

Au soir des premières élections du genre, le 23 octobre 2016, nous commençons à assister au premier épisode d'une déferlante d'événements, qu'on appelle désormais « Crise du Conseil supérieur de la magistrature » ou CSM.

Dans la constitution¹, le CSM fait l'objet de la sous-section première² de la section première du chapitre V de la constitution³ intitulé le « pouvoir juridictionnel ».

La « formation » du Conseil supérieur de la magistrature « achevée »⁴, voire sa prise effective de fonctions⁵, sont la condition pour l'entrée en vigueur de nombreuses dispositions constitutionnelles⁶. Il est aussi

¹ La nouvelle constitution tunisienne a été adoptée le 26 janvier 2014 par une majorité de 200 voix sur 215, 4 abstentions et 11 voix contre. Elle a été promulguée, le 27 janvier 2014, par la loi constitutionnelle n°2014-... Décrite comme consensuelle, la constitution voit certains de ses chapitres encore inapplicables. Il s'agit notamment des chapitre V, consacré à la Justice, et du chapitre VII dont l'objet est le pouvoir local.

² Les articles 112,113 et 114 de la constitution

³ Les articles 102 à 124 de la constitution

⁴ Terminologie utilisée par la constitution et la loi organique n°2016-34 du 28 avril 2016, relative au Conseil supérieur de la magistrature, *JORT n°35 du 29 avril 2016*

Nous y reviendrons dans les développements ultérieurs.

⁵ Terminologie utilisée par la loi organique n° 2013-13 du 2 mai 2013, relative à la création d'une instance provisoire pour la supervision de la justice judiciaire, *JORT n° 37 du 7 mai 2013*

⁶ Article 148-2° :

« -...

-...

- à l'exception des articles 108 à 111, les dispositions de la première section du Chapitre V relatives à la justice judiciaire, administrative et financière entrent en vigueur à l'issue de la **formation** du Conseil supérieur de la magistrature.

- à l'exception de l'article 118, les dispositions de la deuxième section du Chapitre V relative à la Cour constitutionnelle entrent en vigueur dès l'achèvement de la **nomination des membres de la première composition** de la cour constitutionnelle.

l'élément déclencheur⁷ de la mise en place d'une autre institution constitutionnelle⁸ majeure, à savoir la Cour constitutionnelle⁹. Il s'agit là de deux piliers de l'Etat de droit, entretenant un lien intime, lien qui serait derrière l'un des enjeux principaux de la crise que traverse le Conseil.

Depuis l'adoption de la constitution du 27 janvier 2014, il y a de cela tout juste trois ans, quelles « avancées » y a-t-il eu, de manière générale, à propos du Conseil supérieur de la magistrature?

L'installation du CSM est un processus, dont l'un des moments les plus remarquables¹⁰ a été l'adoption, par l'Assemblée des Représentants du Peuple, de la loi

-...

-... »

(C'est nous qui soulignons).

⁷ Le Conseil supérieur de la magistrature doit désigner, à l'instar du Président de la République et de l'ARP, 4 des douze juges de la Cour constitutionnelle.

⁸ Les articles 118 à 124 de la constitution

⁹ Article 148-5 : « *la mise en place du Conseil supérieur de la magistrature intervient dans un délai maximum de six mois à compter de la date des élections législatives. Intervient à compter de la même date et dans un délai maximum d'un an, la mise en place de la Cour constitutionnelle.* »

¹⁰ Le processus d'adoption de la loi n°2016-34 a été particulièrement long. Ainsi, a-t-il vu par exemple se faire et se défaire 3 gouvernements, s'alterner 4 ministres de la Justice. Il nous a, aussi, fait vivre des moments forts. L'un des plus importants demeure, sans doute, le conflit entre la commission de législation générale et un membre de l'Exécutif, le ministre de la Justice, le Professeur Mohamed Salah Ben Aïssa, au sujet de la violation de l'article 62 de la constitution relatif à l'initiative législative. Nous garderons aussi en mémoire les péripéties devant l'Instance provisoire de contrôle de constitutionnalité, au sujet du projet de loi organique en question (Instance créée par la loi n°2014-14 du 18 avril 2014 relative à l'Instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des projets de loi, *JORT n° 32 du 18 avril 2014*).

organique n°2016-34¹¹ relative au Conseil supérieur de la magistrature. Ce dernier y apparaît comme le mécanisme de mise en œuvre de la volonté du constituant d'instituer un Conseil pour un pouvoir juridictionnel, véritablement autonome du pouvoir exécutif.

Mais, et au moment de l'installation de cette institution fort attendue, la loi elle-même est apparue comme une cause du ralentissement de la dynamique. Elle n'offre pas, nous y reviendrons, de solution à la crise. Elle est même l'un des facteurs de la crise et c'est en tant que telle qu'elle sera évoquée.

Il est important de ramener le débat sur le terrain du droit. Ainsi, allons-nous, dans un premier temps, traduire les événements qui ont eu lieu, suite aux élections du Conseil, en problématiques juridiques afin de les clarifier; et dans un deuxième temps, prospecter certaines perspectives et issues de résolution de la crise.

¹¹ Loi organique n°2016-34 du 28 avril 2016 relative au Conseil supérieur de la magistrature, *JORT n°35 du 29 avril 2016*

I- Crise post-électorale et difficile mise en place du Conseil Supérieur de la magistrature :

Afin de planter le décor, je vais rappeler quelques dates qui me semblent être importantes :

-23 octobre 2016 : élections des membres du CSM¹²

-14.12.2016¹³ : prestation de serment, devant le Président de la République, des 42 membres, élus et ès-qualité, du Conseil supérieur de la magistrature.

15.12.2016 : Convocation, à la demande du 1/3 des membres¹⁴, à une première réunion; celle-ci avorte car le quorum des 2/3 n'est pas atteint.

29.12.2016¹⁵ : convocation à une deuxième réunion, le quorum de la moitié¹⁶ des membres est jugé atteint. Des décisions, qualifiées de provisoires, sont prises ; parmi ces dernières, l'élection d'un président provisoire.

¹² A cette date, deux vacances étaient enregistrées parmi les membres du Conseil : un magistrat ès-qualité parmi les membres du conseil de la Justice judiciaire, le procureur d'Etat près de la Cour de cassation, et le professeur de l'enseignement supérieur qui devait être élu au sein du Conseil de la Justice financière. Aucun candidat ne s'était présenté pour ce poste.

¹³ Désormais 3 vacances après le départ à la retraite, le 1^{er} décembre 2016, du Président de la Cour de cassation et par ailleurs, président de l'Instance provisoire.

¹⁴ Article 36 de la loi organique relative au Conseil supérieur de la magistrature, *op.cit.*

¹⁵ 21 membres seulement sont présents. Ils constituent la moitié des membres « connus ».

¹⁶ Article 36, *op.cit.*, *ibid.*

Cette dernière date est importante car la crise commence alors à se propager aux autres composantes du CSM (le conseil de la justice financière par le jeu des vacances¹⁷, les avocats, les professeurs de l'enseignement supérieur). La crise traverse les frontières du Conseil pour gagner d'autres sphères. La société civile, notamment la Ligue tunisienne des droits de l'Homme et le Syndicat national des journalistes tunisiens, des partis, voire des formations, politiques rendent publique leur position.

Enfin le **02.01.2017**¹⁸ : tombe la décision du Tribunal administratif de reporter l'exécution des décisions issues de la réunion du 29 décembre dernier¹⁹.

¹⁷ En tant que président du conseil supérieur de la Cour des comptes, dans l'attente de la promulgation de la nouvelle loi organique relative à la nouvelle Cour des comptes telle qu'issue de la constitution du 27 janvier 2014 (article 117 de la constitution), le Chef du gouvernement est toujours compétent pour en nommer le premier président. Il s'est abstenu de le faire (article 8 du décret-loi n°70-6 du 26 septembre 1970 portant statut des membres de la Cour des comptes, *JORT n°45 du 29 septembre 1970*).

¹⁸ A cette date, un autre départ à la retraite, le 1^{er} janvier 2017, celui du Premier président de la Cour des comptes élève les vacances au nombre de 4. C'est Le Conseil de la justice financière qui est à nouveau concerné, (*cf. supra*). Mais cette fois-ci, il s'agit d'une vacance liée à un emploi fonctionnel. Au 1^{er} avril, il y aurait en tout 7 vacances liées à des emplois fonctionnels pour cause de départs à la retraite, le 1^{er} mars (1 magistrat) et le 1^{er} avril 2017 (2 magistrats).

¹⁹ La décision de report d'exécution était ainsi motivée : « *Au vu de l'importance du CSM comme institution constitutionnelle et le clivage entre ses membres à propos des mécanismes contradictoires d'établissement et ce que cela comporte généralement comme conséquences sur le service public, notamment de voir les 3 conseils émettre des décisions qui revêtiraient une suspicion d'illégalité...* » (*C'est nous qui traduisons*).

Depuis plus rien de notable à signaler à part certaines initiatives qui ne trouvent pas beaucoup d'échos. Le blocage persiste. Il n'y a pas de cacophonie, les arguments sont juridiques, bien ficelés. D'ailleurs, ils le sont tellement que nous assistons à un véritable dialogue de sourds.

Deux thèses, antagonistes en tout point de vue, se dégagent.

La première thèse est celle de la vitalité de l'Instance provisoire de supervision de la Justice judiciaire²⁰. Elle prône deux compétences exclusives, celle du Président de l'Instance pour convoquer le CSM et celle de l'Instance pour proposer les candidats aux emplois fonctionnels vacants.

La 2^{ème} thèse est celle de l'achèvement, par les élections, de la formation du Conseil supérieur de la magistrature. Selon cette thèse, le CSM est et existe, en tant qu'institution permanente issue de la constitution,

²⁰ Loi n° 2013-13 du 2 mai 2013 relative à la création d'une instance provisoire pour la supervision de la justice judiciaire, *op.cit.*

depuis la proclamation des résultats définitifs, le 14 novembre 2016.

Ces 2 thèses posent trois problématiques juridiques:

D'abord, quelle est la nature de la compétence du Président de l'Instance provisoire²¹, sur la base des dispositions transitoires de la loi sur le CSM?

Ensuite, qu'est-ce qu'on entend par la notion d'« achèvement de la formation » du CSM?

Enfin, le chef du gouvernement était-il tenu de nommer les personnes ayant fait l'objet des propositions exclusives de l'Instance ?

Pour ce qui est de la nature de la compétence du Président :

L'article 73 de la loi organique relative au CSM dispose que « L'instance supérieure indépendante pour les élections transmet la liste finale des candidats et des élus de chaque conseil au président de l'instance provisoire de supervision de l'ordre judiciaire, ... (qui)

²¹ C'est l'expression que j'utiliserai pour désigner l'Instance provisoire de supervision de la justice judiciaire.

convoque, le conseil, à se réunir pour la première séance, dans un délai maximum d'un mois à partir de la date de réception des résultats des élections. »²²

La rédaction extrêmement simple de cet article nous laisse affirmer qu'aucune possibilité de choix ne semble être ouverte au Président de l'Instance provisoire. On est bien dans le cadre d'une compétence liée²³ et non discrétionnaire²⁴. Dès le 14 novembre, date des résultats définitifs des élections des membres du CSM, le président était tenu de convoquer cette réunion, « ...dans un délai d'un mois ». Ce délai semble être la seule marge que lui concède l'article en question.²⁵

²² Traduction non-officielle, de la loi n°2016-34 relative au CSM, faite par le Bureau de Tunis du Centre pour le contrôle démocratique des forces armées – Genève (DCAF). La traduction a été revue et validée par le Ministère tunisien de la Justice.

²³ Sur la question de la compétence liée, cf. par exemple **B. Kornprobst**, *La compétence liée*, RDP 1961, p.935 ; **A.-S Mescheriakoff**, *La compétence liée permet-elle à l'administration de violer la loi ?*, Rev. Adm. 1984, p.575 Pour une lecture plus générale, lire **R. CHAPUS**, *Droit administratif général*, Tome I, Montchrestien, 15^e édition, n° 1248s et 1251

²⁴ Sur la question du pouvoir discrétionnaire de l'administration, cf. par exemple **R. Bonnard**, *le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, RDP 1923, p.363 ; **M. Waline**, *Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration*, EDCE 1956 , n°10, p.25

²⁵ Conformément à l'article 73 de la loi organique relative au CSM, les élections ayant eu lieu le 23 octobre 2016, les résultats auxquels elles ont donné lieu sont devenus définitifs le 14 novembre 2016, et ce « à l'expiration des délais de recours ou le prononcé de jugements devenus irrévocables ». Le président de l'ISIE dispose, toujours selon le même article, de 48 heures pour transmettre lesdits résultats au président de l'Instance provisoire, délais qui ont été largement respectés puisque les résultats ont été transmis le jour même. L'ISIE a manifesté en de nombreuses occasions sa volonté de rattraper le retard sur les échéances constitutionnelles et notamment la désignation des membres de la Cour constitutionnelle. D'ailleurs, la même disposition est reprise, mot par mot, dans les dispositions permanentes de la loi, article 31. La même procédure, en respectant les mêmes délais, s'appliquera pour toutes les élections des membres du CSM.

Or, le 1^{er} décembre dernier, le président de l'Instance provisoire, et par ailleurs Premier président de la Cour de cassation, part à la retraite. Une série de conséquences en découlent : non seulement, l'Instance provisoire est désormais, et en toute logique, sans président, mais le président est aussi parti sans avoir convoqué la première réunion du CSM. Cependant, il a notifié au préalable, le 19 novembre, au Chef du gouvernement des propositions visant à pourvoir les vacances qui ne concernaient alors que le conseil de la Justice judiciaire.

Les défenseurs de la compétence exclusive de l'Instance provisoire²⁶ maintiennent que tant que le Chef du gouvernement ne nomme pas ses candidats, la formation du CSM n'est pas achevée et ce dernier ne pourra pas entrer en fonction, en somme exister.²⁷

²⁶ 1^{ère} thèse, *supra*.

²⁷ Il s'agit des vacances au niveau des emplois fonctionnels de la Justice permettant à leurs titulaires de siéger en tant que membres *es-qualité* au sein du CSM. Ces derniers sont au nombre de ...Au mois d'août 2016, soit deux mois avant les élections des membres du CSM, on enregistrait une seule vacance (...); au 14 novembre 2016 (date de proclamation des résultats définitifs par le président de l'ISIE, elles étaient devenues.... (N.B : jusqu'au..., seul le conseil de l'ordre judiciaire était concerné). Aujourd'hui, elles sont au nombre de...et sont appelées, si le blocage perdure, à augmenter au courant de cette année (2017)

Qu'en est-il justement de cette notion d'« achèvement »?

Notion assez peu juridique, il faut le dire, celle-ci est néanmoins consacrée par les dispositions transitoires de la constitution²⁸. Dans la version française de la constitution, elle est traduite²⁹ par « issue de la formation ». La constitution attribue à cette dernière un certain nombre de fonctions :

- « l'issue de la formation... » du CSM est ainsi une condition pour l'entrée en vigueur des dispositions constitutionnelles relatives à la justice judiciaire, administrative et financière³⁰,
- « l'issue de la formation, cette fois-ci, du conseil de la justice judiciaire »³¹ est le terme de la compétence de l'Instance provisoire chargée de la supervision de la Justice judiciaire.

²⁸ Chapitre X de la constitution, articles 148 et 149

²⁹ Dans la version en langue arabe de la constitution, la seule qui fait foi, il s'agit de "استكمال"

³⁰ 148-2 de la constitution, 3^{ème} tiret « (...) exception faite des articles 108 à 111. »

³¹ l'article 148-8

Par ailleurs, l'« *achèvement de la nomination des membres* » de la « *première composition* »³² de la Cour constitutionnelle est la condition pour l'entrée en vigueur des dispositions s'y rapportant.

Ainsi, il n'est précisé « *première composition* » que pour la Cour constitutionnelle. Pourtant, et pour le CSM, il s'agit aussi du 1^{er} Conseil issu de la nouvelle constitution. Alors, pourquoi la constitution n'a-t-elle pas signalé, à propos de ce dernier, qu'il s'agit aussi de la première composition?

Une lecture des textes ramène cela au fait que la première composition de la Cour constitutionnelle, seulement de cette dernière donc, est totalement inconnue avant qu'elle n'ait effectivement lieu³³. Ce qui n'est pas le cas de la composition du CSM, et de chacun des trois infra-conseils le composant, Chacune de ces quatre structures comprenant, à la fois, des membres en ès-qualité et des membres élus. Leur

³² Article 148-2, 4^{ème} tiret

³³ Pour les modalités de nomination des juges de la Cour constitutionnelle, cf. l'article 118, paragraphe 2^{ème}, de la constitution

composition respective est ainsi, en partie connue bien avant l'élection des autres membres.

La conséquence de tout cela est que la composition du CSM a pu être « achevée » dès lors que les résultats des élections étaient devenus définitifs. En quelque sorte, le processus juridique provisoire, dans lequel l'Instance provisoire a joué un rôle prépondérant, était à la date du 14 novembre, arrivé à son terme définitif, par l'élection des membres du Conseil. L'Instance provisoire s'en trouvait dessaisie. Désormais, elle était, en principe, confinée à la gestion des affaires courantes et ne pouvait prendre aucune décision en mesure de lier le Conseil élu. Aussi, ne pouvait-elle plus participer au processus de nomination des hauts magistrats ni tenter de changer les équilibres voulus par les électeurs³⁴.

³⁴ Mis à part la jurisprudence et la doctrine françaises, le Tribunal administratif tunisien, dans un l'avis consultatif n°2013-53 a considéré que le Gouvernement Jebali était un « gouvernement de gestion des affaires courantes » et ne pouvait prendre que les décisions justifiées par la « continuité de l'Etat et des services publics ».

C'était en tout cas là un moyen d'éviter le blocage précoce du processus³⁵.

D'autant plus, et c'est une réponse –toutefois partielle - à la dernière des trois questions posées au début, si la liberté de décision du Chef du gouvernement était certes limitée dans la mesure où s'il avait décidé de nommer, il ne pouvait l'effectuer que sur la base d'une « décision de proposition » de l'instance,³⁶ rien ne l'obligeait à décider tout court. En effet, le Chef du gouvernement a toujours été en mesure de rejeter les propositions à l'origine de la crise, avec la faculté d'en demander des nouvelles. Or, il ne l'a pas fait et là où certains ont vu un respect pour l'indépendance de la Justice, d'autres ont pu considérer que cette abstention est une prise de position en faveur du camp

³⁵D'ailleurs, c'est à ce propos que certains avaient évoqué la théorie des procédures impossibles pour débloquer la situation et passer à l'étape suivante, à savoir l'application de l'article 36 de la loi n°2016-34, *op.cit.*, qui dispose qu'à défaut d'une convocation de la part du président du Conseil - qui n'existe pas encore-, le Conseil peut être convoqué « ...à la demande du tiers de ses membres. Les réunions du conseil ne sont légales que si les deux tiers de ses membres sont présents. À défaut de quorum, une deuxième réunion est convoquée ... à condition que la moitié des membres soit présente. »

³⁶ C'est nous qui traduisons. En effet, la version française de la loi, telle que publiée au Journal officiel de la République tunisienne, ne semble pas rendre compte de la force décisive des propositions de nomination émanant de l'Instance (article 14 de la loi n°2013-13, *op.cit.*). La procédure est de nature à associer, de manière étroite, l'Instance provisoire à la prise de la décision.

qui soutient non seulement la « désinvestiture »³⁷ de l'Instance mais aussi sa disparition. Le CSM aurait ainsi commencé à exercer ses fonctions, dans une sorte de rite de passage initiatique, quand ses membres ont prêté serment.

Ayant fini de présenter les deux thèses antagonistes, il est opportun de prospector quelques voies pour une résolution de la crise du Conseil supérieur de la magistrature (II).

B- Les perspectives de la crise :

Même si le Chef du gouvernement avait décidé d'effectuer les nominations sur la base des propositions « conformes » de l'Instance, cela aurait-il eu pour conséquence de mettre fin à la crise post-électorale? Le doute est permis et ce, pour des raisons tenant à la légalité³⁸ des éventuels décrets

³⁷ Le terme est du Professeur René Chapus, *op.cit.*

³⁸ Ainsi en est-il du vice affectant la légalité interne : la violation de la loi. En effet, une vacance aurait été provoquée par la mutation, de son poste, du Premier président de la Cour d'appel de Tunis, même si c'était dans le but de lui accorder une promotion. Cette opération serait, entre autre, une violation du principe d'inamovibilité garanti par l'article 48 de la loi n°2016-34.

gouvernementaux³⁹ de nomination qui auraient alors été pris. Un seul –éventuel- vice de la légalité retiendra notre attention⁴⁰.

Dès que « le premier gouvernement⁴¹ (a obtenu) la confiance de l'Assemblée des représentants du peuple », l'article 148-1, alinéa 5, de la constitution, a rendu caduc l'article 17 de l'Organisation provisoire des pouvoirs publics ou « petite constitution »⁴². Or, c'est ce dernier qui fonde la compétence du Chef du gouvernement en la matière⁴³. L'exercice par ce dernier de la compétence de nommer les hauts magistrats⁴⁴ aurait entaché les décrets en question d'un vice de compétence.

Alors, dans ce cas, quelle autorité est-elle compétente pour nommer les hauts magistrats ?

³⁹ Article 92 de la constitution

⁴⁰ Sans oublier que le Chef du gouvernement peut encore, et en toute légalité, nommer le premier président de la Cour des comptes, *cf. supra*. Politiquement, il lui sera difficile d'en justifier l'opportunité.

⁴¹ Celui de Monsieur Habib Essid, tel qu'issu des élections législatives du 24 octobre 2014

⁴² Loi constituante n°2011-6 du 16 décembre 2011, *JORT n°97 du 20-23 décembre 2011*

⁴³ L'article 14 de la loi n°2013-13, relative à l'Instance provisoire, aménage l'exercice de cette compétence qui se fait sur proposition (conforme) de cette dernière.

⁴⁴ Ce qui n'est pas le cas des décrets gouvernementaux relatifs aux promotions ou mutations de magistrats. Ces derniers ne sont pas fondés par l'article 17 de l'Organisation provisoire des pouvoirs publics et sont pris, selon l'article 14-2 de la loi relative à l'Instance provisoire, après avis conforme de cette dernière.

Si on part de l'idée que la formation du CSM est achevée par les élections, on doit conclure que cet article 106 est bien entré en vigueur. Or, cet article dispose que les nominations des magistrats et hauts magistrats⁴⁵ relève du Président de la République. C'est donc ce dernier qui serait l'autorité compétente pour édicter les décrets présidentiels de nomination.

Or, le paragraphe 2^{ème} de l'article 106 prévoit l'adoption d'une loi pour fixer la liste des emplois fonctionnels de la Justice⁴⁶,

En l'absence de cette loi, cette compétence peut-elle alors s'exercer ? La réponse est négative. Aucune autorité n'est aujourd'hui compétente pour nommer les hauts magistrats.

Deux solutions se profilent alors à l'horizon.

⁴⁵ L'article 106 de la constitution distingue entre deux types de nominations, celle des « magistrats », suite donc au recrutement ou à la promotion (paragraphe 1^{er}) et celle des « hauts magistrats », par conséquence nécessairement aux emplois fonctionnels de la justice. Il assortit chacune des compétences d'une procédure distincte.

⁴⁶ La loi n° 2015-32 du 17 août 2015, *JORT n°58 du 25 août 2015*, portant fixation des emplois supérieurs conformément aux dispositions de l'article 78 de la Constitution, a exclu les emplois fonctionnels de la justice.

La première solution consisterait en une proposition de loi organique pour modifier l'article 73 de la loi sur le CSM. Le tort principal de cet article est qu'il n'a habilité que le Président de l'Instance pour convoquer la première réunion du Conseil.⁴⁷ Le modifier⁴⁸ c'est permettre à d'autres parties de convoquer le CSM. Ça pourrait être le Président de l'Assemblée des Représentants du Peuple mais aussi le Président de la République.

En vérité, il y a plusieurs arguments qui militent en faveur de ce dernier choix.

Ainsi, l'article 72 de la constitution confie au Président de la République les attributs d'un chef d'Etat, et notamment celui de « ...veiller au respect de la constitution ». Par ailleurs, il nomme les magistrats et nomme, aussi, les plus hauts d'entre eux

⁴⁷ Les blocages qui ont empêché pendant des mois, courant 2013, la création de l'ISIE, ont été levés quand la loi organique n°2012-23 du 20 décembre 2012, portant création de l'instance supérieure indépendante des élections (ISIE) a été amendée (loi organique n°2013-44 du 1^{er} novembre 2013).

⁴⁸ D'ailleurs, il ne faudrait pas seulement modifier les dispositions transitoires (article 73) mais également les dispositions permanentes (article 36) afin de prévoir, en plus du Président et des 2/3 des membres, une autre autorité compétente pour convoquer le Conseil. Il faut anticiper sur les crises qui peuvent survenir.

(article 106). Plus spécifiquement, c'est devant lui que les membres du conseil prêtent serment⁴⁹.

Confier cette mission au Président de la République serait une occasion pour remettre les pendules à l'heure et faire entendre que la séparation des pouvoirs doit se faire dans le cadre de l'unité de l'Etat.

Si cette solution a le mérite d'être imposée par le droit, elle présente un double inconvénient. D'une part, la longueur de la procédure législative avec tout ce qu'elle comporte comme surprises ; d'autre part, le risque de prendre goût à changer aujourd'hui la loi, demain la constitution, pour des raisons conjoncturelles⁵⁰.

La deuxième solution, quant à elle, consisterait en un compromis à faire entre les deux camps du CSM et dont l'objet serait de nommer les candidats proposés

⁴⁹ Article 3 de la loi n°2016-34 relative au Conseil

⁵⁰ Nous pensons surtout aux débats relatifs à la déchéance de nationalité.

par l'Instance le 19 novembre⁵¹ et à reprendre la procédure de l'article 73 là où elle s'est arrêtée. Le problème restera entier au sujet de l'autorité qui peut nommer. Même si on opte pour le Président de la République⁵², cela ne se fera pas sans violence, en l'absence d'une loi qui fixe la liste des emplois fonctionnels de la Justice, à l'égard du texte constitutionnel⁵³.

Il faut être vigilant car il y va de la crédibilité des institutions constitutionnelles.

⁵¹ Tous ou certains d'entre eux, du moins celles et ceux qui ne suscitent pas des polémiques.

⁵² Sur la base de l'article 106-1 par exemple (nomination de magistrats) en faisant abstraction du 2^{ème} paragraphe (nomination de hauts magistrats).

⁵³ La solution alors consisterait à adopter une loi d'application fixant la liste des emplois fonctionnels de la justice, sur la base du paragraphe 2 de l'article 106. Une fois cette loi adoptée, le Conseil se réunit, à la demande du 1/3 de ses membres⁵³, propose au Président de la République, des candidats aux emplois vacants, le Président de la République signe les décrets de nomination et débloque la situation.