

**LES AVANCÉES DU DROIT CONSTITUTIONNEL À TRAVERS
L'EXPÉRIENCE CONSTITUTIONNELLE TUNISIENNE**

Par

Mohamed Ridha BEN HAMMED

Doyen Honoraire à la Faculté de Droit
et des Sciences Politiques de Tunis

La contribution de la Tunisie au développement du droit constitutionnel remonte à la Constitution de Carthage. Evoquée par Aristote, au IV^{ème} siècle av. J.C. dans le livre II de « la politique », elle est présentée « comme supérieure aux autres constitutions de l'époque sur bien des points »¹. De nombreux auteurs antiques ont relevé l'excellence de cette Constitution dont notamment l'historien grec Polybe qui l'a classée, vers le milieu du II^{ème} siècle parmi les meilleures. « Certaines constitutions, affirme-t-il, ont une réputation d'excellence dont presque tous les historiens se font l'écho : la

¹ Telle que présentée par Aristote et à la lumière de nombreux autres textes, on peut affirmer que les institutions politiques de Carthage se présentent ainsi : Le pouvoir législatif était confié au Sénat composé d'environ 300 membres issus de la classe aristocratique et nommés à vie ou au peuple qui délibérait sur la place publique. L'exécution des décisions arrêtées par le pouvoir législatif, qui concernaient le maintien de l'ordre public, la fixation de l'impôt, la détermination de la politique étrangère, la déclaration de la guerre, la direction des opérations militaires, la conclusion des accords, de paix, relevaient d'un pouvoir exécutif détenu par au moins deux suffètes élus par le peuple pour une période d'une année renouvelable. Ces suffètes dont les pouvoirs étaient réduits (convocation du Sénat et présidence de ses séances) étaient assistés par des comités composés de cinq membres (pentarchies) cooptés parmi les anciens magistrats par le Sénat. Il appartenait à ces comités de choisir les membres de « la magistrature suprême des cent » qui était chargé d'examiner la gestion des magistrats et des généraux à la sortie de leur charge ainsi que la gestion matérielle des affaires du temple, l'entretien, l'équipement, la réfection, la garde, les taxes... Les suffètes ainsi que les chefs militaires étaient élus dans le cadre de réunions publiques auxquelles participaient des citoyens libres de père et de mère carthaginoise (les esclaves, les affranchis et les étrangers étaient exclus de la participation aux affaires de la Cité).

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

Constitution des Lacédémoniens, celle des Mantinéés et celle des carthaginois ». Il considère que « les institutions politiques de Carthage ont été dans leurs caractéristiques essentielles bien conçues »².

Il y a eu dans la Constitution de Carthage une distinction entre plusieurs autorités et l'application du principe de l'élection pour certains gouvernants pour une période précise fixée par la loi.

La Tunisie a aussi contribué, à travers sa riche expérience constitutionnelle au XIX^{ème} siècle, à l'avancée du droit constitutionnel. Les idées de limitation du pouvoir par le droit et principalement par la constitution ont été vigoureusement défendues par de nombreux auteurs tels que Khéréddine et Ibn Dhiaf. Plusieurs textes ont été promulgués, notamment la loi sur l'abolition de l'esclavage du 23 janvier 1846, le Pacte fondamental de 1857, la Déclaration par laquelle le Bey de Tunis reconnaissait solennellement à ses sujets, sans distinction de religion, de condition, un certain nombre de droits, et qui a servi de base à la Constitution de 1861, première constitution dans le monde arabo-musulman³. Les compétences attachées à l'examen des pouvoirs, selon cette constitution, ne relèvent plus exclusivement du Chef de l'Etat (le bey), mais sont désormais réparties entre l'Exécutif, (le Bey et le gouvernement dirigé par un premier ministre), le législatif (le Conseil suprême composé de 60 membres qui sont soit désignés soit cooptés à la suite d'une procédure complexe) et le judiciaire (un certain nombre de tribunaux).

² « Histoires », VI, 43, 51.

³ Le Pacte fondamental du 10 septembre 1857 énonce un certain nombre de principes : la sécurité de la vie et de la propriété de tous les habitants, l'égalité de tous devant la loi et devant l'impôt, la liberté du culte et la liberté du commerce. Il accorde aux étrangers le droit d'accéder à la propriété et d'exercer toutes les professions.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

Fort de cet héritage, le mouvement national s'est servi, depuis le début du XXème siècle de la constitution comme fil conducteur de ses revendications contre le colonialisme. Ainsi en 1921, le parti Destour a demandé à la France le rétablissement de la Constitution de 1861 qui a été suspendue par une circulaire du bey, adressé aux Caïds en avril 1864, suite à l'insurrection de Ali Ben Ghadhehem.

Faisant abstraction de sa non application, deux professeurs de la faculté de droit de Paris, Joseph Barthélémy et André Weiss ont affirmé, dans une consultation en date du 11 juillet 1921, qui leur a été demandée par le parti nationaliste (le Destour), que cette Constitution qui « n'a pas toujours été très fidèlement observée (...) n'est pas abrogée parce qu'elle est violée (et qu') elle conserve, en dépit des outrages, son intégrité juridique ». Ainsi, une constitution tombée, en fait, en désuétude a toujours une existence juridique tant qu'elle n'a pu être abrogée par un texte formel.

Après l'indépendance des avancées en matière de droit constitutionnel ont été observées. Un Code du statut personnel, abolissant la polygamie et rendant le divorce nécessairement judiciaire, a été promulgué le 13 août 1956. Le droit de vote a été étendu pour la première fois aux femmes à l'occasion des premières élections municipales de 1957. La Constitution qui a été adoptée par l'Assemblée nationale constituante le 1^{er} juin 1959 a énoncé plusieurs droits et libertés⁴. Elle a aussi intégré dans son dispositif,

⁴ Ces droits et libertés concernent l'inviolabilité de la personne humaine, la liberté religieuse (article 5), l'égalité en droit et en devoirs devant la loi (article 6), la liberté d'opinion, d'expression, de pensée, de publication, de réunion et d'association (article 8) ainsi que le droit syndical (article 8), l'inviolabilité du domicile et le secret de la correspondance (article 9), la liberté de circuler à l'intérieur du territoire et d'en sortir (article 10), la protection des données à caractère personnel (article 9), le droit de se défendre (article 12) la personnalité de la peine (article 13) le droit de propriété (article 14), le droit au travail, à la santé, à l'instruction et la protection de la famille (préambule).

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

lors de sa révision le 1^{er} juin 2002, l'acceptation globale des droits de l'homme telle qu'elle a été adoptée par la Déclaration de la Conférence mondiale de Vienne sur les droits de l'homme, le 25 juin 1993⁵. Ainsi, l'article 5 de cette Constitution a affirmé que « la République tunisienne garantit les libertés fondamentales et les droits de l'homme dans leurs acceptation universelle, globale, complémentaire et interdépendante »⁶.

La nouvelle Constitution qui a été adoptée le 27 janvier 2014 par l'Assemblée nationale constituante, élue le 23 octobre 2011 suite aux événements de décembre 2010 et janvier 2011 liés à la révolution tunisienne, a incontestablement fait avancer le droit constitutionnel en Tunisie. D'abord, elle a été adoptée selon un processus qui a permis la participation d'une large frange de la société civile et des partis politiques à son élaboration. Cette Constitution a aussi comporté, en vue d'un meilleur encadrement de l'exercice du pouvoir et une meilleure garantie des libertés et des droits, un nombre important de dispositions et des prescriptions

⁵ Le point 5 de la « Déclaration et du programme de Vienne » adoptée le 25 juin 1993 par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme indique dans son point 5 que tous les droits de l'homme sont universels indissociables, interdépendants et intimement liés. La Communauté internationale doit traiter les droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance. S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des Etats, quel qu'en soit le système politique économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales.

⁶ Cette conception des droits de l'homme a permis au Conseil constitutionnel tunisien, au nom de la globalité, d'interpréter le principe d'égalité à la lumière des pratiques relevant de la discrimination positive, notamment au profit de la femme. Ainsi, il a validé le projet de loi approuvant l'article 3 de « la Charte arabe des droits de l'homme » « tendant à assurer l'égalité effective entre l'homme et la femme par une discrimination positive au profit de la femme » (avis n° 13-2005 du 16 mars 2005) Journal officiel.

Cf. sur ce point Roussillon (H.), Cabanis (A.), « Les droits fondamentaux dans les Constitutions française et tunisienne », in « Les droits fondamentaux dans la constitution : Regards croisés », Actes du colloque international des 16 et 17 avril 2009, Publication de la Faculté des sciences juridiques de Jendouba, p. 43.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

détaillées (148 articles). Sa philosophie générale était orientée vers le dépassement des grandes insuffisances ayant affectées l'exercice du pouvoir et la protection des droits et des libertés moyennant le maintien des anciens principes liés au mouvement constitutionnaliste et l'enrichissement de son contenu à la lumière du renouvellement du droit constitutionnel qui est désormais axé essentiellement sur l'idée de constitution et le principe de liberté. Située au sommet de la hiérarchie des normes juridiques, la Constitution tunisienne a, comme les nouvelles constitutions, ayant servi d'instrument pour la transition démocratique notamment dans les pays du Sud et de l'Est de l'Europe⁷, adopté les avancées récentes du droit constitutionnel dans le domaine de la limitation (I) et la modération (II) du pouvoir politique.

I- LES AVANCEES DU DROIT CONSTITUTIONNEL EN MATIERE DE LIMITATION DU POUVOIR :

« Le pouvoir limité par le droit » « الحكم المقيد بقانون » est une idée relativement ancienne en Tunisie. Elle a été vigoureusement défendue par les penseurs appartenant au mouvement réformiste. Ainsi pour Khéreddine « seule les institutions prévues et réglementées par une loi fondamentale et basées sur le contrôle et la justice contiennent les éléments qui peuvent suffire au progrès des peuples et à l'amélioration de leur état matériel »⁸. On doit reconnaître affirme-t-il que « le progrès ne peut se réaliser que grâce à une

⁷ Cf. sur ce point, Ben Hammed (Med Ridha), « Constitutions comparées et transition démocratique en Tunisie et dans les pays de l'Est et Sud de l'Europe », Conférence donnée à l'occasion de l'ouverture de l'Année académique de la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, septembre 2014, (en langue arabe), sous presse.

⁸ Khéreddine, « Essai sur les réformes nécessaires aux Etats musulmans » in Ben Hammed Mohamed Ridha, « Les grands courants de la pensée politique dans le monde arabo-musulman depuis le XIX^{ème} siècle », Presses de l'Université de Toulouse 1, Capitole, 2011, p. 113 et suivantes.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

loi à laquelle on peut se reporter et qui ferme la voie aux caprices et aux passions tant du chef que de ses subordonnés (et qui) accorde en toute sincérité la liberté au peuple »⁹.

Cette idée de limitation du pouvoir par le droit a été consacrée par la Constitution de 1861 qui a soumis le pouvoir absolu du monarque à un ordre constitutionnel. Après l'indépendance, la Tunisie s'est engagée, en se dotant d'une constitution en 1959 qui a déterminé les obligations et les devoirs des gouvernants et des citoyens sur cette voie. Une avancée importante a été réalisée dans ce domaine par la nouvelle constitution adoptée par l'Assemblée nationale constituante le 27 janvier 2014. La limitation du pouvoir apparaît, en effet, à travers, d'une part, le renforcement de la protection des droits et libertés dans la Constitution (A) et d'autre part, par la consolidation des garanties des droits et libertés par la Constitution (B).

A- Le renforcement de la protection des droits et libertés dans la constitution :

Les droits et libertés occupaient déjà une place importante dans la Constitution de 1959. Ils étaient proclamés, à l'instar de la Constitution de 2014 dans un chapitre en tête du texte constitutionnel. La Constitution de 2014 a, toutefois, réalisé dans ce domaine un progrès par rapport à celle de

⁹ Ibid.

Ibn Abi Dhiaf a, dans le même sens affirmé que dans le gouvernement limité par le droit « le prince est l'ombre de Dieu sur terre. Il établit l'équité en faveur de l'opprimé et guérit par sa justice toutes les blessures. En effet, la conduite des affaires dans ce gouvernement est conforme à la loi rationnelle ou à la loi religieuse. Le prince gouverne selon une constitution dont toutes les dispositions sont connues et découlent de principes rationnels. Ils ne la transgressent pas, car il a fait publiquement le serment de la respecter au moment de son investiture ».

Ahmed Ibn Abi Dhiaf, « Ithaf ahl az-zamen bi akhbar muluk tunis wa ahd al amen », in Ben Hammed (M.-R.), "Le pouvoir politique chez Ibn Abi Dhiaf", Revue des sciences politiques, 2ème semestre 1992, n° 28, Institut d'Etudes Politiques de Toulouse, p. 5 et suivantes.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

1959 par son élargissement du domaine des droits et libertés et sa soumission de la nécessaire limitation des droits et libertés aux exigences justifiées par un Etat de droit.

1- L'élargissement du domaine des droits et libertés dans la Constitution :

Cet élargissement est le résultat de l'adoption par la Constitution de 2014 d'une liste plus étoffée des droits et libertés, qui énonce, des droits et de libertés couvrant 27 articles (articles 21 à 48) regroupés sous le chapitre II. La plupart de ces droits sont prévus par les Conventions internationales des droits de l'homme ratifiées par la Tunisie, comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels. C'est le cas pour les droits civils et politiques, des libertés d'opinion, de pensée, d'expression (article 31), la liberté des croyances et du culte (article 5), la liberté de choisir son lieu de résidence, de circuler librement à l'intérieur du pays ainsi que de le quitter (article 24), la liberté de constituer des partis politiques, des syndicats et des associations (article 35) du droit à l'égalité (article 21), du droit à la protection de la vie privée et l'inviolabilité du domicile et le procès équitable (article 27) du droit syndical (article 66).

Plusieurs de ces droits ont déjà été consacrés par la Constitution de 1959. Celle de 2014 a ajouté la liberté de rassemblement et de manifestation pacifique (article 37), le droit d'accéder à l'information et aux réseaux de communication (article 32), les libertés académiques et la liberté de la recherche scientifique (article 33), le droit à la vie considéré comme sacré et dont il ne peut être porté atteinte que dans les cas extrêmes fixés par la loi (article 22), le droit au travail (article 40), le droit à l'enseignement (article

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

39), le droit à la santé (article 38), le droit à la culture (article 42), le droit au sport (article 43), le droit à un environnement sain et équilibré (article 45), le droit à l'eau (article 44) les droits de l'enfant (article 47), le droit des personnes handicapées (article 48) ¹⁰, l'interdiction de la torture et l'imprescriptibilité de ce crime (article 23). Il est à souligner aussi que la Constitution a ajouté dans le chapitre I relatif aux dispositions générales une autre liberté au niveau de son article 6 : la liberté de conscience. Cette liberté a été assortie de l'engagement de l'Etat d'être « le garant de la neutralité des mosquées, des lieux de culte par rapport à toute instrumentalisation partisane et à protéger le sacré et à interdire d'y porter atteinte, ainsi que les campagnes d'apostasie et l'incitation à la haine et à la violence »¹¹.

La Constitution de 2014 a donc élargi le domaine, des droits et libertés et précisé son contenu. Les dispositions les concernant sont souvent plus détaillées que par le passé et offre des garanties plus appropriées pour les faire respecter. Ainsi, l'article 46 affirme l'engagement de l'Etat à protéger les droits acquis de la femme à les soutenir et les améliorer et à œuvrer à réaliser la parité entre la femme et l'homme dans les conseils élus. Les

¹⁰ Il y a là un ajustement à la norme internationale perceptible dans l'ensemble des constitutions de la transition démocratique et plus particulièrement dans leurs chapitres relatifs à leur déclaration des droits. En fait, il est sans doute « plus pertinent de constater les progrès réalisés dans les textes adoptés que d'épiloguer sur le caractère plus programmatique que réaliste de la reconnaissance d'un droit à la santé, à l'enseignement ou à la culture, voire aux activités sportives » (...) « La sincérité des auteurs ne peut guère être soupçonnée, même si certains articles font davantage figure d'objectifs que d'engagements »

-Cabanis (A.), Martin (M.C.), « Droits et libertés en Afrique francophone : Perspectives constitutionnelles contemporaines », in Pouvoirs et libertés, Etudes offertes à Jacques Mourgeon, Bruylant, Bruxelles 1998, p. 341.

¹¹ La liberté de conscience se définit comme la faculté pour un individu d'adhérer à des croyances religieuses et philosophiques ainsi que les opinions de toute nature, d'exprimer publiquement ses convictions, de manifester extérieurement ses opinions.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

constituants mettent, dans ce cadre, à la charge de l'Etat une obligation de moyen pour réaliser cette parité en lui recommandant de faire des discriminations positives favorables aux femmes en matière électorale. De même, l'article 35 subordonne la liberté de constituer des partis politiques à leur engagement dans leurs statuts et leurs activités au respect des dispositions de la Constitution de la loi et de la transparence financière et au rejet de la violence. On peut également signaler l'alinéa 2 de l'article 31 qui précise que la liberté d'opinion d'expression, d'information, ne sauraient être soumise à un contrôle préalable.

Ces différents droits et libertés qui sont énumérés et placés en tête de la Constitution sont considérés comme des acquis en matière des droits de l'homme. Ils sont protégés et garantis constitutionnellement et ne peuvent faire, conformément à l'alinéa 2 de l'article 49 de la Constitution, l'objet d'amendement. D'autres droits, non formellement inscrits dans cette énumération non exhaustive du texte fondamental, pourraient y être ajoutés. Rien n'empêche, la Cour constitutionnelle, à travers notamment le contrôle de constitutionnalité des lois et leurs limitations appropriées, de reconnaître des droits non écrits dans la Constitution qui seraient compatibles avec son esprit et sa philosophie.

2- La soumission de la limitation des droits et libertés aux exigences de l'Etat de droit :

La protection constitutionnelle des droits et libertés est une exigence de l'Etat de droit. Cette exigence ne confère pas, à ces droits et libertés, hormis ceux qui se rattachent à la dignité humaine, considérée comme le noyau dur dans le système constitutionnel, une portée absolue. Il est en effet admis que les droits et libertés puissent, pour assurer aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits, être limités dans certaines modalités de leur

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

exercice. Ainsi la Constitution tunisienne de 1959 a prévu dans son article 7, à l'instar de plusieurs instruments internationaux de protection des droits de l'homme¹², la possibilité de restreindre par « une loi prise pour la protection des droits d'autrui le respect de l'ordre public, la défense nationale, le développement de l'économie et le progrès social », les droits. Cette disposition constitutionnelle reconnaissant la limitation légale des droits constitutionnellement protégés a permis en raison de sa rédaction lapidaire et en l'absence de mécanismes de contrôle de constitutionnalité des lois, au législateur d'enfreindre à certaines libertés. La pratique a montré que certaines exceptions légales ont porté atteinte à l'exercice des libertés elles-mêmes et ont conduit à l'érosion de certains droits¹³.

Un contrôle des limites aux droits et libertés apportées par la loi a commencé à faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité suite à la création du Conseil constitutionnel à la fin des années quatre vingt. Ces limites ne doivent pas, affirme-t-il, porter atteinte à « l'essence des droits eux-mêmes ». Contrôlant la proportionnalité et l'équilibre entre la préoccupation du respect du droit fondamental et du motif justifiant sa limitation, le Conseil constitutionnel a énoncé, à l'occasion de plusieurs de ses avis, que « la loi qui délimite le droit (...) ne doit pas se cantonner à

¹² On peut citer, à cet égard, le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 ainsi que la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens de 1789 dont l'article 4 énonce que : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

¹³ "إن الأحكام والقواعد الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات أتت في صيغة تسمح بعدد التجاوزات خاصة أنه بالإمكان اعتبار المادة السابعة (من دستور سنة 1959) والمتعلقة بموجبات التحديد دعوة صريحة للحد من مجموع الحقوق والحريات وتساعد هاته الدعوة المشرع متى كان جائرا من إصدار قوانين جائرة".
عبد الفتاح عمر، مسألة التوازن بين السلطة والحريّة في الدستور، المجلة القانونية التونسية 1983، ص 22.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

mettre des entraves relatives à l'exercice de ce droit mais doit établir des procédures assurant un équilibre entre les exigences du respect de ce droit et le fondement qui justifie sa limitation, selon l'appréciation du législateur et sous le contrôle du Conseil constitutionnel »¹⁴.

La Constitution de 2014 a renforcé ces exigences qui doivent être observées par le législateur en cas de limitation des droits et libertés. Toute limitation ou restriction apportée à un droit ou à une liberté ne peut, conformément à l'article 49 de la Constitution, être admise juridiquement, si elle a pour effet de porter atteinte à la substance même du droit ou de la liberté concernés. La limitation ne peut être justifiée que par « la nécessité que demande un Etat civil démocratique et pour protéger les droits des tiers ou pour de raisons de sécurité publique, de défense nationale, de santé publique ou de la morale publique. Elle doit aussi être proportionnée par rapport au but poursuivi et adaptée aux circonstances qui la justifient ».

Il s'avère de ce qui précède qu'aucun droit, aucune liberté ou principe ne possède un caractère absolu. Un droit ne peut pas, au risque de rendre les autres droits ineffectifs, prévaloir systématiquement. Un droit peut ainsi être limité dans certaines modalités de son exercice afin d'assurer aux autres membres de la société la jouissance de leurs droits. L'énumération des droits qui figurent en tête de la Constitution de 2014 n'impliquent donc pas de hiérarchie ni de supériorité de certains droits sur d'autres, hormis celui du principe intangible et absolu du respect de la dignité humaine et l'interdiction de la torture (article 23) et la non rétroactivité des lois pénales

¹⁴ Cf. notamment l'avis n° 2-2007 du 27 janvier 2007, Journal officiel du 10 juin 2008, n° 47, p.2008. et l'avis n° 48-2007 du 27 juin 2007 du Conseil constitutionnel, Journal officiel du 11 mars 2008, n° 21, p. 884.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

(article 28). Ces droits sont dotés d'une force absolue et ne peuvent admettre des limites dans les modalités de leur application.

Le progrès du droit constitutionnel dans ce domaine réside dans la soumission de la limitation de l'exercice des droits à des conditions précises et rigoureuses. Le législateur, en organisant l'exercice de la liberté doit impérativement, sous le contrôle des instances judiciaires veiller à ne pas apporter des restrictions que si elles sont nécessaires et raisonnables et répondant effectivement à des objectifs d'intérêt général ou pour la protection des droits d'autrui justifiable dans une société démocratique fondée sur les principes de liberté d'égalité et tels que proclamés par la constitution.

B- La consolidation des garanties des droits et libertés par la constitution :

La Constitution de 2014 a réalisé dans ce domaine une avancée importante par le développement de garanties permettant en particulier de protéger les droits et libertés fondamentaux, à travers une justice indépendante et l'institution d'une Cour constitutionnelle dont la mission essentielle est le contrôle de la constitutionnalité.

1- Les avancées en matière d'indépendance de la magistrature :

Les avancées dans ce domaine remontent en Tunisie au XIX^{ème} siècle. L'article 28 du Pacte fondamental proclamait déjà le principe de l'inamovibilité des juges¹⁵. Le principe de l'indépendance de la magistrature a fait, l'objet après l'indépendance, d'une consécration constitutionnelle explicite « L'autorité judiciaire est, selon l'article 65 de la Constitution de

¹⁵ « Les fonctions des magistrats composant le tribunal civil et criminel et le tribunal de révision sont selon cet article inamovibles. Ceux qui seront nommés à ces fonctions, déclare-t-il, ne seront destitués que pour cause de crime établi devant ce tribunal ».

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

1959, indépendante. Les magistrats ne sont soumis, dans l'exercice de leurs fonctions, qu'à l'autorité de la loi »¹⁶. Toutefois, en dépit de l'affirmation de ce principe, l'inamovibilité des juges, condition fondamentale pour son indépendance n'a pas été retenue par le constituant. Au contraire, l'article 14 de la loi n° 67-29 du 14 juillet 1967 a permis au ministre de la justice « de muter au cours de l'année judiciaire un magistrat pour une raison de nécessité de service ».

La Constitution de 2014 a réalisé dans le domaine de l'indépendance de la magistrature des progrès indéniables. Son article 102 dispose que : « le pouvoir judiciaire est indépendant et garantit l'instauration de la justice, la suprématie de la Constitution, la souveraineté de la loi et la protection des droits et libertés ». Des garanties essentielles relative au Conseil supérieur de la magistrature et au statut des magistrats ont été, sur cette base, insérées dans le dispositif de la constitution.

-Véritable clef de voûte du système judiciaire, le Conseil supérieur de la magistrature a fait l'objet d'une réforme en profondeur par la Constitution de 2014, tant au niveau de sa composition, qu'au niveau de ses attributions.

Ainsi la Constitution a créé au sein du Conseil supérieur de la magistrature quatre organes : le Conseil de la justice judiciaire, le Conseil de la justice administrative, le Conseil de la justice financière et l'Assemblée plénière des trois conseils juridictionnels¹⁷. L'article 112 fixe la composition de ces

¹⁶ La Tunisie a aussi ratifié le 29 novembre 1968, « le Pacte relatif aux droits civils et politiques » de 1966 dont l'article 14 stipule que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un Tribunal compétent indépendant et impartial ».

Cf. la loi n° 68-30 du 29 novembre 1968 relative à la ratification par la Tunisie du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, J.O.R.T. n°51, p. 126.

¹⁷ Article 112 §1 de la Constitution de 2014.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

organes, chacun d'entre eux se compose « pour deux tiers de magistrats en majorité élus et d'autres nommées es qualité, et pour le tiers restant de non magistrats indépendants parmi les spécialistes, à condition que la majorité des membres de ces organes soient élus pour un seul mandat d'une durée de six années »¹⁸. La composition de ces différents organes est donc diversifiée. Notons que le président de la République n'est plus président du Conseil supérieur de la magistrature. Désormais, cette institution élit son président parmi ses membres ayant la qualité de magistrat du plus haut grade¹⁹.

Les attributions du Conseil supérieur de la magistrature sont également prévues par la constitution qui dispose dans son article 144 que ce Conseil « veille au bon fonctionnement de la justice et au respect de son indépendance, prépare un rapport annuel qu'il transmet au Président de l'Assemblée des Représentants du peuple, au Président de la République et au Chef du gouvernement. Ce rapport annuel est discuté à l'ouverture de l'année judiciaire au cours d'une séance plénière de discussion avec le Conseil supérieur de la magistrature »²⁰. Les trois Conseils (le Conseil de la justice judiciaire, le Conseil de la justice administrative et le Conseil de la justice financière) sont compétents pour statuer sur les questions relatives à la carrière et la discipline des magistrats²¹.

Parallèlement au renforcement de l'indépendance et des attributions du Conseil supérieur de la magistrature, la Constitution de 2014 a conçu le statut du juge dans l'objectif de garantir l'indépendance de la fonction.

¹⁸ Article 112 §2 de la Constitution de 2014.

¹⁹ Article 112 §3 de la Constitution de 2014.

²⁰ Article 114 §3 de la Constitution de 2014.

²¹ Article 114 § 1 de la Constitution de 2014.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

Ainsi le magistrat, dispose l'article 102 de la Constitution, est indépendant. Il n'est soumis dans l'exercice de ses fonctions qu'à l'autorité de la loi. Cela signifie que le magistrat est libre et qu'il est tenu de régler les affaires dont il est saisi en toute impartialité selon son interprétation des faits et des lois, sans être soumis à des restrictions, des influences des incitations des pressions directes ou indirectes, de quelque origine ou pour quelque motif que ce soit.

Ce souci d'indépendance des magistrats s'exprime par leur nomination qui se fait par « un décret présidentiel sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature » et (pour) « les hautes fonctions judiciaires par ordre présidentiel après consultation du Chef du gouvernement et sur la base d'une liste exclusive fournie par le Conseil supérieur de la magistrature »²². Ainsi, la nomination ne se fait pas par une seule autorité politique et particulièrement le pouvoir exécutif. L'indépendance des magistrats est également confortée par la consécration constitutionnelle de l'inamovibilité. Le magistrat ne peut en effet, être conformément à l'article 107 de la Constitution, « muté, sans son accord, et il ne peut être révoqué ni suspendu de ses fonctions et ne peut subir de sanction disciplinaire que dans les cas et selon les garanties formulées par la loi et par décision motivée du Conseil supérieur de la magistrature »²³. En d'autres termes le magistrat non seulement ne peut être révoqué, suspendu ou mis à la retraite d'office, en dehors des garanties prévues par le statut, mais encore ne peut recevoir, sans son consentement une affectation nouvelle même en avancement. Les lois organiques relatives à l'application des statuts des magistrats des trois

²² Article 106 de la Constitution de 2014.

²³ Article 107 de la Constitution de 2014.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

ordres juridictionnels préciseront davantage les règles relatives à leur carrière et leur discipline²⁴. Ainsi, des progrès en matière d'indépendance de la magistrature ont été enregistrés au niveau du texte constitutionnel. Ils ont essentiellement concerné le Conseil supérieur de la magistrature, l'organe spécialisé et compétent en matière de nomination et de gestion des carrières des magistrats ainsi que les garanties statutaires de l'indépendance des magistrats.

A ces progrès compatibles avec les critères internationaux d'indépendance de la magistrature, se sont ajoutés d'autres tels que l'énoncé dans le texte constitutionnel de la neutralité et l'intégrité du juge et sa responsabilité de toute défaillance dans l'accomplissement de ses fonctions²⁵, l'interdiction de toute ingérence dans le fonctionnement de la justice²⁶ et la création des tribunaux d'exception²⁷, l'affirmation du principe de l'indépendance de l'avocat²⁸.

En définitive, la constitution érige la justice en un pouvoir indépendant et séparé des autres pouvoirs. Elle lui confère une place comparable à celle du législatif et de l'exécutif. La reconnaissance de la justice en tant que pouvoir lui permet d'accomplir sa fonction juridictionnelle d'une façon indépendante sans l'intervention de l'exécutif et du législatif. Elle implique que les juges fassent preuve d'intégrité en accomplissant leurs tâches d'une façon impartiale en ne faisant preuve d'aucun préjugé, en abordant les affaires d'une façon objective et en agissant sans crainte et à l'abri

²⁴ Cf. les articles 116 §2 et 117 §2 de la Constitution de 2014.

²⁵ Article 103 de la Constitution de 2014.

²⁶ Article 109 de la Constitution de 2014.

²⁷ Article 110 de la Constitution de 2014.

²⁸ Article 105 de la Constitution de 2014.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

d'influences abusives. Cette indépendance qui est une composante essentielle de l'Etat de droit constitue en définitive une garantie fondamentale contre les abus du pouvoir et en réalise par la même sa limitation.

2- Les avancées en matière de contrôle de constitutionnalité :

Les avancées dans ce domaine remontent aussi au XIX^{ème} siècle. En effet, « la Déclaration des droits du souverain et de ses sujets » du 25 février 1861 « الأمر المتعلق بحقوق الرّاعي والرعية » a déjà proclamé la nécessité du respect de la Constitution qui va être promulguée le 26 avril de la même année.

"وهذا القانون أعظم ما أسّس في مملكتنا لأمرنا الخاص والعام فلا بدّ له من ضامن يحميه وحارس يقيه ويدفع ما ينافيه".

L'article 60 de cette Constitution a confié au « Conseil supérieur, en tant que gardien du Pacte fondamental et des lois et le défenseur, des droits des habitants, la faculté de s'opposer à la promulgation des lois qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte aux principes de la loi, à l'égalité des habitants devant la loi au principe de l'inamovibilité de la magistrature, excepté dans le cas de destitution pour crime et établi devant le tribunal »²⁹.

La Constitution de 1959 n'avait pas prévu dans son texte initial des mécanismes de contrôle de la constitutionnalité des lois. Cette mission a été dévolue au Conseil constitutionnel qui a été créé par le décret du 16 décembre 1987, réorganisé par la loi du 18 avril 1990 et constitutionnalisé le 6 novembre 1995.

²⁹ محمد رضا بن حمّاد، "المبادئ الأساسية للقانون الدستوري والأنظمة السياسية"، مركز النشر الجامعي، الطبعة الثانية، تونس 2010، ص 254.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

La Constitution de 2014, a quant à elle, institué une Cour constitutionnelle. Cette institution est, en effet, « une instance juridictionnelle indépendante composée de douze membres choisis parmi les personnes compétentes, ayant une expérience de vingt années au moins et dont les deux tiers sont spécialisés en droit »³⁰.

L'indépendance des membres de cette Cour est assurée par le mode de leur nomination. Partagé entre le Président de la République, l'Assemblée des représentants du peuple et le Conseil supérieur de la magistrature³¹ (quatre membres pour chaque autorité). La saisine de la Cour se fait soit à l'initiative du Président de la République, du Chef du gouvernement, ainsi qu'un groupe de parlementaire dont le nombre minimum est fixé à trente soit sur renvoi des juridictions ordinaires et à l'initiative des individus. Cette ouverture de la saisine permet, au niveau du Parlement, à l'opposition de faire vérifier que les lois adoptées sont conformes à la Constitution et à l'individu d'accéder d'une façon indirecte, sur renvoi par le juge ordinaire des questions préjudicielles de constitutionnalité, à la Cour constitutionnelle dont la décision a un effet *erga omnes*, c'est-à-dire à l'égard de tous.

Des compétences diversifiées ont été attribuées à la Cour constitutionnelle. Elle lui revient, en plus de son rôle en matière de contrôle de constitutionnalité, d'exercer les attributions suivantes :

- L'examen des conflits des compétences entre le Président de la République et le Chef du gouvernement qui lui sont soumis à la demande de la partie la plus diligente (article 101 de la Constitution).
- Le constat de la vacance provisoire ou définitive de la présidence de la République (article 84 de la Constitution).

³⁰ Article 118 de la Constitution de 2014.

³¹ Article 118 de la Constitution de 2014.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

- L'examen de toute proposition de révision de la Constitution qui lui est soumise par le Président de l'Assemblée des représentants du peuple afin de vérifier qu'elle ne porte pas atteinte aux matières dont la révision est interdite dans la Constitution (art. 144 de la Constitution). Il s'agit des articles 1, 2, 49 et 75 de la Constitution.

- La mise en jeu de la responsabilité du Président de la République en cas de son inculpation de violation manifeste de la Constitution approuvée par les deux tiers des membres de l'Assemblée des représentants du peuple (l'article 88).

Ainsi, des progrès ont été réalisés au niveau de la composition et des attributions de la Cour constitutionnelle. Celle-ci apparaît, en tant qu'instance juridictionnelle indépendante, comme une composante fondamentale dans l'édifice constitutionnel prévu par la Constitution de 2014. Elle est appelée à veiller au respect de la suprématie de la Constitution en assurant par son contrôle de constitutionnalité la cohérence et le bon agencement des différentes règles en vigueur et protège et garantit les droits et liberté contre les atteintes du législateur. Il lui incombe aussi de réguler le bon fonctionnement des rouages de l'Etat en offrant une solution juridique aux conflits éventuels qui peuvent opposer notamment, eu égard à la nature mixte du régime politique, le Président de la République élu au suffrage universel au Chef du gouvernement bénéficiant de la confiance de la majorité au parlement. Dans ces conditions, la Cour constitutionnelle aura la tâche redoutable de transformer selon la formule de Charles Eisenman les

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

luttres politiques suprêmes dans un pays en litige de droit. Elle aura aussi à gérer à travers son interprétation des articles 1 et 2 de la Constitution³² le compromis réalisé au niveau de la rédaction de leur contenu entre les partisans de l'universalité des droits de l'homme et ceux de la spécificité culturelle dans ce domaine.

Au total, la Constitution de 2014 a, dans le but de limiter le pouvoir renforcé, le dispositif de la protection des droits et libertés et consolidé les garanties relatives à l'indépendance de la magistrature et à la justice constitutionnelle. La liberté est donc le but principal de la Constitution, dont l'objet est d'étendre et assurer les droits des citoyens. La réalisation de cette liberté est tributaire de l'instauration d'un pouvoir tempéré par l'existence d'institutions de contrôle du pouvoir.

II- LES AVANCEES DU DROIT CONSTITUTIONNEL EN MATIERE DE MODERATION DU POUVOIR

L'idée de modération du pouvoir a été revendiquée en Tunisie depuis le XIXème siècle par un certain nombre de penseurs politiques dont notamment Khéreddine. Ce dernier a prôné, pour garantir la liberté, l'instauration d'un gouvernement modéré par l'existence d'un certain nombre d'institutions politiques permettant l'exercice d'un contrôle

³² L'article 1 de la Constitution de 2014 a repris la même formule de l'article 1 de la Constitution de 1959 qui dispose que « la Tunisie est un Etat indépendant, souverain, sa religion est l'Islam, sa langue est l'arabe ».

Quant à son article 2, il énonce que : « la Tunisie est un Etat à caractère civil, basé sur la citoyenneté la volonté du peuple et la primauté du droit ». Il est à remarquer qu'il n'est pas permis, comme il a été mentionnée précédemment, d'amender ces deux articles ».

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

réci-proque entre les pouvoirs³³. Ce contrôle est la meilleure garantie contre la concentration de l'autorité au profit d'un seul organe. Il suppose dans le but d'assurer l'équilibre entre les pouvoirs et leur collaboration, la répartition des tâches de l'Etat selon le principe de la séparation des pouvoirs.

Ce principe a d'ailleurs été partiellement consacré par la Constitution de 1861. Certes, cette dernière ne retient pas une organisation totalement conforme à la thèse de Montesquieu. Elle n'adopte que son aspect organique à travers la répartition plus ou moins équilibrée entre trois organes que l'on peut qualifier par référence aux principes de Montesquieu d'exécutif de législatif et de judiciaire.

La Constitution de 1959 a, retenu quant à elle, l'idée de la modération du pouvoir puisque son Préambule proclame la volonté du peuple « d'instaurer une démocratie fondée sur la souveraineté du peuple et caractérisée par un régime politique stable basé sur la séparation des pouvoirs ». Toutefois, on a observé à travers l'analyse de l'évolution institutionnelle et politique, grâce à un certain nombre de mécanismes juridiques et politiques une hiérarchisation de tous les pouvoirs constitués et leur subordination au Président de la République³⁴. La Constitution de 2014 a ouvert la voie à un nouvel équilibre entre les organes de l'Etat et partant à l'établissement d'un

³³ Le fonctionnement de ce type de régime ne peut se concevoir sans « l'existence d'un contrôle pondéré, fondé sur des institutions en rapport avec l'état de la Nation. Ce contrôle est la meilleure et la plus sûre garantie pour l'existence et la durée d'un bon gouvernement. Le concours de la Nation et l'existence d'un contrôle (...) garantirait complètement la nation contre les caprices ou l'incapacité d'un chef ».

Khéreddine, « Essai sur les réformes nécessaires aux Etats musulmans », in Ben Hammed (Mohamed Ridha), « Les grands courants de la pensée politique dans le Monde arabo-musulman depuis le XIX^{ème} siècle », Presses de l'Université de Toulouse I Capitole, 2011, pp. 126 et 127.

³⁴ Cf. sur ce point Ben Hammed (M-Ridha), « Le pouvoir exécutif dans les pays du Maghreb », CERP, Tunis 1995 (Préface du Doyen Sadok Belaïd).

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

régime modéré : Son Préambule énonce d'une façon explicite que « la souveraineté appartient au peuple qui l'exerce sur la base de l'alternance pacifique à travers des élections libres et du principe de la séparation des pouvoirs et de l'équilibre des pouvoirs, dans lequel le droit de s'organiser, fondé sur le principe du pluralisme, la neutralité administrative, la bonne gouvernance et des élections libres constituent l'assise de la concurrence politique ».

Partant de ce Préambule, le dispositif de la Constitution réalise, à travers la nouvelle architecture constitutionnelle qu'il prévoit et qui se caractérise par un équilibre des pouvoirs à tous les niveaux, une avancée dans ce domaine. Ainsi une nouvelle conception de la séparation des pouvoirs a été adoptée.

La Constitution de 2014 ne retient pas seulement la signification initiale de ce principe qui consiste à distribuer les fonctions de l'Etat au niveau central entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire. Elle l'enrichit en incluant en plus, la répartition des compétences entre l'autorité centrale et les collectivités locales. Ainsi, la nouvelle Constitution a prévu l'établissement d'une nouvelle répartition des compétences d'une part entre le Président de la République, le Chef du gouvernement et le Parlement (**A**) et d'autre part entre le pouvoir central et l'autorité locale (**B**).

A- L'établissement d'une nouvelle répartition de compétence entre le Président de la République le Chef du gouvernement et le Parlement :

Le choix pour l'instauration de cette nouvelle répartition des compétences a été porté sur un régime mixte, qui réunit les deux éléments suivants : un

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

Président élu au suffrage universel et doté de notables pouvoirs et un Chef de gouvernement responsable devant le Parlement. Ce type de régime répond au souci de rompre avec la répartition déséquilibrée des pouvoirs et leur concentration au profit du Président qui a prévalu dans le passé et d'instaurer un nouvel réaménagement des compétences au sein de l'Exécutif et de nouveaux rapports entre ce dernier et les autres pouvoirs.

S'agissant du réaménagement au sein de l'exécutif, deux objectifs ont été pris en considération. La rupture avec la domination excessive de l'exécutif par le Président et le renforcement de l'autorité et du rôle du chef de gouvernement. Bien que bénéficiant d'une légitimité populaire en raison de son élection au suffrage universel, le Président de la République ne dispose pas comme c'était le cas auparavant de la totalité de la fonction exécutive. Ces pouvoirs, qui ne peuvent être réduits à ceux d'un président dans un régime parlementaire ou assimilé à ceux d'un président d'un régime présidentiel, sont déterminés par la Constitution. Ainsi selon son article 72, le président de la République est le Chef de l'Etat, le symbole de son unité, le garant de son indépendance et de sa continuité et du respect de la Constitution. Il est chargé, conformément à l'article 77 de la Constitution de représenter l'Etat, de définir la politique générale dans le domaine de la défense des relations étrangères et de la sécurité nationale relative à la protection du territoire national des menaces intérieures et extérieures et ce, après consultation du Chef du gouvernement. Il dispose pour assurer ces fonctions des prérogatives suivantes qui lui permettent de jouer le rôle de modérateur :

- Le renvoi d'un projet de loi pour une seconde lecture qui oblige l'Assemblée des représentants du peuple à réexaminer le texte et confirmer

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

son vote, en adoptant après renvoi, le projet de loi ordinaire ou le projet de loi de finances à la majorité absolue de ses membres et à la majorité des trois cinquièmes de ses membres pour le projet de loi de finances³⁵. Ce droit de veto permet au président de disposer d'un réel pouvoir d'empêcher. C'est-à-dire, selon la définition de Montesquieu, du pouvoir de s'opposer à une résolution. Ce droit du veto, sur un acte qui a été approuvé par le Parlement qui jouit d'une indiscutable légitimité démocratique, doit être rare sous peine du blocage du système. Il ne doit être utilisé que pour provoquer un débat sur les observations et suggestions du président surtout lorsqu'il s'agit d'un projet de loi controversé. La soumission au référendum des projets de lois qui portent sur l'approbation des traités internationaux ou sur les droits de l'homme et les libertés ou sur le statut personnel adopté par l'Assemblée des Représentants du peuple³⁶ et de la révision adoptée par le parlement après l'accord des deux tiers de ces membres³⁷. Cette compétence propre du Président de la République lui permet de faire appel au peuple soit pour donner une assise populaire à une décision importante adoptée par l'Assemblée des représentants du peuple soit pour chercher à influencer avec le soutien de l'opinion publique le règlement de telle ou telle question dans un sens non partisan :

- La nomination de quatre membres de la Cour constitutionnelle et sa saisine pour qu'elle exerce son contrôle de constitutionnalité des projets de lois³⁸.
- La faculté d'adresser des messages à l'Assemblée des Représentants du peuple³⁹.

³⁵ Article 81 §5 et article 66 §4 de la Constitution de 2014.

³⁶ Article 82 de la Constitution.

³⁷ Article 144 §3 de la Constitution.

³⁸ Article 120 §2 de la Constitution.

³⁹ Article 79 de la Constitution de 2014.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

- L'initiative des lois⁴⁰.

Le Président exerce aussi en plus de ses compétences propres des attributions en collaboration avec le Chef du gouvernement. Ainsi, il nomme et il révoque dans les hautes fonctions militaires diplomatiques et de la sécurité nationale, après consultation du Chef du gouvernement⁴¹. Il peut aussi prendre les mesures nécessaires en cas de péril imminent menaçant les institutions de la Nation et la sécurité et l'indépendance du pays et entravant le fonctionnement régulier des pouvoirs publics après consultation du Chef du gouvernement et du Président de l'Assemblée des Représentants du peuple⁴².

Il s'avère de ce qui précède que le Président de la République n'a, dans la Constitution actuellement en vigueur, qu'une partie des prérogatives de son homologue dans la Constitution de 1959. L'essentiel du pouvoir gouvernemental revient désormais au Chef du gouvernement. C'est lui qui détermine, la politique générale de l'Etat conformément aux dispositions de l'article 77 de la Constitution qui attribue la définition des politiques générales dans les domaines de la défense, des relations étrangères et de la sécurité nationale au Président de la République »⁴³. Si la conduite de ces affaires relève du Président de la République, rien ne peut se faire sans la consultation du Chef du gouvernement. Autrement dit ces affaires sont un domaine éminent de concertation entre le Président de la République et le Chef du gouvernement et où les relations institutionnelles doivent se dérouler sur le mode de la solidarité de la sagesse et de l'intelligence

⁴⁰ Article 62 de la Constitution de 2014.

⁴¹ Article 78 §4 de la Constitution de 2014.

⁴² Article 80 de la Constitution de 2014.

⁴³ Article 91 de la Constitution de 2014.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

politique. D'ailleurs, le Président de la République préside obligatoirement le Conseil des ministres lorsqu'il examine ces questions relatives à la défense, les relations étrangères et la sécurité nationale⁴⁴.

Le Chef du gouvernement dispose pour l'accomplissement de sa mission de plusieurs prérogatives. Il gère l'administration, veille à l'exécution des lois⁴⁵ exerce le pouvoir réglementaire générale⁴⁶ nomme aux emplois de la haute fonction publique⁴⁷ et préside le Conseil des ministres qui se tient sur sa convocation⁴⁸.

La nouvelle répartition des pouvoirs observée au sein de l'exécutif permet, à travers le partage de la fonction exécutive entre le Président de la République et le gouvernement de le limiter et par la même de modérer son fonctionnement. Ici encore, une fois de plus suivant la formule de Montesquieu : « le pouvoir arrête le pouvoir ».

La recherche de la modération du pouvoir à travers le réaménagement des compétences au sein de l'Exécutif, a aussi concerné ses rapports avec le législatif. C'est dans ce domaine que la Constitution a renforcé la fonction de contrôle du Parlement qu'il peut exercer d'une façon effective et efficace grâce à la reconnaissance constitutionnelle de l'opposition. Des droits politiques sont conférés aux partis politiques de l'opposition représentés au Parlement. Ainsi l'article 60 de la Constitution précise que « l'opposition est une composante essentielle de la Chambre des représentants du peuple. Elle

⁴⁴ Article 93, §2 de la Constitution de 2014.

⁴⁵ Article 92 de la Constitution de 2014.

⁴⁶ Article 94 de la Constitution de 2014.

⁴⁷ Article 94 §4 de la Constitution de 2014.

⁴⁸ Article 93 de la Constitution de 2014.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

a des droits lui permettant d'accomplir ses missions dans le cadre du travail parlementaire et lui garantissant la représentativité adéquate dans la structure et activités de la chambre, sur les plans intérieur et extérieur. Parmi ces droits, il lui est obligatoirement accordé la présidence de la Commission des finances et le poste de rapporteur de la Commission des relations extérieures. Elle dispose également de celui de créer et de présider toutes les années une commission d'enquête. Ce rôle reconnu constitutionnellement à l'opposition parlementaire, qui est le prolongement de la liberté de constituer des partis politiques, des syndicats et des associations prévue par l'article 35 de la Constitution, permet à l'Assemblée des représentants du peuple d'utiliser efficacement les moyens d'information⁴⁹ de mise en jeu de la responsabilité politique du gouvernement⁵⁰ et du retrait de la confiance à l'un des membres du gouvernement⁵¹, dont elle dispose.

Ainsi, le Parlement, dont l'ensemble des députés représente la totalité du peuple, car la minorité y figure aux côtes de la majorité, dispose d'instruments effectifs de contrôler le gouvernement. A ces instruments s'y ajoute le droit pour les députés, de présenter une motion motivée pour mettre fin au mandat du président de la République en raison d'une violation manifeste de la Constitution⁵². Dans le cas de l'approbation de la décision, par la Chambre, «l'affaire est renvoyée devant la Cour constitutionnelle qui statue sur la question à la majorité des deux tiers. En cas de condamnation, la décision de la Cour constitutionnelle se limite à la

⁴⁹ Il s'agit notamment de la technique des questions écrites ou orales que tout membre de l'Assemblée des Représentants du peuple peut adresser au gouvernement (cf. article 96 de la Constitution) ou de la commission d'enquête (cf. article 59 de la constitution).

⁵⁰ Article 97 de la constitution de 2014.

⁵¹ Article 97 de la constitution dernier paragraphe.

⁵² Article 88 de la constitution de 2014.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

révocation, sans exclure d'éventuelles poursuites pénales si nécessaire. La décision de révocation prive le Président de la République de se porter candidat à quelque autre élections ». Il s'agit là d'une disposition qui constitue un progrès dans le domaine de droit constitutionnel en Tunisie dont la mesure où elle permet, en dépit de son élection au suffrage universel, sa mise en accusation par l'Assemblée parlementaire et sa destitution éventuelle par la Cour constitutionnelle.

B- L'établissement d'une nouvelle répartition des compétences entre le pouvoir central et l'autorité locale

L'objectif recherché à travers la nouvelle répartition des compétences entre le pouvoir central et l'autorité locale est l'instauration, grâce au développement de la démocratie et de l'autonomie locale, des rapports plus équilibrés entre l'Etat et les collectivités territoriales. Il s'agit donc de rompre avec la situation antérieure qui a été caractérisée, en dépit d'une extension progressive des prérogatives des collectivités locales, par une faiblesse de la décentralisation⁵³.

⁵³ Le décret du 14 mai 1957 portant, après l'indépendance, loi municipale (qui resta en vigueur jusqu'à 1975) soumettait la commune à une lourde tutelle. La loi organique sur les communes de 1975 n'a changé que peu de chose par rapport au décret de 1957. Les réformes intervenues en 1991 et en 1995 ont certes amélioré le fonctionnement des conseils municipaux. Elles ont comporté une extension des compétences communales sont dignes d'intérêt. Il n'en reste pas moins que la tutelle sur les communes a continué de rester pesante. Quant aux conseils du governorat établi par la loi du 30 décembre 1963, ils n'avaient qu'un rôle consultatif. La loi organique du 4 février 1989 sur les conseils régionaux a assurément amélioré leur fonctionnement en les dotant d'attributions plus substantielles. Mais cette réforme n'a introduit au niveau de ces conseils qu'un régime de semi-décentralisation. « Il n'en reste pas moins, malgré ces évolutions, que la déconcentration, notait le professeur Gérard Marcou, continue de dominer la décentralisation », « Décentralisation et démocratie en Tunisie », Ouvrage collectif, dir. (H.) Ben Salah et (G.) Marcou, L'Harmattan, Tunis 1998, p. 25.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

La Constitution de 2014 a réalisé une avancée substantielle dans ce domaine. Son chapitre VII (articles 131 à 142) a été consacré à l'autorité locale. Elle a, en outre, proclamé au niveau de son article 14 qui figure au chapitre I relatif aux dispositions générales, l'engagement de l'Etat « à soutenir la décentralisation et l'adapter sur tout le territoire national dans le cadre de son unité».

Le contenu de cette décentralisation, qui a désormais une base constitutionnelle, est précisé par l'article 131 de la Constitution. Cette disposition énonce que « le pouvoir local est fondé sur la décentralisation (qui) est concrétisée par des collectivités locales comprenant des municipalités, des régions et des départements dont chaque catégorie couvre l'ensemble du territoire de la République conformément à une division fixée par la loi. D'autres catégories spécifiques peuvent être créées par le législateur ». Cette nouvelle organisation régionale doit se faire évidemment dans le respect du principe de l'indivisibilité du territoire nationale et l'unité de l'Etat.

La nouvelle Constitution précise aussi dans son article 132 que ces collectivités locales jouissent de la personnalité juridique et de l'autonomie financière et administrative conformément au principe de la libre administration⁵⁴. C'est pour la première fois que ce principe est consacré

⁵⁴ Ainsi la Constitution confère une valeur constitutionnelle au principe de libre administration des collectivités territoriales. Celle-ci est d'ailleurs conçue par certains auteurs dont notamment Michel Verpeaux, comme « une forme de séparation verticale des pouvoirs tandis que la forme habituelle de la séparation serait horizontale. L'une comme l'autre ne sont pas que des droits mais des moyens d'asseoir des droits ou des libertés, ils sont des moyens, ils ne constituent pas des buts ».

Cf. M. Verpeaux dans son commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat en France du 18 janvier 2001 « Communes de Venelles / c Morbelli in R.F.D. adm. n° 3, 200, p. 684. D'autres auteurs défendent, en revanche, l'idée selon laquelle la libre administration ne se réduit pas à un simple principe d'organisation mais constitue bien une liberté ».

Cf. notamment C. Bacoyannis dans sa thèse consacrée au « principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales », Economica, PUAM, 1993

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

constitutionnellement en Tunisie. La Constitution de 1959 a certes prévu l'existence des collectivités locales mais n'a pas garanti leur autonomie locale. Elle s'est limitée à énoncer que « les conseils municipaux, les conseils régionaux et les structures auxquelles la loi confère la qualité de collectivité locale gèrent les affaires locales dans les conditions prévues par la loi » (art. 71).

La nouvelle Constitution a, précisé le contenu des garanties institutionnelles de la libre administration et a conféré aux collectivités territoriales les moyens de la mettre en œuvre.

-Les garanties institutionnelles de la libre administration tiennent dans l'élection des conseils des collectivités territoriales ainsi que leur attribution de plusieurs compétences pour gérer les affaires locales. En effet, selon l'article 133 de la Constitution, les conseils municipaux et régionaux sont élus au suffrage universel, libre secret et direct, intègre et transparent. Quant aux conseils départementaux, ils sont élus par les membres des conseils municipaux et régionaux. Cela signifie que toute collectivité locale doit disposer d'un conseil élu et que les électeurs doivent exercer leur droit au suffrage pour la désignation des membres élus des collectivités territoriales d'une façon périodique. La Constitution a aussi prévu dans son article 141 la représentation des conseils des collectivités locales dans le « Conseil supérieur des collectivités locales ». Ce Conseil qui est chargé d'examiner les questions liées au développement et à l'équilibre entre les régions et de donner son avis sur les projets de lois relatifs à la planification, au budget et aux finances locales devrait en raison de son rôle de défenseur de leurs intérêts, être choisis par voie d'élection. Les collectivités locales gèrent les affaires locales avec autonomie. Elles disposent à cet effet, conformément à

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

l'article 134 de la Constitution, des compétences propres, des compétences qu'elles exercent conjointement avec l'autorité centrale et des compétences qui leur sont transférées par elle. Les compétences conjointes et les compétences transférées sont réparties sur la base du principe de la subsidiarité que signifie que les collectivités territoriales ont vocation à prendre l'ensemble des décisions que peuvent le mieux être mises en œuvre à leur niveau. Ces transferts de compétences doivent nécessairement être accompagnés des transferts par l'Etat aux collectivités des moyens nécessaires à l'exercice des compétences transférées : transfert ou mise à la disposition selon les cas et les collectivités en cause des services et des biens utilisés pour l'exercice de ces compétences et transfert des ressources. D'ailleurs, la Constitution prévoit au niveau de son article 135 que « toute création ou transfert de compétence de l'autorité centrale aux collectivités locales doit s'accompagner d'un transfert de ressources correspondantes ».

-La libre administration implique aussi la dotation des collectivités locales de moyens juridiques et financiers pour gérer en toute autonomie leurs affaires locales. Ainsi, elles disposent, conformément au paragraphe 3 de l'article 134 de la Constitution, d'un pouvoir réglementaire dans le domaine de leurs compétences. En mettant à la disposition des collectivités ce pouvoir d'édicter des mesures à portée générale et impersonnelle, le Constituant donne un instrument indispensable à l'exercice de leur libre administration dans le domaine de leurs affaires locales. Toutefois, l'exercice de cette compétence ne doit pas conduire à leur conférer une partie du pouvoir réglementaire que l'article 135 de la Constitution attribue au Chef du gouvernement.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

Le principe de la libre administration implique aussi le respect par l'Etat de l'autonomie financière des collectivités locales. Celle-ci suppose que ces collectivités disposent de ressources suffisantes leur permettant d'exercer pleinement leurs compétences. Les ressources, grâce auxquelles les collectivités locales financent leurs dépenses, se répartissent en trois catégories. Celle d'abord des ressources propres, produit des divers services publics de l'exploitation des biens domaniaux et surtout les produits de l'impôt local. La seconde catégorie de ressources est représentée par des ressources du transfert : c'est-à-dire des subventions et des dotations de l'Etat. La troisième catégorie est celle prévue par l'alinéa trois de l'article 135 de la Constitution et qui provient de « l'exploitation des richesses naturelles (qui) peuvent être conformément à l'article 136 de la Constitution allouées à l'amélioration du développement régional sur le plan national ».

Cette ressource complémentaire peut être utilisée par l'Etat qui a, conformément à l'article 12 de la Constitution comme objectif « l'équilibre entre les régions ... en se basant sur le principe de discrimination positive ». D'ailleurs, l'autorité centrale est chargée de fournir, sur la base de l'article 136 de la Constitution, « des ressources complémentaires pour intervenir au profit des collectivités locales, en application du principe de solidarité et suivant les modalités de la régulation et de l'adéquation ».

Les collectivités territoriales sont soumises « pour ce qui est de la légalité de leurs actes à un contrôle à posteriori »⁵⁵. Ce contrôle de l'Etat sur la collectivité locale qui est venu remplacer l'ancienne tutelle à priori. Celui-ci devrait normalement être confié au représentant de l'Etat qui après que les

⁵⁵ Article 138 de la Constitution de 2014.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

actes les plus importants des collectivités locales lui ont été transmis, peut s'il décèle une irrégularité juridique les déférer à la justice administrative.

Quant au contrôle budgétaire et financier, les collectivités qui gèrent librement leurs ressources, dans le cadre du budget qui leur est alloué, selon les règles de la bonne gouvernance, sont soumises, conformément à l'article 137 de la Constitution, au contrôle de la justice financière. L'étendue et les modalités de ce contrôle administratif et financier seront précisées par le législateur. Les lois qui seraient promulguées, dans ce cadre, ne sauraient bien évidemment, à travers le contrôle à posteriori de l'Etat sur les collectivités territoriales, le priver des garanties nécessaires à l'exercice de leur libre action⁵⁶. Rien ne semble toutefois s'opposer à l'admission d'un pouvoir de substitution de l'Etat à l'égard des collectivités locales dans certaines hypothèses notamment lorsque les autorités décentralisées normalement compétentes sont dans l'incapacité de prendre une décision importante, ce qui risque de compromettre les intérêts de la collectivité et le fonctionnement du service public, voire l'application de la loi⁵⁷.

En définitive, les nouveaux rapports entre le pouvoir central et l'autorité locale devraient normalement permettre le renforcement des compétences des collectivités locales. En effet, la Constitution de 2014 fait, pour la première fois en Tunisie, sortir les collectivités de la simple catégorie d'entité administrative pour la consacrer comme un sujet de droit

⁵⁶ Cf. à titre d'information, la décision du Conseil constitutionnel français, Déc. n° 92-316 du 20 janvier 1993, prévention de la corruption.

⁵⁷ Cf. à titre d'information la décision du Conseil constitutionnel français n° 87-241 du 19 janvier 1988 Statut de la Nouvelle Calédonie, n° 82-149, DC du 28 déc. 1982, Paris-Lyon-Marseille.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

constitutionnel. La décentralisation est désormais ancrée dans la Constitution. Les conseils des collectivités sont élus démocratiquement. Elles sont dotées de l'autonomie nécessaire pour gérer au mieux leurs affaires locales. Elles disposent de moyens administratifs et financiers importants pour exercer les compétences propres, les compétences qu'elles exercent conjointement avec l'autorité centrale et la compétence qui leur sont transférées par elle et qui sont réparties sur la base du principe de subsidiarité. Le contrôle auquel sont soumises les collectivités locales ne peut se faire qu'à posteriori. Il y a là, incontestablement une avancée importante en matière de droit constitutionnel. La réalisation des objectifs recherchés par le Constituant reste bien évidemment tributaire de la dotation des collectivités locales des moyens humains et financiers, condition nécessaire leur permettant de gérer au mieux leurs affaires locales.

La Constitution de 2014 a, dans le but de modérer le pouvoir rationaliser la répartition des compétences de l'Etat sur la base du principe de la séparation des pouvoirs. Ce principe qui repose sur l'équilibre des pouvoirs et implique leur collaboration par le biais des mécanismes de leur contrôle réciproque ne concerne pas seulement les rapports entre l'Exécutif et le législatif mais aussi la répartition des compétences entre l'autorité centrale et les collectivités locales. Ainsi, la Constitution a retenu le principe de la séparation des pouvoirs dans sa dimension contemporaine. Elle a aussi prévu pour renforcer le caractère modéré du pouvoir dans son chapitre VI (articles 125 à 130), l'institution « d'Instances constitutionnelles » qui œuvrent par leur fonction de régulation au renforcement de la démocratie. Ces Instances qui répondent au qualificatif d'autorité administrative

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

indépendante sont au nombre de cinq (l'instance électorale, l'instance de communication, l'instance audio-visuelle, l'instance des droits de l'homme, l'instance du développement durable et l'instance de la bonne gouvernance et de la lutte contre la corruption) sont élues par l'Assemblée des Représentants du peuple. Certaines d'entre-elles peuvent être dotées d'un pouvoir juridictionnel et d'un pouvoir réglementaire dans le domaine de leur compétence. Ces autorités constituent un puissant facteur d'équilibre et de modération, en raison de leurs fonctions de régulation, dans des domaines telles que les élections la protection des droits des citoyens, de la lutte contre la corruption et la dégradation de l'environnement.

Des avancées en matière de limitation et de modération des pouvoirs ont été, réalisées par la Constitution de 2014. Le contenu de cette Constitution avec ses dispositions détaillées reflète, en dépit de quelques insuffisance et parfois certaines ambiguïtés liée aux difficiles négociations et transactions menées au moment de son élaboration⁵⁸, les exigences inhérentes à l'Etat de droit telles que formulées au cours des dernières décennies par le courant du renouvellement du droit constitutionnel qui s'est accompagné par la réhabilitation de la notion de constitution. Considérée en 1956 comme « une survivance du passé » et comme « un temple allégorique habité par les ombres »⁵⁹ en raison souvent de son ineffectivité et l'inadéquation de ses principes, la Constitution va retrouver sa place en tant que fondement du pouvoir politique. La formule utilisée par le professeur Dominique

⁵⁸ Ces négociations et transactions ont été menées dans le cadre de la « Commission du consensus », issue de la Constituante et qui a tranché plusieurs litiges sur des questions importantes.

⁵⁹ Burdeau (G.), « Une survivance : La notion de Constitution », Etudes offertes à Achille Mestre, Sirey Paris, 1956, p. 53.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

Rousseau, à l'occasion d'une conférence donnée à la faculté de droit de Tunis en 1988, de « résurrection de la notion de Constitution » résume bien cette évolution⁶⁰. Le droit constitutionnel, après avoir été rattaché essentiellement, au courant des années cinquante et soixante du dernier siècle, aux phénomènes politiques est désormais fondées sur l'idée de la Constitution. Son contenu a été élargi et de nouvelles dimensions ont été conférées à ses normes. Par delà, son encadrement juridique du pouvoir politique, le droit constitutionnel se rattache, de plus en plus, aux droits de l'homme, car comme l'a affirmé le professeur Favoreu « Le triple objet du droit constitutionnel les institutions, les normes et les libertés sont étroitement liées et ne forment qu'un seul ensemble ». Le juge constitutionnel est considéré comme le garant principal de ces libertés.

Elaborée par une Assemblée constituante avec la participation des représentants de la société civile (Associations, ordres professionnels, corps de métiers, experts, Commission de conciliation issue du Dialogue national)⁶¹, la Constitution de 2014 qui est l'expression d'un compromis entre les membres d'une élite appartenant à des horizons différents a inclus tous les principes du constitutionnalisme moderne. Elle proclame les droits et les libertés, développe les garanties juridictionnelles pour assurer leur protection en cas d'abus et agence l'organisation du pouvoir sur la base du principe de l'équilibre et son exercice d'une façon modérée.

⁶⁰ Rousseau (D.), « Une résurrection : la notion de Constitution », in Journée Tuniso-françaises du droit constitutionnel, Association tunisienne de droit constitutionnel 11-16 mars 1988, CERP, p. 241.

⁶¹ « Le Dialogue National » est une Instance constituée par l'Union Générale des Travailleurs Tunisiens (UGTT), l'Union Tunisienne de l'Industrie et du Commerce (UMCA), de l'Ordre des Avocats et la Ligue tunisienne des droits de l'homme et les représentants des partis politiques.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

Seule la pratique institutionnelle liée aux nouvelles données politiques issues des futurs rapports des forces dans le pays est en mesure de nous apporter des réponses précises sur la façon de mise en œuvre de la Constitution. Ainsi de deux choses, l'une, soit elle sera neutralisée, faute de volonté sincère de réaliser la transition démocratique avec les inévitables conséquences que cela entraînerait en termes de sclérose de la vie politique, comme c'était le cas suite aux échecs de la Constitution de 1861 qui a été suspendue ou de celle de 1959 qui n'a pas réalisé tous ses objectifs. Soit devenir un instrument d'impulsion favorisant la transition démocratique, comme c'était le cas dans les pays du Sud et de l'Est de l'Europe, et la progression vers un régime démocratique. C'est le seul terme de l'alternative qui s'impose à nous si on veut progresser vers un système démocratique, seul capable d'assurer la stabilité du pouvoir et sa légitimité ainsi que le développement politique, économique et culturel de la Tunisie.

Les atouts dont dispose notre pays aujourd'hui et qui trouvent leurs racines dans notre histoire politique et constitutionnelle ancienne et récente ainsi que le dynamisme de sa société civile, peuvent aider à favoriser l'émergence d'un régime modéré fondé sur le respect des libertés et des droits fondamentaux et caractérisé par l'introduction d'un système de freins et de contrepoids entre les pouvoirs et assurant leur équilibre ainsi que le respect de la règle de l'alternance au pouvoir dans un Etat de droit.

Novembre 2014

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

Débats (2ème séance) 24 11 2014

المناقشة (الجلسة الثانية)

Questions relatives à la communication du professeur **BENHAMMED**

Un intervenant de la salle

Une petite question pour notre collègue tunisien, c'est une Constitution tunisienne qui est digne d'un grand intérêt. Cependant, pour ma part, la répartition des pouvoirs entre le Président de la République et le couple Parlement-Gouvernement risque de poser problème c'est pour ça que, je voudrais vous demander des éclaircissements à ce niveau-là. Le Président de la République, ses attributions ont été rétrécies de manière très drastique, cela va à l'encontre peut-être du courant, du rationalisme parlementaire qu'on a connu depuis les années 40 où il y avait une dictature des parlements. Donc, on a essayé de renforcer les attributions du Président de la République pour essayer de faire un équilibre. Alors-là le Président pratiquement n'a plus de pouvoirs très importants mise à part l'empêchement. Mais l'empêchement va essayer d'empêcher l'activité de façon à ce qu'elle se fasse le plus normalement possible, puis les attributions dont il dispose actuellement c'est la sécurité, c'est la politique extérieure, c'est la défense. Mais il ne peut les exercer qu'en concertation. Donc la question que je vous pose, qu'elle est la nature de cette concertation ?

La deuxième question, si un Président de la République n'a pas de politique parce que la politique générale est déterminée par le Chef du gouvernement, un problème va se poser. Quand il y a une élection du Président, sur quelle base il va être élu puisqu'il ne lui appartient pas de faire un programme ?

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

Professeur Robert DOSSOU

J'ai une petite question pour le 1^{er} intervenant concernant l'évolution constitutionnelle en Tunisie. Il a dit que, la Constitution de 1959 où il y a eu séparation des pouvoirs, je me demande quelle a été l'effectivité et l'efficacité de cette Constitution ? Surtout en rapport avec ce qui se passe en Tunisie depuis 2011 jusqu'à ce jour ; donc je voudrais bien qu'il s'étale un peu sur ce point-là parce que ce qui se passe depuis 2011 en Tunisie n'explique pas la mutation de l'effectivité de la Constitution de 1959, cela pour reprendre ma question.

متدخل من القاعة

في البداية نثمن كثيرا مثل هذه الندوات، لأن الكل يحس أننا في مرحلة لا بد من تقييم حقيقي وفعال للقضاء الدستوري. نريد أن نسمع عن تطور القضاء الدستوري في إفريقيا لأنه فعلا الآن أصبح يطور القانون الدستوري، أصبح فعلا هو الذي يوجه ويشخص وينظم مجالات القانون الدستوري. فعندما استمعنا لمداخلة الأستاذ بن حماد من تونس، انطلق من وثيقة قرطاج في حين أن التراث الدستوري لم يبدأ من وثيقة قرطاج، عندنا تراث دستوري إفريقي والدول لم تنطلق من هذه المرحلة. كانت دولا، وهناك قواعد منظمة للسلطة منذ التاريخ القديم، وكانت حتى قبل قرطاج، كانت منطقة و إقليم تابعان للخلافة الإسلامية في مجال العالم الإسلامي و العربي و الأمازيغي و هكذا .. إذن هناك تطور للتراث الدستوري في حين ما حدث، كما قال الأستاذ قايس. بالنسبة للقانون المتطور على الشعب، فالقانون ليس هو الغاية؛ الفرق بين القانون والحقوق والحريات، الحقوق والحريات هي غاية بينما القانون هو وسيلة تتطور باستمرار لخدمة المجتمعات.

ما حدث لمجتمعاتنا في إفريقيا بسبب الاستعمار الذي أشرتم إليه وذكرتموه حقيقة. إذن هناك فراغ في مجال التراث الدستوري. في مجال تطور التراث الدستوري الإفريقي العربي الإسلامي في منطقتنا، إذن هناك مشكل حقيقي، إذا أردنا أن نقيم هذه المسائل والقضاء الدستوري يجب

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

أن نقيمها من حيث تحقيق مبدأ العدالة الدستورية وليس الحديث عن فحص الشرعية الدستورية ومبدأ الفصل بين السلطات كأداة وآليات لخدمة دولة الحق والقانون. نحن الآن لا نبحث عنها للضمانات فقط و إنما نبحث عن الشرعية الدستورية في إطار الحق و العدل الدستوري الذي يضمن أولاً التقييم الموضوعي الحقيقي للقضاء الدستوري كآلية من آليات تحقيق هذه العدالة الدستورية. نحن الآن نتحدث عن الهيئات السياسية، بطبيعة الحال القانون الدستوري له وجهان، الكل متفق أن القانون الدستوري هو قانون سياسة لا يمكن أن يمارس بطريقة فعالة من قبل القضاء ولهذا، من أهم عيوب الرقابة القضائية هو هذا الجانب، و في نفس الوقت الهيئة السياسية يصعب عليها أن تمارس الطعون القضائية، النزاعات القضائية الانتخابية لأنها هيئات سياسية. يصعب عليها أن تمارس القضاء الدستوري كقضاء مستقل. ولهذا، هناك طروحات واقتراحات مهمة لتطوير القضاء الدستوري في إفريقيا حتى نكون موضوعيين في هذه المرحلة. إنها مرحلة حاسمة وتتطلب منا النقاش الموضوعي الفعال لتطوير هذه العملية لأنها فعلا تمس تطور هذه المجتمعات الإفريقية سواء من حيث الاستقلالية أو من حيث القانون نفسه وشكراً.

متدخل من القاعة

السؤال مباشر وموجه إلى الأستاذ بن حماد. أولاً لقد ذكرت بأن الدستور التونسي يتكلم عن الحق في الحياة. نريد أن نعرف هل هي مقدمة لإلغاء عقوبة الإعدام أم أفهم أن هذا الإدخال طبقاً للمادة 6 من العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية بمعنى تركيز المنع، المنع خارج القتل، خارج القانون والمحاكمة العادلة؟

ثانياً: لقد ذكرت أن الدستور يتكلم عن مجموعة من الحقوق التي لا يمكن أن تقيّد، ذكرت التعذيب وذكرت رجعية القوانين، لكن كما تعرف وكما نعرف في معاهدات التي انضمت إليها تونس وهي أكثر توسعاً في الحقوق التي لا يجب المس بها وهنا أتكلم عن المادة الرابعة من العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية إذن كيف نقيّد في الدستور ونوسع في المعاهدات؟ أريد أن أفهم هذا؟

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

Intervention from the floor

About the second speaker, I must say that he altogether forgotten that in Africa you have the customary laws and that is direct contact between the people and the person who presides over, with different names, the customary law.

1- Réponses du Professeur Gianni BUQUICCHIO, Président de la Commission de Venise (Président de la séance).

Il s'agissait si, j'ai bien compris du binôme «Pouvoir et juge». J'ai peut-être donné l'impression qu'il y a toujours un conflit entre les deux termes. Ce n'est pas le cas, cela ne devrait pas être le cas ! Le pouvoir est là, le gouvernement et le parlement sont là pour gouverner les différents dans le respect de la Constitution. Le juge constitutionnel est là comme gardien de la Constitution et faire en sorte que toutes les autorités, tous les pouvoirs respectent la Constitution. Malheureusement comme quelqu'un l'a dit très sagement, le pouvoir sans abus n'a pas de charme, donc on a tendance souvent à profiter du pouvoir et c'est là que le juge constitutionnel doit intervenir ; donc, ce n'est pas un conflit endémique, je dirais même, c'est un conflit occasionnel mais qui malheureusement se présente souvent dans toutes nos sociétés.

On m'a dit aussi comment renforcer l'indépendance du pouvoir judiciaire et notamment de la justice constitutionnelle. J'ai dit ce matin que la Conférence Mondiale sur la Justice Constitutionnelle en fait un sujet fixe pour tous les Congrès parce qu'on a remarqué que dans tous les continents, il y a toujours malheureusement des atteintes à l'indépendance du droit judiciaire. Je vois deux cas d'espèce : Le premier, le plus fréquent dans

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

toute nouvelle démocratie issue d'un régime totalitaire, est qu'il y a encore une vieille mentalité d'obéir aux ordres du pouvoir et de plaire au pouvoir ; il n'y a pas d'impartialité et donc il y a manque d'indépendance.

Dans d'autres pays où la démocratie est plus ancienne, c'est le pouvoir qui s'impose au juge constitutionnel avec des menaces, avec la non-exécution des décisions, avec des attaques. Nous avons vu dans plusieurs pays d'anciennes démocraties, il y a le Président Haşim Kılıç, Président de la Cour Constitutionnelle de Turquie ici, et le Président de la Cour constitutionnelle de Hongrie ou de Roumanie, qui ont subi les mêmes attaques qu'en Turquie, par leur propre gouvernement, mais donc cela c'est aussi grave et nous devons tous lutter ; comment on peut lutter pour résoudre les problèmes ? Les deux cas d'espèce, je pense que ce genre de rencontre, les associations régionales ou la Conférence Mondiale sont très importantes parce qu'ils génèrent un esprit d'émulation et donc les juges qui seraient tentés de pêcher dans la 1ère catégorie, c'est-à-dire plaire au pouvoir, se rendent compte que cela c'est important de prouver et de montrer à tout le monde extérieur leur propre indépendance. Cela renforce l'indépendance de la première catégorie. Pour les autres, il y a la deuxième catégorie tout en étant juste, ils sont attaqués indûment par le pouvoir parfois et heureusement pas toujours, c'est la solidarité de nous tous, d'être à leurs côtés, faire des déclarations publiques en prenant la défense de ces cours qui sont mises sous pression par un pouvoir qui malheureusement veut aller au-delà de ses prérogatives constitutionnelles.

2- Réponses du Professeur Ridha BENHAMMED de l'Université de Tunis.

Je crois que, je vais répondre sur trois axes. Le premier est relatif au pouvoir du Président de la République et du Chef du gouvernement en Tunisie. Mais je dois partir d'une question de notre collègue toute à l'heure qui me disait lorsque j'ai affirmé que la Constitution de 1959 a consacré le principe de la séparation des pouvoirs et l'équilibre des pouvoirs et que cela a abouti à la révolution. C'est vrai ! Le fait est là ! Elle a consacré ce principe, mais il y a eu des mécanismes politiques et juridiques qui ont vidé le principe de sa substance et consacré la primauté du Président. C'est ce que j'ai dit rapidement, je n'ai pas eu le temps de développer et, ma thèse de doctorat est axée sur cette idée. Ce n'est pas moi qui vais vous dire que le pouvoir, est un pouvoir équilibré, le pouvoir était déséquilibré et la révolution parmi ces revendications c'est la revendication d'un équilibre du pouvoir. Et là je réponds à la question de la répartition des pouvoirs entre le Président de la République et le Chef du gouvernement. Les Constituants en Tunisie en 2011, lorsqu'il y a eu convocation de l'Assemblée Nationale Constituante devait se prémunir contre deux excès.

D'abord cette concentration du pouvoir au profit du Président et l'excès qui pourrait venir d'un régime de l'instabilité d'un régime parlementaire, et ils ont suivi la démarche qui a été suivie par les pays de l'est et avant les pays de l'est, le Portugal. Le Portugal et un certain nombre de pays de l'est ont adopté ce type de régime mixte qui combine les éléments du régime parlementaire et le régime présidentiel dont le but d'arriver à ce résultat. Or dans ces régimes, l'évolution s'est faite vers la consécration d'un régime parlementaire, peut-être rationalisé comme vous l'avez dit tout à l'heure.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

En Tunisie, lorsqu'il y a eu le débat sur cette question, il y en avait beaucoup qui voulait donner un certain nombre de pouvoirs au Président.

La constitution a finalement, consacré comme l'a dit tout à l'heure le Président de la Commission de Venise, un régime assez original puisque nous avons un Président de la République qui est doté de prérogatives d'un Président comme dans tous les pays à régime semi présidentiel, mais qui a en plus les prérogatives de la défense, de la sécurité et des affaires étrangères, et un premier ministre qui a la politique intérieure. Comment la cohabitation va se faire ? C'est la question qu'on doit se poser et là pour parler d'originalité, je dois évoquer un autre régime original dans les régimes semi présidentiels, c'est le régime de la Finlande avec le Président Kekkonen. Au début et dans le cadre de la guerre froide, il avait des prérogatives importantes en tant que Président. Mais la situation a évolué avec la Constitution de mars 2000.

Le Président a toujours des prérogatives en matière de politique étrangère, mais le dernier mot revient au Conseil des ministres. Lorsqu'il a une position différente du gouvernement, il doit présenter un dossier ; si le gouvernement est convaincu du bienfondé de sa thèse, il peut aller dans le sens du Président de la République et s'il n'est pas d'accord, le dernier mot revient au Président. Il y a dans l'Exécutif l'unité du pouvoir et c'est très important l'unité de l'Exécutif, alors peut être le régime Tunisien pourrait évoluer à l'image de la 5ème République. La cohabitation, qu'est-ce qu'elle peut donner ? Lorsqu'il y a un Président qui a une majorité différente de la majorité du Parlement, il a une situation bien particulière du fonctionnement du régime, il y a l'inverse donc, il pourrait y avoir une évolution comme l'évolution qu'a connue la 5ème République. Laissons la pratique nous dire

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

quel est l'avenir de ce partage des pouvoirs entre le Président et le Chef du gouvernement. Voilà donc pour la première question.

La deuxième question est relative à la séparation des pouvoirs. Notre collègue, tout à l'heure, disait qu'on parle trop de séparation des pouvoirs, et qu'en fait les régimes ne fonctionnent pas réellement sur la base de la séparation des pouvoirs. C'est vrai, il y a plutôt séparation entre majorité et opposition et alternance entre la majorité et l'opposition.

Mais toute la philosophie constitutionnelle, je dirais constitutionnaliste, qu'elle soit relative à la limitation du pouvoir ou avec la nouvelle école constitutionnelle de modération du pouvoir, est axée autour de la séparation des pouvoirs. Séparation des pouvoirs au niveau central, séparation des pouvoirs au niveau central et collectivités locales, séparation des pouvoirs avec les autorités administratives indépendantes qui se sont créées, séparation des pouvoirs dans l'Etat fédéral, entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés, séparation dans le cadre de l'Etat fédéral lui-même entre la première chambre et la deuxième chambre, séparation dans le bicamérisme entre la première chambre et la deuxième chambre, au sein de l'Exécutif. Nous venons de parler de la répartition de la fonction exécutive entre deux organes, n'est-elle pas finalement une sorte de pouvoir qui arrête le pouvoir ?

Donc toute la philosophie constitutionnelle est axée autour de cette idée de séparation, et ce n'est pas un hasard tout à l'heure si j'ai évoqué Aristote. Et je rappelle, si j'ai évoqué la Constitution de Carthage qui a été évoquée par Aristote, la Constitution de Carthage est une Constitution dans une terre africaine, donc j'ai parlé de l'Afrique, d'une avancée du droit constitutionnel en Afrique. La Constitution de Carthage parlait déjà, sans le

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

dire expressément d'une séparation des autorités et d'un contrôle entre les autorités et d'une participation du peuple à l'exercice du pouvoir d'une façon momentanée, et nos amis donc italiens connaissent très bien cette histoire de Carthage. Donc si je continue dans ce sens, cette idée de séparation des pouvoirs est très importante sur le plan du constitutionnalisme, mais elle est surtout importante au niveau de la justice constitutionnelle. Le développement du droit constitutionnel jurisprudentiel a été axé lorsqu'on analyse la jurisprudence constitutionnelle sur la séparation des pouvoirs.

Lorsqu'une autorité administrative exerce une fonction juridictionnelle, le Conseil constitutionnel lui dit non ce n'est pas possible : vous êtes en train de porter atteinte à la séparation des pouvoirs. Lorsque le principe de la légalité des délits et des peines n'est pas respecté, on revient à la séparation des pouvoirs. Lorsque le principe des droits de la défense n'est pas respecté, on revient à la séparation des pouvoirs. L'idée de séparation des pouvoirs est sous-jacente dans la jurisprudence constitutionnelle aujourd'hui qui a beaucoup limité le pouvoir, modéré le pouvoir et garantit les libertés. Et là je saisis cette occasion et la présence de Monsieur le Président de la Commission de Venise pour l'interpeller, en passant par la Conférence de notre collègue du Nigéria, qui a parlé de la séparation des pouvoirs et de la participation du peuple.

Si j'ai bien compris, il y a une séparation entre l'autorité de l'Etat et l'autorité du peuple au niveau de la séparation des pouvoirs. Or l'idée de séparation des pouvoirs implique deux facultés dans la conception de Montesquieu : la faculté de statuer et la faculté d'empêcher. Statuer, c'est-à-dire prendre des décisions, empêcher, arrêter l'autre pouvoir lorsqu'il

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

outrepasse ses prérogatives. Là, le peuple peut intervenir. Donc pour statuer, lorsque le Parlement ne statue pas selon des modalités prévues par la Constitution, et il peut intervenir pour empêcher lorsque le Parlement a statué. Prenons le cas du divorce en Italie par exemple. Or cette faculté de statuer, cette faculté d'empêcher entre le peuple et le pouvoir politique constitutionnel, est-ce que vraiment le peuple lorsqu'il statue est souverain dans ses décisions ? Le référendum n'est-il pas souvent, pour ne pas dire, pour ne pas être excessif, n'est-il pas une forme de légitimation du pouvoir, de l'autorité constitutionnelle ? Et puis pour la faculté d'empêcher, là peut-être, lorsqu'il y a veto populaire, lorsqu'il y a révocation d'un élu, on peut peut-être parler ici d'une faculté d'empêcher. Les Constitutions où il y a cette technique de démocratie semi-directe sont rares. Moi je connais la Constitution suisse, la Constitution italienne. Peut-être il y a d'autres Constitutions. Mais ces techniques de démocratie directe n'existent pas réellement. Voilà donc pour la deuxième question.

Et avant d'oublier, on revient à cette indépendance du pouvoir judiciaire qu'on a évoqué ce matin. On veut que la justice soit indépendante, mais n'y a-t-il pas risque de corporatisme, cela d'une part, et il y a de l'autre côté risque d'ingérence de l'Exécutif, du politique dans la justice. Comment, à la lumière de cette idée centrale de Montesquieu : faculté de statuer, faculté d'empêcher, concevoir une indépendance de la justice avec ces deux éléments qui, dans les normes internationales de l'indépendance de la justice on ne les trouve pas vraiment d'une façon concrète à moins que je ne me trompe ? Donc c'est là la question que je vous pose.

Notre collègue m'a posé une question relative à l'article 22 de la Constitution tunisienne à propos du droit à la vie.

Deuxième séance: Les Avancées du droit constitutionnel à travers l'expérience constitutionnelle tunisienne

الحق في الحياة مقدس لا يجوز المساس به إلا في حالات قصوى يضبطها القانون. بمعنى أن ليس هناك إقرار لحذف عقوبة الإعدام، يعني بطريقة ضمنية. إذن هذا الفصل في هذه النقطة. دائماً زميلنا فيما يخص تعداد الحريات. هو سؤال سألته هذا الصباح لزميلنا محمد بوسلطان فيما يخص تعداد الحريات في الدستور الجزائري، نفس الشيء بالنسبة للدستور التونسي، يعني هناك تعداد للحريات، هناك مصادقة على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان. هل هذا التعداد جاء على سبيل الحصر أو على سبيل الذكر؟ أنا أعتقد أنه جاء على سبيل الذكر، لماذا؟ لأن القاضي الدستوري هو الذي له الكلمة الأخيرة في هذا المجال. فالقاضي الدستوري من خلال تأويله للقانون يستعمل طريقتين: طريقة رقابة المطابقة وطريقة رقابة الملاءمة. ورقابة الملاءمة تمكنه من الاستنباط. لا أقول الاستنباط بمعنى دور المشرع، استنباط في نطاق روح الدستور لقواعد جديدة مطابقة للدستور لا تخالف الدستور وتذهب في نطاق توسيع مجال الحريات، خاصة أن هذا يكون مطابقاً لروح الدستور الذي ينبنى على ضرورة احترام الحقوق والحريات. وأشكركم على اهتمامكم.