hal-02865008>

Submitted on 11 Jun 2020

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.

Le Conseil constitutionnel et la Haute cour constitutionnelle égyptienne : divergences et convergences

Nathalie Bernard-Maugiron

Citer ce document / Cite this document :

Bernard-Maugiron Nathalie. Le Conseil constitutionnel et la Haute cour constitutionnelle égyptienne : divergences et convergences. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 22-2006, 2007. Autonomie régionale et locale et constitutions - La répartition des compétences normatives entre le parlement et le gouvernement. pp. 11-35;

doi : <https://doi.org/10.3406/aijc.2007.1826>

https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2007_num_22_2006_1826

Fichier pdf généré le 05/07/2018

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LA HAUTE COUR CONSTITUTIONNELLE ÉGYPTIENNE : DIVERGENCES ET CONVERGENCES

*par Nathalie BERNARD-MAUGIRON **

En 2005, l'Égypte adopta pour la première fois un système de contrôle de constitutionnalité des lois *a priori*. Les partisans de cette réforme – limitée il est vrai à une seule loi¹ – et en particulier le président de l'Assemblée du peuple², la justifiaient notamment par l'invocation du précédent français.

Le système juridique égyptien est en effet traditionnellement considéré comme appartenant à la famille française de droit³. Les premiers codes pénal, civil, de commerce, de commerce maritime, de procédure pénale et de procédure civile et commerciale, apparus en Égypte à la fin du XIX^e siècle, reprirent ainsi des pans entiers de leurs homologues français. Ces codes firent ensuite l'objet de nombreux amendements et furent même parfois refondus (comme le Code civil, en 1948), mais le fond commun reste d'inspiration française. L'organisation judiciaire s'est également inspirée du modèle français et en a notamment suivi le système de dualité des juridictions, avec une Cour de cassation et un Conseil d'État au sommet de chaque ordre juridictionnel. On aurait donc pu légitimement s'attendre à ce que l'organe mis en place pour contrôler la constitutionnalité des lois suive le modèle du Conseil constitutionnel français, comme ce fut le cas notamment au Maroc⁴ ou dans d'autres pays du Maghreb⁵. Or, les techniques de contrôle de constitutionnalité en

* Docteur en droit. Chargée de recherche (Institut de recherche pour le développement, CEDEJ UR102, Le Caire)

1 La loi n° 174 de juillet 2005, adoptée pour mettre en oeuvre l'amendement de l'article 76 de la Constitution, instaurant l'élection du président de la République au suffrage universel. En vertu de l'ancien article 76 de la Constitution égyptienne de 1971, le président de la République était choisi par l'Assemblée du peuple et ce choix devait ensuite être soumis au peuple par le biais d'un référendum. Si l'amendement de mai 2005 instaura pour la première fois l'élection du président au suffrage universel, il imposa toutefois des conditions draconiennes – au vu du contexte politique égyptien – pour pouvoir se présenter.

2 Chambre basse du parlement.

3 Cf. Jan GOLDBERG, « Réception du droit français sous les Britanniques en Égypte : un paradoxe ? », *Égypte Monde-arabe* (revue du CEDEJ), Le Caire, 34, 1998, p. 67-79.

4 Cf. Omar BENDOUROU, « La justice constitutionnelle au Maroc », *RDP*, 1997, 4, p. 1023-1046.

5 Cf. Rafâa BEN ACHOUR, « Extension et développement des organes de contrôle de la constitutionnalité au Maghreb », *AJJC*, Economica-PUAM, XI-1995, p. 901-918.

vigueur en France et en Égypte sont bien différentes même si, en pratique, les résultats obtenus présentent de nombreux traits communs.

La Haute Cour constitutionnelle égyptienne et le Conseil constitutionnel ont connu un destin parallèle : voulues par un exécutif soucieux de consolider sa place au sein du pouvoir, accueillies avec peu d'enthousiasme voire même avec hostilité lors de leur création, ces deux institutions ont toutes deux évolué de façon imprévisible et se sont transformées en gardiennes des libertés constitutionnelles. Le contexte de l'apparition du Conseil constitutionnel est bien connu : le désir des rédacteurs de la Constitution d'en faire un instrument de limitation du Parlement par rapport au Gouvernement. Est-il besoin de rappeler également les étapes majeures de son évolution et de sa transformation : 1971, le Conseil constitutionnel incorpore le préambule de la Constitution de 1958 au bloc de constitutionnalité⁶ ; 1974, le droit de saisine est ouvert à soixante députés ou sénateurs. À partir des années quatre-vingt et avec l'alternance, la jurisprudence du Conseil s'affirme et les remous suscités par certaines de ses décisions ne font que confirmer l'importance de la place prise par cette institution au sein de l'organisation de l'État.

La Haute Cour constitutionnelle égyptienne a connu une évolution plus progressive. Instituée par la Constitution égyptienne de 1971, elle n'a toutefois vu le jour qu'en 1979. Les dispositions constitutionnelles devaient en effet être complétées par une loi, qui ne fut adoptée que huit ans plus tard. L'Égypte, comme la France, avait une expérience antérieure de contrôle de constitutionnalité. Mais alors que le Comité constitutionnel avait été institué par la Constitution française de 1946, le contrôle de constitutionnalité des lois était apparu en Égypte en 1948 de façon prétorienne, la Constitution de 1923 étant muette à ce sujet. C'est par un arrêt du Conseil d'État⁷, repris quelques années plus tard par la Cour de cassation⁸, que les tribunaux égyptiens s'attribuèrent le droit d'écarter la loi applicable au litige s'ils l'estimaient contraire à la Constitution. Ce système de contrôle diffus engendra une certaine insécurité juridique, puisque la décision des tribunaux en matière de constitutionnalité n'avait qu'une autorité relative de chose jugée et qu'une même loi pouvait donc être jugée inconstitutionnelle par une juridiction, puis constitutionnelle par une autre. Il fonctionna néanmoins jusqu'en août 1969, date à laquelle un système centralisé fut mis en place par une ordonnance présidentielle⁹. Le contexte politique de l'époque était troublé. L'Égypte avait perdu la guerre de 1967 et le président Nasser essayait de reprendre en mains les rênes du pouvoir. Estimant que le judiciaire faisait preuve de trop de réticence à mettre en œuvre sa politique de réforme économique et politique, il tenta de le mettre au pas en adoptant diverses mesures. Il décida ainsi que toutes les affectations des magistrats devaient faire l'objet d'une procédure de revalidation par le chef de l'État, et que les juges qui ne seraient pas confirmés dans leurs fonctions seraient transférés vers des postes non judiciaires ou mis à la retraite. Près de deux cents hauts magistrats, dont le président et quatorze conseillers de la Cour de cassation ainsi que le président du Conseil d'État, furent ainsi écartés¹⁰. Le même jour, par une autre ordonnance, le chef de l'État créait une Cour suprême chargée du contrôle de constitutionnalité des lois. La mise en place de cette juridiction fut présentée comme une étape nécessaire

6 CC, décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*.

7 Conseil d'État, 10 février 1948, n° 65/1e, *Recueil d'arrêts du Conseil d'État*, 2e année, p. 315.

8 Cour de cassation (chambre pénale), 7 février 1952, n° 386/20, *Recueil d'arrêts de la Cour de cassation*, 3e année, n° 2, p. 481.

9 Ordonnance n° 81 du 31 août 1969, *JO*, n° 35 bis, 31 août 1969.

10 Sur cette affaire, v. Bernard BOTIVEAU, « Nasser et les magistrats égyptiens : l'affrontement de 1969 et le débat sur la souveraineté de la loi », in Mahiou (ed.), *L'État de droit dans le monde arabe*, Paris, CNRS éditions, 1997, p. 395-402.

de la réforme judiciaire, afin d'harmoniser la jurisprudence et de garantir l'unité de l'application de la loi pendant la période de transition vers le socialisme. La création d'une cour constitutionnelle était donc dirigée en premier lieu contre le pouvoir judiciaire et non, comme en France, contre le pouvoir législatif. Dans les deux cas, toutefois, elle devait servir à renforcer le pouvoir exécutif et, plus particulièrement, le chef de l'État.

Le statut des membres de la Cour suprême permettait par ailleurs au chef de l'État d'en garder le contrôle : ils étaient nommés par le président de la République lui-même, pour un mandat de trois ans renouvelable ¹¹. Si l'un des juges manquait gravement à ses devoirs professionnels ou perdait la confiance et la considération qu'il devait inspirer, il pouvait être mis à la retraite par décision du chef de l'État, après une enquête menée par le président de la Cour ¹². On comprend que cette nouvelle institution ait été mal accueillie par le milieu judiciaire, qui vit en elle non pas un organe indépendant chargé de protéger les libertés publiques, comme l'est traditionnellement une juridiction constitutionnelle, mais une excroissance de l'exécutif à lui dévouée, chargée de mettre fin aux velléités d'indépendance du judiciaire et de l'amener à valider les changements politiques, économiques et sociaux que le pouvoir s'efforçait de mettre en place. En retirant aux juridictions ordinaires le contrôle de constitutionnalité des lois qu'elles s'étaient octroyé depuis trois décennies, le président Nasser espérait les affaiblir. Il les plaçait également dans une position d'infériorité et de subordination par rapport à la Cour suprême, puisque les décisions de cette dernière se voyaient reconnaître autorité absolue de chose jugée.

Deux ans après la création de la Cour suprême, une nouvelle Constitution fut adoptée en Égypte. Ses articles 174 à 178 prévoyaient la mise en place d'une juridiction chargée du contrôle de la constitutionnalité des lois et des règlements : la Haute Cour constitutionnelle. Il est probable que le président Sadate, qui venait de succéder à Nasser, attendait lui aussi du juge constitutionnel une certaine docilité, d'autant qu'en moins de deux années d'activité la Cour suprême n'avait pas encore eu vraiment le temps de s'imposer ni de s'émanciper. En attendant le vote de la loi d'organisation de la Haute Cour constitutionnelle et la nomination de ses membres, la Cour suprême continua à fonctionner, conformément à l'article 192 de la nouvelle Constitution. Des projets de lois portant organisation de la Haute Cour constitutionnelle furent déposés devant le parlement égyptien, mais ne parvinrent pas être votés, faute de consensus et de volonté politique. Les magistrats continuaient à s'opposer à la centralisation du contrôle de constitutionnalité et les autres pouvoirs semblaient se satisfaire du *statu quo*. Il fallut attendre 1979 pour que, sous l'impulsion du nouveau président de la Cour suprême, la loi d'organisation de la Haute Cour constitutionnelle soit enfin votée ¹³ et que cette juridiction puisse commencer à fonctionner.

La Haute Cour constitutionnelle allait progressivement s'émanciper de la tutelle de l'exécutif et s'affirmer comme une institution protectrice des droits fondamentaux. Si son statut, ses attributions et ses conditions de fonctionnement diffèrent très nettement de ceux du Conseil constitutionnel (I), la jurisprudence et les méthodes d'interprétation des deux organes sont très proches (II). Au-delà des différences de techniques de contrôle et des contingences dues à un contexte social, économique et politique différent, on retrouve dans les deux cas des préoccupations similaires et qui semblent être le propre des juridictions constitutionnelles : protéger

11 Article 7 de l'ordonnance n° 81 de 1969.

12 Article 9 de l'ordonnance n° 81 de 1969.

13 Loi n° 48 du 29 août 1979 portant organisation de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne, *JO*, n° 36, 6 septembre 1979.

la Constitution et, à travers elle, les droits et libertés des individus contre les atteintes qui pourraient leur être portées par les pouvoirs publics.

I - DES ORGANES TECHNIQUEMENT DIFFÉRENTS

Que ce soit par leur organisation ou du fait des attributions qui leur ont été confiées, le Conseil constitutionnel et la Haute Cour constitutionnelle présentent chacun des caractères propres.

A - Spécificité des statuts

Alors que les membres du Conseil constitutionnel sont nommés par le président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat, ceux de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne ne sont pas choisis par des instances politiques mais au terme d'un processus de cooptation. Lorsqu'un siège vient à être vacant, le président de la Haute Cour constitutionnelle, d'une part, et l'Assemblée générale de cette juridiction, d'autre part, proposent chacun le nom d'un remplaçant potentiel. Les deux propositions sont ensuite soumises au président de la République, qui choisit entre les deux candidats après avoir pris l'avis du Conseil supérieur des organes judiciaires¹⁴. En pratique, le président de la Cour et l'Assemblée générale semblent se concerter pour ne proposer qu'un seul candidat, toujours entériné jusqu'à présent par le chef de l'État. Ce candidat fut choisi pendant longtemps au sein du corps des commissaires rapporteurs de la Haute Cour constitutionnelle, corps fortement inspiré des commissaires du gouvernement du Conseil d'État français. Depuis la fin des années 90, toutefois, les juges nouvellement nommés proviennent très souvent d'autres juridictions, civiles ou administratives.

À la différence des membres du Conseil constitutionnel, qui doivent seulement jouir de leurs droits civils et politiques, les juges constitutionnels égyptiens doivent remplir un certain nombre de conditions : ils doivent être âgés au minimum de quarante cinq ans et avoir des connaissances juridiques¹⁵. Ils doivent en effet satisfaire aux conditions requises pour être magistrat¹⁶ et être choisis parmi ces derniers ou parmi les professeurs de droit ou les avocats jouissant d'une longue ancienneté dans l'exercice de leur profession¹⁷. De plus, les deux tiers des membres au moins doivent appartenir au corps judiciaire¹⁸. Jusqu'à présent, un seul juge de la Haute Cour constitutionnelle a été choisi en dehors du corps de la magistrature. Ce juge, ancien avocat, présente également la particularité d'être la seule femme juge de la cour constitutionnelle et même la seule femme juge d'Égypte¹⁹. En n'associant pas au choix des juges le Parlement et le gouvernement, pouvoirs issus des élections et que la Cour est amenée à contrôler, la Cour pourrait être privée d'une forme de légitimité démocratique, les forces politiques n'ayant pas le sentiment d'être

14 Article 5 de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle. Le Conseil supérieur des organes judiciaires est présidé par le président de la République. En 1984 puis en 2006, il a perdu une grande partie de ses attributions au profit du Conseil supérieur de la magistrature, entièrement composé de magistrats.

15 Article 4 de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle.

16 Être de nationalité égyptienne, avoir au moins une licence en droit, être de bonne réputation et n'avoir jamais été condamné pénalement.

17 Article 4 de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle.

18 Article 5 de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle.

19 Bien que la loi n° 46 de 1972 sur le pouvoir judiciaire et la loi n° 47 de 1972 sur le Conseil d'État n'exigent pas d'être de sexe masculin pour être nommé magistrat, en pratique aucune femme n'a encore été recrutée dans aucun de ces deux corps.

représentées en son sein. Mais dans un pays comme l'Égypte, qui ne connaît pas l'alternance politique, ce type de nomination a permis de renforcer l'indépendance des juges par rapport au pouvoir politique.

Une autre différence entre les deux systèmes réside dans le fait que les juges constitutionnels égyptiens sont nommés à vie, ou plutôt jusqu'à l'âge de la retraite, fixé actuellement à soixante-huit ans. Si l'on prend en considération le fait qu'ils doivent avoir au moins quarante-cinq ans au jour de leur nomination, il en ressort qu'ils peuvent donc rester en poste vingt-trois ans, soit plus du double qu'en France. Cette garantie a permis elle aussi de renforcer l'indépendance des juges constitutionnels. Cela signifie également qu'il n'y a de changement dans la composition de la juridiction constitutionnelle égyptienne que lorsqu'un membre décède, atteint l'âge de la retraite ou démissionne, alors qu'en France il y a renouvellement d'un tiers des membres tous les trois ans.

Le nombre des juges est également différent. La loi sur la Haute Cour constitutionnelle prévoit en effet qu'ils doivent être « en nombre suffisant »²⁰, sans fixer de limite maximale, le quorum étant par ailleurs fixé à sept membres²¹, comme en France. Il est vrai que plane toujours sur la Haute Cour constitutionnelle le risque de voir le chef de l'État procéder à une « fournée de juges » afin de s'assurer d'une majorité favorable à ses vues. Ce risque ne s'est toutefois pas concrétisé jusqu'à présent et, si le nombre des juges a pu varier au fil du temps, il semble se stabiliser autour de seize membres, contre neuf en France.

Quant au président de l'institution, il est intéressant de relever ici un point commun entre les deux organes. Il est en effet choisi dans les deux pays par le chef de l'État, de façon discrétionnaire. En Égypte comme en France, le président est nommé par le président de la République, qui n'est pas tenu de le choisir parmi des juristes²². Pendant longtemps, le chef de l'État égyptien a nommé à cette haute position le membre le plus ancien de la Cour. Cette tradition s'est toutefois éteinte au début des années 2000, lorsque a été nommé à la tête de la cour constitutionnelle le président de la Cour de cassation puis, après son décès, le président de la Cour d'appel du Caire, avant que ce dernier ne soit nommé ministre de la Justice en août 2006 et remplacé par le procureur général. Comme on le voit, la présidence de la Cour tend donc depuis quelques années à se politiser.

Comme en France, les juges constitutionnels égyptiens sont inamovibles²³ et ne peuvent être destitués que par leurs pairs. Mais ce privilège de juridiction est plus important en Égypte puisque il n'est pas limité aux seules sanctions disciplinaires. Les juges constitutionnels bénéficient en effet d'une immunité en ce qui concerne les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et d'un privilège de juridiction pour tous les autres : l'article 177 de la Constitution a prévu qu'ils ne peuvent être jugés et sanctionnés que par la Haute Cour constitutionnelle elle-même. Les incompatibilités auxquelles sont soumis les juges constitutionnels sont plus nombreuses en Égypte qu'en France. Ils ne peuvent exercer d'activité privée et se voient interdire l'exercice de toute activité politique et de tout mandat représentatif, que ce soit au niveau national ou régional. De plus, ils ne peuvent être délégués ou détachés que pour des missions d'ordre juridique et seulement auprès d'organisations internationales ou d'États étrangers, ou pour la réalisation de travaux scientifiques²⁴. Rappelons qu'en France, la qualité de membre du Conseil constitutionnel est

20 Article 3 de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle.

21 *Ibid.*

22 Article 5 de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle.

23 Article 11 de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle.

24 Article 13 de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle.

incompatible avec celle de membre du gouvernement, du Parlement, du Conseil économique et social, ou de dirigeant d'un parti politique et, depuis la loi organique du 20 janvier 1995, avec l'exercice de tout mandat électif, mais que les activités privées ne leur sont toutefois pas interdites.

B - Particularité des attributions

La Haute Cour constitutionnelle égyptienne et le Conseil constitutionnel français sont tous deux chargés du contrôle de la constitutionnalité des lois, mais selon des mécanismes très différents. Chacun s'est vu confier par ailleurs un certain nombre d'autres attributions.

1) Modalités du contrôle de constitutionnalité

L'examen des requêtes en inconstitutionnalité diverge entre les deux organes quant au mode de saisine, au champ du contrôle et quant à la procédure suivie.

a) Mode de saisine

La Haute Cour constitutionnelle égyptienne et le Conseil constitutionnel jouissent tous deux du monopole de l'examen de la constitutionnalité des lois. Ni l'un ni l'autre ne peut être saisi par voie directe par les individus, mais leurs modes de saisine sont néanmoins bien différents : celle du Conseil constitutionnel se fait *a priori*, par voie d'action ; celle de la Haute Cour constitutionnelle *a posteriori*, par voie d'exception. C'est en effet après l'adoption de la loi, mais avant sa promulgation, que le Conseil constitutionnel peut être saisi par certaines autorités politiques limitativement énumérées. En Égypte, par contre, le contrôle de constitutionnalité intervient alors que la loi est déjà en vigueur. La seule exception en la matière est la loi n° 174 de 2005 sur les élections présidentielles, qui fut soumise à la Haute Cour constitutionnelle avant son entrée en vigueur, conformément au nouvel article 76 de la Constitution relatif au choix du président de la République. La Cour releva un certain nombre d'irrégularités dans le projet de loi, lequel fut renvoyé à l'Assemblée du peuple. Une fois les rectifications requises introduites, le texte fut promulgué par le président de la République.

Dans tous les autres cas, le contrôle de constitutionnalité des lois continue à s'effectuer *a posteriori*. À l'occasion d'un litige devant les juridictions du fond, une partie peut en effet soulever une exception d'inconstitutionnalité contre une disposition qui commande l'issue du litige²⁵. Si le juge du fond estime que cette exception est sérieuse, il suspend l'examen de l'affaire au principal et fixe à la partie un délai pour saisir la Haute Cour constitutionnelle, délai qui ne peut excéder trois mois²⁶. À l'expiration de ce délai, et en cas d'absence de saisine par le plaideur, l'examen au fond du litige reprend et le juge applique la loi dont la constitutionnalité était contestée. Le juge du fond a également la possibilité de soulever d'office l'inconstitutionnalité d'une loi, si elle lui semble entachée d'inconstitutionnalité²⁷. Il surseoira alors à statuer sur le fond et saisira lui-même le juge constitutionnel d'une ordonnance de renvoi. La saisine par une partie au litige est toutefois le mode de saisine le plus pratiqué. La Haute Cour constitutionnelle a également la faculté de s'autosaisir de la constitutionnalité d'un texte auquel elle se

25 Article 29b de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle.

26 *Ibid.*

27 Article 29a de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle.

trouve confrontée dans le cadre de ses attributions et qui a un rapport avec le litige qu'elle est amenée à trancher²⁸. Cette compétence aurait pu permettre à la Haute Cour constitutionnelle d'exercer un pouvoir plus grand que celui du Conseil constitutionnel, puisque ce dernier ne peut se saisir de lois autres que celles soumises à son examen, même s'il étend son contrôle à toutes les dispositions de la loi soumise à son examen. S'il a parfois fait usage de cette faculté, notamment dans une décision de 1982²⁹ pour se saisir d'office d'une disposition de la loi sur le pouvoir judiciaire alors qu'il était saisi d'un recours contre la loi sur le Conseil d'État, le juge constitutionnel égyptien n'a toutefois que très peu recouru à cette faculté.

À la différence du système en vigueur en France, les autorités politiques en Égypte n'ont donc pas accès au prétoire du juge constitutionnel³⁰. Ou, plus exactement, l'État sera considéré comme partie à tout litige constitutionnel, mais en tant que défenseur du texte attaqué. La loi sur la Haute Cour constitutionnelle prévoit en effet que l'État est réputé avoir un intérêt dans toutes les requêtes en inconstitutionnalité³¹, lesquelles sont généralement dirigées contre le président du Conseil des ministres, le président de la République, le ministre de la Justice, le ministre de l'Intérieur ou même le procureur général. L'État est considéré comme responsable des lois adoptées et comme ayant toujours un intérêt à les défendre. Or il est paradoxal, si l'on s'en tient à la conception classique de la séparation des pouvoirs, que l'État, et plus exactement l'exécutif, se retrouve dans la situation de devoir défendre des textes adoptés par le législatif. Et il est encore plus paradoxal que ce même pouvoir exécutif se trouve amené à défendre, au nom du principe de continuité de l'État, des textes adoptés sous des régimes antérieurs, monarchie ou socialisme nassérien, caractérisés par une idéologie politique et économique fort différente de celle sur laquelle repose actuellement le régime. Il est vrai que l'invalidation de certaines dispositions, notamment les lois de nationalisation nassériennes, met en jeu des intérêts autres que simplement idéologiques, puisqu'elle entraîne des conséquences financières très lourdes pour l'État, tenu d'indemniser, plus de trente ans après, les victimes d'expropriations abusives.

b) Champ du contrôle

Les textes soumis au contrôle du juge constitutionnel égyptien peuvent émaner à la fois du législatif et de l'exécutif. La Constitution de 1971 prévoit en effet que les lois, mais aussi les règlements administratifs, peuvent être soumis au contrôle du juge constitutionnel. Alors qu'en France le contrôle de constitutionnalité des règlements administratifs relève du juge administratif, en Égypte il fait donc partie des attributions de la Haute Cour constitutionnelle. Il faut peut-être voir dans cette attribution un vestige des conditions d'apparition du juge constitutionnel égyptien, institué à l'origine pour priver les juridictions ordinaires de toute intervention en matière de contrôle de constitutionnalité³². Comme en France, toutefois, le contrôle

28 Article 27 de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle.

29 HCC, 16 mai 1982, 10/1e, *Recueil des décisions de la Haute Cour constitutionnelle* (ci-après *Rec.*), vol. 2, p. 50 et s.

30 Il est vrai que, juridiquement, rien n'empêche une institution étatique de soulever une exception d'inconstitutionnalité. C'est ainsi que le doyen d'*al-Azhar* – institution publique depuis 1961 – déposa un recours contre l'article 226 du Code civil, relatif aux intérêts moratoires, pour violation de l'article 2 de la Constitution (HCC, 4 mai 1985, n° 20/1, *Rec.*, vol. 3, p. 209 et s.). Pour des raisons politiques bien évidentes, ce type de saisine est toutefois exceptionnel.

31 Article 35 de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle.

32 Alors que l'article 4 de l'ordonnance n° 81 de 1969 avait confié à la Cour suprême le contrôle de la constitutionnalité des seuls « textes législatifs », cette juridiction avait estimé que la recherche

de constitutionnalité des actes administratifs individuels est du ressort du Conseil d'État.

Alors que le Conseil constitutionnel ne procède au contrôle indirect de la conformité à la Constitution des traités internationaux qu'au moment de leur ratification pour décider s'ils peuvent être introduits en droit interne sans que la Constitution soit modifiée, la Haute Cour constitutionnelle a estimé que les conventions internationales s'étant vues reconnaître par l'article 151 de la Constitution de 1971 une simple « force de loi », elles sont de rang infra constitutionnel. Elle accepte donc de contrôler leur conformité à la Constitution de 1971³³.

S'il a repris expressément du droit français la notion d'actes de gouvernement, le juge constitutionnel égyptien en a toutefois fait un usage modéré, procédant au cas par cas et estimant que c'est à lui qu'il revient de qualifier un acte de politique ou de juridique. Il ne fera échapper un texte à son contrôle que s'il émane du pouvoir suprême de l'État et de sa souveraineté interne ou externe et cherche à réaliser l'intérêt politique de la société tout entière, à organiser ses relations extérieures avec les autres États ou à protéger sa paix intérieure et à défendre son territoire contre toute agression extérieure³⁴. La Haute Cour constitutionnelle a reconnu comme acte de gouvernement une convention internationale créant une armée arabe, conclue au sein de la Ligue des États arabes, qui touchait à la sauvegarde de l'existence même de l'État égyptien et à la protection de sa paix et de sa sécurité extérieures³⁵. Elle a jugé, par ailleurs, que les lois référendaires devaient être considérées comme des lois ordinaires et n'échappaient pas à son contrôle. Prenant le contre-pied du Conseil constitutionnel, qui s'est déclaré incompétent pour procéder au contrôle de la constitutionnalité de textes émanant du peuple, donc du souverain lui-même³⁶, la Haute Cour constitutionnelle a estimé que ces lois risquaient de porter atteinte à des droits fondamentaux et que, par conséquent, il n'y avait pas lieu de les considérer comme bénéficiant d'une immunité. Pour elle, le fait que des principes bénéficient du support populaire et aient été adoptés par référendum ne suffit pas à les élever au rang constitutionnel et ne peut, non plus, leur donner valeur d'amendement à la Constitution, car cette dernière ne peut être révisée qu'en respectant la procédure instituée par la Constitution. Des lois, même approuvées par référendum, restent des actes législatifs, inférieurs à la Constitution et soumis au contrôle de la Haute Cour constitutionnelle³⁷.

La Cour peut être amenée à se prononcer sur tous les textes législatifs ou réglementaires en vigueur, ce qui lui a permis d'apurer le système législatif égyptien d'un certain nombre de dispositions anciennes, contraires notamment aux droits fondamentaux garantis par la Constitution de 1971. Ce fut ainsi le cas d'un décret-

d'harmonisation poursuivie par ladite ordonnance, entraînait nécessairement qu'il lui soit confié également le contrôle de la constitutionnalité des règlements administratifs (Cour suprême, 3 juillet 1971, n° 4/1^c, *Recueil des décisions de la Cour suprême*, vol. 1, p. 15). Cette interprétation avait entraîné la protestation des juridictions ordinaires, qui refusèrent de reconnaître cette extension de compétence et continuèrent à procéder elles-mêmes au contrôle de constitutionnalité des règlements administratifs.

33 HCC, 19 juin 1993, n° 10/14^c, *Rec.*, vol. 5, part. 2, p. 419 et s., à propos d'un accord interarabe de 1974 portant création de la Banque arabe internationale du commerce extérieur et du développement.

34 HCC, 21 janvier 1984, n° 48/4^c, *Rec.*, vol. 3, p. 22 et s.

35 HCC, 21 janvier 1984, n° 48/4e, *Rec.*, vol. 3, p. 22 et s.

36 CC, décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi référendaire* et CC, décision n° 92-313 DC du 23 septembre 1992, *Ratification des accords de Maastricht*.

37 HCC, 21 juin 1986, n° 56/6^c, *Rec.*, vol. 3, p. 353 et s.

loi de 1957 relatif à la contrebande, qui autorisait la confiscation de biens sur la base d'une décision administrative, alors que l'article 36 de la Constitution de 1971 exige une décision de justice³⁸ ; de décrets-lois de 1961 et 1963, jugés contraires à l'article 68 de la Constitution de 1971 pour avoir soustrait des actes administratifs à tout contrôle judiciaire³⁹ ; d'un décret de 1950 autorisant la perquisition à domicile en cas de flagrant délit, déclaré contraire à l'article 44 de la Constitution⁴⁰ ou d'une disposition législative datant de 1941 qui faisait peser sur toute personne commercialisant de la nourriture ou des médicaments périmés une présomption de connaissance de l'état des marchandises, disposition qui fut invalidée par la Haute Cour constitutionnelle pour violation de la présomption d'innocence telle que garantie par l'article 67 de la Constitution de 1971⁴¹. Rappelons qu'en France le Conseil constitutionnel ne peut procéder à ce toilettage puisqu'il n'est saisi que des nouveaux textes de loi, ce qui constitue d'ailleurs un des reproches majeurs qui lui sont adressés.

c) Procédure d'examen

La procédure d'examen des recours est également différente dans les deux cas. Elle est davantage contradictoire en Égypte qu'en France, les parties étant invitées à soumettre des mémoires et à se faire représenter par un avocat. En France, l'affaire est certes confiée à un rapporteur, mais ce dernier est un membre du Conseil constitutionnel et son nom n'est pas rendu public. En Égypte, c'est un membre du corps des commissaires rapporteurs qui est chargé d'instruire l'affaire, d'identifier les points de droit, de les clarifier et de présenter un rapport. Il jouit d'une grande latitude pour contacter les parties au litige, l'auteur du texte ou toute autre autorité qu'il lui semble utile de consulter⁴². Son rapport est endossé par le corps des commissaires et rendu public. Une fois le rapport déposé, le président de la Cour fixe une date pour l'audience⁴³, celle-ci se déroulant en public et non à huis clos comme en France. Les parties doivent s'y faire représenter par un avocat et l'État par un membre de l'Administration du contentieux de l'État⁴⁴. Il n'y a pas de plaidoirie, sauf si la Cour le juge nécessaire⁴⁵. Dans ce cas, seuls les avocats des parties et le représentant du corps des commissaires pourront s'exprimer devant la Cour. En pratique, toutefois, l'examen public de l'affaire est plus l'accomplissement d'une formalité que le lieu d'un véritable débat, préférence étant donnée à l'écrit sur l'oral.

La décision de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne est énoncée sous forme de considérants, comme celle du Conseil constitutionnel. Comme en France également, les opinions dissidentes ou individuelles ne sont pas rendues publiques et la décision est réputée avoir été adoptée à l'unanimité. La Haute Cour constitutionnelle ne statue que dans les limites des conclusions des requérants. Seules les dispositions dont la partie au litige ou le juge du fond ont soulevé l'inconstitutionnalité peuvent être examinées par elle. Cette position diffère de celle du Conseil constitutionnel qui, lui, s'estime saisi de la loi dans sa totalité : le fait que

38 HCC, 3 janvier 1981, n° 28/1^{er}, *Rec.*, vol. 1, p. 156 et s.

39 HCC, 30 avril 1983, n° 16/1^{er} ; n° 5/2^e et n° 7/3^e, *Rec.*, vol. 2, p. 94 et s.

40 HCC, 2 juin 1984, n° 5/4^e, *Rec.*, vol. 3, p. 67 et s.

41 HCC, 20 mai 1995, n° 31/16^e, *Rec.*, vol. 7, p. 716 et s.

42 Article 39 de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle.

43 Article 41 de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle.

44 Article 43 de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle. Le service du contentieux de l'État est chargé de prendre la défense des intérêts de l'État devant les tribunaux. Il est organisé par la loi n° 75 de 1963, telle qu'amendée par la loi n° 10 de 1986.

45 Article 44 de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle.

le recours porte sur une disposition précise ne l'empêche pas, le cas échéant, de prononcer l'inconstitutionnalité d'une autre disposition de la loi soumise à son examen⁴⁶. Si le juge constitutionnel égyptien ne recourt pas aux conclusions soulevées d'office, il n'hésite toutefois pas à soulever des moyens d'office, comme le fait également le juge constitutionnel français. Tous deux ne se sentent en effet pas liés par les griefs invoqués par le requérant. Saisie d'une disposition législative ou réglementaire, la Haute Cour constitutionnelle égyptienne en examine la conformité à toutes les dispositions de la Constitution et non seulement à celles invoqués par le requérant. Elle refusera donc par la suite toute nouvelle requête portant sur la même disposition, puisque celle-ci aura fait l'objet d'un examen exhaustif lors de sa précédente saisine. Il faut toutefois préciser que la Cour opère une distinction entre les griefs de forme et de fond : saisie d'une requête invoquant l'inconstitutionnalité formelle d'une disposition, elle n'en contrôlera pas la constitutionnalité substantielle. Par contre, saisie d'une requête invoquant l'inconstitutionnalité substantielle d'une disposition, elle procédera d'office à l'examen préalable de sa constitutionnalité formelle.

Une faiblesse du système égyptien de contrôle de constitutionnalité réside dans le fait que la Cour n'est pas tenue de statuer dans un délai déterminé après réception de l'exception ou de l'ordonnance de renvoi, contrairement au Conseil constitutionnel qui doit rendre sa décision dans le mois suivant l'introduction de la requête, voire même dans un délai inférieur en cas d'urgence. Certaines affaires mettent ainsi plusieurs années avant d'être tranchées par la Cour. La complexité technique de l'affaire n'est pas toujours seule responsable de la longueur de la procédure, des considérations politiques entrant bien souvent en ligne de compte. Certaines décisions risquent en effet d'avoir des conséquences politiques, sociales ou économiques importantes, et la Cour attend le moment propice pour rendre sa décision. Il arrive parfois également que les dispositions soumises à son examen soient tellement sensibles que la Cour préfère ne pas se prononcer. Elle utilisera l'artifice de la prolongation de l'examen de l'affaire par le corps des commissaires pour ne pas l'inscrire à l'audience. C'est ainsi, par exemple, que la Cour a été saisie pendant plusieurs années de requêtes contre une disposition de la loi sur la nationalité n° 26 de 1975, qui prévoyait que seul le père pouvait transmettre la nationalité égyptienne à ses enfants, les enfants de mère égyptienne et de père non égyptien n'étant pas considérés comme égyptiens. Cette disposition, manifestement contraire à l'article 40 de la Constitution égyptienne de 1971 relatif au principe d'égalité, tel qu'interprété par la Haute Cour constitutionnelle, fut finalement amendée par le législateur en 2004 sans que la Cour se soit prononcée sur sa validité. Reconnaître l'inconstitutionnalité de cette disposition entraînait en effet l'obligation pour l'État égyptien de fournir du jour au lendemain des prestations sociales, l'éducation gratuite, l'assurance médicale, puis un permis de travail, à plusieurs dizaines de milliers d'enfants nés en Égypte de mère égyptienne mais de père non égyptien (souvent un ressortissant des pays du Golfe ou d'Arabie saoudite), sans compter le droit au retour des enfants nés à l'étranger. Prise entre les impératifs économiques de l'État égyptien et la détresse de mères égyptiennes veuves, divorcées ou abandonnées qui ne pouvaient voir leurs enfants bénéficier des avantages sociaux réservés aux jeunes Égyptiens, la Haute Cour préféra s'en tenir à une position d'attente. D'autres dispositions dont la Cour a été saisie et sur lesquelles elle ne s'est

46 Cf. CC, décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Quotas par sexe* où, saisi de la constitutionnalité du mode d'attribution des sièges à l'issue du scrutin municipal, le Conseil constitutionnel rejette ce grief mais se saisit lui-même de l'ensemble de la loi, annulant la disposition qui instituait un quota par sexe pour la composition des listes électorales.

pas encore prononcée, portent sur l'état d'urgence et ses conséquences. L'état d'urgence est en effet en vigueur sans interruption depuis 1981 et entraîne notamment pour conséquence la possibilité de voir des civils jugés par des tribunaux militaires, conformément à la loi militaire de 1966. L'inconstitutionnalité de cette loi a été invoquée, notamment pour violation du droit à un juste procès, du respect des droits de la défense et du principe d'égalité, garantis par les articles 68 et 40 de la Constitution. Là encore, si la Cour a été saisie de recours contre cette disposition, elle ne s'est toujours pas prononcée sur sa conformité à la Constitution. Les raisons sont ici d'ordre politique, le chef de l'État, depuis les années 1990, faisant un recours accru à ces juridictions pour juger des civils – notamment des Frères musulmans – accusés de terrorisme et de complot contre l'État.

2) Domaines de compétence

Les juridictions constitutionnelles se voient souvent confier des attributions autres que le simple contrôle de la constitutionnalité des lois. C'est ainsi, par exemple, que les cours constitutionnelles allemande, italienne ou espagnole sont chargées de veiller au respect de l'équilibre entre l'État et ses collectivités territoriales. L'Égypte étant un État unitaire fortement centralisé et non fédéral ou même régional, le juge constitutionnel ne s'est pas vu confier ce type d'attributions, qui ne ressort pas de la compétence du Conseil constitutionnel non plus. Ni l'un ni l'autre ne jouent non plus de rôle dans la procédure de mise en accusation du président de la République ou des ministres, dans la proclamation de l'état d'exception ou dans la reconnaissance des partis politiques.

Le Conseil constitutionnel, par contre, statue en cas de contestation sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs ; il veille à la régularité de l'élection du Président de la République, examine les réclamations et proclame des résultats du scrutin. Il intervient à l'occasion de certains actes du chef de l'État (recours au référendum, utilisation de l'article 16 de la Constitution), et veille à la nouvelle répartition des compétences entre les pouvoirs législatif et exécutif instituée par la Constitution de 1958. Conformément à l'article 54 de la Constitution, il contrôle également l'incorporation des traités internationaux en droit interne.

En Égypte, la Constitution de 1971 n'a pas prévu de partage horizontal des compétences entre la loi et le règlement. Quant à la supervision des élections législatives, on ne peut que regretter que la Cour constitutionnelle ne se soit pas vue reconnaître un rôle équivalent à celui du Conseil constitutionnel. L'article 93 de la Constitution confie en effet à la Cour de cassation le soin d'enquêter sur le bien-fondé de la validité du mandat des députés, mais il revient ensuite à l'Assemblée elle-même de décider, à la majorité des deux tiers, d'invalider ou non le mandat du député mis en cause⁴⁷. Ce système est fortement contesté et suscite un grand nombre de protestations lors de chaque scrutin législatif. C'est ainsi, par exemple, que suite aux élections législatives de 2005, de nombreuses irrégularités (fraude, corruption, violence, etc.) furent dénoncées par la Cour de cassation, qui invalida le scrutin dans plusieurs circonscriptions électorales. Toutefois, l'Assemblée du peuple ne donna pas suite au rapport de la Cour de cassation. Les intérêts partisans prévalant, les élus du parti majoritaire mis en cause par la Cour de cassation furent implicitement confirmés dans leurs fonctions⁴⁸.

47 Rappelons que sous les III^e et IV^e Républiques en France, chaque assemblée parlementaire vérifiait également elle-même la régularité de l'élection de ses propres membres.

48 Pour une analyse des élections législatives de 2005, v. F. VAIREL (éd.), *La fabrique des élections*, CEDEJ-Karthala, 2007 (à paraître).

La Haute Cour constitutionnelle ne prononce pas l'empêchement du Président, à la différence du Conseil constitutionnel. La Constitution de 1971 prévoit toutefois dans son article 84 qu'en cas de vacance définitive du siège présidentiel ou de son incapacité permanente à assumer ses fonctions, le président de l'Assemblée du peuple exerce l'intérim jusqu'à la tenue de nouvelles élections, précisant toutefois que dans l'hypothèse où l'Assemblée du Peuple serait dissoute, c'est le président de la Haute Cour constitutionnelle qui se verrait confier cet intérim. Rappelons, enfin, qu'à la différence du Conseil constitutionnel, la Haute Cour constitutionnelle ne procède pas à l'examen de conformité des traités internationaux avant leur ratification, mais n'hésitera pas à procéder à cet examen lorsqu'elle sera saisie de la constitutionnalité d'une disposition conventionnelle. La Constitution ne prévoit pas non plus qu'elle doit obligatoirement être saisie du contrôle de constitutionnalité des lois organiques et des règlements des assemblées, quoiqu'il soit toujours possible qu'ils fassent l'objet d'un recours en inconstitutionnalité, par voie d'exception ou par une ordonnance de renvoi.

Parallèlement à son rôle en matière de contrôle de constitutionnalité des lois, la Haute Cour constitutionnelle égyptienne s'est vu confier d'autres attributions. C'est ainsi que, conformément à l'article 175 de la Constitution de 1971, elle est chargée d'interpréter les lois et ordonnances présidentielles, lorsque ces textes suscitent une divergence dans leur application et qu'ils sont d'une importance telle qu'il est nécessaire d'unifier leur interprétation afin d'éviter que des situations identiques ne soient traitées différemment par des organes de l'État. Cette compétence avait déjà été attribuée au prédécesseur de la Haute Cour constitutionnelle, la Cour suprême, qui s'était vu confier l'interprétation des textes législatifs dont la nature ou l'importance exigeait une interprétation uniforme par les tribunaux. En pratique, une interprétation quelque peu extensive avait été donnée à la notion de « textes législatifs », puisqu'il fut également demandé à la Cour suprême d'interpréter des dispositions constitutionnelles⁴⁹. Par une décision de 1980⁵⁰, la Haute Cour constitutionnelle a, quant à elle, déclaré irrecevables de telles demandes d'interprétations d'articles de la Constitution, formulées dans le cadre de cette attribution.

La requête en interprétation doit être présentée par le ministre de la Justice, sur demande du président du Conseil des ministres, du président de l'Assemblée du peuple ou du Conseil supérieur des organes judiciaires⁵¹. La Cour a jugé irrecevables des demandes en interprétation présentées par des juridictions ou par des particuliers. Elle exige, par ailleurs, que le différend survenu dans l'interprétation de la loi soit apparu dans son application effective et ne soit pas théorique. Même si, en pratique, la Cour a été peu saisie de telles requêtes en interprétation, certaines de ses décisions ont eu un grand impact. Il lui fut ainsi demandé en 1993 d'interpréter l'article 6 de la loi militaire n° 25 de 1966, qui autorise le président de la République, lorsque l'état d'urgence a été décrété, à renvoyer à la juridiction militaire des infractions prévues par le Code pénal ou par toute autre loi. Par le décret présidentiel n° 373 du 7 octobre 1992⁵², avaient été transférés aux tribunaux militaires les accusés dans les affaires dites des « Revenants d'Afghanistan » et du « Jihad ». Le 8 décembre 1992, la Cour du contentieux administratif décida que le décret devait être suspendu, en raison de son inconstitutionnalité, et refusa de transférer aux tribunaux militaires ces affaires pendantes devant sa juridiction qui ne

49 Cour suprême, 15 mars 1977, n° 3/8^e, *Recueil des décisions de la Cour suprême*, vol. 2, p. 203.

50 HCC, 1^{er} mars 1980, n° 1/1^{er} (interprétation), *Rec.*, vol. 1, p. 209 et s.

51 Article 33 de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle.

52 JO n° 44, 29 octobre 1992.

relevaient pas – selon elle – des juridictions militaires. À la même époque, la Cour suprême militaire interpréta l'article 6 dans son jugement du 3 décembre 1992 relatif aux deux mêmes affaires, comme autorisant le président de la République à choisir au cas par cas les affaires qui lui seraient soumises pour jugement. Le différend entre les deux juridictions portait sur la signification de l'expression « toute infraction » dans l'article 6 alinéa 2 de la loi n° 25 de 1966. Pour le juge administratif, le président ne pouvait transférer que des catégories entières de crimes mais non des cas individuels choisis discrétionnairement par lui. Pour le juge militaire, le président pouvait décider au cas par cas quelles affaires seraient jugées par les tribunaux militaires. La Haute Cour constitutionnelle, saisie pour avis de cette divergence d'interprétation, estima que le président pouvait très bien, conformément à la loi n° 25 de 1966, transférer des cas individuels⁵³. Cette interprétation fut très critiquée par l'opposition et par les organisations non gouvernementales.

La Haute Cour constitutionnelle est, par ailleurs, chargée de résoudre les conflits de compétence, négatifs ou positifs, entre juridictions, ainsi que les conflits de jugements⁵⁴. Intervenant comme tribunal des conflits, elle peut ainsi être saisie par une partie au litige pour trancher un conflit de compétence, lorsqu'une instance portant sur une même cause est engagée devant deux juridictions différentes qui se déclarent toutes deux compétentes ou incompétentes. La saisine de la Haute Cour constitutionnelle va entraîner la suspension de plein droit des instances pendantes qui s'y rapportent, jusqu'à ce que la Cour ait statué⁵⁵. La décision de la Cour donne à la juridiction désignée comme compétente un nouveau mandat pour statuer sur l'affaire, nonobstant tout jugement définitif qu'elle aurait pu délivrer précédemment. La Cour est également compétente pour régler tout conflit né de deux jugements définitifs et inconciliables, à condition toutefois qu'ils soient rendus par deux juridictions relevant d'ordres de juridiction différents, des règles spécifiques de règlement de ce type de conflits existant au sein de chaque ordre de juridiction⁵⁶.

Si la Haute Cour constitutionnelle et le Conseil constitutionnel divergent dans leur composition, leur statut et dans leur domaine de compétence, les différences tendent toutefois à s'estomper dans la jurisprudence de ces deux institutions, qui semble converger vers un même objectif de protection des droits et libertés fondamentales, à travers le recours à différentes techniques jurisprudentielles.

II - UNE POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE QUI TEND À CONVERGER

La jurisprudence du juge constitutionnel égyptien en matière de protection des droits fondamentaux présente de nombreux traits communs avec celle du Conseil constitutionnel et, à une plus large échelle, avec celle de l'ensemble des cours constitutionnelles⁵⁷. La position des deux juridictions est ainsi très similaire en ce qui concerne leur conception de la liberté individuelle et sa protection contre les

53 HCC, 30 janvier 1993, n° 1/15^e (interprétation), *Rec.*, vol. 5, part. 2, p. 463 et s.

54 Article 25 de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle.

55 Article 31 de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle.

56 Article 25 alinéa 3 de la loi n° 48 de 1979 sur la Haute Cour constitutionnelle.

57 Pour une analyse détaillée de cette jurisprudence, v. par l'auteur : *La politique à l'épreuve du judiciaire : la justice constitutionnelle en Égypte*, Bruylant, Bruxelles, 2003 et « La deuxième décennie de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne (1988-1998) », *AJIC*, Economica-PUAM XIV-1998, p. 653-680.

fouilles ou perquisitions à domicile ⁵⁸, ou à propos de la mise sous contrôle judiciaire sans décision judiciaire ⁵⁹ ; des droits et libertés politiques, et notamment la liberté des partis politiques ⁶⁰ ; du principe de la légalité des peines qui impose de définir les peines en termes suffisamment clairs et précis ⁶¹ ; des droits de la défense ; de la présomption d'innocence ; du droit des travailleurs à participer à la gestion des entreprises ou de la valeur constitutionnelle du principe de la séparation des pouvoirs. Comme le Conseil constitutionnel, la Haute Cour constitutionnelle a interprété la liberté d'expression comme impliquant le pluralisme des courants d'expression socio-culturels, condition de la démocratie ⁶². Comme lui, elle n'admet la privation du droit de propriété que dans l'intérêt général et moyennant une juste indemnité ⁶³. Quant au principe d'égalité, la Haute Cour constitutionnelle et le Conseil constitutionnel ont tous deux estimé qu'il garantit une égalité relative et non absolue, et ne s'oppose donc pas à ce que des situations différentes soient traitées de manière différente ⁶⁴. Allant au-delà de ce principe, et sans doute influencée par la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, la Haute Cour constitutionnelle a reconnu la légitimité des discriminations positives ⁶⁵. Les similitudes entre la

-
- 58 La Haute Cour constitutionnelle, dans une décision de 1984 (HCC, 2 juin 1984, n° 5/4e, *Rec.*, vol. 3, p. 67 et s.), a jugé qu'une loi de 1950, qui autorisait la perquisition à domicile sans mandat judiciaire en cas de flagrant délit, était contraire à l'article 44 de la Constitution de 1971 qui consacre le principe de l'inviolabilité du domicile. On peut rapprocher cet arrêt de la décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977 du Conseil constitutionnel relative à la fouille des véhicules ou de sa décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983 sur la perquisition au domicile des contribuables.
- 59 L'article 1 de la loi n° 74 de 1970 autorisait l'autorité administrative à mettre sous contrôle judiciaire des personnes soupçonnées de présenter un danger pour l'ordre public. La Haute Cour constitutionnelle jugea cette loi contraire à l'article 66 de la Constitution, selon lequel une sanction pénale ne peut être prononcée que par une décision de justice (HCC, 15 mai 1982, n° 39/3e, *Rec.*, vol. 2, p. 45 et s.). Dans le même sens, v. la décision du Conseil constitutionnel n° 79-109 DC du 9 janvier 1980 sur la détention des étrangers en instance d'éloignement du territoire, qui affirme que nul ne peut être détenu sans que le juge judiciaire soit mis à même de constater le caractère arbitraire ou justifié de la détention.
- 60 Dans un arrêt de 1988 (HCC, 7 mai 1988, n° 44/7e, *Rec.*, vol. 4, p. 109), la Haute Cour constitutionnelle jugea contraire à la Constitution l'article 4 de la loi n° 40 de 1977, tel qu'amendé par la loi n° 36 de 1979, qui interdisait aux personnes ayant manifesté leur hostilité au traité de paix signé entre l'Égypte et Israël le droit de former des partis politiques. Cet arrêt peut être rapproché de la décision n° 59-2 DC du Conseil constitutionnel des 17, 18 et 24 juin 1959 relative au règlement de l'Assemblée nationale, refusant à cette dernière le droit d'empêcher la formation d'un groupe politique en se faisant juge de la conformité de la déclaration politique dudit groupe à l'article 4 de la Constitution. Dans le même sens, v. aussi la décision n° 71-42 DC du 18 mai 1971.
- 61 CC, décision n° 80-127 DC du 19-20 janvier 1981, *Sécurité et liberté* et HCC, 2 janvier 1993, n° 3/10e, *Rec.*, vol. 5, part. 2, p. 130.
- 62 CC, décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 et HCC, 7 mai 1988, n° 44/7e, *Rec.*, vol. 4, p. 111.
- 63 Elle a ainsi déclaré inconstitutionnelles de nombreuses mesures de nationalisation et de mise sous séquestre opérées sous le régime nassérien, estimant que l'indemnité versée aux personnes touchées par ces mesures était insuffisante.
- 64 En ce sens v. par exemple CC, décision n° 81-129 DC des 30-31 octobre 1981, *Radios libres* et HCC, 7 mars 1992, n° 37/7e, *Rec.*, vol. 5, part. 1, p. 237.
- 65 Le juge constitutionnel égyptien a estimé qu'il n'était pas contraire au principe d'égalité de réserver 5% des emplois dans le secteur public à des personnes handicapées, ce traitement préférentiel étant justifié par la position d'infériorité dans laquelle elles se trouvent et par le désir de leur permettre de surmonter leur handicap et de participer efficacement et de façon productive à la vie publique (HCC, 5 août 1995, n° 8/16e, *Rec.*, vol. 7, p. 139 et s.). Cette décision contraste avec celle du Conseil constitutionnel, n° 82-146 DC du 18 novembre 1982, *Quotas par sexe*, invalidant une disposition législative prévoyant qu'un maximum de 75% des candidats composant une liste pour les élections municipales soient de même sexe. Pour une étude de l'*affirmative action* en Égypte, v. Yousri EL-ASSAR, « Les discriminations positives. Égypte », *AIJC*, Economica-PUAM, XIII-1997.

jurisprudence de la Haute Cour constitutionnelle et celle du Conseil constitutionnel se retrouvent dans les méthodes utilisées par ces instances dans leur travail d'interprétation. Comme le Conseil constitutionnel, la Haute Cour constitutionnelle égyptienne a placé la Constitution au sommet de la hiérarchie des normes, tout en s'octroyant une grande liberté dans son interprétation.

A - La consécration de la Constitution comme norme suprême

Comme le Conseil constitutionnel, la Haute Cour constitutionnelle égyptienne a clairement posé le principe de la supériorité de la Constitution, qu'elle a placée de façon explicite au sommet de la pyramide des normes. Si le Conseil constitutionnel a dû reconnaître valeur constitutionnelle au préambule de la Constitution de 1958 pour pouvoir intégrer au bloc de constitutionnalité, par ricochet, le préambule de la Constitution de 1946 et la Déclaration de 1789, la tâche de la Haute Cour constitutionnelle a été facilitée par le fait que la Constitution de 1971 reconnaît explicitement, dans son corps même, un grand nombre de droits fondamentaux.

La Cour a refusé de reconnaître la supériorité à la Constitution d'autres normes, qu'elles soient d'origine supranationale ou religieuse. Pas plus qu'en France, les normes de droit international ne se sont vues reconnaître une valeur supra constitutionnelle. Rappelons que la Constitution égyptienne de 1971 reconnaît « force de loi » aux conventions internationales et qu'en acceptant de contrôler leur conformité à la Constitution, la Haute Cour constitutionnelle leur a donc attribué une valeur infra constitutionnelle. Il est vrai, toutefois, que dans les années quatre-vingt dix, sous l'impulsion d'un président particulièrement libéral, la Haute Cour constitutionnelle se référa très souvent aux instruments internationaux et, plus particulièrement, au corpus de textes relatifs à la protection internationale des droits de l'homme. La Cour invoqua ainsi des conventions ratifiées par l'Égypte, comme le Pacte international sur les droits civils et politiques, le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ou la Charte africaine sur les droits des hommes et des peuples. De façon plus étonnante, elle cita également des textes non ratifiés par l'Égypte, comme la Convention européenne des droits de l'homme. Ce que la Cour recherchait en fait, à travers ses références à des textes internationaux, ce n'était pas une norme impérative, mais un principe, un standard. Pour elle, la Constitution, dans son essence, est inextricablement imbriquée avec les instruments internationaux et doit être interprétée à la lumière des principes qu'ils consacrent. Le fait qu'il existe au plan international une disposition analogue à une disposition constitutionnelle devait permettre au juge national d'interpréter les principes constitutionnels à la lumière du droit international, de manière à faire coïncider autant que possible le contenu de la norme interne avec celui du principe conventionnel. La Haute Cour constitutionnelle affirma ainsi à plusieurs reprises que la Constitution devait être interprétée par référence aux standards généralement reconnus et appliqués dans les pays démocratiques et tels qu'ils se reflètent dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. La norme internationale devait être utilisée comme source d'inspiration, comme norme de référence. Mais la Haute Cour constitutionnelle ne déclara cependant jamais une loi inconstitutionnelle pour violation d'une convention internationale. Elle a toujours rendu sa décision par référence aux dispositions de la Constitution de 1971. Cette invocation du droit

international a connu un net fléchissement à partir du début des années 2000, après le départ à la retraite de ce président et son remplacement par plusieurs présidents successifs plus « politiques ».

Dans sa recherche de standards consacrés par les « pays démocratiques » ou les « nations civilisées », le juge constitutionnel égyptien se réfère parfois également à la jurisprudence d'autres juges constitutionnels et, notamment, à des décisions du Conseil constitutionnel. Dans un arrêt de 1997⁶⁶, il s'est ainsi référé à ses décisions n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, *Sécurité et liberté*, et 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, et au fait que le Conseil constitutionnel y avait posé le principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce et celui de la non-rétroactivité des lois d'incrimination plus sévères, même en cas de sanction administrative. Dans le cadre d'une autre affaire⁶⁷, il a invoqué la décision du Conseil constitutionnel n° 82-145 DC du 10 novembre 1982 pour poser le principe de la responsabilité contractuelle. Saisie d'un texte mettant en question la liberté de mouvement, il invoqua la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC des 12 et 13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration* et la nécessité d'assurer la conciliation entre la liberté d'aller et venir et la protection de la sécurité nationale⁶⁸.

La Haute Cour constitutionnelle s'est par ailleurs trouvée confrontée à un problème que n'a pas eu à connaître le Conseil constitutionnel, celui de la place des normes d'origine religieuse. L'article 2 de la Constitution égyptienne se réfère en effet à un autre ordre normatif, religieux, celui de la loi islamique. Au moment de l'adoption de la Constitution en 1971, cet article se lisait comme suit : « L'islam est la religion de l'État, l'arabe est sa langue officielle et les principes de la loi islamique sont une source principale de la législation ». Si la référence à l'islam comme religion de l'État figurait déjà dans les Constitutions égyptiennes antérieures, sans que cela ait eu de conséquences au niveau strictement juridique, la shari'a islamique se voyait ici reconnaître pour la première fois un rôle normatif explicite. En 1980, l'article 2 fut amendé pour lire désormais : « L'islam est la religion de l'État, l'arabe est sa langue officielle et les principes de la loi islamique sont *la*⁶⁹ source principale de la législation ».

La Haute Cour constitutionnelle donna une portée juridique considérable à ce simple remplacement de l'article indéfini « une » par l'article défini « la ». Exposée à des pressions très fortes et souvent contradictoires, elle s'attacha à formuler une solution de compromis. Oui, les lois doivent être conformes aux principes de la shari'a. Non, il n'y a pas de contradiction au sein de la Constitution entre l'article 2, qui incorpore un ordre normatif hétérogène, et les dispositions qui consacrent la protection des droits fondamentaux. Toutes les dispositions de la Constitution ont la même valeur et c'est à la Haute Cour constitutionnelle qu'il revient de les harmoniser entre elles. Bien que le bloc de constitutionnalité en Égypte se limite au seul texte constitutionnel, le juge constitutionnel égyptien, comme son homologue français⁷⁰, s'est donc parfois trouvé face à des normes constitutionnelles antinomiques qu'il a fallu harmoniser. Tous deux ont affirmé l'égalité de toutes les composantes du bloc de constitutionnalité, refusant d'opérer une hiérarchie entre

66 HCC, 22 février 1997, n° 48/17^c, JO, n° 10, 6 mars 1997, p. 624-625.

67 HCC, 15 septembre 1997, n° 48/18^c, JO, n° 39, 25 septembre 1997, p. 2515.

68 HCC, 15 novembre 1997, n° 56/18^c, JO, n° 48, 27 novembre 1997, p. 2924.

69 Souligné par l'auteur.

70 Rappelons que le Conseil constitutionnel a eu lui aussi à concilier des normes antinomiques, notamment le droit de grève et le principe de continuité du service public (CC, décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*) ou la liberté de conscience et la liberté de l'enseignement (CC, décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977).

elles et s'efforçant, en cas de contrariété entre elles, de les concilier et de les rendre compatibles ⁷¹.

Pour interpréter la portée de l'article 2, la Haute Cour constitutionnelle procéda en plusieurs étapes. Tout d'abord, elle estima que l'amendement de 1980 avait changé totalement les données du problème : avant 1980 les lois n'avaient pas à être conformes à la shari'a, depuis 1980 elles doivent l'être. Dans un arrêt de 1985 ⁷², elle posa en effet le principe de la non-rétroactivité de l'amendement constitutionnel de 1980, estimant qu'il avait introduit une obligation nouvelle qui ne devait s'imposer qu'à partir de la date de son adoption. Les lois adoptées postérieurement à 1980 devront effectivement respecter les principes de la loi islamique, sinon la Haute Cour constitutionnelle pourra les déclarer inconstitutionnelles pour violation de l'article 2 de la Constitution. Mais la Cour s'estima incompétente pour procéder au contrôle de conformité à l'article 2 de tous les textes adoptés par le législateur égyptien avant 1980. Ils resteront donc en vigueur tant qu'ils n'auront pas été abrogés et échapperont au contrôle de la Haute Cour tant qu'il n'auront pas été amendés par le législateur. Remarquons que cette interprétation de la Haute Cour constitutionnelle évoque la position du Conseil constitutionnel, que son mode de saisine rend incompétent pour examiner la constitutionnalité des lois en vigueur, mais qui accepte d'apprécier la régularité d'une loi déjà promulguée, à l'occasion de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine ⁷³. Dans cet important arrêt de principe, la Haute Cour constitutionnelle refusait par ailleurs de reconnaître aux principes de la loi islamique tout effet direct immédiat dans l'ordre juridique égyptien. Pour elle, l'amendement était une injonction à l'adresse du législateur, et non du juge, et n'avait pas fait des principes de la loi islamique des règles de droit positif immédiatement applicables par les tribunaux. Tant que le législateur n'était pas intervenu pour les incorporer dans un texte législatif, ils restaient inopérants et le juge, en particulier, ne pouvait s'en prévaloir pour refuser d'appliquer un texte qu'il estimerait leur être contraire et lui substituer un principe tiré de la loi islamique.

La Haute Cour constitutionnelle parvenait donc à ménager toutes les susceptibilités : tout en reconnaissant en l'espèce la valeur juridique des principes de la shari'a, elle s'estimait incompétente pour les appliquer. Certes, la référence de l'article 2 de la Constitution aux principes de la loi islamique avait incorporé cette dernière à la Constitution, donc au droit positif, mais la Haute Cour constitutionnelle refusait de leur donner valeur supra-constitutionnelle. Tranchant un point de droit objet d'innombrables contestations dans la doctrine, elle interprétait en effet le terme « législation » de l'article 2 de la Constitution comme visant la loi ordinaire adoptée par le législateur et non la loi constitutionnelle adoptée par le constituant. Ce sont les lois ordinaires et non la Constitution qui doivent trouver leur source dans les principes de la loi islamique. Remarquons, enfin, qu'elle a souvent donné implicitement à plusieurs reprises valeur rétroactive à d'autres dispositions de la Constitution, censurant notamment des lois de

71 Pour une analyse comparative de cette politique d'harmonisation des normes par les deux institutions, v. Baber JOHANSEN, « Supra-Legislative Norms and Constitutional Courts : the Case of France and Egypt », in Eugene Cotran et Adel Omar Sherif (eds.), *The Role of the Judiciary in the Protection of Human Rights*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, CIMEL Book Series, n° 5, p. 347-376.

72 HCC, 4 mai 1985, n° 20/1^{er}, *Rec.*, vol. 3, p. 209 et s. Pour une traduction de l'arrêt, v. Richard JACQUEMOND, « La Haute Cour constitutionnelle et le contrôle de constitutionnalité des lois », *AJJC*, Economica-PUAM, IV-1988, p. 569-572.

73 CC, décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *État d'urgence en Nouvelle Calédonie*.

nationalisation des années 1960 pour violation du droit à la propriété privée garanti par l'article 34 de la Constitution de 1971.

Ce n'est qu'en 1993⁷⁴ que la Haute Cour constitutionnelle fut saisie pour la première fois de la conformité à l'article 2 d'un texte postérieur à l'amendement constitutionnel de 1980 : une loi de 1985 amendant le statut personnel des musulmans. Conformément à sa jurisprudence de 1985, elle devait se reconnaître compétente pour en contrôler la conformité aux principes de la shari'a islamique. Se saisissant de l'affaire au fond, la Haute Cour opéra alors une distinction au sein même des principes de la shari'a islamique : seuls ceux « dont l'origine et la signification sont absolues », c'est-à-dire qui représentent des normes islamiques incontestables que ce soit dans leur provenance⁷⁵ ou dans leur contenu, doivent être obligatoirement appliqués. Ils sont figés, ne peuvent donner lieu à interprétation ni évoluer avec le temps, et la Haute Cour constitutionnelle doit censurer toute norme qui leur serait contraire. À côté de ces principes absolus, la Haute Cour a identifié un corpus de règles relatives, soit dans leur origine soit dans leur signification, soit dans les deux à la fois. Ces règles, qui ont fait l'objet d'interprétations différentes dans le temps et dans l'espace, sont évolutives, dynamiques, et doivent s'adapter à la nature et aux besoins changeants de la société. La Cour précisa par ailleurs dans cet arrêt que toutes les dispositions constitutionnelles ont la même valeur et que c'est à elle qu'il revient de les harmoniser entre elles. Il n'y a pas de hiérarchie entre elles, elles ont toutes la même valeur et la Constitution doit être interprétée comme un tout.

La Haute Cour a ainsi estimé qu'étaient des principes relatifs dans leur signification : la date à partir de laquelle la pension alimentaire est due par le père à ses enfants⁷⁶ ; le montant du « don de consolation » que peut toucher la femme répudiée⁷⁷ ; l'âge à partir duquel l'enfant est remis à la garde de son père⁷⁸ ; les parties de son corps que la femme doit couvrir⁷⁹ ; la possibilité d'obtenir un divorce par la voie judiciaire⁸⁰ ou la possibilité pour la femme mariée de travailler à l'extérieur⁸¹. Dans tous ces cas, la Haute Cour constitutionnelle a estimé que, puisqu'il n'existait pas de consensus au sein des jurisconsultes quant à la signification exacte des principes fixés par la shari'a, le « détenteur de l'autorité », soit le législateur, était habilité à intervenir pour les interpréter, en prenant en considération l'intérêt de la société et des destinataires des normes, en particulier de l'enfant mineur, de la mère ou de l'épouse. La loi de 1985, dont un grand nombre de dispositions a fait l'objet de recours devant la Haute Cour constitutionnelle, avait en effet amendé plusieurs dispositions relatives au statut personnel des musulmans, dans un sens favorable à la femme. La Haute Cour constitutionnelle jugea ces

74 HCC, 15 mai 1993, n° 7/8^c, *Rec.*, vol. 5, part. 2, p. 290 et s.

75 Les sources considérées comme absolues en droit musulman classique sont le Coran, l'ensemble des traditions (*sunna*), le consensus de la communauté et le raisonnement analogique.

76 HCC, 26 mars 1994, n° 29/11^c, *op. cit.* Pour une analyse et une traduction de l'arrêt, v. Baudouin DUPRET, « À propos de la constitutionnalité de la shari'a : présentation et traduction de l'arrêt du 26 mars 1994 de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne », *Islamic Law and Society*, 1997, 4, 1, p. 91-113.

77 HCC, 15 mai 1993, n° 7/8^c, *Rec.*, vol. 5, part. 2, p. 290 et s.

78 *Ibid.*

79 HCC, 18 mai 1996, n° 8/17^c, *Rec.*, vol. 7, p. 657 et s. Pour une analyse de l'affaire, v. Kilian B.M.Z., « La construction séculière du droit islamique : la Haute Cour constitutionnelle égyptienne et la "bataille du voile" dans les écoles publiques », *Droit et Société*, 1998, 39, p. 277-291 et Baudouin DUPRET, « La recherche judiciaire d'une moralité conforme : la Haute Cour constitutionnelle égyptienne et le voile », in *Urbanité arabe. Hommage à Bernard Lepetit*, Arles, Sindbad, Actes Sud, 1998, p. 353-381.

80 HCC, 5 juillet 1997, n° 82/17^c, *JO*, n° 29, 19 juillet 1997, p. 1665 et s.

81 HCC, 3 mai 1997, n° 18/14^c, *JO*, n° 20, 15 mai 1997, p. 1129 et s.

amendements conformes à l'article 2 de la Constitution et refusa donc de les invalider. Il est vrai qu'il est arrivé à la Haute Cour de reconnaître l'existence de principes absolus de la loi islamique, mais c'était toujours à travers des *obiter dicta* qui n'avaient pas d'influence sur le fond de l'affaire. Elle a ainsi affirmé que sont des principes absolus dans leur signification et leur origine : le droit du mari musulman à avoir quatre épouses⁸², l'obligation pour la femme de se vêtir de façon pudique et le droit du détenteur de l'autorité à intervenir pour leur imposer des règles en ce domaine⁸³, l'obligation d'obéissance de la femme à son mari⁸⁴ ou l'interdiction du prêt à intérêt⁸⁵. Mais la Haute Cour n'a, jusqu'à présent, jamais déclaré de disposition inconstitutionnelle pour violation d'un tel principe absolu de la loi islamique⁸⁶.

Ce sont donc des institutions séculières qui qualifient les principes de la shari'a islamique puis, éventuellement, procèdent à leur interprétation : le détenteur de l'autorité, autrement dit l'Assemblée du peuple, le président de la République ou les ministres, sous le contrôle ultérieur éventuel de la Haute Cour constitutionnelle. Il revient en effet en dernier lieu à cette dernière de vérifier, d'une part, qu'il s'agissait bien d'une règle relative et, d'autre part, que les mesures adoptées par le détenteur de l'autorité n'ont violé aucun principe absolu de la loi islamique. Principes absolus dont elle est amenée à déterminer elle-même le contenu également, puisqu'il n'existe pas de liste unanimement reconnue classant d'un côté les règles relatives et d'un autre côté les principes absolus. Par sa jurisprudence, la Haute Cour constitutionnelle a certes reconnu la valeur symbolique des principes de la loi islamique mais a toutefois réduit la portée de l'article 2 de la Constitution, que ce soit en refusant de placer la shari'a au-dessus de la Constitution ou en ne déclarant figés que ses seuls principes absolus. Le droit positif s'est réapproprié ce corpus normatif religieux pour mieux le façonner et l'incorporer dans son propre système normatif. Si la Haute Cour constitutionnelle égyptienne a reconnu la valeur juridique des principes de la loi islamique et la nécessité pour le législateur de respecter ceux « dont l'origine et la signification sont absolues », c'est donc paradoxalement pour mieux en limiter les effets. Elle se déclare liée par les normes issues de la shari'a islamique, mais se réserve le droit d'en déterminer le contenu⁸⁷.

La légitimité qu'invoque la Haute Cour constitutionnelle, comme le Conseil constitutionnel, est donc celle de l'État de droit, et non celle qui procéderait de l'islam. Plaçant la Constitution au sommet de la hiérarchie des normes, elle ne considère pas la loi religieuse comme une source transcendante, mais n'accepte d'en connaître que par le biais de sa positivisation.

B - Un juge créateur de droit

Afin de mettre en œuvre et de protéger les droits fondamentaux garantis par la Constitution égyptienne de 1971, la Haute Cour constitutionnelle a dû apprécier

82 HCC, 14 août 1994, n° 35/9^c, *Rec.*, vol. 6, p. 331 et s.

83 HCC, 18 mai 1996, n° 8/17^c, *Rec.*, vol. 7, p. 657 et s.

84 HCC, 3 mai 1997, n° 18/14^c, *JO*, n° 20, 15 mai 1997, p. 1129 et s.

85 HCC, 18 mai 1996, n° 93/6^c, *Rec.*, vol. 7, p. 709 et s.

86 La seule exception est une décision de 1998 relative à un impôt sur les successions (HCC, 5 décembre 1998, n° 28/15^c, *Rec.*, vol. 9, p. 89 et s).

87 Pour une étude de la jurisprudence de la Haute Cour constitutionnelle en ce domaine, v. par l'auteur, *Le politique à l'épreuve du judiciaire : la justice constitutionnelle en Égypte*, *op.cit.*, p. 339 et s. et, avec Baudouin DUPRIET, « Les principes de la shari'a sont la source principale de la législation. La Haute Cour constitutionnelle et la référence à la loi islamique », *Égypte-Monde arabe*, n° 2, 1999, pp. 107-125.

le contenu et la portée des formules souvent allusives qui figurent dans ce texte. Elle a ainsi été amenée à définir et à donner un contenu juridique à des notions succinctes et imprécises qui pouvaient donner lieu à diverses interprétations, comme les concepts de « procès équitable », « fonction sociale », « juge naturel », « solidarité sociale », « égalité des chances » ou « acquis socialistes ». Comme le Conseil constitutionnel, la Haute Cour constitutionnelle a fait preuve en la matière d'« audaces jurisprudentielles » qui lui ont permis à elle aussi d'évoluer et de s'affirmer.

Comme tout juge, la Haute Cour constitutionnelle égyptienne doit, avant d'appliquer un texte – un article de la Constitution –, en déterminer le sens. Or, si tout texte, même « clair », donne lieu à interprétation préalable, c'est encore plus vrai des constitutions, très souvent rédigées en termes particulièrement imprécis et qui se prêtent donc facilement, par nature, à des lectures différentes. Ce flou dans les règles, dans les concepts et dans les valeurs a été mis à profit par la Haute Cour constitutionnelle pour élargir le champ des droits fondamentaux protégés. Pas plus que la Constitution française de 1958, la Constitution égyptienne de 1971 n'impose au juge constitutionnel de méthode à suivre pour procéder à cette interprétation. La Haute Cour constitutionnelle a donc élaboré ses propres méthodes interprétatives, préférant à la signification résultant du contexte historique d'énonciation de la norme, son sens actuel, c'est à dire la signification qui est la sienne dans le contexte de son application. Cette approche l'a donc conduite à promouvoir une vision progressiste de la Constitution, estimant qu'elle doit évoluer et s'adapter aux transformations de la société. La Cour a ainsi très peu recherché dans les travaux préparatoires de la Constitution l'intention du constituant de l'époque, s'efforçant au contraire de découvrir ce que serait sa volonté à l'époque actuelle.

Dans un arrêt de 1997⁸⁸, la Cour a ainsi affirmé que la Constitution est un document progressiste, qui doit rester constamment en harmonie avec « l'air du temps ». Dans cette affaire, elle était saisie, comme l'a été le Conseil constitutionnel, d'une loi de privatisation du secteur public. Depuis plusieurs années, l'État égyptien est en effet engagé dans un processus de libéralisation économique et de retour à un environnement capitaliste. Or, l'article 33 de la Constitution stipule que la propriété publique est inviolable et que sa protection et sa consolidation sont un devoir qui incombe à chaque citoyen, car elle constitue le fondement de la force de la patrie, la base du système socialiste et une source de prospérité pour le peuple. Cette disposition, qui date de l'époque du socialisme nassérien caractérisé par une économie étatisée et planifiée, par le contrôle des prix et des salaires et par une économie de marché restreinte, ne correspond manifestement plus à la politique économique libérale actuelle de l'Égypte de Moubarak, qui s'appuie sur l'encouragement au secteur privé et les investissements étrangers. Dans sa décision, la Haute Cour affirma que les dispositions de la Constitution ne doivent pas être considérées comme des solutions définitives et perpétuelles à un contexte économique évolutif. La vente au secteur privé d'entreprises publiques ne doit pas être jugée comme portant atteinte au rôle dirigeant de l'investissement public ; au contraire, elle permet de préserver des ressources qui ne doivent pas être gaspillées. La Constitution est un document progressiste, dont le tissu doit rester en harmonie avec « l'air du temps » et être interprété de façon évolutive. Cette décision suscita en Égypte un tollé de protestations dans l'opposition, proche de celui engendré en France par les décisions du Conseil constitutionnel de 1982⁸⁹ et 1986⁹⁰ où le

88 HCC, 1^{er} février 1997, n° 7/16^c. JO, n° 7 bis, 13 février 1997, p. 3 et s.

89 CC, décision n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*.

Conseil constitutionnel avait lui aussi eu à se prononcer sur des dispositions à valeur constitutionnelles relatives au droit de propriété, et pu bénéficier d'une certaine latitude dans son interprétation grâce au fait que ces dispositions relevaient, elles aussi, de philosophies différentes⁹¹. On reprocha à la Cour d'avoir cédé aux pressions du gouvernement, de ne pas avoir pris en considération des dispositions claires et explicites de la Constitution et d'avoir excédé son mandat en remettant en cause la validité de dispositions de la Constitution. Il est vrai que dans sa décision, le juge constitutionnel égyptien n'avait pas pris soin, comme l'avait fait son homologue français, de poser quelques gardes fous, notamment quant aux types d'entreprises publiques qui peuvent être privatisées et quant à l'évaluation de leur valeur.

Le Conseil constitutionnel a, lui aussi, refusé de considérer le bloc de constitutionnalité comme un ensemble figé, mais l'a interprété en fonction des besoins nouveaux de la société. Dominique Rousseau a ainsi fait remarquer qu'en ce qui concerne les problèmes dits « de société », le Conseil constitutionnel français adopte des positions, sinon progressistes, qui tiennent compte en tout cas de « l'évolution des mentalités sociales » et qui acceptent « l'esprit du temps ». Des décisions qui montrent un Conseil « attentif à ne pas se figer ou s'arc-bouter sur des interprétations traditionnelles, historiquement déterminées, de principes, pour ne pas s'opposer aux besoins, aux réalités des temps modernes, et aux changements des croyances collectives »⁹². Dans son arrêt de 1982 sur les lois de nationalisation, le Conseil constitutionnel a ainsi adopté une vision évolutive du droit de propriété, affirmant que depuis 1789 et jusqu'à nos jours, ses finalités et ses conditions d'exercice avaient subi une évolution⁹³. Certes, il s'agit souvent d'une « actualisation nécessaire mais quelque peu sollicitée⁹⁴ », qui va rendre les juges « infidèles à la lettre, sinon à l'esprit, des rédacteurs des textes de l'époque⁹⁵ ». Mais, comme le fait remarquer Jacques Robert, « les droits et les libertés ne pouvant être déterminés avec un semblant d'exactitude qu'à une époque donnée, on voit mal comment éviter qu'à intervalles réguliers leur liste soit revue pour la mettre en harmonie avec l'évolution de la société⁹⁶ ».

Le Conseil constitutionnel et la Haute Cour constitutionnelle sont même allés plus loin puisque, adoptant une interprétation constructive des normes, ils ont également fait jaillir de la pénombre constitutionnelle des nouveaux droits et libertés non explicitement mentionnés. Le Conseil constitutionnel a ainsi intégré au bloc de constitutionnalité des droits qu'il estime y être implicitement consacrés, les reconnaissant parfois comme des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République⁹⁷ », des « principes à valeur constitutionnelle⁹⁸ » ou s'efforçant,

90 CC, décision n° 86-207 DC des 25-26 juin 1986, *Privatisations*.

91 Article 17 de la Déclaration de 1789 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » et le Préambule de 1946 posant : « Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ».

92 Dominique ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RDP*, 1990, p. 13.

93 CC, décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*.

94 Jacques ROBERT, « La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français », *RDP*, 1990, p. 1255-1285.

95 *Ibid.*

96 *Ibid.*

97 Comme la liberté d'association (CC, décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971), le principe du respect des droits de la défense (CC, décision n° 76-70 DC du 2 décembre 1976), la liberté de l'enseignement (CC, décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977) ou l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur (CC, décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984).

depuis quelques années, de les rattacher à des droits explicitement garantis dont ils découlent nécessairement. C'est ainsi qu'il a estimé que le concept de « liberté individuelle » auquel se réfère l'article 66 de la Constitution englobe non seulement l'interdiction des privations arbitraires de liberté, mais aussi la protection de l'inviolabilité du domicile ⁹⁹, l'interdiction de la fouille du véhicule ¹⁰⁰, la liberté du mariage et le droit au regroupement familial ¹⁰¹ ou le respect de la vie privée ¹⁰². Ou que l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui proclame le principe de la libre communication des pensées et des opinions, consacre implicitement le principe de l'indépendance des enseignants du supérieur ¹⁰³. Ou qu'il a interprété le préambule de la Constitution de 1946 de façon à reconnaître la qualité d'objectif à valeur constitutionnelle à la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent ¹⁰⁴. Il a également fait découler la liberté d'entreprendre des articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, la liberté de manifestation de la liberté de communication des idées et des opinions reconnues à l'article 11 de la Déclaration de 1789 et érigé au rang de principe constitutionnel le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, à partir de la première phrase du préambule de 1946 selon laquelle « le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ou de croyance possède des droits inaliénables et sacrés » ¹⁰⁵.

Estimant qu'il faut considérer la Constitution comme un tout cohérent, et insistant sur son unité organique, la Haute Cour constitutionnelle a elle aussi déduit de nouveaux principes à partir des droits explicitement consacrés. C'est par cette méthode qu'elle a réussi à censurer une loi contraire au droit de choisir librement son conjoint, droit pourtant non expressément garanti par la Constitution égyptienne de 1971. La loi sur le Conseil d'État, qui interdisait aux conseillers d'État d'épouser une étrangère, fut ainsi soumise à la Haute Cour constitutionnelle. Dans son arrêt ¹⁰⁶, cette dernière s'attacha à démontrer que, bien que la Constitution égyptienne ne garantisse pas expressément le droit de se marier ni le droit de choisir librement son conjoint, il fallait interpréter le texte constitutionnel comme incluant implicitement ces deux principes. Faisant appel à un grand nombre de textes de référence, dont les instruments internationaux et la shari'a islamique, elle fit découler ces droits de la liberté personnelle et du droit à la vie privée, garantis par la Constitution de 1971. Elle ajouta que cette disposition législative violait également d'autres articles de la Constitution, comme le principe d'égalité, le droit au travail et le droit d'accès aux fonctions publiques. Dans une autre affaire, le juge constitutionnel égyptien créa de la même façon le principe de l'interdiction de sanctionner deux fois pour un même acte (*non bis in idem*), principe qu'il fit découler également de la liberté individuelle, par référence aux conventions internationales et aux « principes communs aux États démocratiques ¹⁰⁷ ». Il estima également que le principe de l'interdiction de la rétroactivité des lois pénales devait être interprété comme visant seulement les lois

98 Voir par exemple CC, décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*, où le Conseil constitutionnel voit dans le principe de la continuité du service public un principe de valeur constitutionnelle.

99 CC, décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, *Perquisitions fiscales*.

100 CC, décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Fouille des véhicules*.

101 CC, décision n° 93-325 DC des 12-13 août 1993, *Maîtrise de l'immigration*.

102 CC, décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation*.

103 CC, décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, *Libertés universitaires*.

104 CC, décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Diversité de l'habitat*.

105 CC, décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994, *Bioéthique*.

106 HCC, 18 mars 1995, n° 23/16^e, *Rec.*, vol. 6, p. 584.

107 HCC, 2 janvier 1993, n° 3/10^e, *Rec.*, vol. 5, part. 2, p. 134-135.

plus sévères ¹⁰⁸. Dans le cas où le législateur adopterait une loi pénale plus douce, celle-ci devrait s'appliquer immédiatement à tout procès en cours, dans l'intérêt de l'accusé. Raisonnant par analogie, elle étendit également aux sanctions disciplinaires le principe de l'interdiction constitutionnelle de la rétroactivité des lois pénales qu'elle qualifia de « standard reconnu dans les États démocratiques » ¹⁰⁹.

Le Conseil constitutionnel et la Haute Cour constitutionnelle jouissent donc d'une très grande liberté pour combler les lacunes de la Constitution et l'adapter aux exigences contemporaines. Certes, on n'est pas très loin de l'arbitraire et du gouvernement des juges ¹¹⁰, mais cette intervention du juge constitutionnel n'est-elle pas légitimée par le fait qu'elle renforce en fait l'État de droit ?

*

* *

La nature juridictionnelle de la Haute Cour constitutionnelle n'a pas fait l'objet de questionnement, comme l'a été celle du Conseil constitutionnel. S'il s'agit bien d'une juridiction, de par sa composition, ses attributions et par sa procédure, il n'en reste pas moins qu'elle est amenée à jouer un rôle politique, de par la nature même de sa fonction d'interprétation des dispositions de la Constitution. De plus, comme la France, l'Égypte est touchée par le phénomène majoritaire qui assure au gouvernement une majorité automatique au Parlement. La loi n'est plus guère que l'expression de la volonté de l'exécutif, approuvée par une majorité solidaire. Le phénomène est encore plus net en Égypte puisque cette majorité est également la majorité présidentielle, que l'exécutif est caractérisé par une centralisation du pouvoir aux mains du chef de l'État, que le pays ne connaît pas l'alternance politique et que l'Assemblée voit bien souvent son rôle réduit à celui d'une chambre d'enregistrement. Cette situation n'a fait qu'augmenter l'importance du troisième pouvoir, le judiciaire, et, en particulier, de la Haute Cour constitutionnelle, seul véritable contrepoids face aux deux autres pouvoirs.

La Haute Cour constitutionnelle se trouve entraînée sur le terrain du politique. Le législateur, ordinaire ou constituant, incapable ou non désireux de trancher certains différends, s'est ainsi délibérément reposé sur le juge constitutionnel en lui laissant le soin de les résoudre. Il revenait ainsi normalement au Parlement lui-même d'effectuer le « toilettage » des textes antérieurs à la Constitution de 1971, notamment ceux hérités de l'époque nassérienne ou contraire aux principes de la loi islamique, en les expurgant de l'ordre juridique. Hésitant à intervenir dans des domaines socialement sensibles, le législateur a souvent préféré laisser la Haute Cour déclarer une loi inconstitutionnelle, avant d'intervenir lui-même pour régler les conséquences de cette invalidation. Au niveau de la Constitution elle-même, plusieurs dispositions ne correspondent plus à la société égyptienne actuelle ; la jurisprudence évolutive de la Haute Cour constitutionnelle égyptienne a permis d'effectuer cette adaptation en douceur avec, semble-t-il, la bénédiction tacite du législatif et de l'exécutif.

En plus d'intervenir dans l'édition des normes, la Haute Cour constitutionnelle sert également de contrepoids face à une majorité parlementaire trop puissante. En raison du contexte égyptien caractérisé par une fermeture du champ politique, la Haute Cour constitutionnelle est devenue un outil non

108 HCC, 7 novembre 1992, n° 12/13^c, *Rec.*, vol. 5, part. 2, p. 83-84.

109 HCC, 4 janvier 1992, n° 22/8^c, *Rec.*, vol. 5, part. 1, p. 100 et s.

110 Danièle LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, 13, 1980, p. 35-48.

négligeable à la portée d'individus ou groupes minoritaires qui, n'ayant pu avoir accès aux instances politiques, vont utiliser la justice constitutionnelle pour faire reconnaître leurs droits ou faire valoir leurs revendications ¹¹¹. Si l'amendement de 1974 a permis à l'opposition parlementaire française de voir son rôle renforcé, l'existence même de la Haute Cour constitutionnelle permet également à l'opposition de faire connaître ses positions par le voie légale. D'arbitre entre les pouvoirs publics, le juge constitutionnel est devenu un outil aux mains de l'opposition.

Acteur politique, la Haute Cour constitutionnelle n'est pas à l'abri de mesures de rétorsion du pouvoir. C'est ainsi qu'en juillet 1998, suite à plusieurs décisions invalidant des lois fiscales et obligeant l'État à rembourser aux contribuables des impôts indûment perçus, parfois plusieurs années après leur recouvrement, la Haute Cour se vit l'objet d'attaques répétées de la part de parlementaires et finit par voir la rétroactivité de ses arrêts en matière fiscale remise en cause par une ordonnance présidentielle ¹¹², qui amenda l'article 49 de sa loi d'organisation. En vertu de cet amendement, la décision de la Haute Cour déclarant inconstitutionnelle une loi fiscale ne vaut plus que pour l'avenir. Seul le juge de renvoi sera lié par sa décision, les autres procès en cours devront continuer à appliquer la loi déclarée inconstitutionnelle aux faits qui se sont produits avant l'arrêt de la Cour. Les situations créées après le jugement de la Cour ne se verront toutefois pas appliquer la loi invalidée ¹¹³. Toute proportion gardée, cette mesure évoque la réaction du Gouvernement français en 1993 face à la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 qui paralysait l'application de l'accord de Schengen pour non-conformité au droit d'asile tel qu'il est garanti par la Constitution de 1958 : la Constitution fut alors amendée le 25 novembre 1993, ce qui permit de casser la décision du Conseil constitutionnel. La nomination ces dernières années de présidents choisis hors du sérail de la Cour, contrairement à la tradition antérieure, laisse également craindre une tentative de reprise de contrôle de cette institution par le pouvoir. Craintes renforcées par le fait que l'ancien président a été nommé en août 2006 ministre de la Justice et que son remplaçant n'est autre que l'ancien procureur général, tous deux réputés proches du pouvoir.

Rouage essentiel de l'équilibre institutionnel égyptien, au centre d'enjeux de pouvoir, la Haute Cour constitutionnelle se retrouve donc soumise à des pressions encore que plus fortes, probablement, que celles auxquelles le Conseil constitutionnel lui-même a eu à faire face. Elle doit manœuvrer habilement et procéder elle aussi à un « dosage subtil de prudence et d'audace » ¹¹⁴, afin éviter l'affrontement direct avec les représentants de la souveraineté nationale dont elle ne pourrait sortir que perdante. Prudence qui se manifeste notamment en France et en

111 Pour l'étude de ce phénomène devant les juridictions égyptiennes ordinaires, v. Baudouin DUPRET et Jean-Noël FERRIÉ, « For intérieur et ordre public. Ou comment la problématique de l'*Aufklärung* peut permettre de décrire un débat égyptien », in G. Boëtsch, B. Dupret et J.-N. Ferrié (dir.), *Droits et sociétés dans le monde arabe et musulman : perspectives socio-anthropologiques*, PUAM, 1997, p. 193-215 et, par l'auteur, « Anatomie sociologique d'une affaire égyptienne. Le procès de "l'Émigré", de Youssef Chahine », in *ibid.*, p. 167-192 et « Freedom of the Press in Egypt : Checks and Balances », *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, Londres, 2000, vol. 6, pp. 22-43.

112 Ordonnance présidentielle n° 168 du 10 juillet 1998, *JO*, n° 28 bis, 11 juillet 1998.

113 Il est vrai que, paradoxalement, le fait que ses arrêts en matière fiscale se voient désormais privés d'effet rétroactif pourrait lever les scrupules de certains juges de la Haute Cour constitutionnelle qui, jusque là, pouvaient hésiter à déclarer de telles lois inconstitutionnelles, sachant que l'État devait alors en rembourser aux contribuables les montants indûment perçus, ce qui grevait dangereusement les finances de l'État égyptien.

114 Jean RIVERO, « Fin d'un absolutisme » in *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Economica, 1987, p. 145 et s.

Égypte par le refus des deux juges constitutionnels de se poser en autorité concurrente du Parlement, et leur désir de ménager sa susceptibilité en refusant de se reconnaître un pouvoir d'appréciation et de décision identique au sien et de substitution de leur propre appréciation à celle du législateur¹¹⁵, modulant tous deux leur contrôle en fonction de l'importance politique du texte en cause.

115 CC décision n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse* et HCC, 1^{er} janvier 1983, n° 26/1^{er}, *Rec.*, vol. 2, p. 67 et s