



Strasbourg, le 17 juillet 2013

CDL(2013)034

Avis 733 / 2013

Or. fr.

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

OBSERVATIONS

**SUR LE PROJET FINAL DE LA CONSTITUTION
DE LA REPUBLIQUE TUNISIENNE**

par

Mme Slavica BANIĆ (membre suppléante, Croatie)

M. Sergio BARTOLE (membre suppléant, Italie)

M. Jean-Claude COLLIARD (membre, France)

Mme Finola FLANAGAN (membre, Irlande)

M. Michael FRENDÓ (membre, Malte)

Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT (membre suppléante, France)

M. Guido NEPPI MODONA (membre suppléant, Italie)

M. Jean-Claude SCHOLSEM (membre suppléant, Belgique)

Mme Wilhelmina THOMASSEN (membre suppléante, Pays Bas)

M. Ben VERMEULEN (membre, Pays-Bas)

M. Christian BEHRENDT (expert, Congrès des Pouvoirs Locaux et Régionaux)

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	4
PREAMBULE ET CHAPITRE IX : DES DISPOSITIONS FINALES	5
CHAPITRE I : DES PRINCIPES GENERAUX	7
Les caractéristiques de l'Etat.....	7
L'Etat et la religion.....	8
Les accords internationaux.....	11
CHAPITRE II : DES DROITS ET LIBERTES	12
Les restrictions relatives aux droits et libertés	12
L'égalité et la non-discrimination	12
Le droit à la vie.....	13
La dignité et l'intégrité physique ; la torture et les traitements inhumains	13
La vie privée, le domicile, la correspondance, les données à caractère personnel.....	13
L'interdiction de déchéance de la citoyenneté, d'exil et extradition des citoyens et de retourner dans son pays ; asile politique	14
Le droit à un procès équitable	14
La non-rétroactivité de la loi pénale.....	14
Le droit à la liberté et la sureté.....	14
L'exécution des peines.....	15
La liberté d'expression	15
L'accès à l'information	15
L'éducation et science.....	15
Le droit de vote.....	15
La liberté d'association	15
Le droit syndical et de grève	16
La liberté de réunion	16
La santé.....	16
Le travail.....	16
Le droit de propriété.....	16
Les droits à la culture, au sport, à l'eau, à un environnement sain	16
La protection de l'enfant	16
Les droits non protégés	17
CHAPITRE III : DU POUVOIR LEGISLATIF	18
Régime politique	18
Le législatif.....	18
CHAPITRE IV : DU POUVOIR EXECUTIF	22
PREMIERE SECTION : DU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE	22
DEUXIEME SECTION : DU GOUVERNEMENT	25
CHAPITRE V : DU POUVOIR JUDICIAIRE	27
TITRE I – DE LA JUSTICE JUDICIAIRE, ADMINISTRATIVE ET FINANCIERE. 28	28
PREMIERE SECTION : DU CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE	28
DEUXIEME SECTION : DE LA JUSTICE ORDINAIRE	30

TROISIEME SECTION : DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE	30
QUATRIEME SECTION : DE LA JUSTICE FINANCIERE.....	30
TITRE II – DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE.....	30
Compétence.....	31
Contrôle a priori	31
Contrôle a posteriori.....	32
Contrôle du règlement de l'Assemblée du peuple.....	32
CHAPITRE VI - DES INSTANCES CONSTITUTIONNELLES INDEPENDANTES	33
CHAPITRE VII - DU POUVOIR LOCAL.....	34
Observations générales.....	34
Observations particulières relatives aux différents articles	34
CHAPITRE VIII - DE LA REVISION DE LA CONSTITUTION	37
CHAPITRE X : DES DISPOSITIONS TRANSITOIRES	40

INTRODUCTION

1. Par une lettre datée du 3 juin 2013, le Président de l'Assemblée Nationale Constituante de la Tunisie, M. Mustapha Ben Jaafer, a demandé l'avis de la Commission de Venise sur le projet final de la Constitution de la Tunisie dans les meilleurs délais.
2. Lors de sa 95^{ème} Session Plénière (14-15 juin 2013), la Commission de Venise a autorisé les rapporteurs, au vu de l'urgence, à transmettre leurs observations à l'Assemblée Nationale Constituante avant la Session Plénière du mois d'octobre 2013.
3. Les observations des rapporteurs sont basées sur la traduction française du texte en arabe qui a été envoyé par M. Ben Jaafer (CDL-REF (2013)032).
4. Les Rapporteurs tiennent à féliciter les efforts du peuple tunisien de se doter d'une constitution démocratique, basée sur les principes universels de la démocratie et des droits de l'homme. De plus, ils saluent la volonté de l'Assemblée Nationale Constituante de soumettre à la Commission de Venise le texte du projet final de la Constitution, résultat de longues négociations et réflexions juridiques intenses.
5. Les rapporteurs ont formulé certaines suggestions qui ne visent qu'à apporter une assistance à l'Assemblée Constituante. La formulation de ces suggestions n'enlève rien à l'estime que les rapporteurs ont pour le remarquable travail qui a été accompli par l'Assemblée Nationale Constituante de la Tunisie.

PREAMBULE ET CHAPITRE IX : DES DISPOSITIONS FINALES

**S. Banić
F. Flanagan
J. de Guillenchmidt
J-C. Scholsem**

6. Le projet de Constitution de la République tunisienne comporte un Préambule se composant de cinq paragraphes et précisant l'esprit de la nouvelle Constitution. Conformément à l'article 143 de la Constitution, il fait partie intégrante de celle-ci ; conformément à l'article 144, les dispositions de la Constitution sont comprises et interprétées comme un « tout harmonieux ».

7. Le premier paragraphe du Préambule éclaire le contexte dans lequel cette Constitution est élaborée : rompre avec un passé fait d' « injustice, de corruption et de tyrannie » en dépit de la lutte du peuple tunisien pour l'indépendance et la construction d'un Etat. Aucune allusion n'est cependant faite à la révolution qui a provoqué la rédaction de cette nouvelle Constitution.

8. Le deuxième paragraphe rappelle les caractéristiques de l'identité historique et spirituelle de la Tunisie. Elle se compose :

- des enseignements de l'Islam, ouverture et modération ;
- des valeurs humaines ;
- des principes des droits de l'homme universels.

9. Il rappelle aussi quelle est l'inspiration de cette constitution : l'héritage culturel et historique de la Tunisie, le mouvement réformiste fondée sur l'identité arabo-musulmane, les acquis universels de la civilisation et ceux que le peuple a lui-même réalisés.

10. Le troisième alinéa est relatif aux caractéristiques du régime politique :

- le caractère civil de l'Etat ;
- la primauté du droit ;
- la souveraineté du peuple ;
- des élections libres, condition d'une concurrence politique ;
- la séparation et l'équilibre des pouvoirs ;
- la garantie par l'Etat du respect des libertés et des droits de l'homme, de l'indépendance de la justice, du principe d'égalité entre les citoyens et citoyennes, les catégories sociales et les régions.

11. Le quatrième alinéa traite des principes de droit international, en réaffirmant, une nouvelle fois, l'appartenance de la Tunisie à la nation arabe et musulmane, ce qui entraîne :

- le soutien à l'Union du Maghreb, étape vers l'Union arabe et vers la complémentarité avec les peuples africains ;
- l'affirmation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, notamment pour le peuple palestinien ;
- la lutte contre le racisme et les discriminations.

12. Enfin, le dernier alinéa pose le principe de la sauvegarde d'un environnement sain et de la garantie de la pérennité des ressources naturelles ; il affirme la place du peuple tunisien dans la contribution à la civilisation.

13. En résumé, ce préambule rédigé en termes généraux pose néanmoins des principes de droit positif qui, le cas échéant, pourraient fonder ou tout du moins conforter, un recours devant la Cour constitutionnelle : le caractère civil de l'Etat, le principe d'égalité entre tous, la garantie de la pérennité des ressources naturelles, le respect des droits de l'homme. De même, les

principes d'organisation politique et juridique qui y sont affirmés sont généralement ceux qui fondent les démocraties : souveraineté du peuple, primauté du droit, séparation et équilibre des pouvoirs. Ils rejoignent les trois piliers du statut du Conseil de l'Europe, à savoir les droits de l'homme, la démocratie et l'état de droit. La mise en exergue dans ce préambule des principales valeurs d'un Etat démocratique doit être saluée.

CHAPITRE I : DES PRINCIPES GENERAUX

**S. Banić
F. Flanagan
M. Frendo
J. de Guillenchmidt
J-C Scholsem
B. Vermeulen**

Les caractéristiques de l'Etat

14. Le premier chapitre de la Constitution est relatif aux caractéristiques de l'Etat tunisien, à ses principaux devoirs envers le peuple tunisien et à ceux des citoyens envers l'Etat.

15. L'article 1^{er} est repris de l'article 1^{er} de l'ancienne constitution du 1^{er} juin 1959 élaborée sous l'égide du Président Bourguiba. L'affirmation que la religion de la Tunisie est l'Islam ne préjuge pas de l'existence d'une religion d'Etat mais doit se comprendre comme la constatation que l'Islam est la religion dominante, celle de la majorité des citoyens.

16. L'article 2 pose le principe du caractère civil de l'Etat (qui est proclamé également au niveau du Préambule).

17. La souveraineté du peuple est affirmée et, comme dans toute démocratie représentative, elle s'exerce par les représentants élus ou par référendum (cf. article 3 de la Constitution française de 1958 : « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants ou par la voie du référendum »).

18. Les articles 7, 8, 10- 2eme alinéa, 12, et 13 imposent à l'Etat des obligations générales : assurer la protection de la famille ; veiller à assurer aux jeunes (la différence entre enfants et jeunes adultes n'est pas précisée) les conditions nécessaires au développement de leurs capacités, de leur prise de responsabilité, élargir et généraliser leur participation à l'essor social, économique, culturel et politique ; mettre en place les mécanismes à même de garantir le recouvrement de l'impôt, la participation aux dépenses, la bonne gestion des deniers publics, de lutter contre l'évasion fiscale et d'interdire la corruption, de réaliser la justice sociale, le développement durable, l'équilibre entre les régions, et une exploitation rationnelle des richesses nationales ; soutenir la décentralisation.

19. Ces obligations générales imposées à l'Etat pourraient s'apparenter à ce que l'on nomme en droit constitutionnel français des « objectifs à valeur constitutionnelle ». Ces objectifs, dégagés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, sont des exigences que le Conseil impose au législateur de façon à le guider dans l'adoption d'une législation parfaitement conforme à la Constitution. Le législateur doit concilier la poursuite de ces objectifs avec l'exercice des libertés constitutionnellement garanties.

20. Les principes posés dans les articles 7, 8, 12 et 13 prennent, dans cette perspective, tout leur sens et pourront, le cas échéant, légitimer un traitement inégalitaire entre citoyens pour prendre des mesures favorisant, par exemple, l'entrée des jeunes sur le marché du travail, ou les familles ayant plusieurs enfants.

21. L'article 9 impose aux citoyens de préserver l'unité de la patrie et de défendre l'intégrité du territoire. Ils ont l'obligation d'accomplir un service national dans les conditions prévues par la loi. Les termes de « service national » n'impliquent pas obligatoirement que ce service soit de type militaire (l'article 17 prévoit l'armée comme force « chargée de défendre la nation, son indépendance et l'intégrité de son territoire »), ce sera au législateur d'en décider. On souligne

que la stipulation au niveau de la Constitution d'une obligation absolue d'accomplir un service national ne permettra pas de tenir compte d'éventuels changements dans les positions et les attentes de la société tunisienne dans ce domaine, comme il est advenu dans d'autres Etats.

22. L'article 11 impose l'obligation à ceux qui assurent les plus hautes fonctions de l'Etat, y compris ceux qui « exercent dans les instances constitutionnelles indépendantes ou qui exercent toute autre haute fonction » de déclarer leurs biens. Ce principe de transparence est important, sa mise en œuvre par le législateur devra assurer les conditions de son efficacité. La délégation au législateur est en effet très large en ce qui concerne « les autres fonctions » pour lesquelles l'obligation de déclaration des biens est obligatoire. Cette obligation ne doit pas concerner un trop grand nombre de fonctions car se posera alors la question de l'efficacité du contrôle. Si la Constitution va au-delà du principe, le législateur pourrait être guidé par une formule du type « fonctions caractérisées par leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la nation ».

23. L'article 13 qui impose à l'Etat de soutenir la décentralisation mérite d'être salué.

24. De manière cohérente avec l'article 2 qui proclame le caractère civil de l'Etat, l'article 14 exige que l'administration publique respecte « les principes de neutralité et d'égalité » et l'article 15 exige « la neutralité des institutions éducatives par rapport à toute instrumentalisation partisane », ce qui doit être salué. Néanmoins, les termes « instrumentalisation partisane » dans l'article 15 sont imprécis, et suggèrent que seul l'endoctrinement politique est interdit dans les institutions éducatives. Il serait préférable d'utiliser un terme plus large et plus clair, endoctrinement idéologique par exemple.

25. L'article 16 pose le principe du monopole de l'Etat pour la création des forces armées, des forces de sécurité nationale ou de toutes autres forces. Cette disposition n'appelle pas de remarque.

26. L'article 17 impose à l'armée « une neutralité totale », ce qui est bienvenu. L'armée « appuie » les autorités civiles : il serait opportun de préciser que l'armée est « soumise et subordonnée aux autorités civiles démocratiquement élues ». A l'article 18, on devrait préciser les limites posées aux forces de sécurité nationale, « dans *les limites du respect des libertés et des droits humains en toute neutralité* ».

L'Etat et la religion

27. Le simple fait qu'un Etat proclame qu'il existe une religion dominante n'est pas, en soi, contraire aux standards internationaux. Toutefois, comme le rappelle l'Observation Générale n° 22 du Comité des Droits de l'Homme sur le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion garanti à l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (CPRP, que la Tunisie a ratifié), « le fait qu'une religion est reconnue en tant que religion d'Etat ou qu'elle est établie en tant que religion officielle ou traditionnelle, ou que ses adeptes représentent la majorité de la population, ne doit porter en rien atteinte à la jouissance de l'un quelconque des droits garantis par le Pacte, notamment les article 18 et 27, ni entraîner une discrimination quelconque contre les adeptes d'autres religions ou les non-croyants »¹. Il convient de souligner, à cet égard, que plusieurs pays européens (surtout les Etats nordiques) concilient parfaitement une religion d'Etat avec la liberté de conscience, de pensée et de religion.

¹ Observation générale no. 22: Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 18), 30/07/1993, § 9

28. Or, dans le projet de Constitution sous examen il existe des tensions entre d'une part, la place prédominante faite à l'Islam, et d'autre part, le caractère civil de l'Etat et les principes de pluralité, neutralité et non-discrimination.

a) Ainsi, on remarque que le Préambule déclare que la Constitution est basée sur « les enseignements de l'Islam », mais ne se réfère pas à la charia et reconnaît « les nobles valeurs humaines et les principes des droits de l'homme universels » ; le Préambule souligne les « éléments de l'identité arabo-musulmane », mais reconnaît également les « acquis universels de la civilisation humaine » et proclame « le principe du pluralisme, la neutralité administrative [...] ; le respect des libertés et des droits de l'Homme » ;

b) L'article 1 déclare que l'Islam est la religion *de la Tunisie*, et l'article 141 interdit de modifier « l'Islam en tant que religion *d'Etat* » alors que l'article 2 définit la Tunisie comme « un Etat à caractère civil basé sur la citoyenneté » et les *deux* principes sont immuables (article 141);

c) L'article 6 proclame que « l'Etat est le garant de la religion » mais garantit « la liberté de conscience et de croyance et le libre exercice du culte ». L'article 6 affirme que l'Etat est « le protecteur du sacré » mais « garantit la neutralité des mosquées et lieux de culte par rapport à toute instrumentalisation partisane ». Comment la garantie de la religion et de la neutralité des mosquées s'accorde avec la liberté de religion en général ?

d) L'article 20 déclare que « tous les citoyens et les citoyennes ont les mêmes droits et les mêmes devoirs. Ils sont égaux devant la loi sans discrimination » et l'article 14 exige que l'administration publique soit soumise aux principes de neutralité et égalité, mais l'article 73 impose que le Président soit musulman. Le serment que les membres du parlement (article 57), le Président (article 75 et article 73) et le gouvernement (article 88) doivent prêter (les magistrats sont exemptés de cette obligation) est exclusivement religieux. Par ailleurs, figure en exergue du préambule la formule « Au nom de Dieu clément et miséricordieux », la dernière phrase du Préambule fait appel à « la grâce de Dieu », et la Constitution conclut avec la phrase « Dieu est la source de la réussite ». Enfin, le Président nomme et révoque le Mufti (article 77), ce qui crée un lien très étroit entre l'Etat et l'Islam.

29. Ces tensions peuvent amener à des contradictions, et rendent difficile la compréhension et l'interprétation des dispositions de la Constitution « comme un tout harmonieux », comme prescrit à l'article 144. Dans les paragraphes qui suivent, ces tensions/contradictions ainsi que les moyens de les résoudre par l'interprétation ou, le cas échéant par des modifications, seront examinées plus en détail.

30. L'article 6 dispose : « L'État est gardien de la religion. Il garantit la liberté de conscience et de croyance et le libre exercice du culte. Il est le protecteur du sacré, garant de la neutralité des mosquées et lieux de culte par rapport à toute instrumentalisation partisane. »

31. La formule l'« Etat gardien de la religion » est ambiguë. S'agit-il de la religion prise dans un sens conceptuel : gardien de la religion en général ? Ou bien le singulier fait-il écho à la religion dominante c'est-à-dire à l'Islam ? La première interprétation devrait prévaloir puisque la phrase suivante précise que l'Etat garantit la liberté de conscience et de croyance et le libre exercice du culte ; par ailleurs, si tel n'était pas le cas, un problème certain de respect des standards internationaux se poserait : une discrimination entre différentes religions ou croyances constituerait une violation de l'article 26 ICCPR, qui interdit spécifiquement la discrimination sur le fondement de la religion. Cette première phrase de l'article 6 peut être source d'ambiguïté ; il est nécessaire soit de la supprimer, soit de la modifier en précisant que l'Etat est le garant « des toutes les religions ainsi que des convictions non religieuses ».

32. Il convient par ailleurs de souligner que la mention de l'islam comme religion de l'Etat en tant que principe non révisable contenu à l'alinéa 141 va bien au-delà de la formule de l'article 1 selon laquelle l'islam est la religion de la Tunisie (= de la majeure partie des Tunisiens). Cela est problématique, car incohérent avec les articles 1 et 2 ainsi qu'avec les garanties de la neutralité de l'Etat contenues aux articles 14 et 15 (voir Chapitre VIII).

33. La formule « [l'Etat] est le protecteur du sacré » est également problématique. Un Etat qui se proclame civil (article 2) ne saurait être compétent pour déterminer ce qui est sacré et le « protéger ». De plus une telle formule pourrait être susceptible de légitimer la criminalisation du sacrilège ou blasphème. Il serait préférable de la supprimer.

34. En principe, il est utile que l'Etat garantisse « la neutralité des mosquées et lieux de culte par rapport à toute instrumentalisation partisane » comme le proclame le dernier alinéa de l'article 6. Les autres lieux de culte qui sont ici mentionnés visent probablement ceux des autres religions : mais pour éviter encore toute ambiguïté, une formule du type « et de tous les lieux de culte des autres religions » serait préférable. Les termes « instrumentalisation partisane » sont néanmoins imprécis, et pourraient être interprétés de manière trop étendue afin de justifier des ingérences disproportionnées dans les affaires internes de mosquées, églises et autres lieux de culte ; ceci serait en violation de l'article 18 § 3 ICCPR.

35. L'article 6 est situé dans le chapitre des « principes généraux », et fixe les rapports entre l'Etat et la religion. Il ne garantit pas *la liberté de religion en tant que telle*, mais énonce le rôle de l'Etat en tant que gardien de la religion ; il se limite à garantir les libertés de conscience, de croyance et de culte. Ceci, examiné à la lumière de l'affirmation dans le Préambule que la Constitution se base sur les enseignements de l'islam, de l'immutabilité du principe de l'islam en tant que religion d'Etat (article 141) et de la nécessité que le Président de la République soit musulman (article 73), pourrait amener à conclure que la Constitution protège l'islam au détriment des autres religions. De plus, le fait que les libertés de conscience, croyance et culte sont placées dans le chapitre des principes généraux pourrait être interprété comme élevant ces libertés à un rang supérieur à celui des autres droits et libertés garantis au chapitre II. Or, la liberté de manifester une religion ou une conviction est étroitement liée à la liberté d'expression protégée par l'article 19 ICCPR, mais aussi aux libertés de réunion pacifique et d'association, garanties par les articles 21 et 22 ICCPR : ces libertés devraient toutes bénéficier de la même protection.

36. De plus, l'article 18 ICCPR a une portée plus large que l'article 6 du projet de Constitution. En effet, selon l'Observation Générale No. 22, « Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (qui implique la liberté d'avoir des convictions) visé au paragraphe 1 de l'article 18 a une large portée; il englobe la liberté de pensée dans tous les domaines, les convictions personnelles et l'adhésion à une religion ou une croyance, manifestée individuellement ou en commun (...) et protège les convictions théistes, non théistes et athées, ainsi que le droit de ne professer aucune religion ou conviction. (...) L'article 18 ICCPR distingue la liberté de pensée, de conscience, de religion ou de conviction, et la liberté de manifester sa religion ou sa conviction. Il n'autorise aucune restriction quelle qu'elle soit à la liberté de pensée et de conscience ou à la liberté d'avoir ou d'adopter la religion ou la conviction de son choix. Ces libertés sont protégées sans réserve au même titre que le droit de chacun de ne pas être inquiété pour ses opinions, énoncé au paragraphe 1 de l'article 19. Conformément à l'article 17 et au paragraphe 2 de l'article 18, nul ne peut être contraint de révéler ses pensées ou son adhésion à une religion ou une conviction. (...)»².

² Observation générale no. 22: Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 18), 30/07/1993, §§ 2, 3.

37 Il est dès lors recommandé de reformuler l'article 6 et d'insérer une disposition spécifique dans le chapitre II, proclamant la liberté de religion, conscience et croyance, et contenant explicitement la garantie de la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement.

Les accords internationaux

38. L'article 19 pose une règle de hiérarchie des normes : la supériorité des traités sur les lois, la supériorité de la Constitution sur les traités. Avant d'accepter un nouvel engagement conventionnel international, la Tunisie devra s'assurer de sa compatibilité avec sa Constitution. S'il y a incompatibilité et que la Tunisie désire devenir partie au traité, elle devra préalablement adapter sa Constitution, de façon qu'il n'y ait pas conflit avec la norme internationale. La supériorité des traités sur les lois contraindra le législateur à se conformer aux conventions internationales signées par la Tunisie, notamment celles relatives à la protection des droits civiques et politiques.

39. L'article 19 s'applique aux traités « approuvés par l'Assemblée des représentants et ensuite ratifiés ». Dans la mesure où cette disposition fait référence à la future « Assemblée des représentants », il n'en ressort pas clairement qu'elle s'applique également aux traités déjà ratifiés par la Tunisie et en vigueur. Cela doit pourtant être le cas : par application du principe « *pacta sunt servanda* », aucune nouvelle loi ne devra être adoptée qui ne soit pas conforme à ces traités. Si des contradictions apparaissaient entre les traités déjà en vigueur et la nouvelle Constitution, la Tunisie devrait adapter sa Constitution de façon qu'il n'y ait pas conflit avec la norme internationale, et en tous les cas éviter de violer le droit international des traités. La supériorité sur les lois internes des traités déjà ratifiés par la Tunisie avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution mériterait d'être précisée, par exemple en remplaçant à l'article 19 les termes « approuvés par l'Assemblée des représentants et ensuite ratifiés » par les termes « ratifiés par la Tunisie ».

40. On remarque enfin que ni le préambule, ni les principes généraux ne font référence aux coutumes internationales, aux principes généraux de droit, et aux grands textes internationaux de protection des droits de l'homme. On pourrait ajouter dans le Préambule une mention confirmant l'adhésion de la Tunisie aux idéaux proclamés par les conventions internationales de l'ONU de protection des droits de l'homme, notamment.

CHAPITRE II : DES DROITS ET LIBERTES

**S. Banić
F. Flanagan
M. Frendo
B. Vermeulen**

Les restrictions relatives aux droits et libertés

41. On observe à titre liminaire qu'une clause générale, l'article 48, stipule que « *La loi détermine les restrictions relatives aux droits et libertés garanties par la présente Constitution et de leur exercice, sans que cela ne porte atteinte à leur essence. La loi n'est adoptée que pour protéger les droits d'autrui ou pour des raisons de sécurité publique, de défense nationale ou de santé publique. (...)* ». Cette clause est ainsi applicable à tous les droits protégés au chapitre II (sauf aux droits absolus tel l'interdiction de la torture et des traitements inhumains). Les dispositions relatives à certains droits protégés au chapitre II contiennent néanmoins une clause qui permet d'en restreindre l'exercice : c'est le cas pour les droits au respect de la vie privée (article 23), à la liberté d'expression (article 30) et à la liberté de rassemblement (article 36).

42. Ceci appelle deux remarques. En premier lieu, si l'article 48 contient des garanties importantes et bienvenues tels le principe de légalité et la prescription qu'une restriction à l'exercice d'un droit fondamental ne doit pas porter atteinte à son essence, il présente néanmoins une lacune, dans la mesure où il omet d'exiger que toute ingérence respecte le principe de proportionnalité et de « nécessité dans une société démocratique ». Il conviendrait par conséquent d'ajouter ce principe à l'article 48.

43. De plus, la clause générale stipulée à l'article 48 doit être coordonnée avec les clauses spécifiques relatives à chaque droit et liberté. La solution actuellement contenue dans le projet de Constitution est insatisfaisante, car la prévision d'une clause spécifique seulement pour certains droits ne s'explique pas et prête à confusion. Les buts légitimes mentionnés à l'article 48 (la protection des droits d'autrui, la sécurité publique, la défense nationale et la santé publique) ne sont pas tous applicables à tous les droits, et d'autres buts légitimes sont reconnus par les normes internationales. Il serait souhaitable, par conséquent, de reformuler la seconde phrase de l'article 48 en termes généraux, en retirant la mention de certains buts légitimes, et d'ajouter une clause spécifique pour chaque droit et liberté pertinent, calquée sur les instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Il en résulterait que l'article 48 énonce les principes généraux, dont l'application est réglée de manière spécifique pour chaque droit.

L'égalité et la non-discrimination

44. L'article 20 proclame que « Les citoyens et les citoyennes, sont égaux en droits et devoirs. Ils sont égaux devant la loi sans discrimination aucune (...) ». La consécration du principe d'égalité et non-discrimination est importante et doit être saluée. On remarque que le principe qui admet l'action positive afin d'éliminer toute discrimination n'est pas expressément prévu.

45. Le texte de l'article 20 limite le principe d'égalité et non-discrimination aux « citoyens et citoyennes ». Contrairement à l'article 20, l'article 105 du projet de Constitution garantit le droit à un procès équitable à « toute personne ». Cette différence suggère que le principe de non-discrimination ne s'applique pas aux personnes se trouvant sur le territoire de la Tunisie mais qui ne sont pas des citoyens tunisiens. Cette limitation du principe d'égalité et non-discrimination n'est pas conforme aux standards internationaux : l'article 2 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme proclame que « Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune,

notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation » et l'article 26 ICCPR affirme que « toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ». Il conviendrait dès lors de remplacer les termes « citoyens et citoyennes » par « toute personne » ou équivalent.

46. L'article 20 ne mentionne pas les formes spécifiques et différentes de la discrimination, à savoir la discrimination fondée sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. Bien que la formule « sans discrimination aucune » soit très large, la mention à l'article 20 des différentes causes de discrimination renforcerait le poids et la portée de l'interdiction de discrimination. Sur ce point également, il est recommandé d'harmoniser le texte de l'article 20 avec les instruments internationaux.

47. L'article 45 affirme que « L'État garantit l'égalité des chances entre la femme et l'homme pour assumer les différentes responsabilités..... ». La dernière phrase est ambiguë et pourrait être interprétée dans un sens restrictif, l'égalité des chances étant limitée à certaines responsabilités, alors que l'article 20 ne prévoit aucune limitation *ratione materiae* du principe d'égalité. Il serait préférable de supprimer la phrase "pour assumer les différentes responsabilités".

48. L'article 46 impose à l'Etat d'assurer la protection juridique, sociale, matérielle et morale pour « tous les enfants, sans discrimination ».

49. Enfin, l'Etat « protège les personnes handicapées de toute forme de discrimination » et prend toutes les mesures leur garantissant une pleine intégration dans la société. Cette disposition qui énonce l'obligation positive de l'Etat vis-à-vis des personnes handicapées et qui ouvre la voie à des mesures d'action positive doit être saluée.

Le droit à la vie

50. L'article 21 protège le droit à la vie, qui « est sacré ; il ne peut lui être porté atteinte que dans des cas extrêmes fixés par la loi ». Cette disposition n'appelle pas de remarque.

La dignité et l'intégrité physique : la torture et les traitements inhumains

51. L'article 22 protège la dignité de la personne et son intégrité physique et interdit « toutes formes de torture morale et physique ». L'article 29 stipule que « tout détenu a droit à un traitement humain ». En droit international, l'interdiction de la torture et l'interdiction des peines et traitements inhumains et dégradants sont considérées comme également importantes et sont proclamées dans la même disposition. Pour souligner le caractère absolu de l'interdiction des (peines et) traitements inhumains (et dégradants), on pourrait l'ajouter à l'article 22 : cela confirmerait que cette interdiction s'applique à toute personne en toute circonstance, et non seulement dans une situation de détention.

La vie privée, le domicile, la correspondance, les données à caractère personnel

52. L'article 23 protège des droits différents et hétérogènes : la vie privée, l'inviolabilité du domicile, la confidentialité des correspondances, des communications et des données personnelles ; la liberté de circulation et de résidence. Il ajoute qu' « aucune limite ne peut être

apportée à ces droits et libertés, sauf dans les cas définis par la loi et sur la base d'une décision de justice ».

53. Les droits protégés par l'article 23 sont généralement contenus dans des dispositions séparées et spécifiques : d'une part le droit au respect de la vie privée, le domicile, la correspondance ; d'autre part, la liberté de résidence et circulation. Les buts légitimes des ingérences dans ces droits devraient être indiqués spécifiquement dans chacune des dispositions.

L'interdiction de déchéance de la citoyenneté, d'exil et extradition des citoyens et de retourner dans son pays ; asile politique

54. L'article 24 interdit entre autre d'extrader les citoyens. Cette interdiction absolue ne devrait pas être interprétée de façon à empêcher la Tunisie de livrer des citoyens à des tribunaux internationaux.

55. L'article 25 n'appelle pas de remarque.

Le droit à un procès équitable

56. Des éléments du droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial sont contenus dans plusieurs articles. L'article 26 garantit au prévenu la présomption d'innocence et un procès équitable. L'article 105 garantit également à toute personne le droit à un procès équitable. L'article 101 impose au magistrat de faire preuve de neutralité et l'article 100 prescrit que la justice est indépendante. Les articles 100 et 101 sont inscrits dans le chapitre V sur le pouvoir judiciaire et l'article 105 dans le titre 1 sur la justice judiciaire, administrative et financière du même chapitre.

57. Le droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial est un droit individuel fondamental dans un Etat de droit. Par conséquent, il serait souhaitable de l'insérer dans le chapitre II des droits et libertés. Ceci permettrait de formuler ce droit de manière plus précise. Le critère général de l'article 101 selon lequel le magistrat doit faire preuve de neutralité, inscrit dans le chapitre sur le pouvoir judiciaire, se réfère à la bonne sélection des juges et à la bonne qualité de l'institution judiciaire. Par contre, le droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial est plus spécifique. De plus, l'inscription de tous les éléments du droit à un procès équitable dans une seule disposition au chapitre II contribuerait à la clarté de ce droit fondamental.

La non-rétroactivité de la loi pénale

58. L'article 27 dispose que « la peine est personnelle et ne peut être prononcée qu'en vertu d'un texte de loi antérieur au fait punissable, sauf en cas de texte plus favorable au prévenu ». Cette disposition n'appelle pas de remarque particulière.

Le droit à la liberté et la sureté

59. Aux termes de l'article 28, « Nul ne peut être arrêté ou mis en détention sauf en cas de flagrant délit ou sur la base d'une décision judiciaire. Le détenu est immédiatement informé de ses droits et de la charge retenue contre lui. Il a droit de se faire représenter par un avocat. La durée de l'arrestation et de la détention est définie par la loi ». Ainsi, l'article 28 garantit la protection de la liberté et de la sureté. Cette garantie devrait être complétée par le droit de tout individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale d'être traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et d'être jugé dans un délai raisonnable ou libéré. En outre, il est nécessaire de garantir à quiconque se trouve privé de sa liberté par arrestation ou détention le droit d'introduire un

recours devant un tribunal afin que celui-ci statue sans délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale (article 9 ICCPR). L'ajout de ces deux garanties rendrait l'article 28 conforme au droit international de l'*habeas corpus*.

L'exécution des peines

60. Aux termes de l'article 29, l'Etat doit considérer, lors de l'exécution des peines privatives de liberté, l' « intérêt de la famille ». Cette formule mériterait d'être précisée.

La liberté d'expression

61. L'article 30 indique comme buts légitimes de restriction « la protection des droits des tiers, leur réputation, leur sécurité et leur santé », ce à quoi il faut ajouter les buts prévus à l'article 48 « la sécurité publique, la défense nationale ou la santé publique », pour arriver en substance aux buts légitimes contenus dans l'article 19 ICCPR (respect des droits ou de la réputation d'autrui, sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques »). Les modifications suggérées (§§ 36 et 38) permettraient de rendre le cadre juridique applicable plus clair et plus accessible.

62. On souligne en outre qu'en l'état, l'article 30 ne contient pas l'indispensable garantie du principe de proportionnalité et nécessité dans une société démocratique.

L'accès à l'information

63. L'article 31 garanti le « droit d'accès à l'information » ; il serait opportun de reconnaître plus précisément « la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix » qui est protégée par l'article 19 ICCPR.

64. L'article 31 conditionne ce droit à la sécurité nationale ou « aux droits énoncés dans la Constitution » : cette dernière formule est bien trop large. Comme pour l'article 30, les buts légitimes de restriction ne sont que ceux prévus à l'article 19 ICCPR.

L'éducation et science

65. L'article 32 garantit les libertés académiques et la liberté de recherche scientifique et technologique ; il n'appelle pas de remarque.

66. L'article 38 garantit le droit (et l'obligation) général et inconditionnel à l'enseignement public et gratuit jusqu'à l'âge de seize ans. Ce droit, ainsi que l'obligation de neutralité des institutions éducatives, mérite d'être salué. Le second alinéa pourrait figurer parmi les principes généraux.

Le droit de vote

67. L'article 33 garantit le droit « d'élection, de vote et de se porter candidat, conformément aux dispositions de la loi ». Les principes du suffrage universel, libre, direct et secret sont contenus aux articles 54 et 74. Manque cependant, dans lesdites dispositions, le principe de l'égalité du vote (voir Chapitre III). Des conditions relatives au droit de vote et au droit de se porter candidat sont également contenues au chapitre III de la Constitution.

La liberté d'association

68. L'article 34 protège la liberté « de constituer des partis politiques, des syndicats et des associations » en renvoyant à la loi pour les procédures de constitution et en fixant la limite du respect de la substance de cette liberté. Il établit enfin l'obligation, pour les partis, les syndicats

et les associations, de respecter la Constitution, la loi, la transparence financière et de rejeter la violence. On rappelle par rapport à cet article la nécessité d'ajouter le principe de proportionnalité et nécessité dans une société démocratique ainsi que de se conformer aux standards internationaux par rapport aux restrictions permises.

Le droit syndical et de grève

69. L'article 35 protège le droit syndical, qui correspond au droit d' « adhérer à des syndicats pour la protection de ses intérêts » garanti à l'article 20 ICCPR.

70. Il protège également le droit de grève ; ce droit est un droit autonome qui est garanti par l'article 8 du Pacte relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels, à condition qu'il soit exercé en conformité avec la loi. Il conviendrait dès lors de consacrer une disposition spécifique au droit de grève.

La liberté de réunion

71. L'article 36 protège la liberté de rassemblement et manifestation pacifiques, selon les règles procédurales prévues par la loi mais sans que celles-ci ne portent atteinte à la substance de cette liberté. On rappelle par rapport à cet article la nécessité d'ajouter le principe de proportionnalité et nécessité dans une société démocratique ainsi que de se conformer aux standards internationaux par rapport aux restrictions permises.

La santé

72. L'article 37 proclame le droit à la santé pour chaque être humain et prescrit les obligations de l'Etat par rapport à la qualité et à l'accessibilité du système sanitaire national. Il n'appelle pas de remarque.

Le travail.

73. L'article 39 stipule le droit au travail de chaque citoyen, et l'obligation pour l'Etat de prendre les mesures nécessaires à le garantir dans des conditions décentes et équitables. On pourrait ajouter le droit de choisir librement sa profession ou occupation, comme il est fait dans certaines constitutions européennes, telles les Constitutions allemande, polonaise, tchèque et croate).

Le droit de propriété.

74. L'article 40 reconnaît le droit de propriété, y compris intellectuelle, en renvoyant à la loi pour les limites de son exercice. Il semblerait nécessaire d'ajouter les garanties en cas d'expropriation.

Les droits à la culture, au sport, à l'eau, à un environnement sain

75. Les articles 41, 42, 43 et 44 n'appellent pas de remarque.

La protection de l'enfant

76. La formulation de l'article 46 pourrait se rapprocher de celle de la Convention Internationale des droits de l'enfant en exprimant non seulement les droits des enfants, mais également plus clairement les obligations respectives des parents et de l'Etat.

Les droits non protégés

77. On remarque enfin que certains droits fondamentaux protégés par les instruments internationaux ne figurent pas dans le projet de Constitution sous examen : il s'agit du droit au respect de la vie familiale (article 17 ICCPR ; un principe général oblige seulement l'Etat à assurer la protection de la famille), l'interdiction de l'esclavage, la servitude et le travail forcé (article 8 ICCPR) ; le principe du *ne bis in idem* (article 14 §7 ICCPR). Cette lacune devrait être comblée.

CHAPITRE III : DU POUVOIR LEGISLATIF

**J-C Colliard
M. Frendo
J-C Scholsem**

Régime politique

78. Le projet de Constitution du 1^{er} juin 2013 constitue pour la Tunisie un régime parlementaire à correctif présidentiel, ou semi-présidentiel. Le régime est indiscutablement parlementaire en ce qu'il y a un chef de gouvernement, désigné en fonction des résultats des élections parlementaires (article 88) et responsable devant l'Assemblée des représentants du peuple. Mais il y a également un Président de la République, élu au suffrage universel direct, qui garde, outre sa fonction représentative et symbolique et des tâches traditionnellement liées à la fonction de chef d'Etat (droit de grâce et décorations), des pouvoirs politiques importants.

79. Rien n'indique dans quel ordre les élections présidentielles et les élections législatives se déroulent, si toutefois elles ne sont pas organisées en même temps. Si l'élection présidentielle précède l'élection législative, il n'est pas exclu que se développe un phénomène de « présidentialisation » et de bipolarisation à la française. Les élections législatives auraient pour objectif de donner une majorité parlementaire au président. Tout dépend du contexte politique et des personnalités lors des premières élections. Toutefois, ce schéma paraît peu vraisemblable. D'une part, un décès ou une démission du président romprait cet enchaînement des deux élections. D'autre part, le Président de la République tunisienne ne dispose pas du droit de dissolution discrétionnaire du Président français (article 12 Constitution Vème République) ou du Président portugais (article 195.2 de la Constitution portugaise). Il ne peut dissoudre que dans le cas très particulier d'un échec lors de la formation du gouvernement (article 88 du projet).

80. Des dispositions de partage et d'arbitrage des conflits de compétences entre le Président de la République et le Chef du gouvernement par la Cour constitutionnelle sont prévus (article 99).

81. Le chapitre sur le pouvoir législatif précède celui sur le pouvoir exécutif, lui-même divisé en deux sections, le Président de la République et le gouvernement. Ceci vient à l'appui du caractère parlementaire du régime.

Le législatif

82. L'article 49 prévoit l'exercice du pouvoir législatif par l'Assemblée, mais aussi par le référendum, cette disposition générale étant illustrée par l'article 81 qui précise les hypothèses de référendum : dans certains domaines le Président peut, au lieu de demander une nouvelle lecture d'un projet de loi adopté par l'Assemblée, soumettre au référendum ledit projet (voir § 119).

83. L'article 51 établit l'autonomie administrative et financière de l'Assemblée des représentants du peuple dans le cadre du budget de l'Etat. Ceci signifie que l'Assemblée aura le pouvoir d'adopter son budget et recruter et gérer son personnel de manière autonome de l'exécutif. Cela mériterait d'être explicitement indiqué. L'alinéa 1 et l'alinéa 3 de l'article 51 semblent quelque peu redondants. Si l'assemblée jouit déjà de l'autonomie financière puisqu'elle vote son budget (al. 1), à quoi sert-il de répéter que l'Etat (non autrement précisé) mettra à sa disposition « les ressources humaines et matérielles nécessaires au député pour une bonne exécution de ses fonctions » (al. 3) ?

84. On peut s'interroger sur la différence de formulation entre l'article 52 (« qui ne se trouve dans aucun cas d'interdiction prévus par la loi ») et l'article 53 (« remplissant les conditions fixées par la loi électorale »). La première formulation, visant l'éligibilité, est de loin préférable. La constitution devrait fixer elle-même les conditions fondamentales de l'électorat, et déléguer à la loi les exceptions possibles (par exemple en cas d'incapacité civile). L'article 52 prévoit dix ans de nationalité avant d'être éligible. Il semble qu'il n'y ait pas de délai prévu pour être électeur et cette distorsion peut gêner.

85. L'article 54 consacre le principe du suffrage « universel, libre, direct et secret », ainsi que « intègre et transparent ». Ces principes correspondent au patrimoine constitutionnel européen, mais il manque le principe de l'égalité du vote³.

86. Selon l'article 55, l'Assemblée des représentants du peuple est élue pour un mandat de 5 ans. Le Président est aussi élu pour 5 ans (article 74). Il peut être important pour la dynamique du régime de savoir quelle élection a lieu en premier. L'article 55 prévoit des élections à l'Assemblée dans les soixante derniers jours du mandat parlementaire. Il ne dit rien sur les délais éventuels en cas de dissolution. Faut-il considérer que le point de départ du délai de soixante jours est alors le décret de dissolution ?

87. L'article 56 prévoit que la session ordinaire débute « au cours du mois d'octobre » et se termine « au cours du mois de juillet », sans autre indication. Après les élections la demande de convocation doit émaner du président de l'assemblée sortante. Que se passe-t-il en cas de décès, de mauvaise volonté ou de tout autre empêchement de ce dernier ? Ne faudrait-il prévoir un délai maximal pour la convocation de l'Assemblée après l'annonce des résultats des élections ? L'article 56 prévoit également la possibilité de sessions extraordinaires à la demande du Président, du Chef du gouvernement ou d'un tiers de ses membres. Ce nombre est faible ; il conviendrait peut-être de préciser que ce n'est qu'une fois par période de vacances.

88. A l'article 57, seul un serment religieux est prévu. Une formule alternative, non religieuse, devrait être prévue, afin de respecter l'article 20 qui garantit l'égalité de tous les citoyens.

89. La conception des commissions d'enquête, à l'article 58, alinéa 3, « que toutes les autorités doivent assister dans l'exercice de leurs fonctions » paraît particulièrement faible et restrictive. En droit comparé, les pouvoirs des commissions d'enquête vont beaucoup plus loin : elles peuvent généralement utiliser toutes les compétences dévolues aux magistrats instructeurs.

90. On peut se féliciter de la reconnaissance de l'opposition par l'article 59, bien que ses droits ne soient pas très étendus. Mais comment se définit l'opposition ? On ne saurait se limiter à l'appartenance à un parti politique déterminé. Des critères utiles pourraient être le fait de ne pas avoir voté l'investiture du gouvernement ou le budget. Il faudrait néanmoins envisager également les situations où un membre du parlement est tout simplement en désaccord avec une décision ou un projet de loi.

91. Aux termes de l'article 61, les projets de loi peuvent émaner du Président ou du chef de l'exécutif. C'est sans doute le fruit d'un compromis, mais est-il bien logique ? Les projets de loi sont typiquement une manière, pour l'exécutif, de mettre en œuvre son programme politique et législatif. En outre, il ne faut pas oublier que tous les projets de loi doivent être délibérés en Conseil des ministres (article 92, alinéa final). Ceci s'applique sans doute aussi aux projets de loi émanant du Président. Les projets de loi sont prioritaires par rapport aux propositions. Mais comment régler la priorité entre projets de loi émanant du Président et ceux émanant du chef

³ Commission de Venise, Code bonne conduite en matière électorale, CDL-AD(2002)023rev

de gouvernement ? Ne serait-il pas opportun de limiter le droit d'initiative législative du Président à ses domaines réservés ?

92. L'article 64 suit la méthode française : le pouvoir réglementaire est général et résiduel (article 64, dernier alinéa). Le domaine de la loi est déterminé. Dans ce domaine, il faudra distinguer le domaine de la loi ordinaire (article 64, alinéa 1er, 15 points) et celui de la loi organique (article 64, alinéa 2, 14 points). Les modalités d'adoption de ces deux catégories de loi sont bien distinctes (article 63). Il conviendra donc non seulement de définir le domaine de la loi, mais aussi décider s'il s'agit d'une loi ordinaire ou d'une loi organique. Normalement, l'interprétation devrait donner priorité à la loi ordinaire, la loi organique constituant une sorte d'exception, mais il vaudrait mieux que cette règle d'interprétation soit écrite. Par exemple, il faudrait distinguer entre la procédure devant les cours et tribunaux (loi ordinaire : article 64, al. 1, point 4) et l'organisation de la justice (loi organique : article 64, al. 2, point 2).

93. On remarque un flou en ce qui concerne l'approbation et la ratification des traités. La loi ordinaire prévoit « le régime de la ratification des traités internationaux » ; la loi organique « l'approbation des traités ». S'agit-il de tous les traités ou seulement de ceux qui, en vertu de l'article 66, doivent faire l'objet d'une approbation ? Cette seconde solution est de loin préférable et l'article 64 devrait sur ce point renvoyer à l'article 66, qui précise quels sont les traités soumis à l'approbation de l'Assemblée des représentants. Cet article se termine par la formule « les traités n'entrent en vigueur qu'après ratification ». En outre, l'article 76 donne compétence – ce qui est bien naturel – au chef de l'Etat pour ratifier les traités. Faut-il conclure que l'approbation par l'Assemblée vaut autorisation de ratification par le Président ? Ceci pourrait être précisé.

94. Un contrôle juridictionnel constant par la Cour constitutionnelle s'impose pour veiller à ce que la loi ne déborde pas sur le domaine du règlement et pour déterminer de quel type de loi il s'agit. Par ailleurs, l'article 64 se termine par la formule « le pouvoir réglementaire général peut intervenir dans les matières non incluses dans le domaine de la loi ». Le terme « peut » semble indiquer que ce n'est qu'une possibilité et que donc la loi peut intervenir dans le domaine qui ne lui est pas réservé. Il vaudrait donc mieux écrire « intervient » au lieu de « peut intervenir ».

95. Les impôts sont classiquement du ressort de la loi ordinaire (article 64, al 1, point 7), mais une exception rare et potentiellement dangereuse permet des délégations au chef de gouvernement en vertu des lois de finances et des lois à caractère fiscal.

96. Tout ce qui a trait aux droits de l'homme et aux libertés est du domaine de la loi organique (article 64, al. 2, point 10). Cette disposition est sans doute motivée par les meilleures intentions, mais on doit s'interroger sur son réalisme. Les droits de l'homme et les libertés ne sont pas un secteur à part, une sorte de caisson étanche. Toute loi est susceptible de porter atteinte à ces droits fondamentaux. Pensons au seul cas de la procédure pénale, à régler par loi ordinaire (article 64, al. 1, point 4), qui met pourtant en cause les droits de l'homme les plus fondamentaux, la liberté et la sûreté.

97. S'ajoute à ces interrogations, le point de savoir si la liste des lois organiques est exhaustive ou non. Elle devrait normalement être complète. Cependant, l'article 65 se réfère à la loi organique du budget, non évoquée par l'article 64.

98. Aux termes du dernier alinéa de l'article 65, « si le projet de loi de finances n'a pas été adopté le 31 décembre, il peut être exécuté par tranches trimestrielles renouvelables, et ce, par décret gouvernemental ». Comme ce système n'est pas limité dans le temps, le gouvernement dispose d'une grande marge de manœuvre.

99. Aux termes de l'article 67, l'immunité parlementaire liée aux fonctions parlementaires (avis et votes) ne vaut que pendant le mandat. Il nous semble qu'elle devrait être perpétuelle et définitive, comme par exemple en France et en Belgique⁴.

100. A l'article 69 est prévue la procédure des décrets loi. L'article 69 distingue deux hypothèses : le cas de dissolution ou de vacances parlementaires où aucune loi d'habilitation n'est nécessaire et les autres cas où une loi d'habilitation votée à la majorité des trois cinquièmes est exigée. Cette procédure présente des risques d'abus de la part du gouvernement. Le premier cas est le plus préoccupant. En effet, en cas de vacances parlementaires (mois d'août et septembre), le parlement peut être réuni en session extraordinaire à la demande du Président de la République ou du chef du gouvernement ou à la demande d'un tiers de ses membres (article 56, al. 3). Reste donc la durée, relativement brève, dans le cas de dissolution mais il s'agit d'une période électorale particulièrement intense. D'ailleurs l'article 69 exclut le système électoral du champ des décrets-lois. Il est sans doute prudent d'éliminer ce cas en prévoyant que l'ancienne assemblée reste en fonction jusqu'à l'ouverture de la première session de la nouvelle assemblée ou très peu de jours avant cette date. Le second cas exige une loi d'habilitation votée pour « un motif déterminé » à la majorité des trois cinquièmes, ce qui constitue une garantie. Il serait néanmoins utile, dans le second alinéa, de préciser ce qu'est « la période en question », qui ne semble pas correspondre aux situations du premier alinéa dans lesquelles l'Assemblée ne peut pas voter, puisqu'elle n'est pas réunie.

⁴ Cependant une étude de la Commission de Venise semble admettre cette formule moins protectrice (CDL-INF(1996)007).

CHAPITRE IV : DU POUVOIR EXECUTIF

PREMIERE SECTION : DU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE

J-C. Colliard
M. Frendo
J-C. Scholsem

101. Le Président de la République est le « chef de l'Etat, symbole de son unité. Il garantit son indépendance et sa continuité et il veille au respect de la Constitution » (article 71).

102. Le Président de la République est la seule personne qui doit être de confession musulmane. La Constitution de 1959, en plus d'exiger la confession musulmane pour les candidats à la présidence (article 40), précisait : « Le Président est le chef de l'Etat. Sa religion est l'Islam » (article 38). On souligne cependant que le projet de Constitution énonce clairement le caractère civil de l'Etat (préambule, article 2), l'égalité en droits et devoirs de tous les citoyens (préambule, article 20) et les principes de neutralité et égalité de l'administration publique (article 14). L'exclusion de tout candidat (ou candidate) non musulman se concilie mal avec ces dispositions.

103. Pour être élu président, il faut être tunisien par naissance, ne pas avoir une autre nationalité au jour du dépôt de la candidature et être âgé de 40 ans au moins et 75 ans au plus (article 73). La deuxième condition d'âge n'est pas usuelle ; on note qu'elle était prévue dans la Constitution de 1959 également (article 40 § 2).

104. Les conditions de candidatures sont très floues : « un certain nombre de présentateurs » ; on lit bien que des précisions seront apportées par la loi électorale, mais l'importance du sujet – la liste des candidats pèse nécessairement sur leur ordre d'arrivée – justifierait sans doute que la Constitution soit plus précise sur ce point.

105. Le président est élu pour 5 ans par une élection à deux tours (s'il ne remporte pas la majorité absolue au premier tour) (article 74). Les dispositions sur le report des élections en cas de décès ou empêchement d'un candidat ne sont pas très claires : pour le premier tour, faut-il reporter les élections en cas d'empêchement d'un « petit candidat » et ne vaudrait-il pas mieux confier à la Cour constitutionnelle le point de savoir s'il faut ou non reporter l'élection ?

106. Pour le second tour, la formule retenue est inacceptable : le candidat suivant peut être d'une coloration politique très différente de celui qu'il est appelé à remplacer et une fraction très importante de l'opinion peut se trouver sans candidat lui correspondant. En cas de décès ou empêchement d'un candidat du second tour, il paraît indispensable de refaire tous le processus.

107. Le dernier alinéa de l'article 74 prévoit l'interdiction d'occuper le poste de Président de la République pendant plus de deux mandats complets successifs ou séparés. Le nombre et la durée des mandats présidentiels dans le sens de leur augmentation ne peuvent faire l'objet d'aucune révision constitutionnelle (article 141, voir Chapitre VIII). Il convient sans doute de se féliciter de ces dispositions, qui visent à atténuer les conséquences négatives que pourrait avoir pour la démocratie le fait qu'une même personne puisse occuper la présidence pendant une période excessive.

108. Gage de sa « neutralité », le Président ne peut cumuler ses fonctions avec une responsabilité partisane (article 75, al. 2). Cette prohibition sera sans doute très difficile à contrôler, le Président pouvant toujours agir en sous-main et de manière détournée.

109. Le Président possède une sorte de domaine réservé en ce qui concerne la défense, les relations étrangères et la sécurité nationale (article 76, al. 1).

110. Il préside le Conseil de la sécurité nationale (article 76, al. 2, point 2). Il exerce le haut commandement de l'armée (article 76, al. 2, point 3), déclare la guerre (après approbation de l'Assemblée des représentants du peuple à la majorité des trois cinquièmes) et l'envoi des forces à l'étranger (avec l'accord du Président de l'Assemblée des représentants du peuple et du Chef de gouvernement⁵). Le Président ratifie aussi les traités (article 76, al. 2 point 6).

111. Le Président nomme aussi aux hautes fonctions publiques militaires, diplomatiques et de la sécurité nationale, mais la commission parlementaire concernée conserve un droit de veto potentiel (article 77, al. 1, point 3) : cette intervention de l'Assemblée parlementaire mérite d'être saluée. L'indication d'au moins certaines de ces « hautes fonctions publiques » serait souhaitable.

112. Le Président est compétent pour « nommer et révoquer le mufti » ; cette disposition se concilie mal avec le caractère civil de l'Etat (préambule et article 2). Dans un état civil, l'Etat devrait avoir un rôle d'organisateur neutre et impartial de la pratique des religions, cultes et croyances ; ce rôle contribue à assurer l'ordre public, la paix religieuse et la tolérance dans une société démocratique. L'Etat devrait respecter l'autonomie des communautés religieuses.

113. Le choix des ministres des Affaires étrangères et de la Défense doit se faire en concertation avec le Président (article 88, al. 1).

114. Le Président préside obligatoirement le Conseil des ministres dans ces domaines (article 92, al. 3). Il peut aussi assister aux autres réunions du Conseil des ministres, auquel cas, il les préside (article 92, al. 3). Aucune limite ne semble être posée à la participation (et par conséquent la présidence de séance) du Président à ces « autres réunions » ; cela va clairement dans le sens de la présidentialisation et pourrait être une source d'abus ainsi que de conflits entre le Président et le Chef de gouvernement. Il semblerait donc opportun de limiter la participation du Président aux réunions du conseil des ministres en dehors des domaines réservés du Président à de cas exceptionnels.

115. Aucun acte du Président n'est soumis à un contreseing ministériel. Quand il y a un contrepoids, il vient de l'Assemblée des représentants du peuple.

116. Le Président jouit aussi du droit de prendre des mesures exceptionnelles « en cas de péril imminent menaçant les institutions du pays et entravant le fonctionnement régulier des pouvoirs publics » (article 79). Cette disposition semble inspirée de l'article 16 de la Constitution française. Ces pouvoirs exceptionnels sont toutefois bien encadrés par le texte, politiquement par l'action de l'Assemblée et juridiquement par l'intervention de la Cour constitutionnelle. Cette disposition mérite d'être saluée.

117. Aucune mention n'est toutefois faite de la possibilité et des conditions de dérogations aux droits et libertés garantis aux chapitres II dans une situation pouvant s'assimiler à un « danger public exceptionnel menaçant l'existence de la nation » (voir article 4 ICCPR).

118. Le Président intervient aussi dans la procédure législative. Tout d'abord, il possède un droit d'initiative (article 61, al. 1 ; voir § 86). Il peut soumettre à la Cour constitutionnelle tout projet de loi (article 117, al. 1, point 1). Il peut demander une seconde lecture des lois (à l'exception des lois de finances et des lois constitutionnelles) dans les dix jours de la transmission du projet par le Président de l'Assemblée des représentants du peuple (article 80,

⁵ Toutefois, l'Assemblée doit se réunir pour en délibérer dans un délai ne dépassant pas 60 jours (ibid.)

al. 2), et le projet de loi devra alors être adopté à la majorité absolue des membres de l'Assemblée (et non plus à la majorité des membres présents). En cas d'adoption de ce texte à la majorité absolue des membres de l'Assemblée, le Président doit la promulguer. En d'autres termes, le Président a le pouvoir d'exiger pour toute loi la majorité requise pour les lois organiques.

119. De plus, « exceptionnellement », le Président peut soumettre à referendum certains textes adoptés par l'Assemblée et qui portent sur les droits de l'homme, les libertés ou le statut personnel (article 81). La traduction ne fait pas clairement ressortir si seuls les traités portant sur ces sujets sont susceptibles de faire l'objet d'un referendum ou si des projets de loi peuvent aussi être soumis au referendum. Cette vérification par le peuple n'est pas en soi critiquable, à condition que le Président n'en fasse pas un usage excessif. De ce point de vue, la seule limite est l'adverbe « exceptionnellement » de l'article 81, qui n'a pas de portée normative.

120. En cas d'empêchement provisoire, le Président peut déléguer ses pouvoirs au Chef du gouvernement pour une période qui n'excède pas trente jours, renouvelable une seule fois (article 82). Si la délégation des pouvoirs est impossible, la Cour constitutionnelle constate immédiatement la vacance provisoire et investit le Chef de gouvernement des fonctions de la Présidence pour une période n'excédant pas soixante jours. Si la période de vacance dépasse les soixante jours et en cas de démission, le Président de l'Assemblée des représentants du peuple est investi des fonctions de la présidence (article 84). Il y a donc une asymétrie dans les règles de remplacement du Président, selon que l'empêchement provisoire de celui-ci dépasse ou pas les soixante jours, asymétrie qui ne semble pas, a priori, nécessaire.

121. Le Président intervient aussi dans la formation du gouvernement et peut, dans ce cadre, exercer le droit de dissolution (voir § 126).

122. Le Président exerce aussi d'autres pouvoirs, notamment en ce qui concerne les juridictions. Il nomme les magistrats, mais sur avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature (article 103).

123. Le Président intervient aussi, au même titre que le Président de l'Assemblée des représentants du peuple, du Chef de gouvernement et du Conseil supérieur de la magistrature, donc pour un quart, dans la proposition des candidats à la Cour constitutionnelle (article 115). Le pouvoir de nomination revient toutefois à l'Assemblée à la majorité des trois cinquièmes.

124. Le Président joue aussi un rôle majeur dans le processus de révision de la Constitution et cela à l'exclusion du Chef de gouvernement (voir Chapitre V Titre II).

125. Les pouvoirs du Président sont donc loin d'être négligeables. On ne peut voir en lui un simple président protocolaire ou un arbitre « neutre ». Il est voué à exercer des pouvoirs politiques importants, mais l'idée sous-jacente semble celle-ci : ces pouvoirs doivent rester cantonnés à l'essentiel. A ce titre, il jouit d'un domaine réservé en matière de défense, de sécurité et de relations extérieures. Il préside le Conseil des ministres pour ces matières (ce qui est facultatif pour les autres conseils des ministres). Il bénéficie de l'initiative des lois, conjointement avec le Chef de gouvernement, et peut saisir, à l'exclusion du Chef de gouvernement, la Cour constitutionnelle à propos des projets de lois. Il peut demander une seconde lecture des projets de loi, ce qui entraîne l'obligation de réunir la majorité absolue des membres de l'Assemblée. Il peut dans des cas « exceptionnels » demander un referendum sur certains textes. Enfin, il peut aussi utiliser l'arme du referendum en ce qui concerne la révision de la Constitution.

126. Ces pouvoirs sont tels qu'une procédure de destitution a été prévue en cas de violation manifeste de la Constitution. Cette procédure est très lourde : l'initiative doit être prise à la majorité des membres de l'assemblée puis confirmée à la majorité des deux tiers. C'est la Cour

constitutionnelle qui tranche en définitive la question (article 87). Outre cette procédure tout à fait exceptionnelle, la Cour constitutionnelle aura un grand rôle dans la solution de l'essentiel des conflits de compétence entre le Président et le Chef de gouvernement. Ceux-ci seront tranchés dans le délai d'une semaine (article 99). L'intervention de la Cour constitutionnelle pour régler ces conflits mérite d'être saluée. La composition et la neutralité de cette Cour constitutionnelle sont donc des éléments essentiels pour le fonctionnement harmonieux du régime.

127. L'article 86 prévoit une immunité pour le Président pendant l'exercice de son mandat, ce qui est effectivement souhaitable. Mais en prévoyant que le Président ne peut être poursuivi pour des actes effectués dans le cadre de ses fonctions, ce qui est bien normal, il entre en contradiction avec l'article 87 qui prévoit d'éventuelles poursuites pénales en cas de destitution : or, celle-ci est très probablement provoquée par l'exercice de ses fonctions. Il conviendrait donc d'harmoniser ces deux articles, en disant par exemple à l'article 86 : « Sous réserve des dispositions de l'article 87, le Président de la République ne peut être poursuivi... ».

DEUXIEME SECTION : DU GOUVERNEMENT

J-C. Colliard
M. Frendo
J-C. Scholsem

128. La formation, la structure et les pouvoirs du gouvernement sont beaucoup plus classiques et n'appellent que peu d'observations.

129. La formation du gouvernement est réglée en détail par l'article 88. La formule de désignation du Chef de gouvernement est très satisfaisante. Le choix du candidat du principal parti est parfois une règle constitutionnelle (en Grèce par exemple), et est, en tout cas, une pratique observée très largement dans la plupart des pays du Conseil de l'Europe. L'association du Président de la République au choix des ministres correspondant à l'essentiel de ses compétences (Affaires étrangères et Défense) est judicieuse pour prévenir d'éventuels conflits.

130. L'intervention du Président est étroitement réglementée. Toutefois, si la Tunisie devait connaître de nombreuses crises ministérielles, les pouvoirs du Président, même réglementés, viendraient à peser d'un grand poids.

131. Si dans les quatre mois qui suivent la désignation du premier candidat Chef de gouvernement, la confiance n'est pas accordée au gouvernement, le Président peut décider la dissolution de l'Assemblée des représentants du peuple (article 88, al. 4). C'est le seul cas de dissolution ouvert au Président de la République.

132. « Le Chef du gouvernement détermine la politique générale de l'Etat et veille à sa mise en exécution » (article 90). Cela est classique, mais doit être lu à la lumière des pouvoirs propres au Président qui ne nécessitent, sauf rares exceptions, pas l'accord du Chef de gouvernement.

133. Le dernier alinéa de l'article 91 pose problème : en cas d'empêchement provisoire du Chef de gouvernement, « il délègue ses pouvoirs à l'un des ministres ». Mais l'empêchement peut résulter d'une situation qui l'empêche de prendre une décision (accident de santé par exemple). Il vaudrait donc mieux prévoir une solution plus précise, et indiquer explicitement que le remplaçant serait le ministre le plus élevé dans l'ordre protocolaire, par exemple.

134. C'est le système de la motion de censure constructive, d'inspiration allemande, qui a été retenu pour organiser la responsabilité du gouvernement devant l'Assemblée (article 96). Le vote se fait à la majorité absolue des membres de l'Assemblée et doit aussi porter sur le remplaçant du Chef de gouvernement. Ce remplaçant est alors chargé par le Président de la République de former un nouveau gouvernement (article 96, al. 2).

135. Ce système devrait aboutir à une certaine stabilité. Toutefois, rien n'est prévu dans le cas où le gouvernement ne dispose plus d'une majorité pour le vote de ses projets de loi (y compris la loi de finances), mais où cependant aucune majorité alternative positive ne se dessine sur le nom d'un remplaçant. En d'autres termes, que se passerait-il si la majorité en place se désagrègeait, mais qu'aucune autre majorité ne se dégageait en faveur d'un nouveau candidat au poste de chef de gouvernement ? La Constitution ne semble pas offrir de solution pour sortir de cette situation de blocage, et, au contraire, exclut la possibilité de présenter une nouvelle motion de censure pendant six mois. Ceci constitue une exception importante (pour une durée excessive) à la légitimité du gouvernement. L'ultime solution devrait être d'organiser de nouvelles élections.

136. Le système prévu par le projet est aussi de nature à donner au Chef de gouvernement une grande autorité sur ses ministres : c'est le Chef de gouvernement qui nomme les ministres (en concertation avec le Président pour les Ministres des affaires étrangères et de la défense) (article 88, al.1). C'est lui aussi qui les révoque et reçoit leur démission (article 91, al 1, point 2).

137. L'article 96 rétablit cependant la responsabilité individuelle des ministres. Si ceci a le mérite d'éviter le transfert vers la responsabilité pénale, ce système de double responsabilité (à l'égard du Chef de gouvernement et de l'Assemblée) ne devrait pas miner la cohésion de l'équipe gouvernementale. Il ne faudrait pas non plus que l'Assemblée soit paralysée par la multiplication de demandes visant tous les ministres les uns après les autres.

CHAPITRE V : DU POUVOIR JUDICIAIRE

J. de Guillenchmidt
G. Neppi Modona

138. Ce chapitre est divisé en deux titres, la justice judiciaire, administrative et financière d'une part, la justice constitutionnelle d'autre part. Ils sont précédés d'un chapeau commun.

139. Ce chapeau commun comporte trois articles (100 à 102). L'article 100 énonce le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire – ce principe est par ailleurs énoncée également dans le Préambule et la justice figure dans la devise de la Tunisie (article 4) - lequel garantit l'instauration de la justice, la suprématie de la Constitution, la souveraineté de la loi et la protection des droits et libertés. On pourrait préciser que le juge est indépendant « des pouvoirs législatifs et exécutifs et de tout autre pouvoir ». L'indépendance du magistrat est affirmée en ce qu'il n'est soumis dans l'exercice de ses fonctions qu'à l'autorité de la Constitution et de la loi. Cette formule, qui garantit en même temps l'indépendance externe (des pouvoirs exécutif et législatif) et interne (de toute ingérence, pression, recommandation ou instruction indues provenant de l'intérieur du pouvoir judiciaire), est bienvenue.

140. Afin de renforcer ultérieurement le principe de l'indépendance interne, on pourrait envisager d'ajouter le principe de l'égalité des magistrats du siège (les magistrats du siège ne se distinguent que par leurs fonctions) qui est un obstacle à l'organisation hiérarchique de la magistrature, typique des régimes autoritaires.

141. L'article 101 prévoit que « le magistrat doit être compétent », ce qui à première vue est une évidence qui ne figure pas habituellement dans les textes constitutionnels, sauf si l'on rapporte ce principe à celui du « juge naturel » selon lequel chaque justiciable doit être jugé par la juridiction dont la compétence a été préalablement établie par la loi pour connaître de la matière en cause.

142. On salue la consécration de l'obligation de neutralité et d'intégrité du juge, de même que de sa responsabilité dans l'accomplissement de ses fonctions.

143. Enfin l'article 102 institue une immunité judiciaire pour le magistrat qui ne peut être poursuivi ou arrêté tant qu'elle n'a pas été levée. Cette formule semble trop large : les magistrats ont effectivement besoin d'être protégés de poursuites civiles pour des actes accomplis de bonne foi dans le cadre de leurs fonctions. Ils ne devraient toutefois pas jouir d'une immunité générale qui les protégerait contre toute poursuite pour des actes criminels qu'ils auraient commis, et pour lesquels ils doivent répondre devant les tribunaux⁶. Les magistrats doivent dès lors jouir d'une immunité exclusivement fonctionnelle. L'article 102 ne précise pas par quel organe l'immunité peut être levée. Selon la phrase suivante, ce n'est qu'en cas d'arrestation en flagrant délit que le Conseil de la magistrature se prononce sur la levée de l'immunité. Ainsi, sa compétence pourrait être logiquement étendue à tous les cas de demande de levée d'immunité, l'intervention d'un organe indépendant étant une garantie pour le magistrat contre la possible instrumentalisation de sa levée d'immunité. On pourrait également envisager un mécanisme a contrario, selon lequel l'immunité serait accordée par le Conseil de la magistrature au cas par cas.

⁶ Rapport sur l'indépendance du pouvoir judiciaire – partie I : l'indépendance des juges, CDL-AD(2010)010, § 60.

144. Le principe de l'inamovibilité du juge est explicitement énoncé à l'article 104, ce qui doit être salué⁷ ; il aurait également sa place parmi les principes généraux relatifs au pouvoir judiciaire.

TITRE I – DE LA JUSTICE JUDICIAIRE, ADMINISTRATIVE ET FINANCIERE

145. Les dispositions communes à ces trois types de juridiction sont tout d'abord relatives au statut des magistrats qui les composent:

- nomination des magistrats par décret présidentiel sur avis conforme du CSM
- mutation impossible sans leur accord
- compétence du CSM pour le régime disciplinaire

146. Ces principes sont conformes à ceux habituellement en vigueur dans les démocraties où la justice est indépendante, et doivent être salués. On pourrait ajouter au principe de l'inamovibilité la garantie du mandat jusqu'à l'âge légale de la retraite⁸.

147. Sont proclamés (article 105) le principe du procès équitable dans un délai raisonnable, de l'égalité devant la justice, de la publicité des audiences sauf disposition législative contraire, de l'aide judiciaire aux plus démunis. La mention du « procès équitable » est un écho, bienvenu, à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

148. « Le droit d'ester en justice et le droit de la défense » sont affirmés. Le « droit de la défense » correspond, peut-on supposer aux « droits de la défense » pour lesquels le pluriel est l'usage. Ces droits de la défense reposent sur le principe du contradictoire et l'équilibre des droits des parties. Ils sont la pierre angulaire du procès équitable et impliquent par exemple la communication réciproque des pièces et des arguments. La Constitution tunisienne se conforme ainsi à un principe existant dans toutes les démocraties et constitutionnellement garanti. On regrette cependant que le droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial ne soit pas inscrit en tant que droit fondamental dans le chapitre II du projet de Constitution (voir CHAPITRE II).

149. Les articles 106 et 108 prévoient des principes qui ne se trouvent pas habituellement dans les constitutions, mais qui sont à saluer car ils constituent des garanties importantes pour l'indépendance externe des magistrats : l'interdiction de toute ingérence dans le fonctionnement de la justice et l'interdiction de l'inexécution ou l'entrave à l'exécution des décisions de justice. Il reviendra à la loi ordinaire de définir les infractions correspondantes.

150. La création de tribunaux d'exception et l'édition de procédures exceptionnelles ne semblent être interdites que si elles portent atteinte aux principes du procès équitable. Ce principe ne devrait pas empêcher l'Assemblée des représentants de voter l'institution de juridictions spécialisées dans certains types de contentieux, contentieux de droit du travail par exemple. La création de tels types de juridiction ou de procédure est limitée par l'obligation de respecter les principes du procès équitable.

PREMIERE SECTION : DU CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE

151. Une section spécifique (article 109 à 111) est consacrée au Conseil Supérieur de la Magistrature, ce dont il convient de se féliciter en tant qu'expression du choix du constituant tunisien de confier la supervision du système judiciaire à un organe indépendant composé en grande partie par des juges élus par leurs pairs.

⁷ Rapport sur l'indépendance du pouvoir judiciaire – partie I : l'indépendance des juges, CDL-AD(2010)010, § 43.

⁸ Rapport sur l'indépendance du pouvoir judiciaire – partie I : l'indépendance des juges, CDL-AD(2010)010, § 39-43.

152. Le CSM se compose de quatre organes (article 109) : trois sous-organes spécialisés dans la justice judiciaire, la justice administrative la justice financière ainsi que l'« instance des conseils juridictionnels ». Il n'est pas clair si cet organe est distinct, ou bien si cette formule (l'« instance des conseils juridictionnels ») désigne la session plénière des trois conseils juridictionnels. Il conviendrait de clarifier ce point. Par ailleurs, si l'instance des conseils juridictionnels n'avait pour compétence que de donner son avis sur les projets de lois qui lui sont soumis, il serait sans grande consistance et pourrait éventuellement être supprimé.

153. La Constitution (article 109) fixe les règles communes à ces quatre organes, relatives à leur composition, au statut de leurs membres et à leurs compétences. Ces conseils sont composés paritairement de magistrats et de non magistrats. Les magistrats sont élus pour moitié et pour moitié nommés, les non magistrats sont nommés. Le président du CSM est élu par ses membres et doit être choisi parmi les magistrats ayant le plus haut grade.

154. La délégation législative est très large : c'est au législateur qu'il incombera de désigner les autorités de nomination et de préciser les modalités de l'élection des membres élus. Il conviendrait que la Constitution elle-même fixe ces règles, intimement liées aux conditions du principe constitutionnel de l'indépendance de la justice. La nomination des membres du CSM pourrait être confiée à plusieurs autorités ; toute nomination par le parlement devrait être faite à la majorité des deux tiers.

155. Le nombre de personnes nommées est très largement supérieur au nombre de magistrats élus puisque les non élus représenteront les trois quart du Conseil, ce qui pose problème au regard de l'indépendance de ce Conseil. De plus le président, élu par les membres du Conseil ce qui en soi est positif, doit être choisi « parmi les magistrats les plus gradés ». Il pourrait être prévu, au contraire, que la présidence du CSM soit confiée à un non magistrat, afin d'éviter tout risque de gestion corporatiste. Il devrait être prévu, en tout état de cause, que l'élection se fasse à la majorité de deux tiers.

156. Les compétences de ce président ne sont pas précisées alors que chacun des organes composant le CSM a son propre président. Ces présidents sont-ils soumis hiérarchiquement au président du CSM ? s'il y a un renvoi à la loi pour la compétence de chacun des organes, leur composition, organisation et règles de procédure (délégation insuffisamment encadrée nous l'avons déjà précisé), il n'est pas prévu un tel renvoi à la loi pour le président. L'articulation de son rôle avec celui des présidents des organes composant le CSM devrait être définie dans la constitution.

157. Le principe de l'autonomie financière et administrative (article 110) est bienvenu. Il est important, pour son indépendance, que ce soit le conseil lui-même qui défende son budget devant le parlement.

158. La formule « les trois conseils sont compétents pour statuer sur les questions relatives à la carrière et à la discipline des magistrats » (article 111) est trop générale. Il serait nécessaire que la Constitution fixe toutes les compétences du CSM : nominations, affectations, mutations, promotions, révocations et toute décision concernant le statut des magistrats. Les conseils devront-ils toujours siéger en formation plénière, y aura-t-il une formation spéciale en matière disciplinaire (avec majorité de magistrats par exemple) ?

159. En revanche la disposition relative au rapport annuel, à l'évidence utile, pourrait figurer dans une loi organique.

DEUXIEME SECTION : DE LA JUSTICE ORDINAIRE

160. L'article 112 régleme la justice ordinaire. Il prévoit que « le ministère public fait partie de la justice judiciaire et bénéficie des mêmes garanties ». Ces garanties sont donc celles prévues par l'article 104 au premier rang desquelles figure l'inamovibilité. La Tunisie fait donc le choix d'un parquet indépendant, sans lien hiérarchique avec qui que ce soit. Cependant il est précisé que « les juges du ministère public exercent leurs fonctions dans le cadre de la politique pénale de l'Etat conformément aux procédures fixées par la loi ». Il résulte de cette formule qu'ils doivent appliquer les directives de politique pénale générale prises par le gouvernement. Il s'en déduit qu'ils ne reçoivent que des instructions générales et non des instructions particulières relatives à telle ou telle affaire. Ce choix n'appelle pas d'observations.

161. Pour le rapport annuel de la Cour de cassation, la même remarque que pour le rapport annuel du CSM peut être faite, une loi suffit.

162. Le dernier alinéa de l'article 112 prévoit que « la loi fixe l'organisation de la justice judiciaire, ses compétences, ses procédures et le statut des magistrats ». Cette disposition doit être harmonisée avec l'article 64 de la Constitution qui précise que « l'organisation de la justice et de la magistrature » relève de la loi organique.

TROISIEME SECTION : DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE

163. L'article 113 régleme la justice administrative. Les mêmes remarques que pour la justice judiciaire peuvent être faites : le rapport annuel ne devrait pas figurer dans la Constitution, les règles relatives au statut des magistrats devraient relever de la loi organique. La formule « la justice administrative exerce une fonction consultative conformément à la loi » n'appelle pas d'observation si ce n'est que cette fonction consultative dans les régimes dualistes est réservée exclusivement à la plus haute juridiction de l'ordre administratif (en France, le Conseil d'Etat) ; si cela est l'intention des constituants, il conviendrait de le préciser. Il serait utile que la Constitution prévoie que les conflits de compétence entre l'ordre administratif et l'ordre judiciaire seront tranchés par une instance mixte dans les conditions fixées par une loi organique.

QUATRIEME SECTION : DE LA JUSTICE FINANCIERE

164. L'article 114 relatif à la justice financière n'appelle pas d'observations particulières, si ce n'est que la loi organique et non la loi simple qui devrait fixer le statut des magistrats de la cour.

TITRE II – DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

165. Il convient de se féliciter de la création d'une Cour constitutionnelle indépendante en Tunisie.

Composition

166. La Cour constitutionnelle est composée de douze membres choisis parmi les personnes compétentes ayant une expérience de quinze années au moins et dont les deux tiers sont spécialisés en droit. La formule « spécialisés en droit » est vague. Pour plus de précision, la Constitution pourrait prévoir des catégories professionnelles : magistrats, avocats, professeurs de droit par exemple. La proportion de deux tiers est satisfaisante.

167. L'Assemblée des représentants du peuple élit les douze membres parmi les propositions faites, à raison de six pour chacun d'entre eux par le Président de la République, le Président de l'Assemblée des représentants du peuple, le chef du gouvernement et le CSM, soit un vivier de 24 personnes. L'Assemblée du peuple élit parmi eux les douze membres de la Cour, à

raison de trois parmi les six membres présentés par chaque autorité de nomination. Ceci laisse une certaine marge d'appréciation à l'Assemblée qui doit être saluée.

168. La majorité est fixée à trois cinquièmes, ce qui, en principe, devrait favoriser un consensus entre majorité et opposition. Toutefois, si cette « majorité des trois cinquièmes n'est pas obtenue, il est procédé à un nouveau vote parmi les candidats restants à la même majorité. Si elle n'est pas atteinte, d'autres candidats sont proposés et il est procédé à une nouvelle élection selon le même mode ». Ce mode de désignation, complexe, risque d'aboutir à un blocage si les membres de la majorité et de l'opposition ne parviennent pas à se mettre d'accord. Les Etats qui pratiquent ce type de nomination ont connu de telles situations, l'Espagne notamment.

169. Il serait utile, en tout état de cause, que la Constitution prévoit que les membres en place restent en fonction jusqu'à l'élection de leurs remplaçants comme c'est le cas en Espagne. La Cour constitutionnelle doit en effet être toujours en mesure de statuer.

170. L'élection du Président et du vice-président par les membres de la Cour ne pose pas de problème en soi. Sans doute faut-il préciser dans la Constitution, si cette élection est faite pour neuf ans ou pour chaque période de trois ans.

Compétence

171. La Constitution institue un contrôle a priori et un contrôle a posteriori.

Contrôle a priori

172. La Constitution distingue entre les projets de lois et les projets ou proposition de lois de révision constitutionnelle. Le terme de « projet de loi », dans la traduction française, signifie vraisemblablement lois votées mais non encore promulguées.

173. La saisine de la cour en matière de projet de lois appartient au seul Président de la République avant promulgation.

174. Un contrôle des propositions de révision de la Constitution émanant des membres de l'Assemblée du peuple est également institué. Le Président de l'Assemblée a l'obligation de les soumettre pour avis à la Cour constitutionnelle afin que, conformément à l'article 142 de la Constitution, il soit vérifié que la révision ne porte pas atteinte aux matières dont la révision est interdite par la Constitution en son article 141, à savoir « à l'Islam en tant que religion d'Etat ; à la langue arabe en tant que langue officielle, au régime républicain, au caractère civil de l'Etat, aux acquis des droits de l'homme et des libertés garantis par la présente Constitution, au nombre et à la durée des mandats présidentiels dans le sens de leur augmentation. » (Voir CHAPITRE VIII). Ce contrôle qui s'apparente à celui qu'exerce le Conseil d'Etat français sur tous les projets de loi avant leur adoption en Conseil des ministres est, en lui-même, une disposition utile. Quant aux projets de révision, le président de l'assemblée du peuple peut les soumettre à la Cour aux fins de vérification du respect des règles procédurales.

175. Ces dispositions appellent un certain nombre de remarques. Tout d'abord, la saisine de la Cour qui n'appartient qu'au seul Président de la République dans le cadre du contrôle a priori des lois, est trop étroite et devrait être élargie aux membres de l'Assemblée du peuple selon un pourcentage à définir dans la Constitution, voire également au Chef de gouvernement. Un tel élargissement de la saisine aurait pour principal avantage de permettre à l'opposition du moment de faire vérifier immédiatement la constitutionnalité de la loi qu'elle a combattue, d'apaiser la polémique politique et de contribuer à une meilleure acceptation de la loi par ceux qui s'y sont opposés au cours des débats parlementaires.

176. S'il convient de saluer l'institution d'un contrôle des lois de révision de la Constitution, on peut regretter que la saisine ne soit l'apanage que du seul Président de l'Assemblée de peuple qu'il s'agisse du contrôle préalable substantiel et pour avis des propositions de révision ou de l'examen des projets de révision pour le contrôle du respect des règles de procédure. En ce domaine, la possibilité pour l'opposition de saisir la Cour est indispensable : le Président de l'Assemblée qui appartiendra dans la quasi-totalité des situations au même parti que les chefs de l'exécutif sera rarement enclin à porter la loi de révision devant la Cour. On s'explique mal les raisons d'une saisine aussi étroite, encore plus étroite que celle qui a prévalu en France de 1958 à 1974, et qui n'a cours dans aucune démocratie classique.

177. Enfin il serait hautement nécessaire que la Constitution fixe le délai dans lequel la Cour doit statuer à l'instar de ce qu'elle prévoit en matière de contrôle a posteriori.

Contrôle a posteriori

178. L'exception d'inconstitutionnalité est prévue par le 6^{ème} alinéa de l'article 118 et par l'article 120. Elle est soulevée par une partie à un procès, la Cour est tenue par les moyens d'inconstitutionnalité invoqués et statue dans un délai de trois mois renouvelable une fois. L'inconstitutionnalité d'une disposition législative entraîne, conformément à l'article 120, sa suspension.

179. La possibilité pour les justiciables d'invoquer l'inconstitutionnalité d'une loi qui leur est applicable est un progrès démocratique certain. Toutefois, on peut noter que l'absence de filtre conjuguée à la non limitation des matières pouvant faire l'objet d'une question préjudicielle, risquent de surcharger la cour voire de paralyser son fonctionnement. Il sera souhaitable que la loi organique prise pour l'application de procédures devant la Cour prévoie de telles dispositions.

180. La décision d'inconstitutionnalité entraîne la suspension de la loi « dans les limites de ce qui a été décidé par la Cour ». Le terme « suspendu » est ambigu : une disposition législative non conforme à la Constitution doit être annulée et non suspendue. Il semble que ce terme a été choisi pour permettre à la Cour de se prononcer sur les effets de l'annulation. Ainsi la Cour pourrait reporter les effets dans le temps de la décision annulée afin de permettre à l'Assemblée de voter une nouvelle disposition, mais dans ce cas la disposition législative est bel et bien annulée car contraire à la Constitution, même si certains de ses effets demeurent provisoirement. De même, il serait utile que la Cour se prononce sur l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité sur les procès en cours, tout en excluant, bien entendu, tout effet sur les affaires définitivement jugées.

Contrôle du règlement de l'Assemblée du peuple

181. Enfin la Cour se prononce obligatoirement - semble-t-il - sur le règlement intérieur de l'Assemblée du peuple. Cette compétence est du plus grand intérêt afin que l'Assemblée ne cherche pas par le biais de son règlement à tourner des règles constitutionnelles et à fausser l'équilibre des pouvoirs.

182. L'article 121 dispose enfin que les règles d'organisation de la Cour et les procédures applicables ainsi que les garanties dont bénéficient les membres relèvent de la loi : ces dispositions devraient relever de la loi organique et non de la loi simple.

CHAPITRE VI - DES INSTANCES CONSTITUTIONNELLES INDEPENDANTES

F. Flanagan

183. Le Chapitre VI est consacré aux cinq instances constitutionnelles indépendantes, qui sont compétentes en matière d'élections, information, droits de l'homme, développement durable et droit des générations futures, bonne gouvernance et lutte contre la corruption.

184. L'article 122 est applicable à toutes les instances, dont il énonce que le but est « le renforcement de la démocratie ». Les instances sont dotées de la personnalité juridique et de l'autonomie financière et administrative, ce qui doit être salué. Elles sont élues par l'Assemblée du peuple, à qui elles présentent leur rapport annuel et devant laquelle elles sont responsables. La composition, l'organisation et les modalités de contrôle des instances sont fixées par la loi.

185. Ces instances doivent être indépendantes. Il semble nécessaire en outre que la composition de ces instances soit suffisamment diversifiée, soit basée sur les compétences et l'expérience et reflète la composition de la société tunisienne, y compris du point de vue de l'équilibre des genres et des régions.

186. Les critères qui sont mentionnés en l'état sont « l'indépendance » (pour toutes les instances sauf celle du développement durable) « la neutralité » (instances sur les droits de l'homme, information, élections, développement durable), « la compétence et l'intégrité » (l'instance des élections, développement durable et bonne gouvernance), « l'expérience » (pour l'instance de l'information). Il n'est pas aisé de comprendre pourquoi les critères diffèrent selon les instances.

187. Le projet de Constitution prévoit que les instances « sont élues par l'Assemblée du peuple ». Il semble nécessaire de prévoir qu'une telle élection se fera à la majorité qualifiée. La durée du mandat des membres de ces instances est précisée, mais il manque la garantie que les causes d'interruption d'un mandat seront prévues par la loi. La disposition selon laquelle le mandat des membres des instances est non renouvelable est à souligner.

188. L'instance de l'information est chargée de la régulation et du développement du secteur de l'information, ce qui inclut la liberté d'expression et d'information, le droit d'accès à l'information et l'instauration et l'instauration d'un paysage médiatique pluraliste et intègre. Elle réunira dès lors les rôles de régulation du secteur audiovisuel (qui dans d'autres pays est confié à une autorité indépendante) et du secteur de la presse écrite et électronique (qui est le plus souvent du ressort des professionnels, dans le cadre d'un système d'autorégulation et de structures généralement appelées « conseils de presse »). Il conviendrait que la Constitution prévoise pour cette instance une composition lui permettant d'exercer ces deux rôles différents.

CHAPITRE VII - DU POUVOIR LOCAL

**S. Bartole
Ch. Behrendt**

Observations générales

189. Le chapitre que la Constitution en projet consacre aux pouvoirs locaux est rédigé d'une manière succincte et ne comprend que 12 articles (128 à 139), articles qui renvoient pour le reste à des lois d'exécution (un tel renvoi à la loi est prévu aux articles 128, 130, 132, 136, 137 et 138).

190. Cette manière de procéder – qui consiste à ne consacrer dans le texte constitutionnel que les grandes orientations et à charger pour le reste des normes législatives de la mise en œuvre de celles-ci – est parfaitement conforme à la pratique de nombreuses autres Constitutions, notamment européennes : il ne convient en effet pas de surcharger le document constitutionnel, qui doit rester bref.

191. Dans la réalisation d'un tel « travail partagé » entre les niveaux constitutionnel et législatif, il est toutefois important que soient évités, dans la mesure du possible, de trop grands décalages au point de vue *ratione temporis* : en d'autres mots, il convient que les deux phases – constitutionnelle et législative – soient réalisées à peu près concomitamment. Sinon, l'on s'expose au risque de voir les dispositions constitutionnelles privées de leur effectivité, en tout cas aussi longtemps que les normes législatives qui sont censées leur procurer exécution ne sont pas adaptées.

192. Le chapitre VII pose les bases pour la reconnaissance et la protection de l'autonomie locale, ce qui doit être apprécié positivement.

Observations particulières relatives aux différents articles

193. L'article 128 énonce le principe de la décentralisation du pouvoir local. La décentralisation « dans le cadre de l'unité de l'Etat » est un engagement de l'Etat (article 13). La Constitution ne garantit pas explicitement l' « autonomie locale », principe qui désigne le droit et la capacité effective pour les collectivités locales de régler et de gérer, dans le cadre de la loi, sous leur propre responsabilité et au profit de leurs populations, une part importante des affaires publiques⁹. Le législateur sera cependant lié par les principes contenus dans ce chapitre, notamment par la désignation des collectivités locales destinataires de la décentralisation et par le principe de la libre administration (article 129) ; le principe de l'autonomie locale est dès lors implicitement garanti, ce qu'il convient de saluer.

194. L'article 130 a trait aux élections des conseils municipaux et régionaux (al. 2) et départementaux (al. 3). Les deux premiers sont élus au suffrage direct, et le troisième au suffrage indirect par les membres des deux premiers.

195. Pour ce qui est des élections directes des deux premiers (conseils municipaux et régionaux), un mot doit toutefois être dit à propos du mode qui sera applicable à ces scrutins : le texte en projet n'en dit rien. Par mode d'élection, nous entendons ici le mode majoritaire ou le mode proportionnel, et, à l'intérieur du mode proportionnel (si c'était celui-là qui était choisi), le mode arithmétique applicable : on sait en effet qu'il n'existe pas un mais

⁹ Charte européenne de l'autonomie locale, article 3.

plusieurs systèmes de représentation proportionnelle (système D'HONDT, système Imperiali, système SAINTE-LAGUË, et bien d'autres encore).

196. Il nous semble utile de déterminer ces grandes questions directement dans la Constitution et de ne pas les abandonner à une loi particulière. En effet, il ne s'agit certainement pas là de questions de détail, et l'expérience renseigne que si ces questions ne sont pas réglées dans la Constitution même, elles sont susceptibles d'exercer – en raison précisément du fait qu'elles ne sont consacrées que dans des normes de rang législatif – une tentation permanente sur la majorité en place, majorité qui peut caresser l'idée de les modifier à sa guise. Pour éviter des manœuvres politiques dans un domaine aussi sensible, mieux vaudrait déterminer ces grands choix dans le texte même de la Constitution : une phrase complémentaire suffirait. La manière dont la loi garantira « la représentativité de la jeunesse » n'est pas claire.

197. L'article 131 prévoit une répartition de compétences sur la base du principe de subsidiarité, mais ne contient plus (par rapport à des versions précédentes du projet de Constitution) le principe du transfert « par blocs de compétences », ce qui est regrettable, car ce dernier permettrait une approche plus organique et cohérente. La prévision du pouvoir réglementaire des collectivités locales et de la publication des décisions réglementaires dans le journal officiel mérite d'être saluée.

198. L'article 132 règle le financement des collectivités locales. Il pose la règle générale, selon laquelle « ces ressources doivent être en adéquation avec les prérogatives qui leur sont attribuées par la loi. » Cette règle doit être saluée. Le dernier alinéa de cette disposition ajoute que « [l]e régime financier des collectivités locales est fixé par la loi » : il serait néanmoins opportun d'en fixer les grandes lignes. Hormis le régime financier, le transfert lui-même devra également être fixé par la loi.

199. L'importance de cette dernière loi n'échappe à personne. Car les collectivités locales ne seront pas véritablement autonomes aussi longtemps que cette loi n'aura pas été adoptée : aussi longtemps qu'elle n'existe pas, les collectivités locales ne disposeront en effet pas de base légale pour prélever des impositions propres ; elles dépendront, au point de vue de leur financement, du bon vouloir du gouvernement central et de ses délégués. Si donc, déjà dans son principe, l'attention des constituants tunisiens doit être attirée sur l'utilité de faire, dans toute la mesure du possible, coïncider l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution avec les lois particulières qui procurent exécution à celle-ci (cf. supra, observation générale), cette remarque vaut avec une force toute spéciale à l'égard de loi qui fixera le cadre général du financement des collectivités locales.

200. En raison de son importance pour l'efficacité du système mis en place – mais aussi en raison des sommes importantes dont elle règlera l'affectation – une telle loi pourra, d'autre part, vite devenir la cible de toutes les tentations politiques et partisans. Il paraît donc particulièrement indiqué de soumettre sa modification à des règles particulières, plus sévères que celles applicables aux lois ordinaires (on pourrait à cet égard s'inspirer du mode de vote des lois organiques en France, voire des lois spéciales en Belgique qui nécessitent pour leur adoption une majorité renforcée des deux tiers).

201. Le principe d'équité et égalité en droits et devoirs entre les régions est énoncé dans le Préambule. L'article 12 énonce l'objectif étatique de réaliser « l'équilibre entre les régions ». L'article 133 explicite ces principes. Par rapport à une version antérieure, cette disposition ne mentionne plus les disparités économiques et sociales, ni le développement équilibré et durable, et contient moins d'indications pour le législateur qui est chargé de la mettre en œuvre. Par le terme « solidarité » qui est utilisé dans cette disposition on entend une référence à la notion de péréquation financière qui doit exister entre les différentes collectivités locales et qui doit être organisée par l'autorité centrale.

202. En effet, un tel mécanisme de péréquation vise à assurer – du moins dans une certaine mesure – une certaine solidarité entre collectivités plus aisées et plus démunies à l'échelle du pays. Car s'il est important pour la cohésion sociale de doter la vie locale d'une certaine autonomie, il est tout aussi important de veiller à ce que soit évitée la naissance de trop grandes disparités de richesse d'une collectivité à l'autre : de telles disparités peuvent, si elles sont nettes et prolongées dans le temps, mettre à mal la cohésion sociale du pays ou engendrer des déplacements de population.

203. Dans ce contexte, il convient toutefois d'éviter l'émergence de phénomènes indésirables tels que des mécanismes de solidarité qui seraient à ce point forts qu'ils aboutiraient à priver les collectivités locales les plus vertueuses et économes de presque tous leurs efforts, pour allouer les montants ainsi récoltés à des entités dont les difficultés financières résultent non pas d'une pauvreté structurelle mais d'une gestion défailante : car s'il est possible pour une commune de s'appauvrir en dépensant à tort et à travers, un tel mode de gestion ne mérite point de récompense au travers du mécanisme de péréquation financière.

204. L'article 135 prévoit un contrôle a posteriori de la légalité des actes des collectivités locales, ce qui doit être salué. Le contrôle juridictionnel n'y figure pas, alors que la compétence de la justice administrative sur les conflits de compétence est maintenue (article 139).

205. L'article 136 se réfère aux instruments de la « démocratie participative » et aux principes de la « gouvernance ouverte », qui seront explicités et clarifiés par la loi.

206. L'article 137 autorise l'établissement de coopération et partenariats entre collectivités locales, jusqu'à l'établissement de « relations extérieures », sans que la possibilité d'adhérer à des fédérations internationales ou régionales de collectivités locales ne soit explicitement prévue.

207. L'article 138 prévoit la création d'un Conseil des collectivités locales ; il n'appelle pas d'observation si ce n'est qu'il ne prévoit pas la possibilité pour les membres de cette instance de communiquer avec l'Assemblée des représentants du peuple, bien que le Président puisse être invité à assister aux délibérations de celle-ci.

CHAPITRE VIII - DE LA REVISION DE LA CONSTITUTION

S. Bartole
J-C. Scholsem

208. Aux termes de l'article 140, le Président partage le droit d'initiative avec l'Assemblée des représentants du peuple, celle-ci statuant à l'initiative d'un tiers de ces membres. L'initiative présidentielle jouit toutefois de la priorité (article 140).

209. L'article 141 contient une liste de principes immuables et non révisables. La Commission de Venise s'est précédemment prononcé pour une approche prudente et restrictive de l'interprétation et de l'application des dispositions « immuables »¹⁰.

210. Le premier principe immuable est « l'Islam en tant que religion de l'Etat ». Il s'agit d'un principe qui va bien au-delà de la formule « l'Islam en tant que religion de la Tunisie », contenue à l'article 1 de ce projet de Constitution (reprise de l'article 1 de la Constitution de 1959) et qui semble faire consensus en Tunisie. L'Islam en tant que religion « de l'Etat » se concilie mal également avec l'article 2 énonçant le principe de l'Etat civil, ainsi qu'avec les garanties de la neutralité de l'Etat contenues aux articles 14 et 15. Or, l'article 144 prescrit la compréhension et l'interprétation des dispositions de la Constitution comme un « tout harmonieux ». Il semblerait dès lors opportun de se référer ici, comme à l'article 1, à « l'Islam en tant que religion de la Tunisie ».

211. Le deuxième principe non révisable est « la langue arabe en tant que langue officielle » ; cette disposition n'appelle pas de remarque.

212. Le troisième principe non révisable, « le régime républicain », existe dans d'autres constitutions, en Europe¹¹, et n'appelle pas de remarque.

213. Le « caractère civil de l'Etat » est également élevé à principe immuable. Il est exprimé dans le préambule et à l'article 2.

214. Le cinquième principe immuable se réfère aux « acquis des droits de l'homme et des libertés garantis par la présente constitution ». Il s'agit d'une clause d'immuabilité assez répandue, dont l'interprétation par la Cour constitutionnelle devrait tenir compte des débats au sein de la société tunisienne¹².

215. Le dernier principe non révisable est relatif « au nombre et à la durée des mandats présidentiels dans le sens de leur augmentation ». Ce principe fait écho au dernier alinéa de l'article 74 qui prescrit que « Nul ne peut occuper le poste de Président de la République pendant plus de deux mandats complets et successifs ou séparés ». La durée du mandat présidentiel est de cinq années. La limitation constitutionnelle des mandats consécutifs du Président de la République vise à atténuer les conséquences négatives que pourrait avoir pour la démocratie le fait qu'une même personne puisse occuper la présidence pendant une période

¹⁰ Commission de Venise, Rapport sur l'amendement constitutionnel, CDL-AD(2010)001, §§ 225 à 237. Des dispositions ou principes immuables existent dans les constitutions des pays européens suivants : Azerbaïdjan, Belgique, République tchèque, Chypre, Allemagne, France, Italie, Luxembourg, Moldova, Roumanie, Russie, Turquie et Ukraine. La constitution portugaise stipule également qu'un certain nombre de principes fondamentaux ne peuvent pas être modifiés par un amendement.

¹¹ France et Italie.

¹² Commission de Venise, Rapport sur l'amendement constitutionnel, CDL-AD(2010)001, §§ 146 et suivants.

excessive¹³. La consécration de ce principe en tant que clause non révisable représente une garantie importante contre les dérives autoritaires dans un pays, comme la Tunisie, dont les structures démocratiques et leur présupposition culturelle n'ont pas encore été consolidées.

216. La Cour constitutionnelle est impliquée dans le processus de révision et ce à deux titres, d'abord pour déterminer si la proposition ne porte pas sur les matières soustraites à révision (article 142 premier alinéa), ensuite pour vérifier si la procédure formelle de révision a bien été respectée (article 117, al. 1, point 3). L'initiative de saisir la Cour constitutionnelle revient dans ces cas exclusivement au Président de l'Assemblée du peuple. Pour les lois et les traités, au contraire, c'est le Président de la République qui est compétent (article 117, al. 1, points 1 et 4). (voir chapitre V). Cette différence de traitement devrait être justifiée.

217. Par ailleurs, il est indispensable d'attribuer la possibilité de saisir la Cour constitutionnelle en matière de révision constitutionnelle également à un certain nombre de membres de l'Assemblée (c'est-à-dire, à l'opposition), car le Président de l'Assemblée, qui appartiendra dans la quasi-totalité des situations au même parti que les chefs de l'exécutif, sera rarement enclin à porter la loi de révision devant la Cour.

218. La procédure prévue à l'article 142 est, cependant, difficile à comprendre. Tout d'abord, la Cour constitutionnelle doit statuer sur la question de savoir si la révision touche à des matières non révisables. Cette décision ne peut être prise que sur la base du projet de « loi constitutionnelle » finalisé. Ensuite, l'Assemblée des représentants du peuple doit d'abord donner une « approbation de principe » à la majorité absolue, puis elle doit statuer sur la révision à la majorité des deux tiers « sans porter atteinte aux dispositions de l'article 141 » (les clauses immuables). La séquence de ces trois étapes ne semble pas logique : la décision de principe par l'Assemblée devrait être prise en premier lieu, avant que le projet de loi constitutionnelle n'ait été finalisé ; on en saurait comprendre autrement pourquoi l'Assemblée voterait sur le projet de loi une première fois à la majorité absolue, puis une seconde fois à la majorité des deux tiers. Le contrôle juridictionnel devrait être effectué après la décision de principe et avant l'adoption par l'Assemblée. Par ailleurs, il devrait être stipulé que si le projet de loi est modifié de manière substantielle par l'Assemblée parlementaire au cours des débats visant son adoption, il devrait être soumis une nouvelle fois au contrôle de la Cour constitutionnelle, faute de quoi le pouvoir de la Cour pourrait être contourné.

219. Par ailleurs, la Commission de Venise a précédemment exprimé des réserves quant au l'examen juridictionnel au fond des amendements constitutionnels sur la base de l'« immuabilité » ; la Commission a considéré que les dispositions et les principes « immuables » devraient être interprétés et appliqués d'une manière étroite et que l'examen juridictionnel devrait être conduit avec prudence et mesure, en laissant une marge d'appréciation au législateur constitutionnel national.

220. Le dernier alinéa de l'article 142 n'est pas clair non plus. Le Président « peut soumettre la révision à referendum pour adoption, auquel cas, à la majorité absolue » (article 142). La traduction semble équivoque : faut-il entendre que, lorsque le Président soumet la révision au referendum, la majorité absolue des députés suffit, la révision étant approuvée par la votation populaire ? La « majorité absolue » à laquelle il est fait référence, est-elle plutôt la majorité absolue des électeurs ? Si le même doute apparaît dans le texte original, il devrait être levé. Par ailleurs, si la majorité absolue se réfère au referendum, il faudrait préciser s'il s'agit de personnes participant au referendum ou des suffrages exprimés.

¹³ Commission de Venise, Avis sur le Projet d'amendement de la Constitution de l'Azerbaïdjan, CDL-AD(2009)010, § 14.

221. Dans ce contexte, il est rappelé que la Commission de Venise a précédemment considéré, sur la base de plusieurs expériences européennes dans le vingt dernières années, qu'« il y a un grand risque, en particulier dans les nouvelles démocraties, que les référendums sur l'amendement constitutionnel se transforment en plébiscite pour la direction du pays et qu'ils servent à donner une légitimité à des tendances autoritaires. Les procédures permettant l'adoption d'amendements constitutionnels par référendum sans approbation préalable du parlement posent donc souvent beaucoup de problèmes dans la pratique, au moins dans les nouvelles démocraties ». Il devrait être explicitement stipulé, par conséquent, que le Président de la République ne pourrait soumettre une loi constitutionnelle à referendum qu'après son adoption par l'Assemblée des représentants du peuple.

CHAPITRE X : DES DISPOSITIONS TRANSITOIRES

**J. de Guillenchmidt
J-C. Scholsem**

222. L'article 145 dispose que la Constitution est ratifiée selon les règles posées par la loi constituante n° 6 du 16 décembre 2011. L'article 3 de cette loi prévoit ainsi trois étapes : vote sur chaque article à la majorité absolue des membres, puis de l'ensemble du texte à la majorité des deux tiers et si cette majorité n'est pas obtenue, un nouveau vote à la même majorité a lieu dans le délai d'un mois. Enfin si la majorité n'est toujours pas atteinte, la Constitution est adoptée par référendum. L'article 142 du projet adopte et c'est heureux, un processus plus simple.

223. L'alinéa 1er de l'article 146 prévoit que « La constitution entre en vigueur progressivement à travers l'adoption de textes législatifs qui lui sont conformes, les textes actuellement appliqués restent en vigueur jusqu'à leur abrogation ». L'alinéa 2 du même article prévoit que « Les dispositions de la Constitution entrent en vigueur le premier jour du mois suivant celui de sa promulgation ». Ces dispositions sont difficiles à comprendre ; on peut imaginer que le premier alinéa constitue une exception au principe établi par le deuxième (et alors il faudrait les intervertir). Ce premier alinéa semble suspendre la nouvelle Constitution à la bonne volonté du législateur. Aucun délai n'est imparti pour l'adoption des lois d'application : il serait nécessaire qu'un délai maximal soit fixé pour la mise en place des institutions de la république. La question de savoir quelles parties de la Constitution entrent en vigueur dès la promulgation et quelles parties nécessitent une loi d'application ne sera pas facile à trancher.

224. L'alinéa 4 prévoit des exceptions (et des exceptions aux exceptions). Ces exceptions sont introduites par l'adverbe « notamment » (article 146, al. 4). Ceci est très imprécis alors qu'en matière de droit transitoire la plus grande rigueur est requise. La rédaction de cet alinéa n'est pas évidente à comprendre. Il semble cependant que le principe retenu est que toutes les dispositions relatives aux élections entrent en vigueur le jour de la promulgation de la Constitution et ce qui concerne la mise en place et l'organisation des différents pouvoirs, au jour de l'élection de leur titulaire.

225. Ainsi, pour ce qui concerne le chapitre III relatif au pouvoir législatif, les articles 52 relatif aux conditions d'éligibilité à l'Assemblée des représentants du peuple, 53 relatif aux conditions pour être électeur, 54 relatif au mode de suffrage entrent en vigueur immédiatement et les élections auront à l'assemblée auront donc lieu conformément à ces dispositions. Le surplus du chapitre III entrera en vigueur le jour même de la proclamation des résultats définitifs des premières élections législatives. Il s'agit de tout ce qui concerne l'organisation de l'Assemblée du peuple (siège, durée du mandat, durée des sessions, élection du président, commissions, rôle de l'opposition, domaine de la loi simple, domaine de la loi organique, responsabilité pénale des membres de l'assemblée, délégation au gouvernement d'agir dans le domaine de la loi ...). Il en est de même pour le chapitre relatif au gouvernement, lequel est intimement lié à l'Assemblée du peuple.

226. L'entrée en vigueur de la partie I du chapitre IV relatif au Président de la République est fixée au jour même de la proclamation des résultats de l'élection présidentielle. Seuls les articles 73 et 74 qui fixent les règles de l'élection à la présidence de la République entrent en vigueur à la promulgation de la Constitution. L'organisation, la compétence et le statut du président de la république entrent en vigueur après la proclamation des résultats définitifs à l'élection présidentielle. Ainsi comprise, cette entrée en vigueur en deux temps est cohérente.

227. Les dispositions relatives aux juridictions judiciaires, administratives et financières n'entreront en vigueur que lorsque le CSM sera constitué. Comme une loi est exigée pour instituer ce conseil (article 109), ce sera en fin de compte une loi qui déterminera l'entrée en

vigueur de la constitution. Ce report ne s'explique pas. D'une part, on ne voit pas la raison de subordonner les garanties d'indépendance des magistrats à l'existence du CSM. D'autre part, les fonctions du CSM seront exercées par l'Instance Provisoire sur le Pouvoir Judiciaire, dont les membres viennent d'être nommés.

228. L'alinéa trois de l'article 146 prévoit que « Le tribunal administratif exerce les prérogatives de la cour constitutionnelle, sauf celles de se prononcer sur l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi et sur la suspension du Président de la République ». Il s'agit vraisemblablement du Tribunal administratif existant (article 69 de la Constitution de 1959). Cette compétence du tribunal actuel paraît raisonnable, à condition qu'un terme soit fixé : quatre ou six mois maximum. En effet, les principales fonctions de ce tribunal seront de connaître du contentieux des élections à l'Assemblée des représentants du peuple et à la présidence de la république. Le tribunal administratif a une petite expérience en la matière puisqu'il a déjà connu du contentieux électoral des membres de l'actuelle assemblée constituante.

229. On regrette par ailleurs que les dispositions transitoires ne fixent de délai pour la mise en place de la Cour constitutionnelle.

230. Le délai de trois ans prévu pour l'entrée en application du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception ne paraît pas excessif ; à titre d'exemple, en France, la question prioritaire de constitutionnalité a été votée avec la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et est entrée en vigueur le 1er mars 2010. Toutefois, en l'absence d'un délai pour la création de la Cour constitutionnelle, ce moyen de contrôle de constitutionnalité risque d'entrer en vigueur dans un délai qui peut être excessif, ce qui serait problématique si la possibilité de saisine de la cour constitutionnelle n'est pas élargie aux membres de l'opposition parlementaire (voir CHAPITRE V, TITRE II).

231. Le septième alinéa de l'article 146 dispose que le crime de torture est imprescriptible et s'applique à tous les crimes de torture commis avant l'entrée en vigueur de la Constitution. Il s'agit d'une entorse au principe universellement consacré de la non-rétroactivité de la loi pénale, la prescription étant généralement considérée comme une règle de fond et non comme une règle de procédure. Le constituant exerce certes une souveraineté quasi absolue dans l'ordre interne mais on ne peut que déplorer une telle disposition qui ira de surcroît à l'encontre de la nécessaire réconciliation nationale.

232. Le dernier alinéa de l'Article 146 prévoit que « suite à la promulgation de la Constitution et en attendant l'élection de l'Assemblée des représentants du peuple, l'Assemblée Nationale Constituante se charge d'adopter des lois et de créer des instances qui assurent l'application des dispositions de la Constitution » ; cette disposition est très large et très vague : est-ce que l'ANC pourra choisir quelles lois adopter et quelles instances créer à la place de la nouvelle Assemblée des représentants du peuple ? En tout état de cause, un délai maximal devrait être imparti à l'Assemblée constituante pour prendre les lois d'application de la Constitution et les matières sur lesquelles l'Assemblée constituante est habilitée à intervenir devront être limitativement fixées.