

Le droit de la transition constitutionnelle : influences et impacts sur les contrepouvoirs.

L'exemple de la Tunisie

La mission confiée aux gouvernements de transition tunisiens en janvier 2011 est claire : construire un rempart contre l'autoritarisme en introduisant une séparation des pouvoirs au sein de l'Etat. Trois ans seront nécessaires pour y parvenir ; en donnant vie à la Constitution de la II^{ème} République Tunisienne le 27 janvier 2014, l'Assemblée Nationale Constituante (« ANC ») met fin à la longue gestation d'un des principes clés de la démocratie.

Censée préserver la société de tout accaparement du pouvoir, et ainsi garantir la liberté de chacun, la théorie de la séparation des pouvoirs – dont l'objectif est la régulation du pouvoir par son partage¹ – implique la reconnaissance et l'effectivité de contrepouvoirs, institutionnalisés ou non. Sa mise en œuvre suppose idéalement l'existence préalable de certains acquis : le développement d'une culture démocratique, l'acceptation de la négociation et du compromis, mais surtout le respect des limites imposées par le droit constitutionnel à l'exercice du pouvoir politique. Or, dans de très nombreux cas, ces préconditions ne sont pas réunies lorsqu'un processus de transition démocratique se met en place.

D'un point de vue juridique, ce processus – dont la mission est l'élaboration d'une démocratie² – repose sur une transition constitutionnelle qui comprend trois phases : l'abrogation de la Constitution antérieure, l'adoption d'une nouvelle Constitution et enfin la consolidation du régime³. Intervenant dans un contexte de rupture, elle se trouve généralement empreinte du besoin impérieux de « *gérer le mieux possible une situation d'anormalité pour passer d'un état à un autre* » et non uniquement de « *créer quelque chose de durable* »⁴. La classe politique doit dès lors répondre de manière adéquate à l'urgence de la situation et élaborer une nouvelle Constitution, tout en définissant le cadre normatif de sa propre intervention.

De fait, la transition constitutionnelle donne naissance à un droit « *trans-constitutionnel* »⁵, un droit de l'exception : le droit constitutionnel intérimaire. Intervenant en amont du changement de régime, par la déconstruction constitutionnelle, et en aval, par la mise en œuvre du pouvoir constituant, ce droit provisoire organise la transition constitutionnelle. Il se définit donc comme l'ensemble des textes matériellement – et parfois formellement – constitutionnels définissant la procédure constituante et régissant la vie institutionnelle de l'Etat⁶. Du fait de l'ampleur de sa mission et de la singularité de son contexte d'application, ce droit d'exception – comme son interprétation et son application par les acteurs politiques – se présente comme le point de départ du futur régime. En ce sens, il ne peut être sans conséquences sur le jeu futur des pouvoirs et contrepouvoirs, comme en témoigne l'expérience tunisienne.

¹MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Genève, Livre XI, Chapitre IV.

²HERMET (G.), « Les démocratisations au vingtième siècle : une comparaison Amérique latine /Europe de l'Est. », *Revue internationale de politique comparée* 2/2001 (Vol. 8), p. 285-304, au §2 : Ce processus spécifique se définit comme la « *période de temps qui s'écoule de la chute [...] d'une dictature d'une espèce ou d'une autre à l'établissement d'un régime reconnaissable comme démocratique dans ses apparences au moins* ». Généralement, elle est considérée comme terminée lors de la tenue d'élections libres.

³MASSIAS (J.P.), « La justice constitutionnelle dans la transition démocratique du postcommunisme », cité dans CHIU (V.), « Le concept de « transition constitutionnelle » dans la pensée de Giuseppe Vergottini », IXe Congrès français de droit constitutionnel, Lyon, 26-28 juin 2014, 20 pp., à la p. 6 : Elle se définit comme le « *mouvement [...] qui vise à la réalisation d'un objectif donné, à savoir la construction d'une autre organisation étatique* ».

⁴PHILIPPE (X.), « Tours et contours des transitions constitutionnelles... Essais de typologie des transitions », in PHILIPPE (X.) et DANIELCIUC-COLODROVSKI (N.) (Sous la direction de), *Transitions constitutionnelles et Constitution transitionnelles : quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit ?*, Institut Universitaire Varenne, Collection Transition and Justice, L.G.D.J., 2014, 240pp., aux pp 15-23, à la p. 16.

⁵BEAUD (O.), *La puissance de l'Etat*, Léviathan, Presse Universitaire de France, Paris, 1994, 491 pp., à la p. 264.

⁶*Ibid* aux pp. 264-266.

Après vingt-trois ans d'autoritarisme fondé notamment sur la corruption, le clientélisme, la mainmise du pouvoir exécutif sur le pouvoir judiciaire, et la répression de toute opposition par une gestion sécuritaire de la vie politique, construire une Démocratie ne semble pas aisé. Et pourtant, la transition démocratique tunisienne est considérée comme une véritable réussite par rapport aux tentatives contemporaines. Alors que la Libye sombrait dans une guerre civile et que l'armée égyptienne reprenait le pouvoir suite à une première transition, l'alternance politique fut possible en Tunisie dès 2014⁷. Pour autant, la transition tunisienne n'a pas été sans heurts, marquée notamment par d'importants rassemblements populaires, un climat de profonde insécurité et une lutte partisane démultipliée, dont résulte la sensation d'un certain « flou »⁸.

Ponctuée par deux changements d'organisation des pouvoirs publics – permettant de distinguer deux phases – la transition tunisienne avance en réalité au rythme des normes constitutionnelles intérimaires établies. Car, prise de cours face au départ de Ben Ali et peu organisée, la classe politique n'eût pas d'autre choix que d'avancer à tâtons⁹, ce qui explique le recensement de plusieurs textes matériellement constitutionnels. Les deux principaux sont : le décret-loi n°2011-14 du 23 mars 2011 (« Décret-Loi n°2011-14 ») portant organisation des pouvoirs publics¹⁰ et la Loi Constituante n°2011-06 (« Loi Constituante n°2011-06 ») du 16 décembre 2011 relative à l'organisation provisoire des pouvoirs publics¹¹. Du fait d'un regain des violences en 2012 et 2013, ce n'est qu'après la mise en place d'un Dialogue National que l'ANC parvient à adopter la Constitution du 27 janvier 2014¹².

⁷ GEISSER (V.), PEREZ (D.), « De la difficulté à " faire parti " dans la Tunisie post-Ben Ali », *Confluences Méditerranée*, 3/2016 (N° 98), p. 21-44 ; « La mise en œuvre de la Constitution tunisienne au niveau du cadre juridique », *Democracy Reporting International*, Rapport 1^{er} avril 2016-30septembre 2016, 2016, 28pp., à la p.19 ; RIBADEAU DUMAS Laurent, « Tunisie : les dessous de la démission du Premier Ministre Habib Essid » [en ligne], Géopolis, FranceInfo, mis à jour le 02 août 2016: Les élections législatives et présidentielles qui suivirent l'adoption de la Constitution en janvier 2014 démontrent que l'alternance politique est aujourd'hui possible ; le parti *Nidaa Tounes* ayant supplanté le parti *Ennahdha* au sein de l'Assemblée des Représentants du Peuple le 26 octobre 2014, et son président Béji Caïd Essesbi succédant à Moncef Marzouki le 22 décembre 2014. Au respect du choix des urnes s'ajoute un réel investissement des mécanismes constitutionnels. Par exemple, plusieurs questions écrites ou orales ont été posées aux différents ministères par les parlementaires, et les trois gouvernements formés se sont soumis à la procédure d'investiture prévue. Autre illustration, le 30 juillet 2016, le Chef du Gouvernement Habib Essid démissionne après s'être soumis à un vote de confiance sur la poursuite par le Gouvernement de son action en application de l'article 98§2 de la Constitution, dont le résultat traduit la défiance du Parlement.

⁸ TOUZEIL-DIVINA (M.), "Printemps et Révolutions arabes : un renouveau pour la séparation des pouvoirs ?", *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, 2012, n°143, p.29-45, au §12.

⁹ CHOUIKHA (L.), GOBE (E.), *Histoire de la Tunisie depuis l'indépendance*, La Découverte, Paris, 2015, 128pp., aux pp. 75-85.

¹⁰ BEN ACHOUR (R.), BEN ACHOUR (S.), « La transition démocratique en Tunisie : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire », *Revue française de droit constitutionnel*, 4/2012 (n° 92), p. 715-732, aux pp. 722-723 ; Décret-loi n°2011-14 du 23 mars 2011, portant organisation des pouvoirs publics, JORT 2011 n°020, 25 mars 2011. Le Décret-Loi n°2011-14, marque de fait le point de départ de la transition constitutionnelle, puisqu'il suspend l'application de la Constitution de 1959, et le début de sa première phase. L'organisation constitutionnelle qu'il introduit est soutenue par l'adoption de plusieurs textes relatifs aux élections et à la vie politique de l'Etat. Néanmoins, son application prend fin une fois l'Assemblée Nationale Constituante (« ANC ») élue, sans plus de précisions concernant l'agencement du pouvoir par la suite.

¹¹ Loi constituante n°2011-6 du 16 décembre 2011, relative à l'organisation provisoire des pouvoirs publics, JORT 2011 n°097, 23 décembre 2011 ; CHOUIKHA (L.), GOBE (E.), *Histoire de la Tunisie depuis l'indépendance*, *Supra note 9*, aux pp. 93-96 : L'élection du 23 octobre 2011 ouvre donc une nouvelle phase de la transition. Dirigée par une troïka réunissant le parti *Ennahdha*, le Congrès Pour la République (« CPR ») et le parti *Ettakatol*, l'ANC adopte la Loi Constituante n°2011-06.

¹² Constitution de la République Tunisienne, promulguée le 27 janvier 2014, entrée en vigueur le 10 février 2014, publication en français JORT numéro Spécial, 20 avril 2015 ; WEICHSELBAUM (G.), PHILIPPE (X.), « Le processus constituant et la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 : un modèle à suivre ? », *Maghreb - Machrek*, 1/2015 (N° 223), p. 49-69, à la p.49 et 60 ; GOBE (E.), « La Tunisie en 2015 : La présidentialisation de l'impuissance politique ? », *L'Année du Maghreb*, 15 | 2016, 281-307 : Instaurant un « régime démocratique de type mixte », la Constitution du 27 janvier 2014 veille à l'indépendance du pouvoir judiciaire, à la mise en place d'une Cour Constitutionnelle et à la protection des droits et libertés fondamentales. Aujourd'hui, si la présidentialisation du régime et la concrétisation tardive de certaines mesures sont à déplorer, il n'en demeure pas moins que les nouveaux mécanismes constitutionnels tentent de braver les différents obstacles.

Un long chemin a donc été parcouru du 14 janvier 2011 au 27 janvier 2014. Deux blocs de constitutionnalité intérimaires se sont succédé et, malgré les lacunes et les tensions quasi-permanentes, la classe dirigeante tunisienne est parvenue à surmonter les difficultés pour finalement construire un régime fondé sur la séparation des pouvoirs. Il n'en demeure pas moins que la transition constitutionnelle en elle-même, par l'anormalité, l'instabilité et la succession de régimes qu'elle a engendrées, n'a pu être sans effets sur la nouvelle Constitution et la séparation des pouvoirs qu'elle instaure¹³.

Se pose dès lors la question de la participation du droit constitutionnel intérimaire à la structuration des contre-pouvoirs agissant au sein de la future démocratie: en quoi ce droit de l'exception influence-t-il l'architecture, avec ses forces et ses faiblesses, de la séparation des pouvoirs au sein du nouveau régime?

Envisagée dans le contexte de la transition tunisienne, cette problématique semble trouver une réponse positive. Certaines pratiques permises ou au contraire proscrites pendant la transition constitutionnelle n'ont pu être sans conséquences. D'un point de vue institutionnel, la succession de deux régimes provisoires ayant rencontré des difficultés a permis la construction d'une véritable assemblée parlementaire et démontré la nécessité d'instaurer non seulement un partage équilibré du pouvoir entre les pôles exécutif et législatif, mais une véritable rationalisation de son usage (I). Néanmoins, le droit constitutionnel intérimaire a également eu des conséquences plus problématiques pour la nouvelle démocratie, laquelle demeure dans l'incertitude face au jeu de l'ensemble des contre-pouvoirs existants. (II).

I. Le droit constitutionnel intérimaire, élément de construction de la séparation des pouvoirs

Le régime instauré par la Constitution du 27 janvier 2014 repose sur trois institutions : l'Assemblée des Représentants du Peuple, le Gouvernement et le Président de la République. Chacun dispose d'un domaine de compétences propres et de moyens d'action, ce qui assure l'existence de contre-pouvoirs institutionnels. Dans le même sens, l'opposition parlementaire est reconnue et jouit de droits au sein de l'assemblée législative. Une séparation des pouvoirs – entendue tant au sens du partage du pouvoir entre les pôles exécutif et législatif qu'entre la majorité parlementaire et l'opposition – s'est donc progressivement construite. Au regard du droit constitutionnel intérimaire, l'agencement actuel des contre-pouvoirs institutionnels se présente comme une tentative de résolution des tensions constitutionnelles rencontrées durant la transition (A), fonctionnant grâce à l'introduction paradoxale d'un nouveau mécanisme décisionnel : la négociation (B).

A] L'instauration graduelle d'une séparation institutionnelle des pouvoirs

D'un point de vue constitutionnel, les trois institutions sur lesquelles s'appuie le régime tunisien actuel fonctionnaient déjà sous l'aire Ben Ali. Le multipartisme était reconnu et des élections régulièrement organisées¹⁴. Des contre-pouvoirs institutionnels existaient, mais, du fait de la corruption et du clientélisme généralisés, ils furent rapidement détournés et utilisés pour camoufler la véritable nature du régime¹⁵. Ben Ali renversé, l'enjeu n'est donc pas de créer de nouvelles institutions de toute

¹³VERDUSSEN (M.), « Préface », in PHILIPPE (X.) et DANELCIUC-COLODROVSKI (N.) (Sous la direction de), *Transitions constitutionnelles et Constitution transitionnelles : quelles solutions pour une meilleure gestion des fins de conflit ?*, Institut Universitaire Varenne, Collection Transition et Justice, L.G.D.J., 2014, 240pp., à la p. 11.

¹⁴ Constitution de la République Tunisienne, promulguée le 1^{er} juin 1959, Article 8.

¹⁵ CHOUIKHA (L.), GOBE (E.), *Histoire de la Tunisie depuis l'indépendance*, *Supra* note 9, à la p. 59.

pièce, mais d'amener les acteurs à accepter et à instaurer des processus de limitation et de contrôle de l'usage du pouvoir politique. Ainsi la succession de deux organisations des pouvoirs durant la transition constitutionnelle fut la première expérience d'une séparation réelle des pouvoirs exécutif et législatif pour la classe dirigeante, entraînant son lot de blocages et de difficultés.

Marqué par une structuration progressive, le premier régime provisoire – à l'œuvre du 23 mars au 23 octobre 2011 – traduit la volonté des acteurs d'encadrer le pouvoir présidentiel, par la naissance d'un contrepouvoir législatif, et l'affirmation du bicéphalisme.

Contrairement au second, ce régime repose sur un texte relativement court – comprenant dix-neuf articles seulement – et non exhaustif. Seul, le Décret-Loi n°2011-14 ne permet pas de comprendre le fonctionnement de l'Etat. En découle une imprécision concernant l'organisation, la fonction et les relations entre les différentes institutions, due à la coexistence de nouveaux textes avec la Constitution de 1959 et à la construction progressive du régime provisoire.

Ce flou constitutionnel entraîne l'affirmation progressive d'un embryon d'organe législatif: l'Instance Supérieure pour la Réalisation des Objectifs de la Révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique (« ISROR ») ¹⁶. Conçue en février 2011 dans le but d'assurer la représentation des différents acteurs de la Révolution sur la scène politique, cette Instance a pour missions d'« *étudier les textes législatifs* » relatifs à l'organisation politique, « *proposer des réformes à même de réaliser les objectifs de la Révolution relative au processus démocratique* » et « *émettre un avis sur le Gouvernement* », selon l'article 2 du Décret-Loi n°2011-06 portant création de l'ISROR ¹⁷. L'ISROR participe donc à la prise de décision politique, mais ne dispose d'aucun pouvoir normatif. Cependant, aucune précision n'est apportée concernant les procédures de collaboration ou de contrôle du pouvoir exécutif, ni quant à la valeur réelle des avis donnés, et le Décret-Loi n°2011-14 n'aborde pas plus ces questions. Seule l'obligation pour le Premier Ministre de veiller au respect des propositions émanant de l'Instance est mentionnée ¹⁸. Cette imprécision constitutionnelle trahit l'organisation générale du régime provisoire, reposant sur un Président par intérim central, détenant la totalité du pouvoir législatif qu'il exerce par décrets-lois suite à la dissolution des deux Chambres de l'ancien régime ¹⁹. En effet, elle permet l'ouverture d'une brèche dans la toute-puissance présidentielle, car, jouissant d'une légitimité et d'un soutien populaires importants, les membres de cette institution profiteront du flou créé par la coexistence des deux textes constitutionnels pour conquérir une parcelle du pouvoir et instaurer les prémices d'un contrepouvoir législatif ²⁰.

Bien que timide, cette limitation du pouvoir présidentiel par une simple procédure d'avis et une participation active de l'ISROR à la prise de décision politique s'ajoute à l'installation d'un bicéphalisme réel au sein du pouvoir exécutif. Prévue par les textes, ce dernier n'empêche toutefois pas la prédominance du Président par intérim.

¹⁶GOBE (E.), « Tunisie an I : les chantiers de la transition », in *L'Année du Maghreb*, VIII | 2012, aux pp. 433-454, aux §3-10.

¹⁷ Décret-loi n° 2011-6 du 18 février 2011, portant création de l'instance supérieure pour la réalisation des objectifs de la révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique, JORT 2011 n°013, 1er mars 2011, article 2.

¹⁸*Ibid*, article 9.

¹⁹Décret-loi n°2011-14 du 23 mars 2011, portant organisation des pouvoirs publics, *Supra note 10*, article 9.

²⁰ABDESSELEM (S.B.), NABLI (B.), « Tunisie : de la Révolution à la Constitution de la nouvelle République », TerraNova, 6 mai 2011, 17pp., aux pp.13-14 ; BEN ACHOUR (R.), BEN ACHOUR (S.), « La transition démocratique en Tunisie : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire », *Supra note 10*, aux pp. 720-721 : Par exemple, elle débat des conditions de l'élection de l'ANC, présente des projets de lois et tente, à la manière d'une assemblée parlementaire, de contrôler l'action du Gouvernement.

Désormais, le Président doit collaborer avec son Gouvernement dans certains domaines. Jusque-là réduits au rôle de commis, le Premier Ministre et le Gouvernement disposent ainsi d'une autonomie relative au sein du régime. Ce changement sous-tend une répartition, et en conséquence un partage du pouvoir entre les deux têtes de l'Exécutif²¹.

Si cette situation est loin d'être idéale, la quasi-totalité du pouvoir se trouvant entre les mains du couple exécutif, du moins le droit constitutionnel intérimaire et son interprétation par les acteurs instaurent-ils désormais un double partage du pouvoir. Toutefois, le manque de clarté du droit constitutionnel de la transition quant au rôle précis de l'ISROR n'est pas sans conséquences. Certes, il permet son émancipation, mais l'absence de disposition régissant les relations entre l'ISROR et le pôle exécutif pose problème. Le fonctionnement totalement indépendant des institutions ne permet pas au couple exécutif de faire cesser les débats au sein de l'ISROR concernant l'élection de la future ANC, menant ainsi au ralentissement de la prise de décision²². L'absence d'arbitre capable d'assurer le fonctionnement régulier des institutions, et d'intervenir en cas de paralysie du processus décisionnel se révèle dommageable. D'autant que ce simple retard dans l'élaboration de la législation et l'organisation des élections deviendra un véritable blocage durant la deuxième phase de la transition.

En effet, le Décret-Loi n°2011-14 cessant de s'appliquer sitôt l'ANC élue, cette dernière se trouve chargée d'organiser un second régime politique provisoire, sans qu'aucune restriction ne soit imposée par le régime constitutionnel intérimaire précédent. Les élections du 23 octobre 2011 permettent à trois partis politiques de l'ancienne opposition de former une coalition majoritaire : la troïka. *Ennahdha*, le Congrès Pour la République (« CPR ») et *Ettakatol*²³ font alors logiquement et légalement le choix d'un agencement institutionnel qui leur est favorable lors de l'élaboration de la Loi Constituante n°2011-6²⁴. Dans ce contexte, le droit constitutionnel intérimaire organise un renforcement notable de l'assemblée législative et une importante soumission du pouvoir exécutif²⁵. La confusion des pouvoirs organisée au profit du Président sous l'ancien régime avantage désormais le pouvoir législatif, jouissant de la légitimité des premières élections libres organisées dans le pays. Alors que le Président de la République est désormais élu par l'ANC, qu'il ne dispose plus que de rares compétences – bien souvent exercées après consultation du Chef du Gouvernement, du Président de l'Assemblée ou de l'Assemblée elle-même – et qu'il encourt le risque d'une révocation, le Premier Ministre dispose

²¹ Constitution de la République Tunisienne, promulguée le 1^{er} juin 1959, article 37-58; Décret-loi n°2011-14 du 23 mars 2011, portant organisation des pouvoirs publics, *Supra note 10*, article 13: En effet, alors que la Constitution de 1959 stipulait que « [l]e pouvoir exécutif est exercé par le Président de la République assisté d'un gouvernement dirigé par un Premier ministre », pour ensuite préciser que « [l]e gouvernement veille à la mise en œuvre de la politique générale de l'État, conformément aux orientations et aux options définies par le Président de la République », le décret-loi n°2011-14 – bien qu'il conserve la première expression – définit la place du Gouvernement de la façon suivante : « Le gouvernement provisoire veille à la gestion des affaires de l'Etat [...]. Le Premier ministre dirige et coordonne son action, il dispose de l'administration et de la force publique ».

²² GOBE (E.), « Tunisie an I : les chantiers de la transition », *Supra note 16*, aux §13-14.

²³ SALLON (H.), « Tunisie : qui sont les principaux partis ? », *LeMondeAfrique*, lemonde.fr, [en ligne], publié le 13/02/2013: Le parti islamiste *Ennahda* fut fondé le 6 juin 1981 sous le nom de Mouvement de la tendance islamique (MTI) par Rached Ghannouchi. Parti de l'opposition non légalisé sous l'aire Ben Ali, il change de nom en février 1989. Créé en 2001 par Moncef Marzouki, le Congrès pour la République (« CPR ») est un parti laïc de centre-gauche. Enfin, le Forum démocratique pour le travail et les libertés, *Ettakatol*, fondé le 9 avril 1994 par le médecin et radiologue Mustapha Ben Jaafar, est un parti social-démocrate.

²⁴ CHOUIKHA (L.), GOBE (E.), *Histoire de la Tunisie depuis l'indépendance*, *Supra note 9*, pp. 87-90 : le parti *Ennahdha* arrive en tête avec 89 sièges, suivi du CPR avec 29 sièges et *Ettakatol* avec 20 sièges. Tout trois formeront une coalition et se répartiront les postes clés au sein de la nouvelle organisation des pouvoirs publics.

²⁵ Loi constituante n°2011-6 du 16 décembre 2011, relative à l'organisation provisoire des pouvoirs publics, *Supra note 11*, Article 6-15-19: L'ANC devient titulaire du pouvoir constituant, du pouvoir législatif et d'une partie du pouvoir exécutif. Même s'il existe une distinction claire entre les compétences exécutives et législatives, ces dernières sont suffisamment englobantes pour que le Président de la République et son gouvernement soient en réalité largement démunis. D'autant que, si le gouvernement peut être renversé lors de son investiture ou par une motion de censure, la dissolution de l'Assemblée n'est pas envisagée.

d'importantes prérogatives au sein d'un Gouvernement qui « *exerce le pouvoir exécutif* ». A priori, le Premier Ministre serait donc devenu un acteur institutionnel important, contre-pouvoir exécutif à l'assemblée législative²⁶.

Jusque-là dominantes, les institutions exécutives perdent toute indépendance, ce qui se traduit par une nouvelle absence de contrepouvoir. D'autant que l'installation de la troïka permet aux trois partis de placer leurs candidats sur l'ensemble de l'échiquier politique²⁷. L'ANC se trouve donc être la véritable pièce maîtresse. La rédaction même de la Loi Constituante sous-entend cette évolution, plaçant pour la première fois le pouvoir législatif et le pouvoir constituant avant le pouvoir exécutif dans l'ordre des titres.

Si cette organisation des pouvoirs publics affirme l'indépendance du pouvoir législatif et un nouvel affaiblissement du Président de la République, il n'en demeure pas moins que la toute-puissance réelle de la troïka a mené au blocage. La multiplication des violences et l'exacerbation des tensions politiques conduisent à la suspension des travaux de l'ANC en août 2013 et à la mise en place d'un Gouvernement de technocrates pour mener le processus constituant à son terme²⁸. Une nouvelle fois, l'absence d'arbitre institutionnel et de contrepouvoirs effectifs empêchent un usage équilibré et efficace du pouvoir.

Révélaient les tactiques politiciennes et la volonté de chacun de trouver une place au sein du fonctionnement institutionnel définitif, ces expériences constitutionnelles ont pu conduire les acteurs à intégrer la nécessité des procédures de contrôle et de contrepouvoirs institutionnels pour le bon fonctionnement d'un régime. Elles ont ainsi participé à la mise en place d'un régime tenant compte des enseignements de la transition et de l'application du droit constitutionnel intérimaire. Ainsi, au sein de la nouvelle Constitution, le Président de la République, le Gouvernement et l'Assemblée des Représentants du Peuple (« ARP ») voient leurs domaines de compétences clairement définis et soumis au contrôle de la Cour Constitutionnelle²⁹. Des mécanismes de frein et contrepoids classiques – tels que la dissolution, la question de confiance ou la motion de censure – sont instaurés, afin de limiter tant le pouvoir du Gouvernement que celui de l'ARP, mais adaptés. Le Président devient un arbitre institutionnel – seul capable de prononcer la dissolution et de demander un renouvellement de confiance au Gouvernement – dont la responsabilité peut également être engagée³⁰. Enfin, les conditions d'utilisation de ces procédures démontrent la recherche d'une stabilité gouvernementale permanente, permettant de diriger les affaires de l'Etat sans interruption. Par exemple, le dépôt d'une motion de censure doit être obligatoirement accompagné de la proposition d'un nouveau Premier Ministre³¹.

Néanmoins, ces évolutions constitutionnelles – qui semblent fonctionner aujourd'hui – ont également été permises grâce à la mise en échec de la logique majoritaire appliquée par les acteurs, et à la mise en œuvre de processus de négociation.

²⁶ Loi constitutive n°2011-6 du 16 décembre 2011, relative à l'organisation provisoire des pouvoirs publics, *Supra note 11*, articles 10-11-17.

²⁷ CHOUIKHA (L.), GOBE (E.), Histoire de la Tunisie depuis l'indépendance, *Supra note 9*, aux pp. 91-92 : Moncef Marzouki, jusque-là président du CPR devient Président de la République. Le poste de Chef du Gouvernement revient quant à lui au candidat du parti majoritaire, soit à Hamadi Jebali, secrétaire général d'*Ennahdha*. Enfin, le secrétaire général d'*Ettakatol* obtient le poste de Président de l'ANC.

²⁸ *Ibid*, aux pp. 95-96.

²⁹ Constitution de la République Tunisienne, promulguée le 27 janvier 2014, *Supra note 12*, articles 65-77-78-92.

³⁰ *Ibid*, articles 88-89-99.

³¹ *Ibid*, article 97.

B] Le renforcement des contrepouvoirs grâce à la négociation

La négociation peut se définir comme un processus réunissant l'ensemble des acteurs concernés par un sujet afin de les amener à définir une position commune. Contrairement au vote, elle suppose que l'ensemble des acteurs, numériquement majoritaire ou non, acceptent le compromis et soient prêts à faire des concessions. Elle nécessite la participation équitable de toutes les parties, indépendamment de leur légitimité ou du soutien populaire dont elles jouissent, et sous-entend donc l'inclusivité. Acceptée par les différents acteurs, elle peut devenir un mécanisme de démocratie directe utile au sein d'un régime politique, « *un processus plus profond que la démocratie elle-même, un accord sur l'essentiel, même en cas de désaccord sur les détails ou les modalités pratique* »³². Facteur d'apaisement politique, ce processus est souvent utilisé dans le cadre des transitions démocratiques³³. Dans le cas de la Tunisie, le droit constitutionnel intérimaire introduit ce procédé comme mode de prise de décision dans un premier temps.

Suite à la chute de Ben Ali, deux catégories d'acteurs désirent prendre part au processus constituant : les anciens partis d'opposition, légalisés ou non – jusque-là réprimés, la porte du pouvoir leur est désormais ouverte – et les organisations de la société civile – importantes protagonistes du renversement du régime, elles jouissent d'une forte légitimité populaire et entendent continuer à défendre les acquis de la Révolution. Tandis que les premiers, et notamment *Ennahdha*, sont en faveur de la logique majoritaire, les secondes souhaitent une procédure plus inclusive, garante des idéaux de la Révolution.

Ces dernières obtiennent partiellement gain de cause lors de la mise en place de l'ISROR. L'article 5 du Décret-Loi 2011-6 précise que « *[l]es décisions de l'instance sont prises par consensus et à défaut par la majorité* »³⁴, faisant de la négociation une obligation pour ses membres. En effet, même dans le cas où le consensus se révèle impossible, la composition même de l'institution empêche l'obtention d'une majorité sans discussions préalables. De fait, l'ISROR comprend des représentants de l'ensemble des partis politiques, des organisations de la société civile et certaines « *personnalités nationales* », mais n'attribue au maximum que deux délégués par partis politiques ou associations, sur 71 membres au total³⁵. Il est donc impossible pour un groupe d'obtenir la majorité sans convaincre les autres, même si les partis politiques restent majoritairement représentés. De cette façon, la négociation se trouve au cœur du fonctionnement de l'ISROR. D'ailleurs, lors de la première réunion du 17 mars, il est rapidement acté que cette composition n'est pas représentative de la réalité du pays³⁶.

La première décision de l'assemblée concerne dès lors sa propre composition, et fait l'objet de négociations qui aboutissent au début du mois d'avril. L'ISROR sera désormais composée de 151 personnes, comprenant trois représentants pour chacun des douze partis politiques, de un à cinq représentants pour chacun des dix-neuf associations ou syndicats, soixante-douze personnalités nationales, douze représentants des régions et deux représentants des familles des martyrs³⁷. De sorte

³² M'RAD (H), « Le Dialogue national : une autre révolution tranquille », hatmrad.wixsite.com, 13 février 2015.

³³ Tel fut notamment le cas de l'Afrique du Sud avec la CODESA ou des Tables Rondes Polonaises.

³⁴ Décret-loi n° 2011-6 du 18 février 2011, portant création de l'instance supérieure pour la réalisation des objectifs de la révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique, *Supra note 17*, Article 5.

³⁵ Arrêté du Premier ministre du 14 mars 2011, portant nomination des membres de l'instance supérieure pour la réalisation des objectifs de la révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique, JORT 2011 n°17, 15 mars 2011.

³⁶ GOBE (E.), « Tunisie an I : les chantiers de la transition », *Supra note 16*, au §11 : elle souffrirait notamment de l'absence de jeunes, de représentants de la Tunisie de l'intérieur, et certains partis politiques ou associations étaient exclus. Plus globalement, les partis politiques s'estimaient en sous-représentation par rapport aux personnalités nationales.

³⁷ Arrêté du Premier ministre du 5 avril 2011, portant nomination des membres de l'instance supérieure pour la réalisation des objectifs de la révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique, JORT 2011 n°024, 08 avril 2011.

qu'il demeure numériquement impossible pour un groupe d'imposer son point de vue au sein de l'institution, ce qui démontre l'effectivité de la négociation.

La négociation s'avère rapidement être un exercice difficile³⁸, demandant aux acteurs politiques de sortir de la logique majoritaire et d'accepter la participation de tous à la prise de décision, mais elle permet d'éviter un regain de tensions par l'inclusivité qu'elle sous-tend. Pour autant et bien que concluante durant la première transition – l'ISROR ayant pris de nombreuses décisions importantes dans des délais raisonnables – l'expérience ne sera pas reconduite durant la seconde phase de la transition.

Une fois élue, la troïka lui préfère, assez logiquement et probablement en réaction au régime précédent, le retour à la logique majoritaire reposant sur la légitimité électorale. Ce faisant, les trois acteurs principaux du régime s'épargnent la nécessité de tenir compte de l'opposition existante. Ce choix constitutionnel ne sera pas sans conséquences. Dans une société récemment libérée de l'autoritarisme présidentiel et malgré un soutien effectivement important au parti islamiste, l'absence de considération pour l'ensemble des opinions et la crainte d'un détournement de la transition mettent à mal la pratique de la troïka. Une « *bipolarisation génératrice de violences* » apparaît et fait plusieurs victimes durant l'année 2013, la troïka étant même soupçonnée d'avoir recours à des milices armées pour écarter certains opposants³⁹. De plus, le processus constituant n'aboutit pas. En juin 2013, le quatrième avant-projet de Constitution est qualifié de frauduleux par un ensemble important de constituants⁴⁰. Dès lors, la négociation s'impose au droit constitutionnel en vigueur comme mode d'apaisement des tensions, déposant la troïka de son pouvoir politique et de son influence sur le processus constituant. Deux mécanismes de dialogue sont instaurés.

Au sein même de l'ANC, une commission *ad hoc*, dite « commission des consensus » est créée en août 2013. Sa mission est simple : obtenir le consensus autour des articles litigieux du projet de Constitution présenté le 1^{er} juin 2013 jusqu'à son adoption⁴¹.

Plus globalement, quatre associations tentent de mettre en place un Dialogue National afin d'apaiser la situation politique : l'Union Générale des Travailleurs Tunisiens (« UGTT »), la Ligue Tunisienne des Droits de l'Homme (« LTDH »), l'Ordre National des Avocats de Tunisie (« ONAT ») et Union tunisienne de l'industrie, du commerce et de l'artisanat (« UTICA »)⁴². Suite à l'avortement prématuré de deux tentatives⁴³, la feuille de route proposée par les quatre associations le 18 septembre 2013 comprend la constitution d'un gouvernement de technocrates dirigé par une personnalité « apolitique », la reprise des travaux de l'ANC, et l'organisation des futures élections. Début octobre, vingt et un partis sur vingt-six acceptent le programme établi, le CPR se tenant pour sa part à l'écart du processus. Cette feuille de route acceptée, les discussions doivent commencer au sein même des partis,

³⁸ GOBE (E.), « Tunisie an I : les chantiers de la transition », *Supra note 16*, aux § 18-20; ABDESSELEM (S.B.), NABLI (B.), « Tunisie : de la Révolution à la Constitution de la nouvelle République », *Supra note 20*, aux pp.13-14: De fait, les multiples désaccords au sein de l'ISROR conjugués à la place prise par l'assemblée au sein du fonctionnement institutionnel de la première transition entraînent le retrait de certains partis politiques. Par exemple, les islamistes d'*Ennahdha* quittent l'ISROR en juin 2011, dénonçant une assemblée se voulant parlementaire sans bénéficier de la légitimité des urnes, pour la réintégrer au mois de juillet suivant.

³⁹ GOBE (E.), CHOUIKHA (L.), « La Tunisie de la Constitution aux élections : La fin de la transition politique ? », in *L'Année du Maghreb*, 13 | 2015, aux pp. 261-282, au §1-3.

⁴⁰ WEICHSELBAUM (G.), PHILIPPE (X.), « Le processus constituant et la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 : un modèle à suivre ? », *Supra note 12*, à la p.54.

⁴¹ *Ibid* ; CHOUIKHA (L.), GOBE (E.), « La Tunisie politique en 2013 : de la bipolarisation idéologique au « consensus constitutionnel » ? », in *L'Année du Maghreb*, 11 | 2014, aux pp. 301-322, aux § 59-62.

⁴² BEN HAMADI (M.), « Comprendre le "Dialogue national" en Tunisie: quand le "consensus" prime sur la légitimité électorale », *Al Huffington Post*, 10 octobre 2015

⁴³ M'RAD (H), « Le Dialogue national : une autre révolution tranquille », *Supra note 32*.

avant de concerner l'ensemble des participants. S'en suit la difficile négociation afin de nommer un nouveau Premier Ministre ; le choix se porte finalement sur Mehdi Jomâa le 14 décembre, ce qui retarde l'ensemble du processus. C'est également à la fin de l'année que la question de l'élection des membres de l'Instance Supérieure Indépendante pour les Elections (« ISIE ») est réglée⁴⁴.

C'est donc grâce à un processus extra-constitutionnel que le pays a pu relancer le processus constituant. Encadrée par le calendrier fixé par la feuille de route du Dialogue Nationale, l'ANC a repris son activité avec le soutien d'un groupe d'experts internationaux, et finalement voté la Constitution le 27 janvier 2014. Les échec des mécanismes de prise de décision institutionnels prévus par le droit constitutionnel intérimaires ont poussé les acteurs à accepter la négociation pour moduler la logique majoritaire.

Fort de ces premières expériences, le pouvoir constituant tunisien décide d'intégrer la négociation, ou au moins la discussion, comme processus de prévention des conflits. Par exemple, l'article 89 de la Constitution prévoit la tenue de consultations au sein de l'ARP en cas de difficultés dans le choix du Premier Ministre⁴⁵. Le recours à la négociation comme mécanisme décisionnel se révèle être une menace pour le parti majoritaire, l'encourageant à la modération. Mais plus encore, les obstacles rencontrés dans l'application de la logique majoritaire – notamment concernant le dialogue avec l'opposition – ont conduit à la protection de cette dernière au sein de la Constitution et du Règlement de l'ARP⁴⁶. Ainsi, l'opposition dispose de pouvoirs lui permettant de contrôler l'action de la majorité : elle devient donc un contre-pouvoir au sein même de l'Assemblée.

La transition constitutionnelle tunisienne et le droit sur lequel elle repose ont donc influencé l'organisation des contre-pouvoirs au sein du régime. L'expérience qu'en ont tirée les différents acteurs ont amené le pouvoir constituant à construire un système institutionnel au sein duquel la séparation entre pouvoirs exécutif et législatif est assurée, et le pouvoir de la majorité politique contrôlé. Paradoxalement, pareil résultat n'est généralement pas obtenu par l'institutionnalisation des mécanismes classiques du droit constitutionnel démocratique – comme l'élection ou la séparation des pouvoirs, qui risquent de mener à des blocages – mais grâce à la négociation. Néanmoins et malgré cette réussite apparente, le droit constitutionnel intérimaire et son application ont également pour conséquences l'inefficacité d'un contre-pouvoir clé – le pouvoir judiciaire – et l'apparition d'un acteur difficile à intégrer : la société civile.

II. Les insuffisances du droit constitutionnel intérimaire, facteurs d'une consolidation complexe du jeu des contre-pouvoirs

Certes, la séparation des pouvoirs exécutif et législatif est nécessaire au sein d'un régime démocratique, mais elle n'est pas suffisante : elle fait partie d'un jeu global de contre-pouvoirs, qui, pour bien fonctionner, doit reposer sur une structure institutionnelle stable. Or, la démocratie tunisienne, malgré le bon fonctionnement apparent des institutions, reste fragile à deux titres au moins. D'une part, la Tunisie connaît un important retard dans la reconstruction du pouvoir judiciaire, notamment dû aux lacunes du droit constitutionnel intérimaire en la matière. (A). D'autre part, en

⁴⁴ GOBE (E.), « La Tunisie politique en 2013 : de la bipolarisation idéologique au « consensus constitutionnel » ? », *Supra note 41*, aux § 57-59 ; M'RAD (H), « Le Dialogue national : une autre révolution tranquille », *Supra note 32*.

⁴⁵ Constitution de la République Tunisienne, promulguée le 27 janvier 2014, *Supra note 12*, article 89.

⁴⁶ *Ibid*, article 60; Arrêté portant règlement intérieur de l'Assemblée des Représentants du Peuple, JORT 2015 n°016, 24 février 2015, articles 45 bis -89-96-97.

excluant de sa structure institutionnelle les organisations de la société civile, alors qu'elles sont les principales protagonistes de la chute de l'ancien régime, la transition constitutionnelle et son droit en ont paradoxalement fait un facteur d'instabilité pour le nouveau régime, en renforçant leur fonction de contre-pouvoir (B).

A] L'institutionnalisation tardive du pouvoir judiciaire

Chargé d'appliquer le droit et de sanctionner les abus de pouvoir, le pouvoir judiciaire se présente comme un rempart contre l'autoritarisme. Mais pour être efficace, ce contre-pouvoir doit jouir d'une totale indépendance à l'égard du pouvoir politique, sans quoi le peuple ne peut croire à son impartialité.

Or, comme les deux Chambres législatives, le pouvoir judiciaire bénéficie qu'en apparence seulement d'une autonomie au sein du régime de Ben Ali. En réalité, il est rapidement devenu un instrument de l'autoritarisme, grâce à une législation organisant précautionneusement la mainmise de l'exécutif. Cette subordination s'explique notamment par l'ingérence de la présidence dans la gestion globale de la magistrature. De fait, l'inamovibilité des juges et l'indépendance du Conseil Supérieur de la Magistrature – institution clé du pouvoir judiciaire assurant la nomination, le mouvement et les procédures disciplinaires visant les magistrats – (« CSM »), principes en apparence respectés, étaient en réalité minés par de trop nombreux cas d'interventions exécutives « exceptionnels » entraînant une défiance totale des citoyens⁴⁷. En 2011, une réforme rapide de ce système aurait permis de rassurer la population comme les magistrats, et affirmé la volonté révolutionnaire de la classe dirigeante. Or, jusqu'en 2013, le droit constitutionnel intérimaire n'a pas abordé cette question, entraînant la continuité des ingérences exécutives et l'exacerbation des tensions.

Loin de réviser le cadre légal et constitutionnel en vigueur concernant le CSM, le Décret-Loi n°2011-14 engendre une stricte continuité de la situation⁴⁸. En découlent la constance de la suspicion populaire à l'égard de la magistrature et la possibilité pour le Ministre de la Justice de procéder à une « épuration » au sein du pouvoir judiciaire⁴⁹. Cette première vague de lustrations utilisant les procédures contestées du régime précédent, en plus de rappeler les pratiques autoritaires, jette l'opprobre d'une partie des magistrats sur le premier régime de transition et attise les conflits au sein de la profession⁵⁰. Mal perçue, critiquée, mais légale, cette première ingérence sera répétée en 2012 alors que le cadre normatif a évolué.

De fait, si le Décret-Loi n°2011-14 restait silencieux, la Loi Constituante n°2011-6 prévoit une réorganisation de la magistrature. Son article 22 affirme d'une part l'indépendance du pouvoir judiciaire, et d'autre part, l'élaboration de lois organiques visant la restructuration de la justice et la

⁴⁷BOUMEDIENE (M.), « Armée, police et justice dans la Tunisie contemporaine », *Pouvoirs*, 1/2016 (N° 156), p. 107-118, 11pp, à la p. 111 ; AÏSSA (M. S. B.), « Pouvoir judiciaire et transition politique en Tunisie », in *Des justices en transition dans le monde arabe ? Contributions à une réflexion sur les rapports entre justice et politique*, sous la direction de GOBE (E.), Centre Jacques-Berque, 2016, 292pp., aux pp. 115-138, au §2.

⁴⁸ Article 17, Décret-loi n°2011-14 du 23 mars 2011, portant organisation des pouvoirs publics, *Supra* note 10 : « [l]e pouvoir judiciaire est organisé et géré et exerce ses compétences conformément aux lois et règlements en vigueur ».

⁴⁹ AÏSSA (M. S. B.), « Pouvoir judiciaire et transition politique en Tunisie », *Supra* note 47, aux §25-26 ; Loi organique 67-29 du 14 juillet 1967 relative à l'organisation judiciaire, au Conseil supérieur de la magistrature, et au statut de la magistrature, JORT 1967 n°30, 14 juillet 1967, article 46; par exemple, Décret n° 2011-172 du 10 février 2011, portant cessation de fonctions d'un juge d'instruction, JORT 2011 n°011, 15 février 2011 : six hauts magistrats furent licenciés et radiés définitivement du corps judiciaire par décret, sans convocation d'un conseil de discipline, sur le fondement de la Loi organique n°67-29 datant du 14 juillet 1967, principal instrument de domination utilisé par Ben Ali.

⁵⁰GOBE (E.), « Penser les relations avocats-magistrats dans la Tunisie indépendante : conflictualité professionnelle et dynamique politique », *Politique africaine*, 2/2015 (n° 138), p. 115-134 : Elle a également pour conséquence l'apparition d'une scission au sein de la magistrature – traduite par la création d'un nouveau Syndicat des Magistrats Tunisiens (« SMT ») – entre les soutiens de l'ancien régime, premiers concernés pas l'illégalité de ces mesures, et l'AMT, favorable à la lustration.

mise en place d'une « *instance représentative provisoire* » chargée de « *superviser la justice judiciaire* », en collaboration avec les magistrats. Le CSM disparaît donc, mais sans que la nouvelle institution soit entrée en fonction⁵¹.

C'est dans cette situation de vide juridique temporaire que, le 22 mai 2012, le Gouvernement décide seul, par décret, de licencier 82 magistrats en se fondant de nouveau sur la Loi n°67-29 datant du 14 juillet 1967⁵² et de réhabiliter temporairement le CSM composé des membres nommés sous Ben Ali⁵³. Face à cette nouvelle intrusion, les magistrats font front et déclarent une grève ouverte⁵⁴.

Ce regain de tensions, cumulé au refus d'*Ennahdha* d'accorder à la future remplaçante du CSM l'indépendance administrative et financière demandée pendant les débats parlementaires⁵⁵, entraîne un important retard dans l'élaboration de la loi organique tant attendue. La Loi Organique n°2013-13, relative à la création d'une instance provisoire pour la supervision de la justice judiciaire (« Loi Organique n°2013-13 ») est finalement promulguée le 2 mai 2013⁵⁶.

Avec elle, la magistrature se trouve théoriquement protégée contre toute nouvelle tentative d'intrusion du pouvoir politique dans son fonctionnement. L'ANC conserve seulement le pouvoir d'élire cinq membres de la nouvelle Instance Provisoire pour la Supervision de la Justice Judiciaire (« IPSJJ »), remplaçante temporaire du CSM, et celui de désigner les membres de la Commission indépendante chargée d'organiser l'élection de l'IPSJJ⁵⁷. De plus, cette loi présente une véritable avancée pour l'indépendance de la magistrature⁵⁸, tenant compte de l'ensemble des griefs à l'égard de l'ancien régime : la procédure de mise en œuvre du mouvement annuel, l'imprécision des conditions de la mutation, et la possibilité pour le Ministre de la Justice de suspendre un magistrat sans recours au Conseil de Discipline sont réformés⁵⁹. Pour la première fois, les magistrats élisent eux-mêmes leurs représentants et des mesures de *vetting* encadrent les candidatures aux élections de l'IPSJJ⁶⁰. Mais surtout, l'Instance devient la seule responsable du mouvement comme de la sanction disciplinaire des magistrats, sans qu'une intervention du Ministère de la Justice soit possible. Enfin, la mutation des magistrats est interdite sauf cas exceptionnels⁶¹.

Néanmoins, ces nombreuses avancées sont entachées par la continuité de l'intrusion exécutive. Loin de s'en tenir à la neutralité attendue, le Ministre de la Justice remettra en cause l'existence et les

⁵¹ Loi constitutive n°2011-6 du 16 décembre 2011, relative à l'organisation provisoire des pouvoirs publics, *Supra note 11*, article 22.

⁵² AÏSSA (M. S. B.), « Pouvoir judiciaire et transition politique en Tunisie », *Supra note 47*, aux §27-30 ; Loi organique 67-29 du 14 juillet 1967 relative à l'organisation judiciaire, au Conseil supérieur de la magistrature, et au statut de la magistrature, *Supra note 49*.

⁵³ Human Right Watch, « Tunisie: Le renvoi massif de magistrats porte un coup à l'indépendance de la justice », 29 octobre 2012.

⁵⁴ « Les magistrats tunisiens en grève ouverte », La Presse de Tunisie, lapresse.tn, 30 mai 2012 ; « Tunisie – Justice : Pour l'AMT la révocation de magistrats est une manœuvre politique », DirectInfo, irectinfo.webmanagercenter.com, 27 mai 2012.

⁵⁵ Human Right Watch, « Tunisie: Le renvoi massif de magistrats porte un coup à l'indépendance de la justice », *Supra note 53*.

⁵⁶ Loi organique n° 2013-13 du 2 mai 2013, relative à la création d'une instance provisoire pour la supervision de la justice judiciaire, JORT 2013 n°037, 7 mai 2013.

⁵⁷ *Ibid*, articles 5-6.

⁵⁸ « La mise en œuvre de la Constitution tunisienne au niveau du cadre juridique », *Democracy Reporting International*, *Supra note 7*, à la p.20.

⁵⁹ BOUMEDIENE (M.), « Armée, police et justice dans la Tunisie contemporaine », *Supra note 47*, à la p. 111 ; Loi organique 2005-81 du 4 août 2005, modifiant et complétant la loi organique 67-29 du 14 juillet 1967, relative à l'organisation judiciaire, au Conseil supérieur de la magistrature et au statut de la magistrature, JORT, 12 août 2005 ; Loi organique 67-29 du 14 juillet 1967 relative à l'organisation judiciaire, au Conseil supérieur de la magistrature, et au statut de la magistrature, *Supra note 49*.

⁶⁰ Loi organique n° 2013-13 du 2 mai 2013, relative à la création d'une instance provisoire pour la supervision de la justice judiciaire, JORT 2013 n°037, 7 mai 2013, articles 5-7-9.

⁶¹ *Ibid*, Article12-16.

décisions de l'IPSJJ. Afin d'influencer le mouvement des magistrats pour l'année 2013-2014, il tente de manipuler la composition de l'Instance, alors que la nouvelle loi organique ne lui confère aucune prérogative dans ce domaine⁶². Récusée par le Tribunal Administratif, cette intervention ministérielle renforce les revendications de la population et de l'opposition en faveur de la démission du Gouvernement⁶³.

L'évolution de la législation constitutionnelle et l'action politique qui en découle concernant le CSM puis l'IPSJJ, illustrent l'impact des lacunes du droit constitutionnel intérimaire dans ce domaine. Certes, ce dernier a marqué une prise en compte de l'importance de la question, avec notamment la reconnaissance du principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire et la volonté de restructurer son fonctionnement en ce sens. Néanmoins, l'irrégularité des mesures, oscillant entre l'effet d'annonce et l'immobilité, a permis aux acteurs de recycler d'anciennes pratiques autoritaires à leur profit. Loin d'être un facteur d'apaisement et de stabilisation de la transition, le droit constitutionnel intérimaire a finalement exacerbé les frustrations, entraînant un durcissement des positions des magistrats comme du Gouvernement provisoire, l'instauration d'une division au sein même de la magistrature, et une défiance croissante de la population, tant à l'égard de la Justice que des gouvernants.

En résulte, même après l'adoption de la Constitution de 2014, qui pourtant défend amplement l'indépendance de la magistrature et constitutionnalise un certain nombre de droits, des difficultés pour la consolidation du régime dans ce domaine. De fait, la nouvelle mouture du Conseil Supérieur de la Magistrature n'a pu entrer en fonction qu'en décembre 2016, après l'aboutissement de deux ans de débats houleux pour parvenir à l'adoption de la Loi Organique n°2016-34 relative au Conseil Supérieur de la Magistrature. Outre le retard, qui entraîna la prolongation du mandat de l'IPSJJ, cette situation n'est pas sans conséquences sur la nouvelle Cour Constitutionnelle, dont quatre membres sur douze attendent encore d'être désignés par le Conseil⁶⁴. Or, sans Justice indépendante, comment garantir la séparation des pouvoirs ?

S'il a permis la construction d'un régime en apparence équilibré, le droit de la transition n'a cependant pas suffisamment pris en considération l'importance de la reconstruction du pouvoir judiciaire. A cette première faiblesse s'ajoute l'émergence d'un contrepouvoir mal appréhendé : la société civile.

B] L'institutionnalisation lacunaire de la mission de la société civile

Si la Révolution de Jasmin trouve sa source dans le mécontentement populaire, elle n'aurait peut-être pas connu une fin heureuse sans l'implication des syndicats et associations militantes, notamment celle de l'Union Générale des Travailleurs Tunisiens (« UGTT »)⁶⁵. En effet, ces derniers, en encadrant les cortèges, usant de leur réseau interne et externe pour enfler les revendications, et en

⁶² Pour justifier son intrusion, le Ministre se fonde sur l'article 20 de la Loi Organique n°2013-13: « *Les dispositions de la loi n° 67-29 du 14 juillet 1967, relative à l'organisation judiciaire, au conseil supérieur de la magistrature et au statut de la magistrature qui ne sont pas en contradiction avec la présente loi organique demeurent en vigueur* ». Ainsi, arguant d'une non-contradiction de l'article 7 de la Loi n°67-29 avec la nouvelle loi organique, le Ministre suspend la nomination de deux membres de l'IPSJJ pour les remplacer par deux personnalités favorables à la vision gouvernementale restrictive du rôle de l'institution.

⁶³ AÏSSA (M. S. B.), « Pouvoir judiciaire et transition politique en Tunisie », *Supra note 47*, aux § 35-38.

⁶⁴ Loi organique n° 2016-34 du 28 avril 2016, relative au Conseil supérieur de la magistrature, JORT 2016 n°035, 29 avril 2016 ; Constitution de la République Tunisienne, promulguée le 27 janvier 2014, *Supra note 12*, article 118; Loi organique n° 2015-50 du 3 décembre 2015, relative à la Cour constitutionnelle, JORT 2015 n°098, 8 décembre 2015, Article 12.

⁶⁵ ALLAL (A.), GEISSER (V.), « Tunisie : " Révolution de jasmin " ou Intifada ? », *Mouvements*, 2/2011 (n° 66), p. 62-68, au § 7; CHOUIKHA (L.), GOBE (E.), « La force de la désobéissance : retour sur la chute du régime de Ben Ali », *Revue Tiers Monde*, 5/2011 (HS), 7pp., p. 219-226 ; GOBE (E.), « Les mobilisations professionnelles comme mobilisations politiques : les avocats tunisiens de la " révolution " à la " transition " », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1/2016 (N° 211-212), 16pp., p. 92-107.

mettant à la disposition des manifestants leur expérience militante, ont permis « *la montée en politisation du soulèvement enclenché à Sidi Bouzid* », puis la « *transfiguration "révolutionnaire" d'un fait divers* »⁶⁶. Ces événements ont ainsi offert aux acteurs de la société civile une importante visibilité au sein de l'espace politique et médiatique.

Leur implication dans le « moment » révolutionnaire leur assure dans un premier temps une place au sein du premier régime provisoire, dont l'inclusivité est plus une conséquence des événements qu'un choix. Ensuite, le changement de structure de la transition – les partis politiques redevenant les principaux acteurs de la sphère politique grâce à la réintroduction de l'élection – entraîne leur exclusion du processus de prise de décision durant le second régime. Néanmoins, face à l'échec institutionnel, la société civile s'affirme non seulement comme un contrepouvoir, mais également comme un arbitre politique.

De fait, les acteurs institutionnels en place n'ont d'autre choix, au début de l'année 2011, que d'intégrer ces nouveaux représentants du peuple au sein du régime institutionnel. Forts du soutien populaire, syndicats, associations et partis politiques d'opposition à l'ancien régime ne se contentent pas du départ de Ben Ali et parviennent à s'imposer au sein du régime politique. Suite à la mise en place le 17 janvier 2011 du Gouvernement d' « Union Nationale » de Mohammed Ghannouchi – composé majoritairement de membres du parti politique de Ben Ali, le Rassemblement Constitutionnel pour la Démocratie (« RCD ») –, les syndicats et militants politiques d'extrême gauche, soutenus par des avocats, appellent à de nouvelles manifestations. En conséquence, des « caravanes de la liberté » en provenance de Sidi Bouzid et Menzel Bouzaïane envahissent la place Kabash le 23 janvier 2011. Parallèlement à ces mouvements populaires, l'opposition décide de former le « Front du 14 janvier », qui deviendra le Conseil National de Protection de la Révolution (« CNPR ») le 11 février.

Jouissant d'une légitimité populaire et considéré comme le défenseur de la Révolution, le CNPR exige la démission du Gouvernement, la dissolution du RCD et sa propre participation à l'élaboration de la législation de la transition. Ses revendications sont appuyées par d'importantes manifestations, qui durent jusqu'à la fin du mois de février 2011. Il obtient gain de cause : la démission de Mohammed Ghannouchi le 27 février – entraînant la nomination de Béji Caid Essebsi au poste de Premier Ministre –, la dissolution du RCD le 21 février, et l'institutionnalisation tant désirée du CNPR. Ne pouvant écarter un centre du pouvoir politique légitime, le Premier Ministre décide d'intégrer ses membres au sein de la Commission Supérieure de la Réforme Politique dirigée par le Professeur Yadh Ben Achour. Initialement créée par Ben Ali en janvier 2011, cette dernière est réformée pour devenir l'ISROR le 18 février 2011⁶⁷. Il s'agit là de la première reconnaissance de ces contre-pouvoirs par le droit constitutionnel de transition tunisien. D'autant que, l'évolution de la place de l'ISROR dans le système constitutionnel leur permet de participer directement à la prise de décision politique, comme cela a été vu précédemment.

Cette avancée est cependant remise en cause sitôt l'ANC élue. Jouissant d'une légitimité électorale, la troïka majoritaire s'impose, pour un temps du moins, comme seule détentrice du pouvoir. Remplacée par l'Assemblée elle-même, l'ISROR disparaît et l'obligation de tenir compte des positions défendues par les acteurs sociaux avec. De nouveau silencieux, le droit constitutionnel intérimaire écarte les acteurs de la société civile du pouvoir.

⁶⁶ CHOUIKHA (L.), GOBE (E.), *Histoire de la Tunisie depuis l'indépendance*, Supra note 9, à la p.76.

⁶⁷ *Ibid*, aux pp. 82-85.

Bien qu'évincés, les syndicats et associations remobilisent les citoyens pour défendre les acquis de la Révolution à de nombreuses reprises. Grèves générales des journalistes, des magistrats, et de la fonction publique, – toutes organisées par une association syndicale ; le Syndicat des journalistes (« Snjt »), l'AMT, l'UGTT, pour ne citer que ceux-là – les années 2012 et 2013 sont marquées par de nombreuses manifestations, organisées en réaction à la politique menée par la troïka⁶⁸. Elles donnent lieu à un phénomène nouveau, symptomatique d'une division au sein de la population : l'organisation de contre-manifestations par les soutiens du régime, menant à la surenchère des deux camps⁶⁹. Ce conflit des légitimités, la pression populaire, les excès de violence qu'elle entraîne, et les tergiversations constitutives rappellent finalement la société civile sur le devant de la scène.

Syndicats et associations sont les premiers, dès octobre 2012, à proposer une solution de sortie de crise. Face aux nombreux blocages et à l'engourdissement du processus constituant, l'UGTT – l'organisation syndicale la plus puissante – avance l'idée de réunir les représentants de l'ensemble des partis politiques pour mettre un terme aux mésententes politiciennes et accélérer les travaux de l'ANC. Mis en œuvre en août 2013, le Dialogue National est finalement encadré par le quartet d'associations, et, s'il repose sur une feuille de route établie, il impose également l'obligation pour l'ensemble des partis présents d'avoir de nouveau recours au dialogue pour résoudre tout différent⁷⁰.

Sa mise en place, en dehors et même contraire au droit constitutionnel intérimaire, aura un double effet. D'une part, la légitimité déjà importante de ces quatre associations est reconnue par l'acceptation même du processus par les partis politiques. La réussite du Dialogue National et l'obtention d'un prix Nobel par la suite renforcent leur image d'acteurs prépondérants. D'autre part, en plaçant ces négociations sous le contrôle de quatre acteurs sociaux, les partis politiques reconnaissent à ces derniers une place d'arbitre sur la scène politique. Néanmoins, l'occasion d'encadrer les représentants du peuple sur des questions d'une telle importance ne se présente plus après l'adoption de la Constitution du 27 janvier 2014, ce qui est signe d'une normalisation de la vie politique tunisienne.

Cette affirmation de la société civile comme actrice de la transition démocratique puis de la vie politique du pays indique que la démocratie tunisienne se consolide. La Tunisie serait ainsi réellement en train « *d'édifier un régime républicain démocratique et participatif* » pour reprendre les termes du Préambule de la nouvelle Constitution⁷¹. Pour autant, ces organisations jouent normalement un rôle de censeur du pouvoir, et n'interviennent donc pas directement dans la prise de décision politique, à moins d'être insérées au sein du système constitutionnel.

Or, alors que ces organisations conservent un pouvoir politique prépondérant, la nouvelle Constitution ne les intègre que marginalement au sein du fonctionnement constitutionnel – selon son article 139, la société civile ne peut participer qu'à l'élaboration de projets locaux⁷² –, ce qui provoque une situation d'instabilité pour les institutions tunisiennes. En effet, les associations et syndicats ont une influence nationale, et tendent à se développer.

Devenus médiateurs politiques, certains acteurs de la société civile – notamment les quatre membres encadrant le Dialogue National – permettent aujourd'hui l'expression de différentes opinions

⁶⁸ CHOUIKHA (L.), GOBE (E.), *Histoire de la Tunisie depuis l'indépendance*, *Supra note 9*, aux pp. 92-93 ; AÏSSA (M. S. B.), « Pouvoir judiciaire et transition politique en Tunisie », *Supra note 47*, aux § 35-38.

⁶⁹ CHOUIKHA (L.), GOBE (E.), « La Tunisie politique en 2013 : de la bipolarisation idéologique au « consensus constitutionnel » ? », *Supra note 41*, aux pp. 301-322.

⁷⁰ *Ibid*, aux pp. 301-322 ; BEN HAMADI (M.), « Comprendre le "Dialogue national" en Tunisie : quand le "consensus" prime sur la légitimité électorale », *Supra note 42*.

⁷¹ Constitution de la République Tunisienne, promulguée le 27 janvier 2014, *Supra note 12*, Préambule.

⁷² *Ibid*, Article 139: Cet article invite la société civile à participer localement l'élaboration des projets de développement du territoire et des collectivités locales, soutenant ainsi le recours aux « *mécanismes de la démocratie participative* ».

sans entrer dans les logiques électorales du système classique⁷³. près de 750 000 adhérents – dont 200 000 l'ont rallié pendant la transition –, l'UGTT reste par exemple un partenaire incontournable du Gouvernement tunisien⁷⁴. Forte de ce soutien, la société civile continue de participer activement à la vie législative et d'avoir recours à la mobilisation sociale, qui reste pacifique mais paralyse le processus de prise de décision politique⁷⁵. Par exemple, les syndicats de la magistrature ont partiellement imposé leurs propositions lors l'élaboration de la nouvelle loi organique sur le Conseil Supérieur de la Magistrature. Ils ont organisé de nombreuses manifestations pour protester contre les projets, dont une des dernières date du 21 décembre 2016⁷⁶, et défendu leurs positions face au gouvernement par le biais de communiqués ou via leur participation à la commission de l'élaboration des lois au sein du Ministère de la Justice⁷⁷. De sorte qu'aujourd'hui encore, malgré l'entrée en vigueur de la Loi Organique n°2016-34 relative au Conseil Supérieur de la Magistrature, l'élection des membres du Conseil, puis la révision de la Loi Organique n°2016-34 après une première crise politique opposant le gouvernement à une partie des syndicats⁷⁸, la situation semble chaotique⁷⁹. En conséquence, bien que débutée en 2015, la réforme de la Justice n'est toujours pas effective, ce qui retarde la mise en place d'un réel Etat de droit.

La pratique du droit constitutionnel intérimaire tunisien, par ses échecs, a donc permis l'affirmation de nouveaux acteurs sur la scène politique. En effet, l'inadaptation de la structure constitutionnelle – ne prenant pas d'emblée en considération l'importance de l'intervention de la société civile durant le moment révolutionnaire – a eu pour conséquence paradoxale leur affirmation. Partisans et soutenus par les citoyens, ces contre-pouvoirs non institutionnels ont pu, grâce à leur capacité de mobilisation populaire, faire pression sur les divers gouvernements de la transition, allant même jusqu'à s'imposer comme arbitres dans la prise de décision. En ce sens, ces contre-pouvoirs d'un nouveau genre peuvent être considérés comme de nouveaux mécanismes de démocratie directe, indicateurs de la réalité sociale du pays au sein d'un régime représentatif chancelant. Néanmoins, l'intégration relative des organisations de la société civile au sein du système constitutionnel de la Constitution du 27 janvier 2014 a mené à une situation paradoxale, le fonctionnement et la place prise par ces organisations renvoyant à la fois l'image d'une démocratie en voie de consolidation, et celle d'une confrontation politique paralysante.

Dès lors, la construction du jeu des pouvoirs et contre-pouvoirs constitutionnels au sein d'une démocratie et son efficacité résultent partiellement d'un droit constitutionnel atypique, reposant sur une logique démocratisante et non plus démocratique. Evitant l'implantation d'un système constitutionnel « hors-sol », le droit constitutionnel intérimaire se révèle être un véritable laboratoire assurant la construction d'un régime constitutionnel « personnalisé » et un facteur de renouvellement des théories constitutionnelles classiques.

⁷³ GEISSER (V.), PEREZ (D.), « De la difficulté à " faire parti " dans la Tunisie post-Ben Ali », *Supra note 7*.

⁷⁴ BOBIN (F.), « Le principal syndicat tunisien se dote d'une nouvelle direction pragmatique », *LeMondeAfrique*, LeMonde.fr, 26 janvier 2017.

⁷⁵ « Tunisie : l'AMT appelle à un mouvement de protestation devant le Palais du gouvernement à la Kasbah », *Maghreb Emergent*, maghrebemergent.com, 18 décembre 2016 ; « Tunisie: Des structures judiciaires appellent le président de la République à ne pas promulguer la loi relative au CSM », *DirectInfo*, directinfo.webmanagercenter.com, 16 mai 2015.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Loi organique n° 2016-34 du 28 avril 2016, relative au Conseil supérieur de la magistrature, version consolidée en vertu de la loi organique n° 2017-19 du 18 avril 2017, JORT 2017 n°035, 29 avril 2017.

⁷⁹ « Caïd Essebsi promulgue la loi sur le CSM », *La Presse de Tunisie*, lapresse.tn, 21 avril 2017.