

Les nouvelles constitutions arabes : Tunisie, Maroc, Égypte

Par Farhat Othman

L'Unité de Recherche en Droit International, Juridictions Internationales et Droit Constitutionnel Comparé de la faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Tunis a organisé récemment dans la capitale un colloque international avec le partenariat de la Konrad-Adenauer-Stiftung. En présence de M. Hardy Ostry, représentant résident à Tunis de la KAS et de M. Peter Rimmel, directeur du programme pour la promotion de l'État de droit au Proche-Orient et en Afrique du Nord, représentant résident à Beyrouth, le colloque a débattu des nouvelles constitutions arabes à partir de l'exemple de la Tunisie, du Maroc et de l'Égypte.

Dans une intervention liminaire, M. Ostry a signalé les défis soulevés par la question de l'État de droit dans la région nécessitant un programme global dans le cadre d'une analyse comparative dont le printemps arabe n'a fait que signaler l'acuité. Pour sa part, M. Rimmel, responsable régional résident à Beyrouth, a plus particulièrement signalé en quoi l'État de droit constituait l'une des demandes les plus importantes des citoyens arabes, rappelant l'importance de la constitution en termes d'instauration d'un nouvel ordre politique. Il a surtout noté la variété des processus et certaines de leurs implications : commission d'experts nommée et présidée par le pouvoir au Maroc, assemblée élue en Égypte mais dans un environnement fortement politisé en dehors de tout débat public et sur fonds de tensions sociales, assemblée élue, fort représentative et débat public libre en Tunisie. C'est dans ce dernier pays qu'une forte pression de la société civile a amené les islamistes au pouvoir à des compromis qu'ils n'envisageaient point faire.

Parlant plus particulièrement des aspects de l'État de droit consacrés, M. Rimmel a relevé, s'agissant de la question de la séparation des pouvoirs, qu'on a initié des tendances positives augurant d'un véritable État de droit si la pratique suit; ce fut par exemple le cas au Maroc avec la limitation des pouvoirs du roi qui étaient exorbitants. Bien évidemment, la mise en oeuvre des dispositions constitutionnelles reste la question principale quant à leur réalité juridique, en l'occurrence, tout dépendra de l'effectivité du fonctionnement des mécanismes de contrôle créés. En conclusion, il a estimé que la constitution tunisienne constitue un bon exemple mettant le pays sur la bonne voie de cet État de droit entrevu, garantissant les droits et les libertés, tout en rappelant qu'il n'est nulle constitution parfaite, et que c'est, en définitive, à la pratique de tous les jours qu'on les juge.

Rapport Introductif

Lisant l'ébauche du rapport introductif qui devait faire sa soeur, Madame Sana Ben Achour, empêchée par un problème inattendu de santé, M. Rafâa Ben Achour directeur de l'Unité, a noté que l'État de droit est au coeur de la réflexion de l'association. S'agissant des trois constitutions étudiées, cinq observations peuvent être d'ores et déjà faites :

1/ Le retour à la centralité du droit constitutionnel dans le processus de transition de ces pays : ce droit a souvent été sans prise réelle sur la société, notamment dans son chapitre relatif aux droits et libertés. Il était juste sollicité pour l'aménagement des pouvoirs, la répartition des compétences théoriques, mais superbement ignoré pour ce qui touchait aux libertés et surtout à leur contrôle, ce qui se manifestait notamment par l'absence flagrante de mécanismes adéquats. Ainsi que l'avait assuré Michel Camau, ce droit était bien de «faible teneur juridique». Aussi assistait-on à son abandon en faveur de la science politique, les juristes se limitant à la simple exégèse des textes; un désintérêt réel pour ce droit qui n'était qu'une façade de légalité

instrumentale. Aujourd'hui, on enregistre donc une résurrection de la notion de constitution qui est, pourtant, une idée ancienne, aussi bien en Égypte qu'en Tunisie, où le mouvement réformiste s'est même affirmé avant le mouvement national en s'articulant autour de l'idée de constitution.

2/ Ambivalence des constitutions dans le processus de transition : on y a assisté à un paradoxe constitutionnel, en ce sens que les régimes en place sont sortis consolidés malgré l'avancée du culturalisme islamique. Déjà, malgré les crises des années 90 suite à la mondialisation et les restructurations induites, les États arabes sont sortis indemnes; les réformes ayant accentué le poids de l'État, renforçant l'autoritarisme politique. La libéralisation économique n'y a pas conduit à la démocratie apportant la preuve irréfutable qu'aucun lien mécanique n'existe entre ces stades. De fait, le droit constitutionnel a été instrumenté pour désamorcer les crises ou, comme en Tunisie et en Égypte, pour exprimer une légitimité révolutionnaire.

3/ Les processus constitutionnels sont différentiels, variant selon les pays : pour comprendre les nouvelles constitutions, il importe donc de dessiner les grandes lignes et la trajectoire, la dynamique ayant amené à leur rédaction. De tous ces processus, c'est en Tunisie qu'il fut le plus tortueux, mais aussi le plus démocratique, oscillant entre légalité révolutionnaire et légalité constitutionnelle. Au Maroc, il fut une démocratisation par le haut, la monarchie ayant pris la mesure de la contestation sociale et décidé de redynamiser la vie politique pour éviter une crise majeure au régime; oeuvre d'une commission ad hoc, la réforme n'y fut pas moins globale. Enfin, en Égypte, pays de haute tradition constitutionnelle, le processus commencé tambour battant a tourné court sur fond de crise politique.

4/ Les logiques constitutionnelles ont été surtout des logiques consensuelles entre l'islam et la modernité. Partout, la question de l'islam et sa place au sein de l'édifice constitutionnel s'est posée avec acuité, souvent de manière dramatique. En Tunisie, l'article 1er de la constitution de 1959 a constitué une formule rassembleuse. On y a assisté à une évolution de divers projets avec des interprétations divergentes, et on a fini de passer radicalement d'une logique allant même dans le sens de l'État théocratique à une autre bien originale consacrant le caractère civil de la société et de l'État. Au Maroc, l'équilibre a été plus difficile à trouver du fait du statut du chef de l'État, le roi étant le commandeur des croyants; aussi l'islam y a-t-il une place plus centrale. En Égypte, on est passé de la constitution théocratique du président déchu consacrant la notion de la wilaya du faqih à une constitution où l'on se démarque malgré tout d'une telle conception théocratique, l'islam n'étant plus qu'une source principale de la législation.

5/ La constitution de la Tunisie est présentée comme étant exemplaire pour les pays arabes : consensuelle, aboutissement d'un chemin caractérisé par des ruptures amenant au bord de la catastrophe, débarrassée de toutes les dispositions pouvant être interprétées de manière rétrograde suite à une bataille homérique livrée par la société civile. Toutefois, si des acquis certains y sont enregistrés; il n'empêche qu'il importe que l'interprétation de certaines ambiguïtés ne vienne pas les écorner en les vidant de tout contenu.

Après cet rapport introductif, une palette d'experts, des spécialistes éminents du droit des pays concernés, dont un membre de la commission marocaine ayant préparé la constitution au Maroc (Mme Nadia Bernoussi) se sont succédé durant toute la journée du 28 février et la matinée du 1er mars pour examiner et donner un avis critique sur les trois constitutions autour des trois thématiques essentielles suivantes dans un État de droit : les droits et les libertés, l'équilibre des pouvoirs et la juridiction constitutionnelle.

Constitution tunisienne du 27 janvier 2014

Ce ne fut pas sans peine, heurts et malheurs que les droits et libertés pour une démocratie véritables ont été consacrés dans la nouvelle constitution. Autant les libertés individuelles (qui supposent l'abstention de l'État pour une vie privée paisible) que collectives (imposant l'action de l'État et sa protection) ont été retenues dans la constitution nouvelles, en conformité avec les exigences de l'État de droit dont elles sont le nécessaire fondement. Assurément, la nouvelle constitution est celle des libertés; en cela, elle est en progrès par rapport à la précédente.

1/ Droits et les libertés

A/ Préambule de la constitution :

On eut sur le préambule de la constitution une vue de l'intérieur donnée par une doctorante occupant un poste salarié à l'intérieur de l'Assemblée constituante, une idée au plus près de ce que le regretté Abdelfaath Amor considérait comme étant l'âme de la constitution. Le préambule constitue l'arrière-plan référentiel de tous les articles de la constitution tunisienne, ainsi qu'il est dit dans le rapport de présentation; cela lui donne une valeur bien au-delà de ce qui est habituellement reconnu aux préambules. Rappelant que le préambule n'est en rien une nécessité absolue, certaines constitutions s'en passant volontiers, comme celle de l'Italie, il devient souvent une déclaration de droits et peut alors avoir la plus haute importance. L'exemple le plus éloquent à citer à ce sujet est celui de la constitution française de 1946 que le juge constitutionnel a intégré dans le bloc de constitutionnalité.

Formellement, le préambule de la constitution tunisienne comporte des choix et des orientations. Il fut le résultat d'un long processus qui suscita débats et polémiques sur fond de grave crise politique et institutionnelle et d'un investissement remarquable de la société civile. Deux tendances dominèrent les forces en présence : traditionalité et modernité, marquant le texte final. Étant le résultat d'un consensus laborieux, le préambule est donc marqué par un style fait d'expressions creuses ou vagues, bien loin de tout esprit juridique, outre des répétitions et l'absence de logique. Il comporte aussi une redondance de termes pompeux, notamment celles ayant trait à l'identité culturelle. La portée normative du préambule étant certaine, cela pose bien évidemment la question de l'interprétation, notamment en matière des droits et des libertés du fait de cette charge idéologique excessive. Il appartiendra donc au juge de déterminer jusqu'à quel point il se sentira lié par le préambule pour apporter un quelconque bémol à l'étendue des libertés consacrées dans le dispositif de la constitution.

Ainsi en ira-t-il plus particulièrement pour la notion d'identité arabo-islamique ou du concept de civilité de l'État, ce dernier étant un des apports de la constitution, puisqu'un tel concept est inconnu dans le droit comparé. Assurément, il s'agit d'une donnée nouvelle qui n'est pas assimilable à la sécularité. D'ailleurs, le préambule donne une définition de l'État civil qui n'est pas conforme à la conception classique de la République. Il ne reste pas moins que l'État civil suppose la démocratie comme système de gouvernement; ce qui doit évacuer la moindre polarisation idéologique à ce niveau. Il en va pareillement pour la place de l'islam dans l'ordonnement juridique. Le principe ici est qu'il n'est aucune contradiction entre l'État de droit et l'islam comme source matérielle de législation.

Il reste d'une future révolution pourrait être placée entre les mains du juge, plus spécialement le juge constitutionnel, avec une interprétation poussant le plus loin les droits et les libertés, les sortant du carcan dont le préambule a cherché à enrouler certains d'entre eux.

B/ Dispositif de la constitution :

S'agissant des libertés individuelles, la personne est au centre de tout le système. On a coutume de dire que ce que la souveraineté est à l'État, la liberté l'est pour l'individu. Il en est

ainsi des droits et libertés inhérents à tout homme, consubstantiels à l'être humain; la protection en est sans distinction aucune. Ainsi, le préambule rappelle le droit à la dignité. Il y a aussi le droit à la vie dont l'étendue ne saurait être limitée que restrictivement par le législateur; il appartiendra au juge de vérifier la conformité des restrictions par référence aux accords internationaux ratifiés.

Parmi les nouveautés de la constitution, on a l'article 23 interdisant l'acte de torture, tant physique que morale, et l'imprescriptibilité du crime de torture. La sûreté individuelle fait l'objet des articles 27 à 30, soit le double de la constitution de 1959 qui n'y consacrait que deux articles. De cette constitution, on a repris les libertés déjà consacrées, telles les libertés intellectuelles et spirituelles; la nouveauté est dans la sanctification de la liberté de conscience, de la libre pensée, de l'information et de publication — aucune autorisation n'étant plus exigée pour publier, ce qui consacre une entrée réelle en modernité. Le droit à la culture est assu garanti, et c'est une première, en plus de la liberté de création.

On a également consacré les libertés relatives à l'intimité, à la circulation; mais aussi les principes de la punition ne devant pas être arbitraire, de la présomption d'innocence, de la légalité des délits et des peines, de la garde à vue nécessitant une décision judiciaire ou encore du principe du droit de tout détenu à un traitement humain et surtout à la réhabilitation — une nouveauté absolue. Il va sans dire que l'important ici est de prévoir une protection judiciaire de ces libertés par une autorité indépendante.

Il est toutefois regrettable que certains droits aient été limités aux citoyens, excluant ainsi à tort les étrangers, comme la liberté de circulation ou l'égalité devant la loi. Le statut des étrangers laisse audement à désirer. Toutefois, la consécration des droits de la femme est bien remarquable, notamment cette insistance sur la parité et l'égalité des chances. Il n'empêche qu'une certaine ambivalence demeure, comme avec l'article 6 ou la question du droit à la vie. Elle s'explique par le fait que le texte final a été le résultat d'un débat serré imposant l'amalgame et l'ambivalence; mais cela ne réduit en rien l'avancée majeure obtenue avec quelques innovations constitutionnelles; même pas l'attachement au sacré, sans qu'on ait eu besoin de pareil rappel à l'ordre religieux, assez manifeste dans la constitution. Parmi les manques évidents, il y a ces dispositions relatives à l'enfance, notamment l'insuffisance de l'article 39 qui limite l'obligation de l'enseignement à 16 ans alors que les normes internationales l'étendent à 18 ans. De même, on ne parle d'enseignement que pour les enfants comme si les adultes pouvaient en être exclus sous forme de formation, par exemple.

Il est aussi une impression générale négative que la matière des libertés demeurent sous la férule de l'État, outre quelques manques flagrants comme l'absence de la liberté d'entreprendre écartée pour des raisons bien idéologiques. néanmoins, malgré ses insuffisances, la constitution représente bien une avancée certaine dans le domaine des droits et libertés individuels. Assurément, le véritable progrès ici est représenté par la protection prévue par un pouvoir judiciaire en mesure de limiter les aspects idéologiques pouvant venir fragiliser ces droits et libertés le jugeant étant en mesure de conformer l'interprétation des dispositions où il y a un flou juridique aux normes du droit international.

En matière de libertés publiques, le minimum nécessaire est également garanti. Ce qui est le plus regrettable à ce niveau est la confusion faite entre les droits du citoyen et ceux de l'homme; mais les libertés essentielles ne sont pas moins garanties, quel que soit le critère de leur classement : civiles, politiques, intellectuelles, économiques, de génération anciennes (comme les libertés de presse, d'association, etc.) ou nouvelles (comme les droits à l'eau, la culture ou à l'environnement, etc.). Là encore, au-delà de la consécration formelle, le plus important sera dans l'application effective; en effet, il n'est nul droit absolu même si un socle

existe de droits inaliénables. Certes, les garanties sont sérieuses et l'article 49 est important à ce niveau en exigeant que les éventuelles limitations législatives ne portent pas atteinte à l'essence des droits constitutionnels, Ce fut d'ailleurs une des réussites majeures de la société civile, une consécration nullement négligeable dans le sens de l'État de droit. À ce sujet, il est bien regrettable qu'on n'ait pas repris le principe consacré par la constitution d'Afrique du Sud qui consacre un socle de droits indérogeables, et ce même en cas de danger imminent.

S'agissant des garanties de ces libertés, elles sont de double nature : procédurales et institutionnelles. Les premières portent sur l'interdiction de modification de certains articles ou, pour certaines libertés, de ne l'être que par des lois organiques supposant une majorité qualifiée. Les secondes sont notamment représentées par la justice administrative et constitutionnelle en plus des instances constitutionnelles indépendantes comme celles des droits de l'Homme, de la communication audiovisuelle, des élections ou de la bonne gouvernance. Les conditions majeures en la matière de neutralité et d'indépendance semblent respectées; il reste à la justice de confirmer sa propre indépendance en osant aller le plus loin dans l'interprétation des textes dans le sens de plus de libertés. Bien évidemment, il restera toujours cet espace où les libertés s'incarnent véritablement par le biais de la société civiles et des organisations militantes pour les droits et une démocratie participative. C'est très importante dans toute démocratie, surtout quand elle est encore naissante.

2/ Équilibre des pouvoirs :

C'est la future présidente de l'association du droit constitutionnel et du droit comparé, Madame Mouna Kraiem Dridi, qui exposa sur le statut du chef de l'État dans la nouvelle constitution. Rappelant que la révolution s'est faite contre un système qui était incarné par le chef de l'État, la tendance a été vers une fonction présidentielle effacée, ainsi que l'a démontré la loi d'organisation des pouvoirs publics. Il y a eu donc un renversement des règles du jeu substituant à la concentration des pouvoirs un bicéphalisme; hélas il est déséquilibré.

S'agissant de la fonction présidentielle, deux points essentiels ont été abordés : les conditions objectives et subjectives pour l'exercice de la fonction et le statut d'irresponsabilité durant le mandat. Des premières, outre le droit des femmes de se porter candidates, un écho à la logique de l'article 21, on note la condition de l'âge minimal de 35 ans sans limite maximale, ce qui est en harmonie avec les constitutions de la plupart des démocraties; en effet, seuls sept pays gardent une telle limitation. Il y a aussi la condition de la nationalité avec l'obligation de s'engager à renoncer à une éventuelle seconde nationalité en cas d'élection. Ce qui est surprenant, c'est qu'une telle condition de loyauté, pas évidente de nos jours, n'ait pas été exigée pour le chef du gouvernement, qui est pourtant le détenteur véritable du pouvoir exécutif, ou pour les membres de l'Assemblée des représentants du peuple. Il y a aussi cette obligation de parrainage par un certain nombre d'élus, qui est actuellement prévue pour être de 30.000 électeurs.

Parmi les conditions subjectives, il y a surtout celle de la religion, ce qui est de nature à heurter un des principes essentiels de la constitution, qui est l'égalité entre les citoyens; il y aura donc à ce niveau matière à interprétation pour les juges. Le mandat est de cinq ans avec impossibilité de se représenter au-delà de deux mandats, même séparés. La majorité absolue est requise en un premier tour sinon relative après un second tour. Durant son mandat, le président bénéficie d'un statut d'irresponsabilité qui cesse toutefois en cas de violation caractérisée de la constitution. C'est la cour constitutionnelle qui prononce alors la destitution qui n'exclut pas la possibilité de poursuites en justice.

Du point de vue de ses pouvoirs et du fait qu'il a un caractère en principe bicéphale de l'exécutif, le président ne fait qu'y participer; il est au mieux un arbitre, sinon il est un assisté.

En effet, en dehors des pouvoirs symboliques qu'il peut exercer seul et qui sont purement honorifiques, le président ne garde qu'une infime marge de manoeuvre, partageant ses compétences en matière de défense, de sécurité ou de politique extérieure soit avec le président du gouvernement soit avec l'assemblée des représentants du peuple. En tant qu'arbitre, le président a de très rares prérogatives en termes de droit de veto lui permettant le renvoi d'une loi à l'assemblée, de référendum, y soumettant à titre exceptionnel des lois relatives aux droits et des libertés, et enfin de dissolution qui demeure toutefois bien hypothétique.

En résumé, dans un chapitre de la constitution marqué par une sophistication allant jusqu'au moindre détail, le chef de l'État n'a plus la possibilité d'être le dictateur d'antan, n'ayant pas assez de pouvoirs pour cela. Toutefois, il n'a pas que cette fonction symbolique et honorifique prévue par l'article 77, puisque les constituants ont opté pour un partage de l'exécutif; mais un tel partage est loin d'être équilibré. Or, étant élu par le suffrage universel, le chef de l'État ne peut l'être à moitié; il a bien besoin d'une marge de manoeuvre qu'une forte personnalité lui donnerait en toute logique; ce qui pourrait augurer de tensions avec la deuxième tête du pouvoir exécutif de nature à déboucher sur un blocage du système.

La deuxième tête de l'exécutif, sa véritable tête, est le président du gouvernement dont les attributions sont exorbitantes. En effet, il a une place particulière dans le dispositif exécutif, partageant l'ensemble des pouvoirs non honorifiques du président dans une répartition déséquilibrée. Une telle suprématie est consacrée par l'article 91 qui n'a fait que reprendre les pouvoirs du président, le pouvoir réglementaire général, de l'ancienne constitution. Le devoir d'information à l'égard du président prévu par l'article 92 nécessite clarification de la part du juge. Certes, le système prévu par la constitution peut sembler relever d'un régime d'essence parlementaire, le critère décisif d'un tel régime étant la responsabilité du gouvernement devant l'assemblée des élus du peuple; ce que la constitution tunisienne retient. Toutefois, l'élection au suffrage universel du président fausse tout et le pouvoir de l'assemblée peut varier selon le poids des forces en présence à cause du partage déséquilibré des pouvoirs et cette diarchie peu cohérente de l'exécutif. Ainsi, avec un parti majoritaire, on risque gros d'avoir une dérive certaine vers un régime d'assemblée ou de nature présidentieliste; ce qui nous éloigne de l'État démocratique souhaité.

Il est donc important de dire que si les rapports entre les pouvoirs dans la nouvelle constitution ont fait l'objet d'une séparation évidente, celle-ci reste souple et augure de possibles problèmes du fait d'une insuffisance évidente de mécanismes de régulation et d'équilibre. Il est aussi une nouveauté à relever qui est manifestée par la possibilité qu'a désormais le pouvoir législatif de contrôler le président de la République par le biais d'une motion motivée devant la cour constitutionnelle pour violation caractérisée de la constitution. Par ailleurs, la constitutionnalisation de l'opposition est un apport important autorisant l'émergence de forces d'équilibre au sein de l'assemblée.

3/ Juridiction constitutionnelle :

L'apparition pour la première fois d'une juridiction constitutionnelle appelée cour constitutionnelle, dotée d'une compétence exclusive de contrôle inspirée du modèle européen est incontestablement une avancée importante. Prévue par l'article 118, cette instance indépendante est composée de 12 membres dont les 3/4 sont des spécialistes du droit avec une expérience minimum de vingt ans. Si on reste muet sur la spécialité des autres membres non juges et on ne prévoit pas de condition d'âge, les modalités de nominations respectent les standards internationaux. La durée du mandat est de 9 ans non renouvelables avec incompatibilité et cumul avec d'autres fonctions, outre l'irrévocabilité, ce qui constitue des

garanties pour l'indépendance. Il va sans dire qu'une telle indépendance dépendra de beaucoup du contexte politique et de l'audace du juge dans l'interprétation des textes. Une juridiction constitutionnelle exerce au moins trois fonctions : l'arbitrage entre les pouvoirs publics, un arbitrage électoral et le contrôle de constitutionnalité des lois.

Il est aussi une compétence implicite bien évidente qui est l'interprétation du texte de la constitution, surtout qu'elle est frappée d'une tare congénitale d'après la plupart des spécialistes du droit tenant à la qualité de son texte avec ses formulations imprécises, des contradictions et des ambiguïtés. Ces dernières sont d'ailleurs nombreuses, étant dues à ce que Carl Schmitt a qualifié de «compromis de façade dilatoire» qui consiste à ajourner la décision sur des points d'achoppement. L'exemple le plus éclairant à ce niveau est celui du caractère laïc ou non de l'État et le compromis identitaire trouvé. Assurément, cela donnera lieu à des possibilités d'interprétation très diverses, d'autant plus que l'article 149 impose l'interprétation des dispositions de la constitution comme un tout indissociable. Cela accroît sans aucun doute la difficulté de la tâche d'interprétation du le juge qui pourrait même être amené à faire un choix politique en l'objet.

La cour est présentée comme un arbitre des pouvoirs publics et même un acteur du jeu institutionnel en cas de conflit entre les deux têtes de l'exécutif. Elle supervise même le président de la République dans le cas du péril imminent ou en cas de vacance. En cas de motion visant le président présentée par l'assemblée, la cour est appelée à trancher. S'agissant du contrôle de constitutionnalité, le regret majeur est l'exclusion des citoyens de la saisine de la cour alors qu'outre le Maroc, nombre d'États africains prévoient cette possibilité éminemment démocratique, comme le Sénégal, le Bénin, le Burundi ou le Congo. De fait, lors du vote, il y avait un amendement en faveur d'une telle compétence citoyenne; mais il est tombé du fait des abstentions, au nombre de 17, les oui et les non ayant été à égalité (87). Autre manque, l'absence de régime spécial de contrôle a posteriori des lois d'ancien régime, ce qui aurait permis de purger le système juridique. Il est à noter enfin que la cour est amputée d'une compétence essentielle, la juridiction électorale, la constitution demeurant muette sur la question.

Constitution marocaine du 29 juillet 2011

Adoptée par voie de référendum le 1er juillet, cette constitution consacre un saut qualitatif d'importance dans le processus constitutionnel au Maroc, commencé en 1962. Si les cinq constitutions antérieures n'étaient que des recueils de droit-fiction, le nouveau texte inaugure une situation nouvelle, coupant avec le passé. Il est le résultat des contingences générées par le printemps démocratique arabe et porte une forte empreinte du mouvement sociétal et politique qu'a connu le Maroc, représenté notamment par le mouvement du 20 février. Ce dernier s'est d'ailleurs inséré dans une dynamique ancienne de luttes ininterrompues. Il est à cet égard à relever une exception marocaine tenant dans l'interaction du sommet de l'État avec sa base. Cela a donné une approche caractérisée par une dialectique de la stabilité et de la réforme, la première sans la seconde n'étant que de l'inertie, et la seconde sans la première étant la porte ouverte sur l'inconnu. Cette approche duelle a fait consensus auprès de tous les acteurs politiques; aussi la constitution marocaine est-elle le résultat d'importants accords donnant un texte moderne et des acquis majeurs.

1/ Droits et libertés :

Dans ce domaine essentiel, fondement de l'État de droit, on rompt avec les déclarations purement idéologiques des anciennes constitutions qui se limitaient, par ailleurs, aux droits politiques et non civils, ne contenant surtout pas de mécanismes de mise en oeuvre. On va même plus loin encore qu'en 1992 où l'on a vu, pour la première fois, une mention claire dans le

préambule de la constitution des droits de l'homme dans leur acception universelle, en pmus de cette autre première que fut la mise en place d'une assemblée constitutionnelle.

De fait, la constitution de 2011 est riche en nouveautés aussi bien quantitativement (le nombre des articles en la matière ayant doublé) que qualitativement, avec nombre de droits inconnus au Maroc : incrimination de la torture, interdiction de l'arrestation arbitraire, interdiction de la haine et de la violence, liberté d'opinion et d'expression, égalité dans les droits civils entre les deux sexes, mise en oeuvre des moyens pour assurer au citoyen ses droits aux soins sanitaires, à l'enseignement, à un logement décent, au travail, outre le droit à la créativité. Il est vrai que la bataille de la liberté de croyance et de conscience a été perdue, ce qui constitue l'un des plus flagrants manques de la constitution, et qui est dû à la nécessité du consensus qui a présidé tout au long de l'élaboration de la constitution. Un autre manque majeur à signaler est celui de l'accès à l'information. S'agissant de la peine de mort, la consécration du droit à la vie est de nature à ouvrir la voie à son abolition; une action de la société civile est d'ailleurs en cours de préparation.

Pour ce qui est de l'islam comme religion de l'État, l'affaire a été réglée dès le début avec l'article 6 qui stipule que la loi est l'expression de la volonté de la nation. La question qui se pose bien évidemment est de savoir dans quelle mesure les droits nouveaux, qui font l'objet de pas moins de vingt lois d'application seront respectés et appliqués. Il est toutefois important de noter que le Maroc n'est désormais plus fondé seulement sur l'islam, la monarchie constitutionnelle et l'unité territoriale; il est également fondé sur le choix démocratique, un choix consacré par la constitution nouvelle et qui ne peut faire l'objet de modification. Il en va de même pour des principes qui viennent renforcer cette option de l'État de droit comme la séparation des pouvoirs, la gouvernance et la limitaion au parlement de la compétence législative. Dans le même sens, il faut signaler la création d'institutions de protection des droits et des libertés, comme cette instance de la parité entre les hommes et les femmes qui est une innovation capitale de la constitution nouvelle.

2/ Équilibre des pouvoirs :

La première impression qui se dégage de la nouvelle constitution est cette nouvelle atmosphère politique qui s'en dégage avec ses soixante dispositions relatives au droit et juste dix-neuf à l'islam. C'est le triomphe du concordisme; autrement dit, on a respecté ses propres identités en étant ouverts aux valeurs universelles. La deuxième impression, est que la monarchie a ouvert la constitution à des principes importnats comme la parité, la subsidiarité, la société civile. Cette dernière est entrée pour la première fois dans le doamine constitutionnel en étant été un acteur majeur dans le law making power à travers une participation active à la comlmission consultative de révision de la constitution dite commission Menouni.

Le choix majeur en termes d'équilibre des pouvoirs a été de ne pas ôter tous les pouvoirs au roi tout en adoptant des mesures de nature à apporter des réponses aux revendications de la société et des jeunes du 20 février. Or, leurs exigences étaient surtout de dignité et de moralisation de la vie publique. Aussi, cela s'est traduit par des mesures dans le sens de la séparation des pouvoirs et d'une monarchie parlementaire. Cette dernière exigence a été, faut-il le rappeler, une revendication nationale depuis l'indépendance, traduisant en quelque sorte une question ontologique. au Maroc

La première innovation institutionnelle de la constitution est qu'elle ne parle plus en termes d'organes, mais de pouvoirs pour désigner l'exécutif, le législatif et le judiciaire. Ainsi, tout juste après la royauté, elle parle de ces trois pouvoirs classiques, le roi n'étant plus dans ces pouvoirs et voyant ses pouvoirs limités de manière stratégique. On lui enlève en quelque sorte sa sacralité ancienne même s'il reste inviolable du fait qu'il est à la tête de la magistrature

suprême. Ainsi, le roi ne peut plus comme avant passer par-dessus les parlementaires pour aller au référendum. Car, outre la religion, le roi avait le pouvoir de nomination; or, sa sphère est désormais limitée aux nominations stratégiques dans un pouvoir partagé avec le pouvoir exécutif. Certes, de par l'article 19, le roi garde sa légitimité religieuse, étant chef de l'État et commandeur des croyants, mais il n'a plus de pouvoirs normatifs puisque l'exécutif est désormais confié au gouvernement et le législatif relève du parlement. Toutefois, le chef de l'État n'est pas sorti de l'exécutif; on y a juste enregistré l'entrée du chef de gouvernement. Aujourd'hui donc, contrairement à un passé récent, le roi ne peut plus dissoudre le parlement tout seul ni nommer tout seul.

Autre nouveauté importante est la constitutionnalisation du conseil de gouvernement octroyant un espace vaste au chef de gouvernement. On a pu dire que si le roi s'occupe du Maroc, de la durée, le chef du gouvernement s'occupe lui des Marocains, des contingences. Au final, Oan a un monisme soft où le premier ministre n'est certes plus responsable devant le roi, mais juste devant le parlement, avec toutefois cette possibilité originale pour le roi de renvoyer quelques ministres. C'est une conséquence de la présence maintenue du roi dans l'exécutif, que manifeste spectaculairement l'arme de la dissolution. Ce choix de pouvoirs équilibrés où le roi est un arbitre bien plus passif qu'actif est le résultat de la culture marocaine qui ne se décline pas en termes de ruptures mais de consensus et d'adhésion.

3/ Juridiction constitutionnelle :

Si la justice constitutionnelle a une longue histoire au maroc, elle a été jusqu'ici sans grand éclat. Déjà, dans le projet de la constitution 1908, qui ne vit finalement pas le jour, un contrôle politique des actes législatifs était prévu et assumé par un conseil de notables. En 1962, la première constitution écrite instaure une chambre constitutionnelle au sein de la cour suprême; cela fut sans intérêt. Dans la constitution de 1992, ladite chambre s'est transformée en conseil constitutionnel et a vu sa compétence étendue au contrôle de la loi ordinaire, une compétence cardinale; et elle pouvait être saisie par le quart des élus. Toutefois, depuis l'entrée en vigueur en 1994 jusqu'en l'an 2000, ce conseil ne procéda en tout et pour tout qu'au contrôle de dix lois ordinaires, le reste de ses interventions portant sur le contentieux électoral en en faisant un tribunal électoral. Certes, ses décisions à ce niveau furent importantes, mais sans intérêt au niveau législatif. La principale raison de l'absence de jurisprudence du conseil concernant son domaine d'élection, outre la nécessité du quart des élus pour sa saisine, ce qui nécessitait des alliances partisans, tenait à cette coutume marocaine consistant à ce que les lois importantes soient votées à l'unanimité ou presque.

Le réveil semble enfin venir des innovations de la constitution de 2011. Celle-ci prévoit deux lois organiques, l'une pour l'organisation de la cour constitutionnelle et l'autre traitant de l'exception d'inconstitutionnalité. Composée de douze membres dont six nommés par le roi avec, parmi eux, un représentant du conseil religieux qui le propose; les six autres sont élus, 3 dans la chambre des représentants et 3 dans la chambre des représentants. L'élection qui remplace la pratique ancienne de désignation se fait à une majorité des 2/3 afin de favoriser le choix de personnes consensuelles. Des conditions quant à l'expertise juridique, l'ancienneté (15 ans) sont exigées en notant l'exclusion des professions libérales.

Parmi les nouveautés les plus remarquables figure la possibilité ouverte au justiciable pour la saisine de la cour et la compétence de contrôle de celle-ci des traités. Autre nouveauté : le contrôle de la procédure de révision constitutionnelle et de la transhumance ou migration parlementaire (ce qu'on appelle tourisme parlementaire en Tunisie). C'est le fait de ne plus considérer le justiciable en mineur qui est l'innovation la plus remarquable puisqu'il peut désormais défendre directement ses droits devant la cour. Outre la saisine par les élus dont la

quota a été abaissé de 1/4 au 1/5, l'individu obtient donc enfin un droit de saisine réclamé depuis 1960 par la doctrine marocaine. On attend encore la loi organique pour la mise en oeuvre de cette importante exception d'inconstitutionnalité ouverte aux individus. Normalement, la procédure doit se faire graduellement selon la culture marocaine : le juge surseoit à statuer et renvoie l'affaire à la cour; ce qui rappelle la QPC française.

Constitution égyptienne du 19 janvier 2014

C'est M. Ayman Salama, grande figure de la télévision et professeur de droit constitutionnel au Caire qui se chargea, entre autres, de présenter l'approche de la constitution égyptienne issue du référendum des 14 et 15 janvier 2014. D'emblée, il note qu'en égard aux circonstances particulières qui ont donné naissance à la constitution, son approche ne peut qu'être plus philosophique que pratique. C'est que les événements du pays du Nil ont imposé une procédure et des délais qui n'ont pas été nécessairement exemplaires en termes de critères démocratiques, outre l'absence de débat populaire. Il reste que la constitution est une sorte de contrat social, essentiellement mental qui exige, en plus de l'écrit, une adhésion de toutes les parties, notamment du peuple, et ce moyennant une culture des libertés et des réflexes de contrôle pouvant se substituer aux mécanismes dédiés en cas de défaillance. Or, c'est ce qui était absent jusqu'à la révolution égyptienne.

1/ Droits et libertés :

Il est incontestable que les innovations ne manquent pas dans cette constitution, même si elles ne font que reprendre des dispositions consacrées par les conventions internationales auxquelles l'Égypte est déjà partie. Ainsi aurait-on pu référer juste à ces conventions au lieu d'en reprendre les dispositions comme on l'a fait pour les droits de l'enfant dont le chapitre est parmi les plus longs. D'autant plus que l'article 93 stipule bien l'obligation de respect des conventions internationales.

La matière des droits et des libertés fait l'objet des articles 51 à 93 de la constitution. Le crime de torture y est interdit dans le cadre de la consécration de la dignité humaine. La présence d'avocat est aussi obligatoire, ce qui ne fait que confirmer une jurisprudence égyptienne bien établie. La liberté de création artistique avec obligation de l'État de l'encourager est aussi une nouveauté par rapport à la constitution de 1923. Idem pour le droit d'accès à l'information; ce qui est très important en période de transition démocratique. D'ailleurs, c'est surtout l'absence d'accès à la vérité qui perturbe le processus démocratique en Égypte. Outre la liberté de presse qui est garantie sauf en temps de guerre et de mobilisation générale, on a la consécration du principe de la nécessité d'un jugement pour la dissolution d'un parti, ce qui est très important en un pays qui souffre d'une inflation de partis paramilitaires, bien que les conventions ratifiées par l'Égypte l'interdisent. Il y a bien évidemment aussi une consécration des droits de dernière génération, comme le droit au sport, les droits des personnes âgées, le droit du citoyen de participer à la vie publique ou le droit électoral. De plus, l'article 91 évoque ce qui correspond à un héritage bien égyptien, à savoir la question des réfugiés, et qui ne fait aussi que reprendre des dispositions onusiennes ratifiées par l'Égypte.

2/ Équilibre des pouvoirs :

Au-delà de la constitution et de son formalisme, le constat pertinent reste à faire est que les peuples arabes ne sont pas encore entrés en démocratie, continuant d'être au service de pouvoirs supposés élus. Car les élections ne doivent pas être un chèque en blanc donné au pouvoir comme on l'a vu en Égypte avec le président élu puis déchu. L'esprit des lois, c'est le consentement du peuple; or, on a vu le président piétiner la légalité, faire voler en éclat toute base constitutionnelle; ce qui a précipité sa chute.

Les règles constitutionnelles en vigueur sont issues de la révolution du 30 janvier telles que perverties par le président déchu et réhabilitées après lui. Il s'agit davantage d'amendements que de constitution ou alors née sous x. Ce qui n'est pas pour surprendre en Égypte qui a une ancienneté avérée en matière constitutionnelle. Les amendements actuels reprennent l'architecture des trois pouvoirs tels que prévus dans la constitution de 1923. Le pouvoir judiciaire est toujours censé être indépendant. La nouveauté est l'avis obligatoire instauré. Si le contrôle du gouvernement par le parlement est également prévu, la nouveauté ayant commencé sous le président déchu est l'intervention du parlement au remaniement ministériel ou en cas d'état d'urgence. Une autre innovation : la responsabilité du président devant le parlement en cas de crime, de trahison ou de non respect de la constitution. La sanction est le retrait de la confiance et le recours au peuple.

En matière judiciaire, le point noir demeure la justice d'exception; en effet, sur douze faits criminels, le civil est jugé devant une juridiction militaire dont les pouvoirs ont été étendus par une notion ambiguë de crime ou ce qui en relève. Il est aussi une disposition singulière qui existait dans la constitution de 1971, qui avait été levée par le président déchu mais qui revient; c'est la capacité donnée au président de nommer 15% des membres de l'assemblée censées être celle des élus. On se demande de qui ils sont les élus?

Il existe bien sûr des dispositions de contrôle, mais on ne saurait les appliquer dans leur intégralité. La dissolution est gérée par l'article 37; et il est ici une autre singularité qui est cette notion de nécessité dont le président est le maître; on ne sait ce que c'est cette nécessité amenant à la dissolution. Pareillement, si le texte prévoit le recours au peuple après dissolution, il ne dit mot de l'hypothèse où le vote populaire contrarie la volonté présidentielle.

En matière de pouvoir règlementaire, on se demande si on n'est pas autorisé à parler de tricéphalisme. Tout ce que le gouvernement a comme compétence, d'après l'article 146, est l'élaboration des actes administratifs; le reste, tout le reste, y compris la plus simple des nominations, est confié au président de la République. Et si le Président peut déléguer son pouvoir au gouvernement, cela ne concerne pas les ministères de souveraineté. Et c'est le Haut Conseil des forces armées qui désigne le ministre de la défense. On se demande donc à juste titre de qui il dépend? À notre, enfin, que les mandats présidentiels sont de huit ans et au nombre de deux au maximum.

3/ Juridiction constitutionnelle :

Sans contrôle, une constitution n'a aucune valeur, notamment quand elle est de type rigide et non souple. En cette matière, l'Égypte a une tradition fort ancienne, remontant au début du 19e siècle. Et cette juridiction fut à la fois centralisée, étant l'oeuvre d'une institution, que décentralisée, par produit des juges. Au vrai, la jurisprudence égyptienne est riche de décisions de refus d'application de textes pour inconstitutionnalité.

Un Conseil d'État a été institué à l'image de son homologue français en 1946 et s'est illustré par sa défense des libertés. La première cour constitutionnelle, la cour suprême, remonte au temps de Nasser, en 1969; mais les contingences politiques firent qu'elle échoua. Elle fut remplacée par la Haute cour constitutionnelle, en 1979. Elle était indépendante et avait le contrôle de la constitutionnalité des lois et des décisions présidentielles, outre l'interprétation des textes législatifs et le règlement des litiges de compétence. Les recueils de ses arrêts sont là pour prouver le barrage qu'a toujours constitué la cour face aux pharaons d'Égypte. Elle l'a fait tout autant du temps de Sadate et Moubarak que de celui de Moursi. Au temps de ce dernier, elle a même empêché l'application de ses lois contraires au bloc de constitutionnalité annulant toutes mesures juridiques qui étaient dénuées de valeur constitutionnelle. Pour cela, la constitution de 2012 est venue se venger de la cour constitutionnelle en réduisant sa

composition à 11 membres (un président et dix membres), en renvoyant tous les autres membres. Ainsi, la cour constitutionnelle ne put plus se réunir; cette atteinte flagrante à l'indépendance de la justice représentée par la Haute cour constitutionnelle fut l'un des points noirs du régime déchu.

La constitution nouvelle n'a fait que reprendre les textes de la Constitution de 1971 mot à mot dans les articles 191 à 195. On revient donc à une composition classique d'un président entouré d'un nombre suffisant de membres, sans précision du nombre. Le problème ici que le nombre soit déterminé sur intervention du pouvoir exécutif entendant procéder à une nouvelle liquidation de la cour. S'agissant de l'indépendance, elle est la même que celle prévue dans la constitution de 1971; c'est une indépendance absolue avec une absence totale de la moindre intervention des autorités législatives et exécutive. Par ailleurs, la situation politique actuelle faisant du président de la cour celui de la République complique la situation sur le plan du droit pur. En effet, elle a amené au gel de l'activité de la cour constitutionnelle bien qu'elle ait prouvé sa compétence et sa lutte acharnée contre les dérives de tous les pouvoirs. Le mieux serait que le président de la République coupe tout lien avec la cour pour ne plus la présider, influençant directement ou indirectement ses décisions et l'empêchant d'exercer pleinement ses compétences ne serait-ce que pour cause d'une simple sensibilité déplacée.

Rapport de synthèse

Dans son rapport final, M. Rafea Ben Achour (directeur sortant de l'unité, remplacé désormais par Madame Hager Gueldich) a noté que les constitutions examinées ont toutes fait l'objet de consensus. Il a relevé aussi qu'elles autorisent d'être optimistes pour l'évolution de nos États dans la transition démocratique. Toutefois, si un pas décisif a été ainsi franchi, on reste pas moins à une certaine distance de l'État de droit; il est encore de nombreux manques, même s'il ne reste pas moins que l'entrée dans la modernité constitutionnelle est acquise avec cet axe majeur sinon unique que fut le retour à la centralité constitutionnelle. Un retour en force du concept de constitution est donc à remarquer et il très significatif. Cela est particulièrement en Tunisie où la revendication d'une constitution précéda le mouvement de libération nationale mais n'accoupa pas l'indépendance qui ne déboucha pas sur une libéralisation politique. La constitution dès lors fut un cadre vide où les droits et les libertés étaient voilées et violées. Il aura donc fallu attendre la fin du siècle dernier pour voir se manifester la volonté des peuples de sortir de leur décadence constitutionnelle.

Parmi les conclusions qu'on peut tirer de ce retour à la constitutionnalité, on peut remarquer notamment : l'adoption d'un patrimoine constitutionnel commun, un privilège de l'islam, la réduction des pouvoirs présidentiels et le renforcement des organismes de contrôle, notamment des dispositions de la constitution.

En effet, les constitutions arabes examinées durant le colloque consacrent les derniers acquis des critères universels en matière constitutionnelle. Un saut aussi bien quantitatif que qualitatif est enregistré malgré de rares exceptions, tel cet article 22 de la constitution tunisienne;

Le privilège de l'islam est bien la marque de l'attachement à la religion dans les trois pays concernés. La référence islamique n'est pas absente des trois constitutions qui se réunissent dans l'insistance sur le fait que l'islam est la religion de l'État (c'est le cas en Égypte et au Maroc) ou que l'État a l'islam pour religion (cas de la Tunisie). Cela veut dire que la consécration de l'État civil ne signifie pas l'adoption de la laïcité par l'État. Il ne reste pas moins que l'instrumentation est différente selon le pays. Ainsi, si en Égypte l'islam est la source principale de la législation, l'islam est évoqué dans 19 articles de la constitution marocaine qui marque toutefois son attachement aux valeurs universelles; et dans la constitution tunisienne, il est manifesté par

l'attachement du peuple aux enseignements de l'islam et ses visées. Assurément, cela réfère à l'école tunisienne en la matière ainsi qu'à la dimension axiologique humaine et universelle de la religion. Cela est évident dans la manière avec laquelle les trois constitutions garantissent la liberté de croyance, une liberté qui est même absolue en Égypte.

Au niveau des institutions politiques, le plus remarquable est la réduction drastique des attributions et des compétences du chef de l'État dans les trois pays pour cette raison que les anciens régimes étaient présidentielistes ayant généré pas mal d'abus. À titre d'exemple, au Maroc, on est passé de deux mille attributs de pouvoir à seulement cent.

S'agissant des juridictions de contrôle, elles ont été consacrées et ont vu leurs compétences renforcées. Or, il est bien acquis que sans une juridiction indépendante et opérationnelle, le droit constitutionnel demeure un pur programme ou une collection de souhaits sans plus.

En terminant, M. Ben Achour a rappelé la création très prochainement de l'association du droit constitutionnel comparé et du droit international ayant pour présidente Mouna Kraiem Dridi.

F.O.