

Revue

N° 9 / 2022

DROIT & POLITIQUE

Revue Tunisienne d'études juridiques et Politiques

Revue de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse

La transition démocratique et l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des projets de lois (Approche fonctionnaliste)

Mounir JENAYAH

Le pouvoir de compromettre pour autrui en matière d'arbitrage

Adam BEN RHOUMA



Revue
DROIT & POLITIQUE

Revue Tunisienne d'études juridiques et Politiques

Revue de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse

Directeur Fondateur

Doyen **Lotfi TARCHOUNA**

Professeur des universités

Directeur de l'École doctorale «Droit et sciences politiques»
Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse

Sous la direction de

Asma Ben Abdallah

Professeure des universités

Doyenne de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse

Coordinateur

Mohamed Bouguerra Chaabane

Maître assistant en droit privé

Vice-doyen et directeur des études

à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse

Édition 2022

Revue DROIT & POLITIQUE
Revue de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse

ISSN : 2233-2812

Première édition - Tunis 2022

© Droits d'édition, d'impression et de distribution réservés à :

ÉDITIONS LATRACH

95, Avenue de Londres - 1000 Tunis
Tél. : (+216) 71 24 11 23 // Fax : (+216) 71 33 04 90
E-mail : latrachsalem@gmail.com

Mise en page et couverture : Rochdi BOUDAYA

DROIT & POLITIQUE

Revue
DROIT & POLITIQUE

Revue Tunisienne d'études juridiques et Politiques

Revue de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse

Directeur fondateur : **Lotfi TARCHOUNA**

Professeur des universités

Directeur de l'Ecole doctorale «Droit et sciences politiques»

Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse

Comité Scientifique

Professeurs Émérites

Ahmed ESSOUSI | Mohamed Ridha JENAYAH |

Professeurs de Droit Privé

Nabil BEN AICHA | Houda TALEB ALI | Fathi HAMDİ

Anas BOUKAMCHA | Iheb BEN REJEB | Inès AMOURI

Walid BEN SALAH

Professeurs de Droit Publics

Jamel DIMASSI | Lotfi TARCHOUNA | Sami JAMEL

Amine MAHFOUDH | Montassar EL OUARDI | Abderrazak MOKHTAR

Noomen NCIRI | Abdelkader FATHALLA | Taoufik GHANNAY

Asma BEN ABDALLAH | Montassar CHERIF | Jalila BOUZOUITA

Awatef TROUDI | Abessalam FATNASSI | Rym ABBES

Karim CHAYATA | Fadoua MASMOUDI | Sana Bahri

Adresse

Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Sousse:
Bld. Chedli Bouzakoura - Cité Erriyadh - 4023 Sousse - République Tunisienne

SOMMAIRE

La transition démocratique et l'instance provisoire du 7
contrôle de constitutionnalité des projets de lois
(Approche fonctionnaliste)

Mounir JENAYAH

Le pouvoir de compromettre pour autrui en matière 37
d'arbitrage

BEN RHOUMA Adam



La transition démocratique et l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des projets de lois (Approche fonctionnaliste)

Mounir JENAYAH

Docteur en sciences politiques
Maître assistant en sciences politiques à l'université de Jendouba
(Faculté de sciences juridiques, économiques et de gestion de Jendouba)

7

« Une constitution à la quelle la garantie de l'annulation des actes inconstitutionnels fait défaut, n'est pas pleinement obligatoire, au sens technique une constitution dans laquelle les actes inconstitutionnels et en particulier les lois inconstitutionnelles restent ainsi valables équivaut à peu près, de point de vue proprement juridique, à un vœu sans force obligatoire. Toute loi, tout règlement et même, tout acte juridique général fait par les particuliers sont une force juridique supérieure à celle de cette constitution ⁽¹⁾ »

Cette citation démontre l'importance de l'existence d'un mécanisme de contrôle pour garantir la suprématie de la norme constitutionnelle. Ce mécanisme est désigné par « la justice constitutionnelle », qui quelque soit la forme ou la procédure de saisine est le seul capable de concrétiser l'Etat de droit, de garantir la pérennité d'un régime démocratique et de le protéger contre les actions arbitraires des autorités gouvernementales.

La prise de conscience de l'importance de la justice constitutionnelle s'est faite d'une manière tardive. Ce n'est qu'après la deuxième

(1) Hans KELSEN *la garantie juridictionnelle de la constitution*, Paris, RDP, 1928, p125

guerre mondiale que le contrôle de constitutionnalité est devenu une institution afférente à tout régime politique voulant être conforme aux principes de démocratie et de l'Etat de droit.⁽²⁾

Avant la deuxième guerre mondiale à l'exception des Etats Unis d'Amérique, pays de contrôle diffus, le contrôle de la constitutionnalité ne s'exerçait que sur les actes administratifs. Les actes législatifs, comme étant l'expression de la volonté populaire, bénéficiaient d'une immunité totale. La crainte du gouvernement des juges a légitimé en quelque sorte l'immunité des actes législatifs⁽³⁾. Cependant les atrocités commises au cours de la deuxième guerre mondiale ont imposé « *la justice constitutionnelle comme étant une condition de l'Etat de droit* ».

En Tunisie, l'idée de constitution a profondément marqué l'histoire ancienne et moderne du pays. Elle s'est dotée d'une constitution depuis Carthage bien avant le mouvement constitutionnaliste de l'Europe du XIII^{ème} siècle et du XIX^{ème} siècle.

Le pacte fondamental promulgué le 10 Septembre 1857 est considéré comme étant une charte de libertés, une sorte de contrat social entre le monarque et ses sujets. Le régime de contrôle de constitutionnalité des lois fut instauré en vertu de l'article 60 de la constitution du 26 avril 1861 (la première constitution écrite du monde arabe) et la mission de constitutionnalité a été confié au grand conseil⁽⁴⁾. Ce dernier jouait le rôle d'une cour constitutionnelle.

Sous le régime de la constitution du 1^{er} juin 1959 le contrôle de constitutionnalité des lois n'a pas été pris en considération lors de sa promulgation. L'instauration de l'Etat autoritaire et omnipotent n'a pas permis l'installation d'un régime de contrôle de constitutionnalité des lois. Cette lacune a été compensée en partie en vertu de la loi ne 39-1990 du 18 avril 1990 relative à la création du conseil constitutionnel faisant de ce dernier une institution, dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie financière. Cependant, les circonstances politiques n'ont pas permis à cet appareil de devenir une véritable cour constitutionnelle. Il fallait attendre le

(2) Rafāa BEN ACHOUR, « la justice constitutionnelle quelle procédure ? » in *la justice constitutionnelle*, Tunis .CERP, 1995, pp 86-87

(3) Abdelfettah AMOR, « la justice constitutionnelle dans les Etats du tiers monde les expériences récentes », in *la justice constitutionnelle*, op.cit,p59

(4) *Id*, pp 13-14

bouleversement politique du 14 Janvier 2011 qui secoué l'histoire moderne de la Tunisie, pour que le contrôle de constitutionnalité soit consacré.

La constitution du 27 janvier 2014 a réservé la section II du chapitre V à la cour constitutionnelle qui a fait l'objet de réglementation en vertu de la loi fondamentale n°50-2015 du 3 décembre 2015⁽⁵⁾. Cependant, la constitution de 2014 a mis en place un système transitoire de contrôle juridique en attendant la mise en place de la cour constitutionnelle permanente. Ce rôle a été attribué à « *l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des projets des lois* ». Cette instance a pour rôle de contrôler la constitutionnalité des projets des lois. L'objet de ce travail est de se focaliser sur la fonction de l'instance provisoire de constitutionnalité des projets des lois dans la transition démocratique que connaît la Tunisie depuis 2011.

Ce sujet dispose d'une importance théorique dont il convient d'analyser dans les pages qui suivent. De point de vue théorique, le sujet a une relation étroite avec la science politique et plus précisément avec la question de transition démocratique. Cette dernière est déterminée comme étant une dynamique, un processus, une période de reconversion d'un régime politique autoritaire, à un régime politique démocratique. « *La transition démocratique ou la démocratisation est l'extension progressive du principe de la citoyenneté à un nombre plus grand de participants ou à un champ politique plus vaste dans la perspective d'une prise de décision collective directe ou par l'intermédiaire de représentants élus de façon plus spécifique* ». La transition démocratique est un processus long, lent et graduel⁽⁶⁾ dont l'objectif est le passage d'une situation politique oligarchique à une situation politique démocratique et où les principaux leaders sont choisis dans le cadre d'élections concurrentielles.

L'existence d'institutions qui gèrent le processus de démocratisation facilite l'instauration d'un régime représentatif et pluraliste. L'objectif est de construire une nouvelle organisation étatique dont

(5) Loi organique n°2015-50 du 3 décembre 2015 relative à la cour constitutionnelle (JORT n°150 p 3372-3386)

(6) Guy HERMET et Bertrand BADIE, *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, Paris, Puf, 1994, p81.

rôle des cours constitutionnelles est prépondérant⁽⁷⁾. La période de transition est marquée par sa complexité.

Puisque les institutions politiques sont généralement précaires et instables. Ce qui demande la soumission du pouvoir politique au contrôle du juge constitutionnel. Ce dernier n'est plus la bouche de la constitution uniquement mais celui qui développe des règles d'interprétation de cette dernière⁽⁸⁾. C'est ainsi, la justice constitutionnelle apparaît comme instance afférente à toute transition démocratique. Le rapport entre démocratie et justice constitutionnelle n'est pas de stricte dépendance⁽⁹⁾. L'existence d'une cour constitutionnelle ne signifie pas la préservation des libertés, car tout dépend des prérogatives qui sont octroyées aux instances de contrôle de constitutionnalité⁽¹⁰⁾.

Les cours constitutionnelles traitent des questions qui se situent entre droit et politique qui se rapportent aux choix fondamentaux de la société dont sont engagées les autorités politiques dans leur plus haut niveau⁽¹¹⁾. Le rôle normatif et créateur du juge constitutionnel qui dépasse le rôle « faible et timide »⁽¹²⁾ du juge ordinaire confirme sa place pendant la période de transition démocratique.

Cette légitimité ne peut être prouvée que par le dépassement du contrôle formel du respect de la constitution à la contribution effective dans l'édification d'un nouvel ordre politique fondé sur le consensus et l'Etat de droit. C'est ainsi, on peut parler d'une justice constitutionnelle et pas d'une justice institutionnelle⁽¹³⁾. Sur le plan du processus de transition démocratique dont s'est engagée la Tunisie depuis le 14 Janvier 2011, il a pris la forme d'une révolution passive⁽¹⁴⁾

(7) Jean Pierre MASSIAS « *Justice constitutionnelle et transition démocratique en Europe de l'est* », Paris LGDG, 1995, p375

(8) Michel FROMONT, *la justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1990, p86-87

(9) Georges VEDEL, « Introduction à la justice constitutionnelle » in *la justice constitutionnelle, op.cit.*, p23

(10) Madeleine GRAWTTZ et Jean LECA, *Traité de science politique .les régimes politiques contemporain*, Paris, Puf, 1990, p4.

(11) Louis FAVOREU, « le modèle européen de justice constitutionnelle », in *la justice constitutionnelle, op.cit.*, p47

(12) *Id.*, p48

(13) Sadok BELAID, « justice constitutionnelle et Etat de droit », in *la justice constitutionnelle, op.cit.*, p105

(14) Baccar GHERIB, *Penser la transition avec gramsci Tunisie (2011-2014)*, Tunis, Diwen, 201, p142

se situant entre mobilisation populaire et institutionnalisation .Ce qui a conféré aux instances constitutionnelles un rôle prépondérant.

En se basant sur une approche fonctionnaliste nous allons essayer de déterminer la fonction de l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des projets des lois au cours de la période de transition démocratique. Mais avant, la clarification de la méthode fonctionnaliste s'impose.

Le fonctionnalisme est une théorie explicative qui se repose sur l'efficacité d'une institution. Cette dernière est conçue à partir de la fonction qu'elle accomplit en interaction avec les autres composantes de la société. A son origine cette théorie a été développé par :

- *Malinowski* (penseur culturaliste) : le rôle de l'institution est sociologique, c'est-à-dire que les éléments sociaux et culturels devraient être pris en compte lors de l'étude de l'institution par rapport au système social entier⁽¹⁵⁾. Il adopte une approche positiviste et rigoureuse dans l'observation des phénomènes sociaux. Alors que pour *Radcliffe Brown* le rôle de l'institution est de maintenir le fonctionnement de la structure dont il convient d'analyser les systèmes autorégulateurs. L'institution est tenue de réaliser une stabilité normative et une tâche d'intégration et d'adaptation. L'approche fonctionnaliste a pris une nouvelle ampleur avec *Talco Parsons*. Il va s'éloigner de l'approche purement anthropologique de *Malinowski* et d'*Alfred Radcliffe Brown*. Il va développer une analyse alternative « la théorie générale de l'action ». Sa conception est applicable à toutes les sciences sociales notamment la science politique. C'est ainsi le fonctionnalisme est sorti du giron de l'anthropologie afin de franchir d'autres disciplines notamment la science politique. C'est l'avènement du « structuro-fonctionnalisme » ou le « fonctionnalisme systémique ». Son analyse prévoit que les institutions fonctionnent dans un système interdépendant selon leur propre volonté et conformément à des règles spécifiques, c'est-à-dire selon un ordre donné.

Le fonctionnalisme n'est plus une théorie explicative mais une science rationnelle qui se fonde sur l'utilitarisme de l'institution mobilisée. L'objectif du chercheur est de poser l'hypothèse de la capacité de l'institution à accomplir sa tâche.

(15) Madeleine GRAWTTZ, *lexique des sciences sociales*, Paris dalloz, 1986, p179

Il convient de signaler que l'objectif de la méthode fonctionnaliste est de déterminer les obstacles ou les dysfonctions qui empêchent l'institution à accomplir sa fonction. Le sociologue américain Robert Merton a établi la distinction entre la **fonction manifeste** et la **fonction latente**.⁽¹⁶⁾

La fonction manifeste est définie comme étant des fonctions accomplies consciemment par l'institution. Alors que la fonction latente est conçue comme étant fonction accomplie in consciemment ou involontairement⁽¹⁷⁾. Ce raisonnement est parfaitement cohérent avec la réflexion développée par Merton à propos de la méthode fonctionnaliste. En critiquant l'approche de Malinowski il évoque la notion du rôle « au lieu de fonction ». Il définit ce rôle comme « **l'ensemble des rôles qui sont associés à un statut donné** ». En vertu de la conception de Merton, l'institution agit différemment envers de multiples situations. Ces dernières sont le résultat d'enjeux et de conflits qui sont involontaires mais imposantes. En résumé, la fonction est prévue a priori alors que le rôle est fixé a posteriori. À partir de l'axe de recherche visé, la problématique à traiter est la suivante :

Comment l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des projets de lois a réussi à accomplir sa fonction dans la protection de la cohérence du système normatif et son rôle dans la régularisation de la vie politique ?

I

La fonction de l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des projets de lois dans la protection de la cohérence du système normatif

Nous allons évaluer la fonction de l'instance provisoire du contrôle de constitutionnaliste des projets des lois à assurer la stabilité normative. Cette évaluation sera faite l'évolution par de mode de saisine de l'instance (A) et par la capacité à édifier un Etat de droit (B).

(16) Robert Merton a exposé sa théorie de la fonction manifeste et la fonction latente dans son livre de 1949 « social theory » et « social structure », classé le troisième livre le plus important de la sociologie au, XX^{ème} siècle.

(17) *Ibid*

A) Le droit de saisine et protection des droits fondamentaux

La saisine constitue le moyen le plus approprié pour l'opposition politique afin de rationaliser l'action du politique. Elle fait recours à la saisine pour contribuer à l'édification de l'Etat de droit¹. La saisine est un instrument pour l'opposition politique dans la confection des règles juridiques. Dans les pays à système Romano-germanique telle que la Tunisie, le contentieux constitutionnel est strictement réservé à une instance du contrôle de la constitutionnalité des lois.

La Tunisie a opté pour le modèle « Kelsenien » où le contrôle des projets de lois est réservé à une juridiction constitutionnelle spécifique. En d'autres termes, la Tunisie a choisi le modèle de contrôle concentré auquel on oppose le modèle de contrôle diffus où tout l'appareil juridictionnel peut être saisi dans le contrôle de constitutionnalité⁽¹⁸⁾. En adoptant le modèle kelsenien de contrôle qui vise à assurer la pérennité de la constitution, la Tunisie entend la garantie de la cohérence de son système normatif.

En tout état de cause, il est important de constater que le modèle de contrôle kelsenien garantit la suprématie de la constitution. Mais il est peu probable qu'il permet une consécration d'une protection effective des droits des citoyens. Jugé comme fondamentalement objectif, le système de contrôle concentré ne permet pas la protection des droits particuliers des individus⁽¹⁹⁾.

Aux termes de l'article 18 de la loi organique relative à l'instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets des lois, la saisine est attribuée au président de la République au chef de gouvernement et aux trente membres de l'ARP. La saisine octroyée au chef de l'Etat est un droit inspiré de constitution française et portugaise. En Espagne en Allemagne et en Autriche le droit de saisine n'est pas octroyé au chef de l'Etat⁽²⁰⁾. Le droit de saisine dont dispose le chef de l'Etat lui permet de bénéficier d'un pouvoir dans l'ordre institutionnel et de ne pas être totalement désarmé devant la majorité parlementaire. Cependant, ce droit de saisine

(18) Marc VERDUSSEN, *la justice constitutionnelle en Europe centrale*, Paris, LGDJ, 1994 p 237

(19) *Id*, pp240-241

(20) Nadia BERNOUSSI « la justice constitutionnelle au Maroc à travers la révision constitutionnelle de septembre », in *la justice constitutionnelle*, op.cit p175

octroyé au président de la République pose problème puisque selon l'article 72 de la constitution « *le président de la République garantit son indépendance et sa neutralité et veille au respect de la constitution*⁽²¹⁾ »

En d'autres termes doter le chef de l'Etat d'un droit de saisine va diminuer son rôle d'arbitre suprême, c'est à dire comme responsable final de la constitution⁽²²⁾. La loi organisant l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets des lois a réservé le droit de saisine aux autorités politiques et a exclu l'action populaire. Cette dernière est ouverte à chaque citoyen pour motif d'inconstitutionnalité d'un projet de loi est une preuve de l'extension de sa participation dans la vie politique (1)⁽²³⁾. Cependant, il faut respecter une certaine stabilité juridique et ne pas permettre des actions banales ou téméraires. Dans les démocraties consolidées, l'action populaire est permise. C'est ainsi en Allemagne, en Autriche tout citoyen qui estime que ses droits sont lésés par une loi, il peut agir en inconstitutionnalité. D'autre Etats à l'instar de l'Italie de l'Espagne du Portugal et de la Belgique admettent le recours populaire indirect. En vertu duquel le citoyen n'exerce le recours en inconstitutionnalité que sur renvoi d'une juridiction judiciaire ou administrative⁽²⁴⁾.

L'action populaire a été évitée pour l'instance à cause de son caractère provisoire, mais elle est consacrée au profit de la cour constitutionnelle dont la mise en œuvre connaît actuellement d'énormes difficultés⁽²⁵⁾. En effet la fragilité du processus de transition démocratique impose une stabilité juridique. Il est vrai que ceci ne permet pas une protection des situations subjectives qui devraient constituer l'espace des libertés individuelles.

La saisine de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des lois se fait par un contrôle à priori. C'est à dire par le moyen du contrôle préventif. Cet instrument présente des avantages

(21) *Id*, p177

(22) Le président n'a utilisé ce droit de saisine qu'une seule fois par le président Moncef Marzouki. Il a été débouté pour vice de forme -2014)

(23) Rafâa BEN ACHOUR, « la justice constitutionnelle : quelle procédure ? », in *la justice constitutionnelle*, op.cit p90

(24) *Id*, p90

(25) Loi organique n°50-2015 du 3 décembre 2015 relative à la cour constitutionnelle (JORT n° 158 du 8 décembre 2015, p3379 et suite)

notamment sa simplicité ⁽²⁶⁾ .Cependant, peut avoir des inconvénients en matière de prévention des droits et des libertés. L'action en inconstitutionnalité dépend de la volonté des autorités politiques .Une Loi peut passer même si elle est inconstitutionnelle si les autorités politiques ne la contestent pas.

Il aurait été peut être concevable d'étendre la compétence de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets des lois pour exercer un contrôle à posteriori .En dépit de son caractère provisoire, le mode de contrôle à posteriori pouvait mettre la société civile en avant en matière de protection des droits et des libertés et lui aurait permis d'accompagner le processus de transition en matière constitutionnelle. Le constituant a préféré réserver ce contrôle à la cour constitutionnelle permanente.

En effet, en examinant la saisine de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets des lois, on remarque que les motifs de recours sont dans la plupart du temps politique et ne sont pas fondés sur des motifs de protection de la pérennité de la suprématie de la constitution.

En limitant les voies de recours à priori aux autorités politiques l'instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets des lois, apparait comme une institution ayant pour objectif d'assurer la cohérence du système normatif à la constitution.

Au-delà de cette première fonction de mise en cohérence du système normatif, l'instance du contrôle de la constitutionnalité des projets des lois contribue partiellement à l'édification de l'Etat de droit. C'est ce qui va être vérifié dans le prochain paragraphe.

B) La fonction de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets de lois dans l'édification de l'Etat de droit.

Les droits fondamentaux incarnent les valeurs de citoyenneté et leur protection constitue une condition pour toute construction rationnelle du pouvoir politique, de même qu'elle témoigne de la concrétisation de la volonté populaire souveraine. Le rôle de juge constitutionnel est le perfectionnement de l'ordre éthique et normatif

(26) Rafāa BEN ACHOUR, « la justice constitutionnelle : quelle procédure », *in la justice constitutionnelle op.cit.*, p93

.C'est ainsi les droits fondamentaux sont des normes de référence aux choix idéologiques des Etats. L'objectif de ce travail est d'évaluer la capacité de l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des projets des lois à établir l'Etat de droit et impliquer la Tunisie dans une démocratie pluraliste. Il s'agit de démontrer la capacité d'imagination et d'indépendance de l'instance et à passer du formalisme à l'effectivité.⁽²⁷⁾

Cependant, en sauvegardant la constitution l'instance devrait contribuer à l'élaboration de l'ordre juridique tunisien, en dépassant les limites et les carences du projet de la loi en question. L'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des lois est « *un organe régulateur du fonctionnement des institutions de l'activité des pouvoirs publics*⁽²⁸⁾ ». Le rôle régulateur est la censure des projets des lois inconstitutionnelles. Ce qui concrétise sa mission constructive en ajoutant à la loi les éléments conformes à la constitution⁽²⁹⁾.

La fonction de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets de lois est d'accomplir la synchronisation du système juridique en parachevant la hiérarchie des normes.⁽³⁰⁾ Le contrôle de la constitutionnalité des projets de lois se fait de deux manières .D'une manière « formelle » ou d'une manière « matérielle ».

D'une manière « formelle » lorsque la procédure de création d'un projet de loi est inconstitutionnelle et d'une manière « matérielle » lorsque le contenu d'un projet de loi est inconstitutionnel⁽³¹⁾. Le contrôle de la stabilité normative se fait sur le plan du fond et sur le plan de la forme, c'est-à-dire sur le plan des dispositions du projet de la loi et sur le plan de la manière dont est façonné ce projet.

Le contrôle s'opère au niveau de la procédure et au niveau de la compétence. La question de procédure est importante puisqu'elle définit la relation dynamique entre la loi et la constitution .De cette façon une norme est constitutionnelle que parce qu'elle est créée suivant une procédure particulière⁽³²⁾. C'est ainsi à titre d'illustration,

(27) Médé NICAISE, *la fonction de régularisation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone*, www.persée.fr, p1

(28) Abdelfettah AMOR, « la justice constitutionnelle dans les Etats du tiers monde », in *la justice constitutionnelle*, op. cit p 67

(29) Dominique ROUSSEAU, op.cit p37

(30) *Id*, p 16

(31) *Id*, pp17-18

(32) Olivier BEAUD, « Kelsen contre Shmitt: un dialogue de sourds », in Olivier BEAUD

que l'instance a refusé la demande des représentants de peuple de sursoir en urgence pour examen de recours pour inconstitutionnalité de la loi de finances de 2016 .Elle a estimé que cette demande n'est pas fondée⁽³³⁾. D'autre part ,l'instance a considère lors de son examen du recours contre le projet de loi relative à l'amélioration climat d'investissement que le chef de gouvernement n'est pas obligé de soumettre ce projet au conseil de ministres car il ne porte pas de modification du statut de la société Tunisienne d'Electricité et du Gaz en tant qu'établissement public ⁽³⁴⁾.

Au-delà des questions de procédure l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des lois s'affirme comme institution protectrice des droits fondamentaux ⁽³⁵⁾ jouant un rôle dans l'édification de l'Etat de droit.

L'Etat de droit est défini comme étant « *Etat régi par le droit dans l'objectif de préserver la liberté* »⁽³⁶⁾ Le rôle dévolu à la justice constitutionnelle est de protéger les libertés publiques et individuelles. Elle est sensée défendre les aspirations des minorités et des plus faibles⁽³⁷⁾. Le droit ne peut être résumé en un ensemble des normes c'est-à-dire qu'il dépend de l'action du politique mais se développe dans un système. C'est la conception systémique du droit dont il convient à la justice constitutionnelle de tenir compte lors de son travail.

L'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets des lois a été appelée pour l'examen de la constitutionnalité du projet de loi de la lutte contre la corruption. Elle a jugé que la nomination de l'appareil administratif par le pouvoir exécutif ne

et Pasquale PASQUINO, *La controverse sur le gardien de la constitution et la justice constitutionnelle : Kelsen contre chmitt*, Paris, Panthéon Assas, 2000, p4

(33) Décision de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets des lois n°2015-1 du 21 décembre 2015 relative à la demande de sursoir en urgence (*JORT* n°103 du décembre 2015 pp 1600, p4 et suite)

(34) Décision n°2019 -1 du 27 mai 2019 relative au recours contre le projet de loi n° 2019-2 relative à l'amélioration de climat d'investissement (*JORT* n°162 du 4-7 juin 2019, pp 1724 et suite)

(35) Madleine GRAWITZ et Jean LECA *les régimes politique contemporains*, Paris, Puf, 1990, p 422

(36) Abdefettah Amor, « la justice constitutionnelle dans les Etats du tiers monde les expériences récentes », in *la justice constitutionnelle*, op.cit p61

(37) Francis DELPEREE, « la compétence du juge constitutionnel », in *la justice constitutionnelle*, op.cit p79

touche en rien le contrôle pour lutter contre les crimes de corruption et l'instauration de la bonne gouvernance.

De même qu'elle s'est référée aux articles 27, 49, 102,108 de la constitution, pour contrôle au parquet .Elle a estimé que la préservation des droits fondamentaux exigés que le travail des contrôleurs s'effectue sous la tutelle du pouvoir juridictionnel. Selon l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des lois, l'octroi au parlement du pouvoir de mise à terme des fonctions du président de l'instance de la bonne gouvernance et de la lutte contre la corruption ne porte pas atteinte à son autonomie par rapport à l'assemblée des représentants du peuple⁽³⁸⁾. La distinction entre le droit positif, comme étant des normes obligatoires imposées par la majorité parlementaire et le droit dans sa connotation éthique. Le droit devrait être compris comme cohérence normative qui englobe et transcende la loi⁽³⁹⁾. A cet effet, le droit est un système normatif composé de valeurs suprêmes qui commandent la création des lois.

L'instance provisoire du contrôle des projets de lois a jugé inconstitutionnel l'article 10 du projet de loi relative à la création du registre national des entreprises. En effet elle a estimé que les informations exigées par l'article 10 sur les personnes dépositaires est en contradiction avec l'article 24 de la constitution qui énonce la protection des données personnelles. Toujours dans le même raisonnement l'instance a ajouté qu'il est nécessaire de respecter les dispositions de l'article 49 de la constitution selon lequel la loi fixe les restrictions relatives aux s et aux libertés garantis par la constitution et à leur exercice⁽⁴⁰⁾.

Dans la même perspective l'instance a jugé inconstitutionnel le projet de loi sur l'octroi d'un congé exceptionnel pour les candidats aux élections présidentielles, législatives et municipales. Elle a considéré que l'article 21 interdit l'application des dispositions différentes par une même situation administrative. C'est une atteinte aux règles d'équité

(38) Décision de l'instance n°2017 du 17 aout 2017 relative au projet de loi organique n°2017 -38 relative à l'instance de la bonne gouvernance et de lutte contre la corruption (JORT n°67 du 22 aout 2017 p2709 et suite)

(39) Sadok BELAID, « justice constitutionnelle et l'Etat de droit », in *la justice constitutionnelle, op.cit*, pp108-109

(40) Décision n°2018 -4 du 4 septembre 2018 relative au projet de loi n°2018-30 relative à la création du registre national des entreprises (JORT n°73-74 du 11-14 septembre, 2018, p3885)

conformément à l'article 21 de la constitution⁽⁴¹⁾. En se basant sur le même principe l'instance a considéré comme constitutionnel l'article 5 du projet de loi portant organisation du départ à la retraite. En effet, cet article applique les mêmes dispositions pour des agents dans la même situation administrative⁽⁴²⁾. De même l'instance avait prononcé l'inconstitutionnalité de l'article 36 du projet de la loi de finance de l'année 2018 pour violation des articles 24 et 49 de la constitution : « *le secret professionnel est garanti comme étant un domaine de la vie privée et protégé par la constitution* ⁽⁴³⁾ »

L'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets des lois a été appelée pour juger la constitutionnalité de l'article 42 de la loi et électorale. ⁽⁴⁴⁾A cet effet l'instance s'est prononcée en faveur de la constitutionnalité de cet article, en se conformant à l'article 49 de la constitution qui octroie à la loi le droit de porter des restrictions relatives aux droits et aux libertés ⁽⁴⁵⁾

Ces droits fondamentaux sont protégés par la constitution c'est à dire qu'ils sont consacrés par le texte constitutionnel. La constitution du 27 janvier 2014 a consacré la protection constitutionnelle des droits et des libertés dans son chapitre II (articles 21 à 49). L'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets de lois s'est engagée à protéger les droits fondamentaux à l'instar de toute autre justice constitutionnelle. Ces droits sont protégés à cause de leur incorporation dans la constitution et non pas à cause de leur caractère spécifique. Leur protection se fait par souci de hiérarchie des normes.

(41) Décision n°2018 -1 du 23 janvier 2018 relative au recours d'inconstitutionnalité du projet de loi n° 2017-78 relative à l'octroi d'un congé exceptionnel pour les agents de la fonction publique candidats aux élections prés identielles législatives régionales et municipales (JORT n°8 du 26 janvier 2018 ,p284)

(42) Décision n° 2019 -1 du 26 AVRIL 2019 relative au recours pour constitutionnalité du projet de loi 2019-24 complétant et modifiant la loi n°85 -12 du 5 mars 1985 relative aux pensions de retraite (JORT n°35 du 30 avril 2019, p 138)

(43) Décision n°2018-7 du 26 décembre 2018 de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets de lois relatives au recours pour inconstitutionnalité de la loi de finance de 2018 (JORT n°104 du 28 décembre 2018 p 5428 et suite)

(44) Cet article impose à tout candidat aux élections présidentielle d'assurer une caution d'une somme de 10000 dinars or cette condition n'a pas été citée dans l'article 74 de la constitution.

(45) Décision ne 2014-4 de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets des lois relative a l'examen de la constitutionnalité du projet de la loi électorale (JORT n°41 du 23 MAI 2014 p 1346 et suite)

Ce qui fragilise le processus de contrôle de la constitutionnalité des projets des lois⁽⁴⁶⁾.

Dans les Etats où la justice constitutionnelle est une partie prenante du système juridictionnel à l'instar de la France, le juge constitutionnel a créé le concept de bloc de constitutionnalité. Ce qui signifie que le juge constitutionnel est sensé être le gardien de tout le dispositif constitutionnel notamment la constitution avec les normes relatives aux droits et aux libertés publiques. Ceci est considéré comme une exigence éthique et culturelle⁽⁴⁷⁾.

Le pouvoir d'interprétation du juge constitutionnel existe malgré que les droits et les libertés soient énoncés expressément dans la constitution. En d'autres termes, l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets de lois protège les droits et les libertés grâce à son pouvoir d'interprétation. Elle s'est référée à l'article 46 de la constitution selon lequel « *l'Etat veille à consacrer la parité entre la femme et l'homme dans les assembles élus* » pour confirmer la constitutionnalité de l'article 24 du projet de la loi électorale.

Selon l'instance cet article est constitutionnel tant qu'il garantit la parité⁽⁴⁸⁾, le contrôle de la constitutionnalité des lois peut exister sans un système de protection des droits et libertés fondamentales. C'est le cas des Etats Unis d'Amérique et de la France de 1958 à 1971⁽⁴⁹⁾. Cependant, lors des transitions démocratiques la culture des droits fondamentaux n'est pas développée et les libertés sont menacées il convient à la justice constitutionnelle de les garantir.

La contribution de la justice constitutionnelle dans la transition démocratique se concrétise dans la construction du système constitutionnel démocratique⁽⁵⁰⁾. Ce dernier se compose de normes conformes à la constitution dont la mission essentielle octroyée à la justice constitutionnelle est d'ériger la cohérence normative. En d'autres termes, le contrôle de la confection des normes constitue la pierre angulaire dans l'avènement de l'Etat de droit⁽⁵¹⁾. Ce qui constitue une compétence de principe pour l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets des lois.

(46) Slim LAGHMANI, « justice constitutionnelle et droit fondamentaux » in *la justice constitutionnelle*, op.cit p12

(47) Id, p132

(48) Décision de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets des lois n°2014-2 du 19 mai 2014 (JORT n°41 du 23 mai 2014 p1346 et suite)

(49) Madeleine GRAWITZ et Jean LECA *les régimes politique contemporains*, op.cit p424

(50) Jean pierre MASSIAS, *justice constitutionnelle et transition démocratique en Europe de l'est*, Paris, LGDJ, 1995, p396

(51) Bernard POULAIN *la pratique française de la justice constitutionnelle*, Paris, Economica, 1972 p 11

Le rôle de l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des projets des lois dans la régulation de la vie politique

Le fonctionnalisme en tant que théorie de science politique repose sur l'approche structuraliste. Cette dernière vise à évaluer la capacité de l'institution à assurer l'autorégulation du système politique national. L'objectif est de vérifier la capacité de l'instance à dépasser les dysfonctions du système politique tunisien.

C'est ce qui va être vérifié à travers la composition de l'instance (A) et sa capacité protection des valeurs républicaines (B).

1. Composition (pluralisme, représentativité et complémentarité) et consensus politique

La composition de l'instance revêt une importance fondamentale car elle témoigne de son pluralisme, de sa représentativité, et de sa complémentarité.

À part les conditions exigées pour tout magistrat ordinaire qui sont l'impartialité l'indépendance et la compétence⁽⁵²⁾. Le juge constitutionnel devrait avoir d'autres qualités. En effet, la composition des cours constitutionnelles (permanentes ou temporaires) devraient refléter trois objectifs pour renforcer sa légitimité sur le plan politique. Ces trois objectifs sont le pluralisme, la représentativité et complémentarités⁽⁵³⁾.

Avant de traiter la conformité de la composition de l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des projets des lois aux conditions citées ; il convient d'aborder le mode de désignation de ses membres. L'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des lois, joue le rôle d'une cour constitutionnelle conformément à la loi n°14-2014 du 18 avril 2014. Ce qui lui procure la même source de légitimité. Cette dernière tient du mode de désignation des membres des cours constitutionnelles qui diffère d'un Etat à un autre⁽⁵⁴⁾.

(52) Georges VEDEL, « Introduction à la justice constitutionnelle » in *la justice constitutionnelle*, op.cit, p30

(53) Louis FAVOREU, « le modèle européen de justice constitutionnelle », in *la justice constitutionnelle* op.cit p54

(54) *Id*, p53

L'article 4 de la loi n°14-2014 relative à la création de l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des lois prévoit que cette dernière se compose de ce qui suit :

- Premier président de la cour de cassation comme président de l'instance
- Premier président du tribunal administratif membre et premier vice président ·
- Premier président de la cour des comptes membre et deuxième vice président ·

Trois membres hautement qualifiés sur le plan juridique qui sont nommés respectivement de la part du président de l'Assemblée de représentant du peuple, de la part du président de la République et de la part du chef de gouvernement⁽⁵⁵⁾.

Il convient de conclure de ce qui a été cité que la composition de l'instance est à la fois politique et juridique. En d'autres termes que compte tenu de son caractère particulier, la désignation des trois membres de l'instance se fait par des autorités politiques ceci est une nécessité pour renforcer sa légitimité⁽⁵⁶⁾. En adoptant ce choix, la Tunisie s'est inspirée du modèle italien et espagnol ou les pouvoirs (exécutif, législatif et judiciaire) sont impliqués dans la désignation des membres des cours constitutionnelles.

En tout état de cause, la composition de l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des lois fait de cette dernière un organe de nature juridico-politique. Un organe à système mixte⁽⁵⁷⁾. Conformément à cette orientation, les membres de l'instance sont nommés par les autorités politiques et des membres de droit tels que les présidents (de la cour de cassation, du tribunal administratif et du tribunal des comptes). L'exclusion de la représentation des tendances politiques s'explique par la volonté de dépasser les clivages idéologiques qui peuvent apparaître lors de la nomination des membres de l'instance. Ceci a été prouvé lors de l'élection des membres de la cour constitutionnelle dont le parlement a échoué à plusieurs reprises depuis 2015. En Italie où l'élection des juges

(55) Article 4 de la loi n°2014-14 du 18 Avril 2014 relative a l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité *des projets des lois* (JORT n°32du 22 Avril 2014 p1012)

(56) Louis FAVOREU, « modèle européen de justice constitutionnelle », *in la justice constitutionnelle*, *op.cit* p53

(57) Jean Pierre MASSIAS, *op.cit* p 416.

constitutionnels par le parlement Italien en 1948 a demandé neuf ans ⁽⁵⁸⁾ pour asseoir sa légitimité politique. La composition de l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des projets des lois devrait refléter trois conditions qui sont : le pluralisme, la représentativité et la complémentarité.

❖ Le pluralisme

Le pluralisme constitue une condition préalable pour la légitimité de la cour constitutionnelle. Une composition pluraliste en octroie à la cour constitutionnelle l'acceptation par les différentes fractions politiques. Une composition pluraliste est celle qui est renouvelée d'une manière régulière. Le système d'alternance produit le pluralisme. Ceci n'a pas été prévu dans la loi portant réglementation de l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des projets des lois. Son caractère provisoire n'a pas poussé le législateur à organiser l'alternance comme mécanisme instaurant le pluralisme ⁽⁵⁹⁾. Dans les expériences comparées notamment l'expérience japonaise et suédoise le pluralisme ne peut être garanti s'il n'y a pas d'alternance politique. Pour palier à ce problème, il y a eu l'instauration du renouvellement permanent des membres des instances de contrôle de constitutionnalité des lois.

❖ La représentativité

La question de représentativité est d'une importance fondamentale parce qu'elle constitue le fondement de la légitimité des cours de contrôle de constitutionnalité. Plus la cour est représentative plus elle dispose de légitimité. Deux tendances sont à retenir en matière de représentativité. La première tendance consiste à représenter les principales tendances politiques dans les instances de contrôle de constitutionnalité (Italie, Portugal et Allemagne); alors que la deuxième tendance consiste à représenter les différentes composantes linguistiques, religieuses et ethniques de la population (Etats fédéraux)⁽⁶⁰⁾.

Cependant, à la différence des expériences italiennes et espagnoles, les sensibilités politiques ne sont pas représentées dans l'instance

(58) *Id*, p416

(59) Louis FAVOREU, « le modèle européen de justice constitutionnelle » in *la justice constitutionnelle*, *op.cit*, p53

(60) *Id*, p53

provisoire du contrôle de constitutionnalité des projets des lois. En Autriche en Allemagne, en Italie et au Portugal; il y a eu recours aux partein-proporz qui se résume dans la réparation proportionnelle des sièges dans les cours constitutionnelles entre les partis politiques, Ce qui ne fait que renforcer leur légitimité politique⁽⁶¹⁾. L'article 5 de la loi portant organisation de l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des projets de lois a exigé que le responsable d'un parti politique dans les années précédentes à la nomination de l'instance ne soit pas membre⁽⁶²⁾.

❖ La complémentarité

La composition mixte de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets de lois: de magistrats professionnels nommés de droit et des experts chevronnés dans le domaine juridique constitue un élément de complémentarité entre la compétence technique et la compétence scientifique. La présence des professeurs d'université au sein de l'instance s'explique par le fait qu'ils sont des personnalités indépendantes dans les périodes de transition démocratique⁽⁶³⁾. Par ailleurs, une composition mixte est sensée offrir une meilleure crédibilité au fonctionnement de l'institution. En revanche dans le cadre de l'incrustation de l'institution de contrôle de la constitutionnalité des lois dans son environnement sociologique, il fallait que cette dernière s'ouvre davantage sur la société. Chose qui manque dans la composition dans l'actuelle instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des lois.

La présence de praticiens de droit ou de politique est indispensable à l'instar des juges, des avocats, des professeurs d'université et des hommes politiques⁽⁶⁴⁾. Dans plusieurs cours constitutionnelles ces cinq catégories sont souvent présentes. Elles les enrichissent par leurs expériences et leurs compétences. Ainsi, en abordant les conditions de pluralisme de représentativité et de complémentarité, l'instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des lois répond dans

(61) *Id*, p54

(62) Article 5 de la loi organique n°2014-14 du 18 Avril 2014 relative à l'instance du contrôle de la constitutionnalité des projets des lois (JORT n° 32 du 22 Avril 2014 p 1012).

(63) Louis FAVOREU, « le modèle européen de justice constitutionnelle », *op.cit*, p37

(64) *Id*.p57

une certaine mesure à ces conditions. Cependant, cette instance est restée isolée de son environnement sociologique.

En d'autres termes, les forces politiques ne sont pas présentées. Ce qui peut compliquer la tâche de l'instance et rend difficile son acceptation par l'opinion publique et par la classe politique. Cependant cette difficulté peut se résorber par la capacité de l'instance à édifier un consensus autour de valeurs républicaines.

2- Le rôle de l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des lois dans la conservation de valeurs républicaines.

Le juge constitutionnel est le gardien de principes communs non écrits sur les quels reposent la nation. D'où son rôle de régulateur constitutionnel ou institutionnel. ⁽⁶⁵⁾ Ce rôle n'est pas énoncé expressément dans la constitution mais il constitue le fondement de la légitimité du juge constitutionnel. Cette fonction de régulation est la tente parce qu'elle n'est pas octroyée par la loi mais elle ressort de son rôle comme fédérateur social en dépit des antagonismes idéologiques ou politiques qui transcendent la société.

Les périodes de transition sont généralement marquées par l'émergence de conflits entre acteurs politiques. Le conflit politique est désigné comme étant « **antagonismes ou combats qui ont pour en jeu la conquête, l'exercice et le contrôle du pouvoir politique par les partis, les clans, les groupes ou les individus qui entendent imposer leur domination** »⁽⁶⁶⁾

Les transitions s'accompagnent par des mouvements de fait à l'instar de l'insurrection populaire, l'instabilité parlementaire « politique de chaise vide »⁽⁶⁷⁾. Depuis le 14 janvier 2011, la Tunisie connaît une transition démocratique difficile marquée par la montée du populisme, la persistance d'une certaine désobéissance populaire, l'afflux des mouvements de contestations sociales.

Des comportements qui ont poussé les acteurs politiques à chercher une certaine légitimité par la légalité. Or cette légitimité ne peut être obtenue que par des institutions représentatives non contestées, stables et fiables dans leur fonctionnement. Ce qui n'a pas été encore

(65) Médé NICAISE, *la fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique Francophone*, www.persée.fr, p12

(66) *Id.*, p22

(67) *Id.*, p21

atteint en Tunisie. Depuis 2011 l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des projets des lois dispose d'un rôle de régulateur politique. Ce qui peut garantir une certaine harmonie sociale. C'est ainsi que cette instance n'est plus une institution de régularisation juridique uniquement (le contrôle de légalité des projets des lois).

C'est dans ce contexte qu'apparaît la fonction latente de l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des projets des lois puisqu'elle n'est pas prévue par la constitution dans ses dispositions transitoires ni par la loi portant organisation la fonction de l'instance. La fonction latente de l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des projets des lois est de palier les insuffisances des projets des lois en matière de leur non-conformité à des principes sur les quels sont fondés la nation⁽⁶⁸⁾. Le rôle de l'instance lui octroie une nécessité fonctionnelle indispensable dans tout le système social. C'est celui de préserver les valeurs républicaines fédératrices et capables de dépasser les désaccords qui peuvent émerger entre groupes politiques à propos de certains projets de lois.

La conservation de valeurs républicaines communes est un moyen par lequel la minorité parlementaire se prévient contre les tendances autoritaires de la majorité. En pratique, le consensus s'articule autour d'un certain nombre de principes énoncés dans la constitution. Ces principes constituent un socle commun de cohésion juridique et politique pour toute la société⁽⁶⁹⁾. Cependant, la pérennité du consensus dépend de l'existence d'institutions fiables.

Pourquoi la majorité parlementaire va chercher le compromis politique alors que les rapports de force lui sont favorables ? Le système pluraliste devient une démocratie à fonctionnement strictement majoritaire ou la minorité se transforme à un peuple opprimé à l'image d'un régime autoritaire⁽⁷⁰⁾.

Ce qui constitue un pouvoir d'empêchement de la majorité à dévoiler les droits institutionnellement protégés de la minorité. L'existence de l'instance oblige à faire des concessions au profit de

(68) KAMBO Benoit, *les juridictions constitutionnelles et les crises : communication du conseil constitutionnel de Burkina Faso*, www.persee.fr, p106

(69) Sadok BELAID, « justice constitutionnelle et décision démocratique » in *la justice constitutionnelle op.cit* p110

(70) Renaud BAUMERT, « la justice constitutionnelle et la décision démocratique », in Olivier BEAUD et PASQUINO, *op.cit* pp 16-36.

la minorité parlementaire⁽⁷¹⁾. L'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des lois peut statuer en opportunité. Elle tient compte des intérêts de plusieurs parties. En d'autres termes son rôle n'est pas uniquement de contrôler la hiérarchie des normes en tant qu'instance purement juridique à l'instar du conseil constitutionnel en France. Ce qui confère à l'instance provisoire de la constitutionnalité des projets de lois un caractère politique.

En tenant compte de l'intérêt économique et écologique l'instance a fondé sa décision par l'article 13 de la constitution selon lequel « les ressources naturelles appartiennent au peuple tunisien. L'Etat y exerce sa souveraineté en son nom les accords d'investissement relatifs à ces ressources sont soumis à la commission spéciale de l'Assemblée des représentants du peuple. Les conventions y afférentes sont soumises à l'approbation de l'Assemblée. »

Elle a considéré les contrats relatifs à la production de l'énergie électrique sont englobés par le contrôle de l'Assemblée des Représentants du peuple à l'instar des contrats d'investissement relatifs aux ressources naturelles⁽⁷²⁾. Dans la même démarche l'instance du contrôle de la constitutionnalité des lois l'instance a décidé de l'inconstitutionnalité de quatre articles de la loi de finances de 2016. Elle a fondé sa décision sur la contradiction des articles 46, 59, 60, 64 et 85 avec le régime républicain démocratique et participatif énoncé dans le préambule. Elle a considéré que ces articles ne sont pas compatibles sur le principe de neutralité d'égalité et continuité du service public tel- qu'énoncé dans l'article 15 de la constitution⁽⁷³⁾.

En revanche l'instance a rejeté la requête sur l'inconstitutionnalité de la loi relative à l'octroi de la licence d'exploitation pétrolière. Elle a fondé sa décision sur le fait que le projet de la loi en question n'est pas en contradiction avec l'article 12 de la constitution qui dispose « l'Etat agit en vue d'assurer la justice sociale, le développement durable et l'équilibre entre les régions, en tenant compte des indicateurs de développement et du principe de l'inégalité

(71) *Id*, p32

(72) Décision de l'instance sur le contrôle de la constitutionnalité des projets des lois n°2014-6 du 8 octobre 2014 relative au projet de loi relative à la production de l'électricité à partir de l'énergie renouvelable (JORT n°83 du 14 octobre, 2014, p 2817 et suite)

(73) Décision de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets des lois n°2015-4 du 22 décembre 2015 relative au projet de loi relative à la loi de finance de 2016 (JORT n°103 du 25 décembre 2015 p3544)

compensatrice, il assure également l'exploitation rationnelle des ressources nationales ». ⁽⁷⁴⁾ L'instance a jugé le bien fondé du recours en inconstitutionnalité des lois à partir du respect des principes généraux énoncés dans le préambule et l'exercice de l'activité économique le caractère provisoire d'une cour constitutionnelle n'affecte en rien son efficience en matière de contrôle de constitutionnalité des lois. Ce qui intéresse c'est son ancrage dans la culture politique du pays ⁽⁷⁵⁾.

L'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des lois bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire. Cette dernière ne se contente pas de contrôler d'une simple subsumption ⁽⁷⁶⁾. L'instance a estimé que l'article 59 de la loi de finances de 2016 n'est en conformité avec les articles 10.15 et 21 de la constitution tunisienne. L'article 59 n'a pas respecté les mécanismes de recouvrement de l'impôt et de la lutte contre l'évasion ou la fraude fiscale comme il est prévu par l'article 6 de la constitution. ⁽⁷⁷⁾

L'instance a considéré que l'article 60 de la loi de finances est non conforme à l'article 15 de la constitution. Cet article évoque expressément que l'administration est organisée conformément aux principes de neutralité, d'égalité et de continuité du service public conformément aux règles de transparence d'intégrité et de recevabilité. C'est ainsi l'instance fait du principe de neutralité un facteur de transparence de l'action administrative. En se fondant sur le même principe l'instance s'est prononcé en faveur de la constitutionnalité de la loi relative aux banques et aux institutions financières. ⁽⁷⁸⁾

En vertu de cette décision, l'instance a fait part que la finance islamique est un produit commercial et n'est pas contre les principes

(74) Décision de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets des lois n° 2019-3 du 21 janvier 2019 relative au projet de loi n° 2017-55 relative à la licence de l'exploitation pétrolière (JORT n° 52 du 28 p2100 et suite)

(75) Marc VERDUSSEN, *la justice constitutionnelle en Europe centrale*, op.cit p237.

(76) Michel TROPER « *kelsen et la cour constitutionnelle* » in olivier BEAUD et Pasquale PASQUINO, op.cit, p10

(77) Décision de l'instance du contrôle de la constitutionnalité des projets des lois n° 2015-4 du 22 décembre 2015 relative au projet de la loi de finance de 2016 (JORT n° 103 du 25 décembre 2015 p354 et suivante)

(78) Décision de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets des lois des lois du 2 juillet 2016 aux banques et aux institutions financière (JORT n° 58 du 15 juillet 2016 p 250 et suivante.)

de la neutralité de l'Administration. L'introduction des finances islamiques ne contrarie pas les principes de l'Etat civil, tant qu'une circulaire du gouverneur de la banque centrale définit leurs opérations et régleme leur condition d'exercice, la banque centrale se réfère au droit positif et ses circulaires entrent dans le cadre de leur pouvoir réglementaire ⁽⁷⁹⁾.

La souveraineté du peuple sur les richesses naturelles s'exerce par le contrôle de ses représentants sur tous les accords et contrats y afférents afin de faciliter l'exploitation rationnelle des richesses conformément au principe de transparence, de la protection de l'environnement de développement durable tels qu'ils sont énoncés par la constitution.⁽⁸⁰⁾ Dans le même contexte l'instance s'est référée à l'article 15 de la constitution pour confirmer l'obligation du respect de l'Administration de toutes les règles de transparence ,d'intégrité dans les accords d'investissement relatifs aux richesses naturelles ⁽⁸¹⁾. Le travail du juge constitutionnel a les mêmes caractéristiques que le travail politique .En effet, le rôle conféré au juge constitutionnel est l'interprétation des règles de droit constitutionnel dont la création est octroyé au pouvoir législatif et l'exécution est confiée au pouvoir exécutif ⁽⁸²⁾. Ces deux pouvoirs (législatif et exécutif) sont des institutions élues par le peuple. Ce dernier leur délègue le pouvoir entre les élections en tant qu'expression de la volonté populaire Les institutions du contrôle de la constitutionnalité des projets des lois sont des institutions de l'espace des citoyens. Elles permettent d'agir afin de prévaloir leur droits par rapport aux autres pouvoirs. En d'autres termes, elles leur permettent d'exercice un contrôle sur le pouvoir exécutif et législatif ⁽⁸³⁾ . Le pouvoir de contrôle sur les représentants du peuple n'est pas une mise en cause du processus démocratique. C'est un contrôle sur les élus en tant que volonté

(79) Décision de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets des lois n° du 2 juillet 2016 du 24 mai 2016 relative au projet des lois relative aux banques et aux institutions financière (*JORT* n°44 du 31 mai 2016 p2012 et suivante)

(80) Décision de l'instance du contrôle de la constitutionnalité des lois n° 2017-3 du 23-5-2017 relative au projet de la loi n°2017-11 se rapportant à la modification de code des hydrocarbures (*JORT* n°42 du 26 mai 2017 p 1724 et suivante.)

(81) Décision de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des lois n° 2017-56 relative au projet de loi n° 2017 -56 relative la licence d'exploitation pétrolière Nefzoua (*JORT* n°67 du 22 aout 2017 p 2702 et suivantes)

(82) Dominique ROUSSEAU, *la justice constitutionnelle en Europe*, Paris Monchrestien, *op.cit* p35

(83) *Id*, p 43

autonome de celle de leurs électeurs. La classe politique ayant des intérêts propres dissociés des intérêts de leurs électeurs et se renferment sur leur sphère propre ⁽⁸⁴⁾.

La transition démocratique comme période de passage de régime autoritaire à un régime démocratique est caractérisée par l'immaturation de la classe politique. Les fractions politiques sont en désaccord sur les valeurs éthiques communes (droits de l'Homme et Libertés individuelles...). En dépit de l'absence d'une cour constitutionnelle permanente, l'instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de lois a réussi à rapprocher les fractions politiques en dépit de leur clivage idéologique et excessif. Ceci se manifeste dans les décisions citées. Les partis politiques ne disposent pas d'un programme politique bien tracé. Ils ont subi un mouvement de morcellement qui n'a pas permis l'émergence d'un véritable multipartisme facilitant l'instauration d'un régime représentatif et pluraliste.

30 Guy Hermet met en relief le rôle des différents acteurs politiques dans le processus de transition démocratique ⁽⁸⁵⁾. En Europe de l'est notamment en Hongrie et en Pologne, c'est la société civile et les partis politiques qui ont mené le changement politique ⁽⁸⁶⁾. Le rôle de la société civile dans le processus de démocratisation s'est avéré indispensable. La chute du mur de Berlin et la démocratisation dans les pays de l'Europe de l'Est a marqué la naissance d'un nouveau modèle de société civile. Cette dernière représente le moteur du processus de transition démocratique et a constitué le barrage à tous les mouvements extrémistes, fondamentalistes et intégristes, antidémocratiques. Malheureusement, en Tunisie l'élite politique n'a pas développé une participation active dans les associations civiles et dans les différents organismes politiques permettant le développement d'une société politiquement démocratique. Ce qui a laissé un vide dont l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des projets de lois, essayée de combler.

Les cours constitutionnelles constituent un rempart pour la consolidation du processus de transition démocratique. L'instabilité politique et les risques de dérive ne peuvent être surmontés que

(84) *Id.*, p41

(85) Guy HERMET, *le passage à la démocratie*, Paris, Presses de la Fondation des sciences politiques, 1996, p43.

(86) *Id.*, p43

par des institutions fiables telles que l'instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets des lois. Les périodes de transition démocratique sont accompagnées par la création des cours constitutionnelles. Elles sont considérées comme garantes de la démocratie. C'est le cas de la Grèce en 1975, du Portugal en 1976 et de l'Espagne en 1978⁽⁸⁷⁾. Le même phénomène s'est produit après l'effondrement du communisme en Europe de l'est en 1990⁽⁸⁸⁾. Le caractère provisoire de certaines cours constitutionnelles dans les pays de l'Europe de l'est ne les a pas empêchés de jouer un rôle ⁽⁸⁹⁾ dans la mise en place de l'Etat constitutionnel.

La Tunisie depuis 2011 fait preuve d'instabilité politique et d'une montée des clivages idéologiques⁽⁹⁰⁾. En dépit de la réalité politique difficile, l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des lois joue un rôle dans la protection de valeurs républicaines sur lesquelles peut s'ériger un système démocratique.

En conclusion, une constitution est composée de règles obligatoires qui concrétisent les aspirations d'une société. Pour cela le respect de la constitution est la seule garantie contre le règne de l'arbitraire et du diktat. Les institutions de protection de la constitutionnalité des lois sont le seul rempart pour assurer la pérennité de la constitution.

La légitimité des cours constitutionnelles se trouve entre droit et politique. C'est ainsi, leur existence dans le système juridictionnel est indispensable.

Le caractère provisoire de l'instance de contrôle de constitutionnalité des projets des lois ne l'a pas empêché de jouer un rôle prépondérant dans la régulation des dysfonctions du système juridique et politique en Tunisie en phase de transition. Cependant, ses compétences limitées ne lui ont pas permis de résoudre la crise politique qui risque de mettre en jeu le processus de transition démocratique.

(87) Madeleine GRAWITZ et Jean LECA, *traité de science politique, les régimes politiques contemporains*, op.cit p409

(88) Jean MARCOU, *justice constitutionnelle et systèmes politique*, Grenoble, Pug 2009 p 88

(89) *Id*, p85

(90) Sadok BELAID « justice constitutionnelle et Etat de droit », in *la justice constitutionnelle*, op.cit p99-121

Bibliographie

I. Ouvrage et Articles

- AMOR Abdelfettah « la justice constitutionnelle dans les Etats du tiers monde, les expériences récentes » *in la Justice constitutionnelle*, Tunis, CERP, 1995 .pp 61-72
- BADI HER Robert, *la justice constitutionnelle en Europe centrale*, Paris LGD6 ,1997
- BAUMERT Renaud, « Justice constitutionnelle et décision démocratique dans la pensée de Hans Kelsen, in BEAUD olivier et PASQUINO Pasquale, *la contreverse sur le gardien de la constitution et la justice constitutionnelle, kelsen contre shmitt*, Paris ,Panthéon Assas, pp 16-36
- BEN ACHOUR Rafâa « la justice constitutionnelle » « Quelle procédure ? » *in la justice constitutionnelle*, Tunis, CERP ,1995 pp85-98
- BEAUD Olivier, *Kelsen contre shmitt : un dialogue de sourds ?*, in BEAUD Olivier et PASQUINO Pasquale, *la contreverse sur le gardien de la constitution et la justice constitutionnelle, Kelsen contre Shmitt*, Paris, Panthéon Assas 2000, pp 38-87.
- BELAID Sodok. « justice constitutionnelle et Etat de droit » *in la justice constitutionnelle*, Tunis, CERP, 1995 pp 99-121.
- BERNOUSSE Nadia, « la justice constitutionnelle au Maroc à travers la révision constitutionnelle de septembre », *in la justice constitutionnelle*, Tunis, CERP, 1995
- Colom Jacques, *la justice constitutionnelle dans les Etats du nouveau Common wealth le cas. de l'île Maurice*, Paris, Economica ,1990
- DELPEREE Francis « compétence du juge constitutionnel », *in la justice constitutionnelle* Tunis, CERP, 1925, pp73-84
- FAVOREU Louis, « le modèle européen de justice constitutionnelle », *in la justice constitutionnelle*, Tunis, CERP, 1995, pp 39-60.

- FROMONT Michel, *la justice constitutionnelle dans monde*, Paris, Dalloz ,1990
- GHERIB Baccar, *Penser la transition avec Gramsci Tunisie* (2011- 2014), Tunis, Diwen, 2017
- GRAWITZ Madeleine, *Méthodes des sciences sociales*, Paris Dalloz ,1986
- GRA WITZ Madeleine, *lexique des sciences sociales* Paris, Dalloz 2004
- GRAWITZ Madeleine et LECA Jean, *les régimes politiques contemporains*, Paris, Puf, 1990
- HERMET Guy et BADIE Bertrand, *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, Paris, Puf 1994.
- Kelsen Hans, *la garantie juridictionnelle de la constitution*, Paris, RDP, 1928.
- LAGHMANI Slim « justice constitutionnelle et droits fondamentaux » *in la justice constitutionnelle*, Tunis, CERP ,1995 .pp 123-135
- LE DIVELLEC Armel « le gardien de la constitution de Carl shmitt .Eléments sur les paradoxes d'une théorie constitutionnelle douteuse » *in* BEAUD Olivier et PASQUINO Pasqual, *la controverse sur le gardien de la constitution et la justice constitutionnelle. kelsen contre shmith*, Paris Panthéon, Assas, 2000, pp 1-3
- MASSIAS JEAN Pierre, *justice constitutionnelle et transition démocratique en Europe de l'est*, Paris, L6D6 ,1995
- MARCOU Jean, *la justice constitutionnelle et systèmes politiques*, Grenoble, PUG, Economica, 1992
- MAYER Daniel, *la pratique française de la justice constitutionnelle* .Paris Economica, 1972
- NICAISE Médé, *la fonction de régularisation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone*, www.persée.fr
- POULAIN Bernard, *la pratique française de la justice constitutionnelle*, Paris, Economica, 1972
- ROUSSEAU Dominique, *la justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1990.

- TROPER Michel, «Kelsen et la cour constitutionnelle », in BEAUD Olivier et PASQUINO Pasqual, *la controverse sur le gardien de la constitution Kelsen Contre Shmitt Paris Panthéon*, Assas, 2000, pp3-15
- VEDEL George, « Introduction à la justice constitutionnelle », in *la justice constitutionnelle*, Tunis, CERP, 1995, pp21-37.
- VERDUSSEN Marc, *la justice constitutionnelle en Europe centrale*, Paris, LGDJ, 1994.

II- Textes officiels classés selon l'ordre chronologique

A) Droit interne

- loi organique n°14-2014 du 18avril 2014 relative à l'instance provisoire du contrôle de constitutionnalité des projets des lois (*JORT* n°32 du 22 Avril 2014 p101 et suite).
- Loi organique n°50-2015 du 3décembre 2015 relative à la cour constitutionnelle (*JORT* n°158 du 8 décembre 2015 p3379 et suite)

B) jurisprudence

- Décision de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité du projet de la loi n°2014-2 du 19 mai 2014 (*JORT* n°41 du 23 mai 2014 p1341 et suite)
- Décision de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité du projet de la loi n°2014-4 du 19 mai 2014 relative à l'examen de la constitutionnalité du projet de la loi électorale (*JORT* n°41 du 23 mai 2014 1346 et suite)
- Décision de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité du projet de la loi n°2014-6 du 8 Octobre 2014relative au projet de la loi se rapportant à la production de l'électricité à partir de l'énergie renouvelable (*JORT* n°83 du 14 octobre 2014 p 2817 et suite)
- Décision de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité du projet de la loi n°2015-4 du 22 Décembre 2015 relative au projet de la loi de finances de 2016 (*JORT* n° 103 de 25 Décembre 2015, p3544 et suite)
- Décision de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité du projet de la loi n° du 2 juillet 2016 du 24 mai 2016 relative

au projet de la loi se rapportant aux banques et aux institutions financières (*JORT* n°58 du 15 juillet 2016 p2012 et suite)

- Décision de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité du projet de la loi n°2017-56 relative au projet de la loi n°2017 -56 se rapportant à la licence d'exploitation pétrolière Nefjab (*JORT* n°67 du 22 août 2017 p2702 et suite)
- Décision de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité du projet de la loi n°2018-1 du 23 janvier 2018 relative au recours d'inconstitutionnalité du projet de loi n°2017-78 relative à l'octroi d'un congé exceptionnel pour les agents de la fonction publique candidats aux élections législatives ,régionales et municipales (*JORT* n°8 du 26 janvier 2018 p 284 et suite)
- Décision de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité du projet de la loi n°2018-4 du 4 septembre 2018 relative au projet de loi n°2018 -30 se rapportant à la création du registre national des entreprise (*JORT* n°73-74 du 11 -14 septembre 2018, p3885 et suite)
- Décision de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité du projet de la loi n°2018-72 du 26 décembre 2018 relative au recours pour inconstitutionnalité du projet de la loi de finances de 2018 (*JORT* n°104 du 28 décembre 2018 p5428 et suite).
- Décision de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité du projet de la loi n°2019-1 du 26 avril 2019 relative au recours pour constitutionnalité du projet de loi n°2019-24 complétant et modifiant la loi n°88-12 du 5 mars 1985 relative aux pensions de retraite (*JORT* n°35 du 3 avril 2019, p1387 et suite).

