



HELSINGIN YLIOPISTO
HELSINGFORS UNIVERSITET
UNIVERSITY OF HELSINKI



CDL-UD(2012)001
Arc-en-ciel

Strasbourg, 24 September/septembre 2013

THE EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW
/ COMMISSION EUROPENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(VENICE COMMISSION / COMMISSION DE VENISE)

In co-operation with / *en cooperation avec*

**THE CENTER OF EXCELLENCE
IN FOUNDATIONS OF EUROPEAN LAW AND POLITY (COE)**

UNIVERSITY OF HELSINKI / L'UNIVERSITE D'HELSINKI, FINLAND/FINLANDE

**AND THE INTERNATIONAL ASSOCIATION
OF CONSTITUTIONAL LAW (IACL) /
ET L'ASSOCIATION INTERNATIONALE
DE DROIT CONSTITUTIONNEL (AIDP)**

UNIDEM SEMINAR / SEMINAIRE UNIDEM

**“CONSTITUTIONAL DESIGN” /
“DESIGN CONSTITUTIONNEL”**

**Helsinki, Finland/Finlande
21-22 May / Mai 2012**

PROCEEDINGS / ACTES

First Session
**“The Concept of Constitution and Constitutional Design -
Constitutional Design and Democracy”**

CONSTITUTION-MAKING – EXPERIENCES FROM EUROPE

Report by
Mr Kaarlo TUORI
Vice-President of the Venice Commission
Center of Excellence in Foundation of European Law Polity (COE)
University of Helsinki, Finland

Not all constitutions are alike, nor are all constitution-making processes similar. Neither should all constitutions be alike, nor all constitution-making processes similar. Despite this factually existing and even desirable diversity, some generalisations and classifications are indispensable.

I would like to introduce a classification of constitutions based on the circumstances of their drafting and enacting. First, we have what can be called *revolutionary constitutions*, which signal the beginning of a new political regime and perhaps even a new social order. The classical examples or revolutionary constitutions are the constitutions of the American and French revolutions from the late 18th century. Secondly, we have constitutions which amount to *declarations of independence*. Drafting a constitution is the first thing a newly-independent nation state engages in, and in adopting the constitution, it reinforces its claim to autonomous existence. Let me take two examples from my own political and cultural context: the Norwegian Constitution of 1814, the oldest constitution still in force in Europe, and the Constitution of Finland from 1919, adopted after Finland had seceded from the Russian Empire. It is possible but not necessary that a constitution combines features of both these types and is to be seen as both a revolutionary constitution and a declaration of independence. At least some observers would argue that this was the case with, for instance, the US constitution of 1787.

But not all constitutions herald the beginning of a new political or social era, nor reaffirm a newly-won independence of the polity. There exists a third type of *codificatory constitutions*. These codify at the constitutional level already occurred social, legal and political developments and introduce only minor constitutional novelties. Again, Nordic countries offer two examples: the Swedish Constitution from 1975, which replaced the Constitution dating back to 1809, and the Finnish Constitution from 2000, which replaced the first constitution of independent Finland from 1919. In Sweden, the King had long ago lost his real political power, and the political system had been gradually transformed from the power balance between the Monarch and the estates into a parliamentary regime with mass parties and universal suffrage. The Constitution of 1975 merely added formal benediction to the political system which had emerged from the historical contingencies of the previous 150 years. In Finland, in turn, the President's strong power position had, after the end of President Kekkonen's long reign, already been dismantled through partial reforms, and a new Bill of Rights, drafted after the model of the European Convention, had already been accepted. The new Constitution from 2000 mainly codified the constitutional development of the last two decades.

So we have three types of constitution: revolutionary constitutions; constitutions as declarations of independence; and codificatory constitutions. However – this is what I would like to argue – all these types of constitution share certain common functions which they are expected to perform in a well-ordered society. As many theorists of the constitution, the German sociologist Niklas Luhmann among them, have noted the constitution is a vital element in two social sub-systems, in both the legal and the political sub-system. In the legal system the constitution is expected to bring about order and coherence, in both formal and substantive sense. In the formal dimension, the constitution establishes the hierarchy of legal

norms and indicates the law-making authorities and their respective powers. In the latter, substantive, dimension, the constitution gives expression to the fundamental principles of the legal order; principles which infuse substantive coherence into this order and guide the interpretation and application of lower-order legal norms. Such coherence-creating is one of the functions of fundamental rights. But it is not their only task, nor are substantive constitutional principles necessarily exhausted by fundamental-rights norms. Fundamental rights and other substantive constitutional principles also fulfill an important limiting or boundary-drawing task in the legal system: they impose substantive limits to the powers of the constitutional law-making bodies. The supervision and maintenance of these limits falls to specific mechanisms of constitutional review, such as a constitutional court.

In the political system of a “well-ordered society”, the constitution fulfils both an organisational and a legitimising function. The organisational part of a constitution defines the basic institutional structure of political power: the main state organs, their competence and their mutual relationships. By the same token, the constitution defines the basic rules of the game which ordinary, daily political processes are supposed to respect. The constitution renders the political system the organisational and procedural stability necessary for its effective and frictionless functioning. This is an important accomplishment in itself, regardless of the specific organizational and procedural choices of the constitution.

The constitution’s organising function is closely connected to its other crucial task in the political system, namely, its legitimising function. The constitution channels the legitimacy of the law into the political system. We may recall Max Weber’s claim that the legitimacy of modern institutional state (*Anstaltsstaat*) is based on a belief in legality, on the belief that state organs function in accordance with the constitution and the law in general. Weber’s thesis, of course, has its problems, noted by many of his critics. Thus, Weber does not really proffer an account of how a mere belief in legality could engender legitimacy. In spite of these notorious Weberian problems, we can at least contend that a minimum condition for the legitimacy of the exercise of political power consists of its compliance with the constitution: unconstitutional exercise of power cannot be regarded as legitimate.

However, the ideal of a democratic constitutional state - a democratic *Rechtsstaat* - sets more demanding conditions for the legitimacy of political power than merely its exercise without breaching explicit constitutional norms. According to this ideal, a constitution can confer legitimacy on a political system only if it corresponds to certain basic principles, such as the principles of democracy, separation of powers and the legality of administration. In the normative framework of the principles defining a democratic *Rechtsstaat*, a mere confidence in the legality and constitutionality of the exercise of political power would not account for the legitimacy of modern state. Rather, the legitimacy would be engendered by the confidence that the political organisation of society respects the principles of a democratic *Rechtsstaat*.

Let us look a little more closely to the issue of legitimacy. Constitutions can be examined as speech acts raising particular claims which are expected to find resonance in the audience, among the addressees of constitutional speech acts. Central among these claims is that of legitimacy. Modern constitutions address not only social and political elites but also the population at large. Correspondingly, even the claim of legitimacy must be discussed in relation to both the elites and the general public.

The claim of legitimacy concerns both the constitution as normative entity and the political system the constitution regulates. The constitution is expected to transfer its legitimacy to the political system as the object of constitutional regulation. Where, then, does a constitution draw its legitimacy from? Here the particularities of the constitutional history of diverse polities are, of course, highly relevant. It is also obvious that the three types of constitution I have introduced – revolutionary constitutions, constitutions as declarations of independence and codificatory constitutions - differ with regard to their typical conditions of legitimacy. However, in general terms, two principal explanations for constitutional legitimacy can be suggested: origin-based and contents-based. *Origin-based legitimacy* derives from the circumstances in which a constitution has been enacted and/or the procedure which was thereby adhered to: the *constitutional moment* which gave birth to the constitution.

Characteristically, the constitutional moment giving rise to a revolutionary constitution is marked by wide political mobilisation and intensive discourses within civil society, among the citizenry as the *demos* - the ultimate subject of the constituent power - perhaps culminating in a referendum as the formal expression of this constituent power.

In addition, the constitutional moment may come to symbolise a turning point in the nation's existential history, such as gaining independence or at least an autonomous political status; here we could also speak of a *symbolic* legitimacy. Thus, the Norwegian constitution from 1814 evokes the memory of Norway's detachment from Denmark and entry into a personal union with Sweden as an autonomous entity; hence the very high symbol value of the Norwegian constitution. Similarly, the legitimacy of Finland's 1919 constitution was to a large extent due to its symbolising the political independence of the nation.

Contents-based legitimacy, in turn, flows from the substance of the constitution, from its accordance with the basic ethical values and moral principles of society. Thus, arguably, constitutional fundamental-rights provisions endow with legal form and consequences principles which belong to the very core of modern morality.

Origin-based and contents-based legitimacy can, of course, be mutually complementary and supportive. Arguably, the origin-based legitimacy of say, the US Constitution or the Norwegian Constitution from 1814 can only have lasted because complemented by contents-based legitimacy. But origin-based and contents-based legitimacy may also be detached from each other. So it seems that the legitimacy the German Basic Law has, over the years, gained is mainly contents-based: the circumstances in which the Basic Law was adopted were not very conducive to its legitimacy. On the other hand, it may happen that origin-based legitimacy loses its power because of an increasing discrepancy between constitutional provisions – for example, the Bill of Rights – and social values and moral principles.

Our typology of constitutional legitimacy is still in need of a vital addition. It is also possible that the proponents of constitutionalisation put their faith in the sheer legitimating force of constitutional rhetoric – which, in turn, is only explicable against the background of what can be called constitutional normalcy, i.e. the origin- and/or contents-based legitimacy. Here we can speak of *parasitic legitimacy*. When a military junta has a façade “constitution” adopted by a puppet parliament or in a rigged referendum, it aims at parasitic legitimacy, drawing upon the positive connotations constitutional vocabulary evokes or is at least expected to evoke.

Origin-based legitimacy is typical of revolutionary constitutions and constitutions as declarations of independence; we could even argue for a conceptual connection between types of legitimacy and types of constitution. Present constitution making in the Northern African states in the forefront of the Arab spring clearly falls under revolutionary constitutions. Evidently, here the basic problem is not the lack of political mobilisation or of interest among either the elites or the general public. Rather, the fundamental issue is – at least in the eyes of an external observer – how to channel the revolutionary enthusiasm into constructive and consensus-seeking discourses, without extinguishing its flame.

Let me introduce one further distinction which in my view is crucial for discussing constitution making. This is the distinction between *constitutional politics* and *ordinary politics*. Constitutional politics differs or at least should differ from ordinary politics in two vital respects. Firstly, origin-based constitutional legitimacy presupposes a high or at least higher than normal level of political mobilisation and the engagement of the general public. It also poses high requirements with regard to the inclusiveness and transparency of the deliberative procedures of constitution drafting and making; closed bargaining processes among new and old elites are not able to engender democratic legitimacy. Secondly, in ordinary politics majoritarian decision-making is natural and legitimate, but constitutional politics aims at as large a consensus as possible. Constitutional politics seeks to establish the constitutional rules of the game for ordinary politics. Only if the majority and the minority agree on these rules, can the minority be expected to accept the legitimacy of the decisions the majority adopts in ordinary politics. Consequently, a contingent majority should not abuse

its advantage by cementing in constitutional provisions its institutional power positions or substantive views in issues falling in the province of ordinary politics. Furthermore, the generally accepted rules of the game can only structure the procedures of ordinary politics if they display a certain stability. The routinization of constitutional politics, the launching of constitutional reform after practically every government change, would turn constitutional into ordinary politics, obliterate the vital distinction between the two. Constitutional moments are and should be exceptional moments in the history of a political nation.

Recent experiences in Europe demonstrate that the distinction between constitutional and ordinary politics is not self-evident. I take two examples from the so-called new democracies of Eastern and Central Europe. In Ukraine, constitutional reform has lain high on the political agenda almost constantly ever since the present constitution entered into force in 1996. But far too often constitutional reform has been downgraded to the level of ordinary politics, without serious attempts neither to involve civil society and the general public nor to reach a consensus among rival political forces. The procedure followed in the recent constitutional reform in Hungary, in turn, was quite severely criticized in the opinion given by the Venice Commission. The procedure did not meet the demanding criteria of inclusiveness, transparency and consensus-orientation. And the end-result has the flavor of a dictate of a contingent constitutional majority, buttressing its institutional power positions and locking behind a requirement of qualified majority standpoints which should be open to contestation in ordinary majoritarian politics: in, for instance, taxation or family and social policy.

Second Session
**“Constitutional Design in Europe and the Neighbouring Countries:
the example of Armenia”**

**CONSTITUTIONAL BORROWING IS INEVITABLE,
AT THE SAME TIME QUITE DIFFICULT AND SOMETIMES EVEN IMPOSSIBLE**

Report by
Mr Tigran TOROSSIAN
Chairman
National Assembly of the Republic of Armenia

Although, from the first glance this title may seem to be strange and even controversial, however, this formulation that belongs to the prominent expert of constitutional processes of post-Soviet era, Professor Osiatynski¹, most succinctly and comprehensively describes the process of constitutional design. Below, through representing the course, difficulties and the possible solutions of this process and sometimes through its comparison with examples from Eastern European countries, I will try to show that this formulation denotes the common and universal regularities of the constitutional design.

Adoption of the Constitution of Armenia: Elaboration or Borrowing?

After the collapse of the Soviet Union, the former communistic countries that had just taken the path of the constitutional democracy, were perfectly realizing what the Council of Europe and the European Union expect from them. “The general opinion was that the Eastern European countries should strive to adopt Western European models, taking into consideration the common traditions and the upcoming assumed membership to the EU.”²

The process of elaboration of the constitution started in Armenia immediately after re-gaining of the independence and the establishment of the institute of the President of the country, in 1992, in the framework of a Committee created for this purpose which was headed by the President and included as members MPs representing different political powers and experts. Right from the beginning it was necessary to decide which model or idea should lay in the basis of the Constitution of Armenia. Since ancient times the inter-penetration of cultures had been one of the important factors for the development of public and legal institutes.³

According to Cheryl Saunders, the process of elaboration of new constitutions or constitutional amendments without any reservations has been accompanied by borrowing of certain solutions found in certain constitutions “perhaps, with the exception of the United Kingdom, United States and France.”⁴ The European experts have participated in the elaboration of almost all of the Eastern European constitutions. The first approach towards

¹ **Osiatynski W.** The Paradoxes of Constitution - *International Journal of Constitutional Law*, 2003, vol. 1, No 2.

² **Rapaczynski A.** Popular Sovereignty and the Concept of Representation: The Relevance of American Constitutionalism in Eastern Europe. - *International Journal Soc.* 1996-1997, vol. 26, No 4.

³ **Martyshin O.** National political and legislative culture in the context of Globalization. – *State and Law*, 2005, No 4 (In Russian).

⁴ **Saunders Ch. A.** Constitutional Culture in Transition. - *Constitutional Cultures*. Ed. By M. Wyrzykowski. Warszawa: ISP, 2001.

them was the same in almost all of the countries—“what do you know about our country?,” “we are different!,” “you do not know our history!,” “we cannot change in an instant,”⁵ etc.

These objections were raised in Armenia more than once. Perhaps this was one of the reasons due to which the Western experts did not participate in the elaboration of the Armenian Constitution, and the choice of the principle idea or model was rather sentimental than professional. As a model, the Constitution of France was chosen, France being a country with whom Armenia's ties have history of centuries, and these relations have always been warm and close. But what was not taken into account were the distinct peculiarities of the French Constitution, its forty years of age, unique culture and traditions of democracy in France, sharp difference of realities and even the fact that Charles de Gaulle had decreased the role of the Parliament by subordinating it to a certain degree to the Government and the decisions adopted through referendums⁶. The Constitution of Armenia was adopted at the time of a Referendum held in parallel to the Parliamentary Elections in 1995.

When evaluating the legal and practical value of the Constitution, one should bear in mind that it was elaborated and adopted at a time when Armenia was still striving to do its first steps after the collapse of the Soviet Union and a war, under complicated social conditions and at the commencement of the formation and consolidation of statehood. It is also undeniable that the task was further complicated by the fact that the education and knowledge received in Soviet times on areas such as political science, constitutional law, economics, etc, had become useless under the new circumstances, and the process of state-building and formation of new sociopolitical relations needed to be paralleled with accumulation of new knowledge and experience. In cases as such, the abundance of errors is a quite typical phenomenon, moreover, under such circumstances distortions and unreasonable additions are unavoidable. The picture will become complete if we take into consideration also almost absolute absence of social legal consciousness and traditions of social relations, phenomena characteristic to those times. Regrettably, here one should also add the waste of opportunities by not utilizing the professional potential of a great number of Armenians living in Europe and the United States.

Perhaps the Constitution of Armenia was most succinctly and comprehensively evaluated by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, “The present constitution, adopted in 1995, has played an essential role in the development and irreversibility of democracy and has allowed Armenia to become a member of the Council of Europe. However, its day-to-day implementation has increasingly revealed serious conceptual shortcomings which have become an obstacle for further democratic development of the country. In the first place, the constitution endows the President with excessive prerogatives and does not provide for a clear separation and balance of powers within the state structures. Equally serious is the lack of constitutional guarantees for basic human rights, of independence of the judiciary and of local self-government in conformity with European standards”⁷.

The issue of the shortcomings in the Constitution was a matter of discussion even before its adoption, while in the political circles the need for constitutional reforms was actively discussed already three years later, in 1998, at the time of the extraordinary Presidential Elections. The main reason for this was that in the outcome of a political crisis the first President of the country had resigned and the political power that had the majority in the Parliament had seriously split within itself. At the same time, the Constitution that was adopted few years earlier was elaborated exactly through joint efforts of the first President and this political power in accordance with their understandings. While under the new circumstances the political powers that had gained influential positions had the view-point that the Constitution of 1995 was aimed at the formation of a strong presidential system, was adopted on the basis of a complicated combination of certain elements of the Soviet regime

⁵ **Schwartz H.** Constitutional Developments in East Central Europe. - *Journal of International Affairs*, vol. 45, 1991, No 1.

⁶ **Bell J.** French Constitutional Law. Clarendon Press, 1992.

⁷ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1458(2005). Constitutional reform process in Armenia.

and mentality as well as still incomplete understandings and did not ensure a harmonious system of checks and balances.

The First Attempt of the Constitutional Reform: Reasons behind the Failure

Right after the extraordinary Presidential Elections of 1998 a Committee on the Constitutional Amendments was created, however, it managed only to review the propositions of the political powers and to pass them on to the professional working group in order to elaborate the draft. Since after the extraordinary Presidential Elections the ratio of parliamentary seats did not reflect the existing mosaic of the political parties of the country, (e.g. the majority was held by a group that did not represent any political party), the Committee on the Constitutional Amendments was created not in the Parliament but rather by a Presidential Decree. At the same time, less than a year remained till the consecutive Parliamentary Elections, serious restructuring was taking place among the political powers and it was decided not to hold extraordinary Parliamentary Elections but rather to wait till the regular elections. After the Parliamentary Elections in 1999, the professional working group passed on the preliminary version of the draft to the parliamentary majority and for further work a new working group was created. It comprised six people three of them being experts, and two were representatives of parliamentary majority (including myself). This group had a new mission. Armenia had commenced the process of membership to the Council of Europe in the framework of which the country had undertaken a number of obligations concerning legislative improvements, and a part of these improvements would have been impossible to accomplish without constitutional amendments. At the same time, the process of Council of Europe membership had created a brilliant opportunity for increase of efficiency of the constitutional reform work. An agreement was reached with the Venice Commission on carrying out an expert analysis and for this purpose a working group was created within the Commission. The group comprised the Secretary of the Commission (current President), Mr. Gianni Buquicchio, members Mr. Kaarlo Tuori and Mr. Aivars Endzins, as well as the Secretary of the Group, Ms Simona Granata-Menghini. Professor Osiatynski notes that only few such cases are known when foreign experts are being involved upon the initiative of elaborators. And one of such rare cases is Armenia. Moreover, it is a highly successful case, and I would like with great pleasure to take advantage of this proper opportunity for once again expressing our profound gratitude to our colleagues in the Venice Commission for wonderful co-operation and brilliant result. But in order to achieve such result we had to overcome a difficult path of five years and give solutions to complex challenges. First of those challenges was of a political nature. It was decided to put the Draft of the Constitutional Amendments on a Referendum at the time of 2003 Parliamentary Elections which was a serious shot in the blue. First of all, for certain issues final solutions had not been found yet, and the Venice Commission had some reservations. At this stage the fundamental political significance of the issue was not fully comprehended by the political forces that should have been the driving force behind those amendments. The fact that these political forces did not become the initiators of the constitutional amendments, already assumed serious difficulties and their adherence to a more evasive rather than interested position, before the 2003 Referendum was leaving almost no hopes for success. While in order for the amendments to be adopted the Constitution required the participation of two-thirds of those we were eligible to vote, and more than half of them should have voted in favour. The political parties were much more interested in the results of the Parliamentary Elections rather than in the outcome of the Referendum on Constitutional Amendments that were taking place in parallel to the elections. This is why the Draft of the Constitutional Amendments was put on a Referendum upon the initiative of the President of the Country and was not adopted due to a low level of participation, although, more than half of the voters who had participated had cast their ballots in favour.

Peculiarities of the Second Attempt

The answer to the question of why 2003 Referendum failed and what was to be done to avoid another failure was extremely important. I have already mentioned one of the reasons, i.e. the cold attitude of the political parties, but perhaps, a leading significance can be attributed to the fact that the constitutional reforms were not explained to the society in a

comprehensive and understandable manner, neither full involvement of parties representing civil society and NGOs in the process was achieved.

The second attempt of constitutional amendments was organized, already taking into consideration the lessons learned from the previous try. The initiative was taken by the parliamentary majority. Starting from the point of elaboration of the Draft the process took place in the framework of the Temporary Committee on the Issues of European Integration which I was chairing myself. Especially taking into consideration the failures of the previous attempt, I think it was important that such work is headed by someone who has participated throughout the whole process and is well-aware of the existing problems and possible solutions. Non-parliamentary political parties, representative of the President and representatives of the NGOs were also engaged in the process of the discussions. The work of the Committee was largely covered by the mass media. Active co-operation with the Venice Commission continued, two international conferences were organized. As a result we ended up with a Draft that received full approval of the Venice Commission and was adopted through a Referendum in 2005. But this was only one part of the work needed. Then it was necessary to implement the new constitutional norms in the laws. A Programme of Legal Reforms was formed based on the constitutional amendments which foresaw adoption or amendment of some fifty laws.

Essence of Constitutional Amendments

The most complicated issue that was solved through the Constitutional Amendments was the formation of a fully-fledged system of checks and balances. Analysis and practical implementations of the Constitution had shown that the latter had some serious shortcomings. In particular, a serious problem was caused by the unconditional right of the President to dismiss the National Assembly. The significance of assumed reasonability in the actions of the President did not balance intangible but serious threat poised upon the operation of the National Assembly. At the same time, the mandate of a presidential Constitution ensured a much stronger presidential impact on the Government. Without any balancing factor the President could dismiss and appoint the Prime-Minister, he could also leave Government Decisions unadopted for uncertain amount of time without any justification. Without Presidential order the Prime-Minister could not even convene a Session of the Government.

From the point of ensuring a system of checks and balances reviewing the section on the judiciary was of exceptional significance as well. The constitutional norms on the influence of the President on the Council of Justice were fundamentally reviewed; full guarantees of independence and impartiality of judiciary were secured. In case of absence of these characteristics in the judiciary system, it is hard to imagine a normal system of state authority or social trust and solidarity. Ensuring a fully-fledged constitutional justice was a separate task—on one hand enlarging the framework of applicants to the Constitutional Court and on the other providing for comprehensive coverage of the latter's mandate.

For Armenia it was also vitally important to secure the completely new constitutional principles on local self-government in harmony with the European Charter of Local Self-Government. In the opposite case, it would have been impossible to ensure conditions for fully-fledged community development, in particular, the possibility to develop self-sufficient budgets for the communities, constitutional guarantees on local self-government, granting community status to the capital city of Yerevan, etc.

For a country that has taken the path of democracy, constitutional comprehensive definition and protection of human rights and freedoms, has unique significance. While the Constitution did not foresee two extremely important norms in the area of human rights protections, namely, appointment of Ombudsman by the National Assembly and the right of a citizen to appeal to the Constitutional Court. It is obvious that inevitability of improvement of the section concerning the human rights in the Constitution was already a full prerequisite for the constitutional amendments.

I believe that even partial listing of the amendments made, testifies that the Constitution of Armenia was qualitatively improved through creation of good prerequisites for development and strengthening of democracy. However, not only theoretical value of a Constitution is important but also its practical significance.

Constitutional Design and Constitutional Culture

According to the Concept of Linz and Stepan⁸ that represents one of the fundamental approaches implemented in transitology, transition to a consolidated democracy assumes deep transformations, at least, through three levels—behavioural, value-based and constitutional. The study of the first two has been quite fundamental and their multi-dimensional prerequisites are clearly defined. These include, pre-communistic and pre-Soviet traditions (civilizational, cultural, political, etc.), state of sociopolitical, political and cultural spheres in the starting-point of transformation⁹, as well as structural prerequisites, i.e. “civic” political culture and civil society¹⁰. The constitutional level assumes not only existence of a Constitution elaborated based on democratic norms but also subordination of governmental and non-governmental forces to the laws, procedures and institutes established through democratic processes and resolution of conflicts in this framework¹¹. It is no by accidental that although Latvia, Lithuania and Estonia adopted non-perfect Constitutions, however, the existence of pre-Soviet experience on the levels of behaviour and values and its memory allowed these countries to rapidly overcome the difficulties of transformation and join the EU. Thus, to achieve practical success in constitutional design, it is necessary to ensure deep transformation on behavioural, value-based and constitutional levels. Armenian case is interesting as well. In the outcome of 2005 Constitutional Amendments, the Constitution and laws were fundamentally improved, however, the practical impact of these improvements in the life of the country so far has been much more modest. Even the political parties have not yet fully comprehended that as a result of the Amendments their role and that of the Parliament has significantly increased in the political life of the country. This, however, does not mean that the constitutional processes should be started after formation of the political culture and a fully-fledged civil society. Quite the contrary! Efficient constitutional processes are important impetuses for the latters and also necessary prerequisites for democratic consolidation in parallel with those.

Merkel and Croissant propose¹² to replenish the two main dimensions of democracy (political participation and political competition) as per to Poliarchy Theory of R. Dahl¹³ with a third dimension, which is *the existence of constitutional liberal state*. According to them the liberal democracies are limited with constitutional norms and procedures that guarantee the fundamental rights and freedoms of the citizens, system of checks and balances between branches of power, clear separation of authority. In the meanwhile, quite unjustly the constitutional level remains less studied.

Meanwhile, the value re-orientations of a state are formed under the influence of constitutional priorities and are basis for legal and political intentions. Hence, constitutional process becomes the most important and decisive component of post-Soviet transformation. It is not by chance, that essential public reforms in the period of the last decade and a half in the result of the post-Soviet transformation on one hand and globalization process on the other hand, have essentially activated the application of the international legal norms and experience of foreign countries in the constitutional law¹⁴.

⁸ Linz J., Stepan A. Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe. 1996. Baltimore.

⁹ Melvill A. On Trajectories of Post-communist Transformations. – *Polis*, 2004, No 3 (In Russian).

¹⁰ Dahl R. Development and Democratic Culture. –Diamond L., Plattner M., Chu Y., Tien H. (eds.) Consolidating the Third Wave Democracies. Themes and Perspectives. 1997. Baltimore, L.,

Inglehart R. Globalization and Postmodern Values. -*Washington Quarterly*, 2000, vol. 23, No 1

¹¹ Osiatynski W. The Paradoxes of Constitution . -*International Journal of Constitutional Law*, 2003, vol. 1, No 2.

¹² Merkel W. and Croissant A. Formal and informal institutes in the Democracies. –*Polis*, 2002, No 1, № 2 (In Rus.).

¹³ Dahl R. Poliarchy: Participation and Opposition. New Haven, L., 1971.

¹⁴ Pryakhina T.M. Constitutional self-identification of Russia. -*Law and Politics*. 2004, No 5. (In Rus.)

Quite rightly the democracy with all its components (parliamentarism, multiparty system, human rights and freedoms, rule of law state, which has as a basis detailed elaborated, experienced and almost perfect system of relations and traditions), is perceived as an outcome of Western culture. However, sometimes the notions about Western values and traditions are limited to primitive perceptions of principles of economic liberalism, formal reproduction of the institutes of parliamentarism and verbal duty to ideas and practice of a social state¹⁵.

The experience of Western countries is very diverse and sometimes contradictory. Therefore, the values and principles, which are common for different countries and underline the experience should be adopted and not merely the experience itself. The simple borrowing of Western constitutional models brought limited possibilities of imitated democracy. It became clear, that the use of similar concepts to describe political situations of different countries without delineating features is likely impeding to understand them. The best option is the organic synthesis of Western models and national peculiarity, where constitutional norms will be perceived not as alien, artificially taken norms, but as a true normative basis for public life¹⁶. It is not accidental, that two tendencies are noted in the modern state and legal sphere: unification and distinctiveness, the searches for unification and originality, new manifestations of distinctiveness are continuing actively. At the same time, the proposed ideas should have "generational" feature, the main values should be attractive for the present generation to provide stability of ideals¹⁷. But there are cases, when as easily as material and technical means, the organizational and protocol forms shaped during the development of Western democracy and principles and values are rooted in legal-political culture. And these are void of sense when with the same easiness, are transformed to primitive ceremonies, loose democratic content and become hypocritical and advocating, false democratic decoration for authoritarian and totalitarian regimes¹⁸. From the comprehension of the fact, that certain qualitative situation of the state institutional environment could have complex influence on the development of the country, arises necessity of revision of classic preconditions for country development. The simple replacement of communist institutes with democratic ones will not give much from the view point of public welfare.

A standard for real qualitative progress could be the development of freedom by essentially limiting the state authority. According to James Madison, "main architect" of the US Constitution, an ideal constitution should reduce state authority providing freedom and justice for all citizens¹⁹. A rule of law state, as a constitutional structure for the main law, is a form²⁰ for authority limitation. According to Madison, the priority principle of the liberal-constitutional order is the freedom subject to norms of law. There is no freedom without law²¹ and clear definition and division between three branches of powers is needed to guarantee this freedom²². The difficult thing is to define the framework of laws and the limits of the influence of the government, for which Madison is suggesting three fundamental principles:

- People have natural rights and these rights are superior than state rights,
- the government exists to implement these rights and receives authority from whom it governs,
- the majority can not change these rights without violating the principle of justice.

¹⁵ **Martishin O.V.** National Political and legal culture in the context of globalization. -*State and law*. 2005, No 4. (In Rus.)

¹⁶ **Medushevsky A.N.** Constitutional modernization. -Constitution as a factor for social changes. Collection of reports. M., 1999.(In Rus.)

¹⁷ **Prigozhin A. I.** Reconstruction /Perestrojka/: transitional processes and mechanisms. M., 1990.

¹⁸ **Martishin O.V.** National Political and legal culture in the context of globalization. -*State and law*. 2005, No 4(In Rus.)

¹⁹ **Burns E.** James Madison: Philosopher of the Constitution. New York, Oktagon Books, 1968.

²⁰ **Hesse K.** Foundations of the constitutional law. FRG. M. 1981

²¹ **Hayek F.** The Constitution of Liberty. Chicago. University of Chicago Press, 1960.

²² **Dorn J.** The norms of rights and freedoms in new democratic states: concept of James Madison. -*Issues of Economy*. 2003, No 6.

It is surprising but it is a fact, that after two centuries, these principles not only did not lose their actuality, but have got more sonority and embracing.

It is also worth of attention the fact that the principle of division and balance of powers defined clearly still two centuries ago until today did not find any clear, formatted solutions in the constitutional law. Moreover, this is the problem for which two similar solutions among constitutions of the Council of Europe member states are impossible to find. Particularly, three main directions are marked out, through which legislative power can control bureaucracy – control, legislation drafting activity, adoption of budget. For complete functioning of these mechanisms several conditions are needed: cooperation between all branches of powers is needed during drafting of political solutions, the legislative power should have enough competences to oversee the functioning of the executive power, and the latter should be ready to implement the decisions of the legislative power²³. The fourth condition that should be added is the existence of a harmonized system of checks and balances, in presence of which is the existence of first three conditions is effective. Moreover, the key for effective state governance is not only the division of powers, but also the existence of interaction mechanisms between state and civil society, which enables to centralize public interests as comprehensively as possible and minimize the influence of personal interests on the adoption of political decisions. Competing parties in a democratic society have such a role, and they are closely linked with organizations and mass media representing interests of wide sectors of society. Only in case of existence of such strong and effective institutes, that introduction of free elections, systems of power division will not lead to fragmentation and increase the cases, when interested groups pursue their personal interests on account of public interests²⁴, but will consolidate democracy.

The experience of the post-Soviet transformation showed obviously, that the main issue is not as much the adoption of the constitution (all countries did it), as transition to constitutionality which is linked with two problems – adoption of the constitution (or radical change) and transformation of thinking, in the result of which the constitution should be perceived in necessary manner by political forces, judges and citizens. In the beginning of transition period there was neither functioning constitution nor necessary culture to force the functioning of the constitution in Eastern and Central Europe. In this situation it is necessary to choose – either first prepare the society for the new constitution, form a culture and then adopt a constitution or first adopt a constitution and then use it as an instrument to form such a culture. Among these factors, the strongest factor in favor of the adoption of the constitution without waiting for the change in public consciousness is that “the moment of the constitution”, when it is possible to provide agreement regarding principles and rules and especially conditions for transition to constitutionality and democracy, is often very short and there are few cases, when after the loss of this moment it was possible to reach a constitutional agreement and moreover, the transition to established democracy and constitutionality became more and more difficult²⁵. In case of Armenia, it is obvious, that if the period of parliamentary elections in 2003 is difficult to consider “constitutional moment”, then the autumn of 2005 in this regard has met the highest criterias.

Thus, one of the main factors of the effectiveness of the post-Soviet transformation is the constitutional process, as a good constitution is the first resolute step to the established democracy. However, it is not sufficient yet. It is necessary to build political and social background for the implementation of new system of government²⁶. True constitutional provisions only create favorable conditions and limit constraints, not only foresee

²³ **Remington T.** Democratization, division of powers and scale of state competences in Russia.-*Comparative constitutional review*. 2004, No 4 (49).

²⁴ **Remington T.** Democratization, division of powers and scale of state competences in Russia.- *Comparative constitutional review*. 2004, No 4 (49).

²⁵ **Elster J. et al.** Institutional Design in Post-Communist Societies: Rebuilding the Ship At Sea. Cambridge University Press, 1998.

²⁶ CDL(2005)054. Final Opinion on the Constitutional Reform in the Republic of Armenia. European Commission for Democracy through Law. Strasbourg, 21 July 2005.

establishment of the best institutes and mechanisms²⁷, but also presume legitimacy, citizenship and peculiarity. If borrowing of the first one is desirable and even inevitable, borrowing of the second is impossible. The elite can borrow institutes of foreign countries for example by granting constitutionally guaranteed rights, which are provided by international conventions. But when such borrowing is done in conditions of lack of social dialogue, the legitimacy is under stroke. The borrowing is guaranteed in case, when rules are established through a pan-national process, where any cultural, social or other group is not left out. Lack of such legitimacy can become one of the reasons for suspicion by people in developing countries towards modern Western doctrines on human rights. Under such circumstances introduction of new conditions of constitutional reforms becomes quite needed and these should focus not only on the quality of constitutional mechanisms and institutes, but also follow the principle of involving different public groups in the process of drafting constitution²⁸. The existence of all of these will allow for gradual formation of the third component, the constitutional culture. Only in case of combining the correct constitutional design with ensuring of legitimacy of the process of adoption or amendment of the constitution and with formation of constitutional culture, the democratic consolidation will be fully-fledged and irreversible.

²⁷ **Goodin R. E.** *Designing Constitutions: The Political Constitution of Mixed Commonwealth.*- Constitutionalism and Transformation: European and Theoretical Perspectives/ Ed. by B. Bellamy, D. Castiglinone. Blakwell, 1996.

²⁸ **Osiatynski V.** Paradoxes of constitutional borrowing. -*International Journal of Constitutional Law.* 2003, Vol. 1, No 2.

Second Session:
“Constitutional Design in Europe and the Neighbouring Countries”

**THE ROLE OF THE INTERNATIONAL COMMUNITY
AND THE REFERENDUM**

Report by

Peter PACZOLAY
Member of the Venice Commission
President of the Constitutional Court of Hungary

Forthcoming

Second Session:
**“Constitutional Design in Europe and the Neighbouring Countries:
l'exemple de la Tunisie”**

L'ÉLABORATION DE LA CONSTITUTION EN TUNISIE

Rapport de
M. Chawki GADDES
Professor
Faculty of Legal, Political and Social Sciences of Tunis

De son histoire, la Tunisie est une contrée qui dénombré plusieurs constitutions les une plus célèbres que d'autres.

La plus ancienne remonte à Carthage (III^e siècle av. JC.), ville punique dont l'organisation politique était louée par de nombreux auteurs antiques qui mettaient en avant sa «réputation d'excellence»¹. Aristote décrit ce texte comme un modèle de constitution «mixte», équilibrée et présentant les meilleures caractéristiques des divers types de régimes politiques.

Par la suite, en 1861², le Monarque de Tunisie octroya à son peuple une constitution basée sur le pacte fondamental. Une norme suprême qui consacra la séparation des pouvoirs et qui constituait une déclaration de droits. Ce texte historique, du fait de son unicité dans le monde arabo-musulman de l'époque, n'eut hélas pas longue vie puisqu'il fut suspendu suite à la révolte de 1864, encore une autre avec un fond d'injustice fiscale, du «propriétaire de l'âne»³. Mais, ce texte malgré son caractère éphémère, sera tellement présent dans la vague réformiste tunisienne, ce qui attribuera le nom du document, autrement dit « Destour », au parti qui conduira par la suite le mouvement national et l'indépendance de la Tunisie. C'est dire le niveau d'engrègement de la vague constitutionnelle dans les esprits et les convictions des réformistes tunisiens depuis des siècles⁴.

Dès que la Tunisie se libère du joug colonial, cinq jours exactement après la proclamation de l'indépendance, le monarque s'empresse d'organiser les premières élections qui allaient élire l'Assemblée nationale constituante, le 25 mars 1956. Un peu plus d'un demi-million de tunisiens de l'époque composera à 98% l'instance de membres du front national auteur de l'indépendance tunisienne. Sous la grande influence du leader de l'époque Habib Bourguiba, l'ANC, commet le premier coup d'État civil de l'histoire de la Tunisie en abolissant la monarchie et en proclamant la République le 25 juillet 1957. Les travaux de l'assemblée constituante donneront lieu le premier juin 1959 à la constitution républicaine de la Tunisie moderne qui sera révisée en 52 années pas moins de 18 reprises dont trois assez substantielles.

La révolte de janvier 2011, est la conséquence d'une suite de soulèvements populaires initiés par celui du bassin minier de 2008 jusqu'à l'immolation du vendeur ambulant de Sidi Bouzid, ville marginalisé du centre ouest tunisien. Le 14 janvier 2011, le chef de l'État quitte le pays pour l'exil. Les gouvernements intérimaires successifs subissent la pression de la rue

¹ Polybe, Histoires, Livre VI, 43.

² <http://www.leaders.com.tn/article/la-constitution-de-1861?id=4577>

³ Révolte d'Ali Ben Ghedahem

⁴ « La Constitution de 1861, la première en pays musulman, malgré son caractère éphémère et son application détournée, son importance réside dans les idées qu'elle a inspirées aux réformateurs et aux partis qui n'ont cessé de réclamer une Constitution reprenant l'essentiel du Pacte fondamental », in Docteur Saadeddine Zmerli, la constitution de 1861, <http://www.leaders.com.tn/article/la-constitution-de-1861?id=4577>.

et des sit-in de la place du gouvernement, kasbah 1 et 2 qui scandaient, « le peuple veut la chute du régime ». Cette revendication populaire, encadré par une certaine inteligencia, amena le président de la République par intérim à suspendre la constitution de 1959 dans son discours du 3 mars 2011. Il annoncera par la même son intention d'organiser l'élection d'une assemblée constituante, la deuxième de l'histoire moderne de la Tunisie, le 24 juillet 2011.

Cette situation juridico politique, pouvait ainsi se résumer par les éléments suivants :

- Vacance du pouvoir légitime
- Gouvernement intérimaire
- Habilitation à légiférer au profit du chef de l'État
- Constitution suspendue
- Pouvoir législatif et conseil constitutionnel dissous
- Élection d'une assemblée nationale constituante le 24 juillet
- Texte d'organisation provisoire des pouvoirs publics
- Absence de légitimité des structures gouvernantes
- Recours au consensus comme seul technique de prise de décision

C'est ainsi que le février 2011 le gouvernement intérimaire met en place trois commissions nationales : Deux d'entre elles avaient pour tâche de conduire des investigations sur les faits qui se sont déroulés depuis décembre 2010 et la deuxième sur les actes de corruption et de malversations qui ont caractérisés les 23 années de gouvernement du clan Ben Ali. La troisième structure était l'Instance supérieure pour la réalisation des objectifs de la révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique présidée par le Doyen Yadh Ben Achour. Cette structure clef, était composée d'une commission d'experts et d'un conseil composé de 155 membres choisis après consultations des partis politiques et des acteurs de la société civile et nommés par arrêté du premier ministre en date du 5 avril 2011.

Cette Instance jouera le rôle de force de proposition pour le gouvernement intérimaire des textes juridiques qui devaient encadrer la transition démocratiques. Sans légitimité électorale, sous la pression de la société civile et de la rue, la structure consensuelle réussira à proposer au gouvernement une suite de texte qui prendrons la forme de décret-loi et qui sont en vigueur jusqu'à la date d'aujourd'hui. On citera par exemple :

- Décret-loi 27 du 18 avril 2011, créant l'instance supérieure indépendante pour les élections
- Décret-loi 35 du 10 mai 2011, relatif à l'élection d'une assemblée nationale constituante
- Décret n° 546 du 20 mai 2011, portant nomination des membres de l'ISIE
- Décret n° 1088 du 3 août 2011, relatif au découpage des circonscriptions électorales

Mais aussi :

- Décret-loi n° 87 du 24 septembre 2011, portant organisation des partis politiques
- Décret-loi n° 88 du 24 septembre 2011, portant organisation des associations
- Décret-loi n° 115 du 2 novembre 2011, sur la liberté de la presse, de l'impression et de la diffusion
- Décret-loi n° 116 du 2 novembre 2011, sur la liberté de la communication audiovisuelle
-

L'instance électorale au cours de sa première réunion décidera de retarder la date annoncée de l'élection des membres de l'ANC pour le 23 octobre 2011. Malgré toutes les imperfections aussi bien structurelles que fonctionnelles relevés par toutes les organisations nationales et internationales, le jour du scrutin fut une fête nationale. Il donna lieu à la structure qui sera

chargée d'élaborer la constitution à venir de la Tunisie. Une assemblée bien différente à celle mono couleur de 1957.

La première séance de l'Assemblée nationale constituante, composée de ses 211 membres, se tiendra, suite à la convocation du chef de l'État intérimaire, exactement un mois après l'échéance électorale, le 23 novembre 2011.

A débuté, à partir de ce jour, le long et minutieux processus qui donnera lieu dans un temps indéterminé, à la nouvelle norme suprême de ce que certains appellent déjà la deuxième république.

À ce sujet, deux questions se posent :

Quel est l'auteur de cette constitution à venir, donc qui est appelé à la rédiger ? (I) Ensuite comment a-t-on décidé de procéder, suivant quel processus et en respectant quel timing ? (II)

I. LES RÉDACTEURS DE LA CONSTITUTION

S'il est admis que le rédacteur officiel et formel est toujours identifié, généralement les textes sont aussi le fruit d'influences d'autres parties parfois plus discrètes mais dont la force et l'effet sur le produit final est important.

Ainsi L'ANC, rédacteur principal est composée de représentants de tendances politiques diverses qui subissent dans l'action de rédaction l'influence des acteurs divers de la société civile.

Deux interrogations se présentent ainsi à nous : Quelle morphologie a la constituante tunisienne ainsi que ses structures internes chargées d'élaborer la constitution ? (A). Quelle influence les acteurs principaux subissent-ils dans le cadre de ce travail ? (B).

A. Quelle morphologie de l'ANC, rédacteur de la constitution ?

Les résultats des élections de l'ANC du 23 octobre ont permis d'avoir une assemblée avec la morphologie suivante :

| Listes | Sièges | Listes | Sièges |
|--------------------------------------|--------|---|--------|
| Mouvement Ennahda | 89 | Parti libéral maghrébin | 1 |
| Congrès pour la république | 29 | Parti démocrate-social de la nation | 1 |
| Al Aridha | 27 | Parti du Néo-Destour | 1 |
| Ettakatol | 20 | Parti de la justice et de l'égalité | 1 |
| Parti démocrate progressiste | 15 | Parti de la nation, culturel et unioniste | 1 |
| Pôle démocratique moderniste | 5 | Mouvement national démocrate | 1 |
| Parti l'Initiative | 5 | Union patriotique libre | 1 |
| Afek Tounes | 4 | Liste de la lutte sociale | 1 |
| POCT | 3 | Liste d'espoir | 1 |
| Mouvement des démocrates socialistes | 2 | Liste voix indépendante | 1 |
| Fidélité aux martyrs | 2 | Liste l'indépendant | 1 |
| Mouvement du peuple | 2 | Liste pour le Front National | 1 |
| Parti de la lutte progressiste | 1 | Liste de la Justice | 1 |

Ainsi aucune formation politique ne pouvait « gouverner » seule ni imposer son point de vue dans la rédaction de la constitution. Le parti majoritaire d'Ennahdha n'obtient que 41% des sièges. Elle ne peut donc ni réunir la majorité absolue ni celle qualifiée des deux tiers. Ainsi ses dirigeants se rallièrent aux deux formations les plus proches, à savoir le CPR et Ettakatol qui avaient réussis à obtenir 13 % et 9 % des sièges. Ainsi la troïka ainsi constitué pouvait avoir 63% des voix. Il est facile dans ses cas d'obtenir les 3 % manquant pour la majorité

qualifié nécessaire à faire passer le texte de la constitution au cours du vote dans sa totalité aussi bien en première qu'éventuellement en deuxième lecture.

L'étude de la composition des différentes commissions constitutionnelles démontre la main mise d'Ennahdha et de la troïka. Ainsi la commission de rédaction et de coordination est présidée par le président de l'ANC qui est le président d'Ettakatol et dont le rapporteur est d'Ennahdha. C'est la même personne qui a été le président de la commission de rédaction de l'organisation provisoire des pouvoirs publics.

Ce député, juriste avocat de profession a montré au peuple tunisien, au cours des débats télévisés, son manque de réceptivité et sa nature trop rigide pour une fonction demandant de son titulaire des qualités d'ouverture et de consensualisme.

L'étude de la composition des six commissions permet de confirmer cette influence certaine de la troïka et principalement Ennahdha sur ce processus. Ainsi pour les présidents et rapporteurs, donc les 12 postes clefs, ils se répartissent comme suit :

- Ennahdha : 6
- CPR : 2
- Ettakatol : 2
- Opposition : 2

B. Quelle influence « subit » l'ANC, par les projets présentés ?

L'ANC ne travaille pas en vase clos. Elle est soumise à l'influence des idées issues de la société. Plus spécialement, les députés réagissent généralement aux projets élaborés de constitutions. L'ANC a ainsi reçu depuis le début de ses travaux une quarantaine de projets : Beaucoup restent peu médiatisés et même « secrets ». Les six projets les plus discutés sont ceux :

- Comité d'expert de la Haute instance officiellement remis à tous les membres de la constituante
- Union générale des travailleurs tunisiens (UGTT)
- Doyen Sadok Belaid
- Mouvement Destourna
- Ennahdha, mais qu'elle ne veut pas reconnaître
- El Aridha

Une des questions qui a suscité tellement de débat a été celle en relation avec le maintien de l'ancien article premier de la constitution de 1959 qui stipule que « La Tunisie est un État libre, indépendant et souverain ; sa religion est l'Islam, sa langue l'arabe et son régime la République ». Cette disposition pose le grand problème de la relation de l'État avec la religion : État islamique, musulman ou laïc ?

La question s'est posée quand est parus sur le net la version non reconnue du projet Ennahdha qui reprend cette disposition. D'autres projets en font de même : c'est le cas de l'article 19 du projet du comité d'experts, l'article premier de l'union syndicale l'UGTT, ou du projet Belaid. Par contre El Aridha, formation classée troisième de l'ANC mais rejetée par Ennahdha termine le même article en y ajoutant « ... l'Islam est sa religion et la source principale de sa législation ... ».

Mais si Ennahdha reprend l'article premier dans son probable projet, pourtant son texte produit une onde de choc dans toute la société tunisienne. En effet, son article 10 déclare que « La Charia est la source principale de la législation » et pour confirmer cela, son article 126 dispose que « Le conseil supérieur islamique est une instance constitutionnelle indépendante qui édicte des Fatawis conformément à la Charia islamique ». La nature

islamique de l'État ne laisse plus aucun doute dans ce projet et éclaire sur les intentions des rédacteurs d'Ennahdha. Tout cela est confirmé par des interventions télévisuelles et radiophoniques du rapporteur général de l'ANC, Habib Khedher.

Le projet d'Ennahdha de continuer dans le même sens puisque son article 20 dispose que « La liberté de penser, d'expression, de presse et d'édition est garantie en prenant en considération le sacré de tous les peuples et les religions ». Disposition assez équivoque et pouvant constituer une limitation trop importante à cette liberté, pilier des démocraties. A la lumière de ces projets, la société tunisienne s'est retrouvée, plus de cinquante ans après l'édiction de l'article premier de l'ancienne constitution, obligé de rouvrir la voie à une réflexion sur la nature de l'État tunisien par rapport à la religion.

Les discussions menèrent très rapidement au point de savoir si le code du statut personnel était ou pas compatible avec la religion musulmane. Ne pouvant toucher à la polygamie, les politiciens d'Ennahdha, se rabattèrent sur la nécessaire révision de l'institution de l'adoption qui a été institutionnalisée en Tunisie malgré son interdiction claire dans le Coran.

II. LE CHEMINEMENT D'ELABORATION DE LA CONSTITUTION

Tout texte juridique, issue d'un environnement démocratique, se conçoit, se négocie par un acteur légitime pour être soumis par la suite au forum en vue d'une discussion générale et aboutir enfin à l'étape de son adoption. Les constitutions ne font pas exception à cette règle. L'assemblée nationale constituante est tenue par une procédure qu'elle a d'ailleurs elle-même déterminée pour l'élaboration du texte constitutionnel ainsi que pour sa discussion et enfin pour son adoption.

Deux interrogations se présentent ainsi à nous : Quelle est la procédure prévue pour toutes ses étapes et surtout qu'en est-il dans la réalité du travail interne de l'ANC ? (A). Quel délai ce travail capital pour l'instauration de la vie démocratique de la Tunisie va-t-il prendre ? (B).

A. Quelle processus d'élaboration de la constitution ?

L'ANC a commencé ses travaux par élire sa présidence, mais tout de suite après et au cours de l'après-midi du 23 novembre, a entrepris la désignation des membres des deux commissions qui se sont chargés de l'élaboration du projet de loi d'organisation provisoire des pouvoirs publics ainsi que du règlement intérieur de l'ANC.

Les deux projets permirent de comprendre la manière de fonctionner de la nouvelle assemblée ainsi que des poids de différentes formations et des influences qui s'y exerçaient. Les tunisiens passèrent des journées entières jusque tard dans la soirée à suivre les débats houleux retransmis en direct sur la chaîne de télévision nationale. Les tunisiens n'étaient pas habitués à de telles manifestations de pratiques démocratiques.

La loi constituante du 16 décembre 2011, portant organisation provisoire des pouvoirs publics comprend 28 articles. Par contre le règlement intérieur composé de 143 articles n'a été édicté que le 20 janvier 2012. Ces deux textes clefs, permettent de déterminer la manière avec laquelle le processus d'élaboration doit se faire.

Le règlement intérieur, dans ses articles 65 et 66, prévoit que les commissions transmettent leurs projets à la commission de coordination et de rédaction qui établit un rapport général et assure la cohérence du texte à présenter à l'assemblée plénière.

Par contre, l'article 3 de la loi sur l'organisation provisoire des pouvoirs publics prévoit l'adoption de la constitution suivant la procédure suivante :

- Article par article à la majorité absolue des membres
- En totalité à la majorité des deux tiers des membres
- À défaut, une deuxième lecture doit approuver le texte avec la majorité des deux tiers des membres

- A défaut le projet est soumis dans sa totalité au référendum populaire pour adoption à la majorité des votants

Les deux textes démontrent que l'ANC est dotée de deux fonctions presque contradictoires. Elle est chargée en même temps de rédiger le texte de la constitution mais doit assurer les charges d'un organe législatif de régime parlementaire : édicter les textes de lois et contrôler l'action gouvernementale. C'est ainsi que l'ANC a été embourbés pendant des semaines dans la discussion et l'approbation avant le 31 décembre de la loi de finances pour la gestion 2012 et pas plus tard que la semaine dernière dans la discussion et l'approbation de la loi de finances complémentaire. Tous les députés se disent après ce marathon fatigués et qu'ils méritent au moins une semaine de congé.

Le règlement intérieur nous informe que les députés sont répartis suivant les groupes parlementaires en huit commissions législatives et six commissions constitutionnelles qui sont les suivantes :

- Préambule, dispositions générales et révision de la constitution
- Droits et libertés
- Pouvoir législatif et pouvoir exécutifs et les relations entre eux
- La justice judiciaire, administrative, financière et constitutionnelle
- Les structures constitutionnelles
- Les collectivités publiques régionales et locales

Au vu des séances auxquels les journalistes, des collègues et moi-même avons assistés, il ressort que des décisions sur le processus de rédaction ont été prises et tournent autour des points suivants :

- Travailler à partir d'une feuille blanche. Aucun projet ne sert de base pour amorcer la discussion au sein de ses commissions
- Commencer par les points de détails pour éviter de perdre le temps dès le début sur les questions posant de grands choix à prendre
- Commencer par inviter des experts pour discuter et s'informer de l'état de l'art sur les questions d'intérêt
- En posant la question il s'est avéré que ces réunions ne donnent lieu ni à des procès-verbaux ni à des comptes rendus. Les rares fois où l'on a été amené à prendre des décisions, cela a été rarement consigné.
- Aucune transparence n'est assurée de tous ces travaux

Devant cette situation pour le moins alarmante, « le Centre Carter invite à plus de transparence et de participation publique dans l'élaboration de la Constitution en Tunisie » en date du 11 mai 2012. On peut lire dans son rapport rendu public :

« Hormis les commissions permanentes constituantes, l'ANC a établi un Comité mixte de coordination et de rédaction chargé de la coordination immédiate et continue des travaux des commissions permanentes constituantes, de la préparation du rapport général sur le projet de la Constitution avant sa soumission à l'assemblée plénière, ainsi que de l'établissement de la version définitive du projet de la Constitution, et ce, conformément aux décisions de l'Assemblée plénière . Le Comité de coordination et de rédaction est composé du président de l'ANC, Mustapha Ben Jaâfar d'Ettakatol, du rapporteur général de l'ANC, Habib Khedher d'Ennahdha, de ses deux députés et des présidents et rapporteurs des commissions permanentes constituantes. Il est à relever que le Règlement intérieur de l'ANC ne précise pas les implications pratiques des prérogatives dudit comité, notamment en ce qui concerne l'uniformisation des méthodes et du rythme de travail des différentes commissions.

Le Centre Carter suggère à cet égard de doter le comité de prérogatives suffisamment claires à même d'assurer davantage de cohérence dans les méthodes de travail »⁵.

Ses principales recommandations auxquelles on adhère entièrement sont :

- « • Élaborer un plan de travail exhaustif pour l'ANC, y compris des objectifs intermédiaires, de manière à assurer une meilleure planification et structuration du travail, et à donner au public une plus grande visibilité sur les avancées escomptées et les progrès accomplis.
- Assurer que les séances plénières de l'ANC et les travaux des commissions soient publics, et établir une procédure formelle pour accorder l'accès et le statut d'observateur aux organisations de la société civile et aux citoyens intéressés.
- Publier et diffuser en temps utile tous les documents officiels de l'ANC – procès-verbaux, rapports, décisions, observations écrites soumises à l'ANC – y compris par le biais du site internet de l'Assemblée.
- Appuyer les membres de l'ANC dans la planification et la réalisation d'activités dans le cadre de la semaine prévue chaque mois pour des consultations dans les circonscriptions, et développer des synergies avec les organisations de la société civile engagées dans l'organisation de telles consultations.
- Établir une procédure formelle pour recevoir, analyser et traiter les observations écrites soumises à l'ANC, ainsi que pour consigner les commentaires et les suggestions formulées lors des consultations entre les membres de l'ANC et les citoyens. »⁶.

B. Quel timing pour l'élaboration de la constitution ?

Le timing a toujours constitué depuis la période transitoire de janvier à octobre 2011 une question cruciale. Le point de savoir combien de temps allait mettre l'assemblée nationale constituante pour rédiger la constitution était à l'ordre du jour de toutes les discussions aussi bien juridiques que politiques.

Le décret numéro 1086 en date du 3 août 2011, convoquant les électeurs au scrutin du 23 octobre 2011 pris la peine de proclamer que cette assemblée avait une mission déterminée d'un an. En effet, son article 6 dispose clairement que « l'ANC se réunit après la proclamation des résultats des élections par l'ISIE et se charge d'élaborer la constitution du pays dans un délai maximum d'un an ».

Le Doyen Yadh Ben Achour, président de la haute instance, a lancé au cours de l'été une initiative personnelle. Il invita douze partis représentés au sein de la structure qu'il préside à se mettre autour de la table pour se mettre d'accord sur une déclaration du processus transitoire. Les réunions se déroulèrent du 5 août au 6 septembre. Un des points centraux, était la durée de travail de la future ANC. Les onze signataires se mirent d'accord sur la durée maximale d'un an. Le seul parti qui quitta l'initiative a été le CPR à cause du fait qu'il considérait qu'il fallait au moins 3 ans pour l'ANC pour rédiger la future constitution.

Au cours de la discussion du projet de loi organisant de manière provisoire les pouvoirs publics, la question se pose avec acuité. Les députés de l'ANC consacreront de longs débats sur la question. Les membres de la troïka guidés par Ennahdha étaient unanimes sur le fait que ce texte ne devait pas limiter la durée de cette mission.

Aujourd'hui, six mois après l'élection de l'assemblée nationale constituante, aucun mot n'a encore été écrit dans le projet de constitution. Pourtant en début de semaine, le président de

⁵ <http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/pr/tunisia-pr-statement-051112-fr.pdf>

⁶⁶ <http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/pr/tunisia-pr-statement-051112-fr.pdf>

l'ANC affirme dans une conférence de presse que « la nouvelle constitution sera fin prête au plus tard le 23 octobre 2012 »⁷.

Cela paraît peu probable quand on connaît assez bien la productivité de la Tunisie pendant la saison estivale et le mois de ramadan ...

Le centre Carter déclare dans son rapport du 11 mai qu'il « considère néanmoins que l'établissement d'un programme de travail détaillé comprenant des objectifs intermédiaires, serait à même de permettre une meilleure planification et démontrer la volonté d'atteindre les objectifs déclarés. Un programme de travail dûment élaboré et rendu public ne manquerait pas d'accroître la visibilité et de renforcer la compréhension du public de ce processus complexe. Le Centre Carter recommande à l'ANC d'élaborer un plan de travail exhaustif pour que les commissions puissent planifier leurs travaux en conséquence et atteindre ainsi les objectifs déclarés »⁸.

⁷ <http://www.tap.info.tn/fr/fr/politique/300-politique/25368-qla-nouvelle-constitution-sera-fin-prete-dici-le-23-octobre-2012q-ben-jaafar.html>

⁸ <http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/news/pr/tunisia-pr-statement-051112-fr.pdf>

Second Session:
**“Constitutional Design in Europe and the Neighbouring Countries:
l'exemple de la Tunisie”**

**LA CONSTITUTION TUNISIENNE,
ENTRE LA DEMANDE POPULAIRE ET LES TIRAILLEMENTS DES CONSTITUANTS**

Rapport de

Mme Sihem BENSEDRINE
Présidente du Centre de justice transitionnelle de Tunis
Rapporteur du Conseil national des libertés de Tunisie

Introduction

L'usage du mot « design » appliqué à l'écriture de la Constitution par l'ANC peut surprendre au premier abord, en ce qu'il renvoie au trait de l'architecte qui dessine ses plans ; cependant, il y a lieu d'y reconnaître une invite vers une fécondité conceptuelle nouvelle suggérant le rôle central de la loi fondamentale dans l'édification des institutions d'un pays en pleine transition vers la démocratie et pointant sa place de pilier dans l'édifice étatique.

La reconstruction de cet édifice revêt aujourd'hui une importance cardinale dans la détermination du profil politique de la future Tunisie démocratique, pour cela son échafaudage devra emprunter un tracé en rupture avec l'architecture dictatoriale.

Nous verrons ici comment un véritable processus d'appropriation par la population de l'élaboration de la constitution va peser sur les débats de l'Assemblée nationale constituante tunisienne (ANC), tiraillée entre les agendas politiques des groupes qui la composent, les obligeant à remettre à l'ordre du jour les vrais défis de la construction démocratique. Est ce que les constituants sont capables de produire dans un délai raisonnable et en toute transparence un document consensuel ? Est ce que ce document serait en mesure de répondre à la forte demande de constitutionnalisation des droits fondamentaux formulée par la société civile ? Est ce qu'il serait garant d'un Etat de droit ? Telles sont les questions qui agitent la société civile tunisienne et auxquelles nous tenterons de réagir.

La culture de la constitution chez le Tunisien.

On peut sans risque d'excès parler de « culture » de la constitution chez le citoyen Tunisien, tant le mot Destour (Constitution) renvoie à un champ chargé dans la mémoire collective tunisienne. Cette revendication d'une loi fondamentale, qui encadre le pouvoir de l'Etat et garantit les droits du citoyen, a porté le mouvement de libération nationale durant toute la période de la lutte contre le colonialisme français et formé le noyau dur de ses aspirations à la liberté, à l'autonomie et à la souveraineté populaire.

Ce n'est pas un hasard si le parti qui a dirigé ce mouvement se nommait le parti du Neo Destour, faisant ainsi référence au concept universellement employé dans les Etats modernes, mais surtout à l'histoire spécifique de la Tunisie qui a connu la première constitution dans le monde arabe édictée en 1861.

Adoptée par le Bey de Tunis M'hamed Bey dans le sillage du pacte fondamental (Ahd El Amen promulgué en 1857), la constitution de 1861, qui fut la première dans le monde musulman, a davantage joué le rôle de référence normative indiquant la nécessité de baliser le champ public par un contrat qui limite le pouvoir absolu du monarque ;

Celle de 1959, sortie des flancs de la première Constituante tunisienne et qui a consacré le régime républicain, a réellement encadré l'espace public, donnant lieu à une large appropriation par la population. C'est à son article 8 (garantissant les libertés d'opinion, d'expression, de presse, de publication, de réunion et d'association) que se référaient les premiers étudiants de l'Université tunisienne, revendiquant les libertés fondamentales durant les années 70 et qui affrontaient la prison et la torture pour leurs idées;

Lorsqu'en 2002, Ben Ali modifie pour la 18^e fois cette constitution pour s'offrir un 4^e mandat non prévu par ce texte, l'opinion s'en émeut et a le sentiment que ce qui est sensé être le pacte fondamental qui unit les Tunisiens, occupant la plus haute hiérarchie dans le dispositif légal, est devenu une sorte de serpillère où le potentat s'essuie les pieds avant de s'installer dans son pouvoir absolu.

Cette révision touchait alors pas moins de 38 articles et rétablissait de facto la présidence à vie en supprimant la limitation du nombre de mandats présidentiels, conférait une impunité à vie au président et élargissait le mode de distribution clientéliste du pouvoir en introduisant le bicamérisme par la création de la Chambre des conseillers.

Ce fut le tournant qui a provoqué la première grande fissure dans l'édifice dictatorial qui tenait tant bien que mal grâce à une combinaison politique alliant le clientélisme et la terreur policière pratiquée par le pouvoir pour maintenir la population sous contrôle. Cet amendement a soudé pour la première fois la mouvance des droits humains et la classe politique opposante qui s'est ralliée au combat contre la dictature.

Ce n'est pas un hasard si dès le 16 janvier 2011, au lendemain de la chute du dictateur, la convocation d'une Constituante fut la réponse donnée par certains représentants de la société civile¹ aux questions soulevées sur la gestion de l'après Ben Ali. La rupture dans le régime politique devait nécessairement passer par la rupture constitutionnelle. La réhabilitation de cette loi fondamentale dans son statut quasi sacré de contrat social liant au même degré chaque citoyen constituait l'incontournable versant de la rupture avec le régime dictatorial.

Cette revendication d'une Constituante se répandra comme une trainée de poudre dans l'opinion qui se l'appropriera jusqu'à devenir la revendication principale du sit-in de la Kasbah², qui ne sera levé qu'après l'annonce par le président de la République intérimaire le 3 mars 2011, de la convocation du corps électoral pour des élections d'une constituante et non pas pour des présidentielles, comme certains partis politiques souhaitaient.

Les défis portés par la société civile

Pour la société civile, il s'agit de démanteler l'ancien système dictatorial et de prévenir tout retour éventuel à un régime autoritaire. Le rôle de la nouvelle constitution serait alors d'installer, dans le contexte historique de la Tunisie, les gardes fous propres à empêcher un tel retour, dans un texte fondamental qui serait une sorte de contrat entre les gouvernants et les gouvernés assurant l'équilibre des pouvoirs et l'exercice des contre pouvoirs.

C'est sur les questions qui ont fait problème durant l'ancien régime et qui forment l'ossature d'une dictature qu'insiste la société civile : réorganisation de l'appareil policier, réforme dans l'administration de la justice et régulation des médias.

¹ Au lendemain de la chute du dictateur, débat sur Aljazeera le 16 janvier où la porte parole du CNLT l'invoque pour la première fois publiquement.

² Le plus grand sit-in après la révolution qui a occupé la grande place du gouvernement organisé en Février 2011 de la Kasbah et réuni des citoyens de tous bords et de toutes les régions du pays durant plus d'un mois.

La constitution devra garantir les libertés et droits fondamentaux qui étaient exposés au bon vouloir de ces appareils : protection de la dignité humaine, protection contre la torture et la détention arbitraire, accès à la justice, accès à l'information, protection de la vie privée, libertés individuelles, non-discrimination par rapport au sexe, à la race, à la religion ; égalité de tous devant la loi ...etc.

Mais aussi droits des femmes et des minorités, qui étaient formellement défendus par l'ancien régime au point de devenir des « faire-valoir démocratiques » pour un régime en mal de légitimité, mais dont la protection s'avère problématique dans un contexte transitionnel où de nouveaux acteurs apparaissent et les processus de légitimation sont complexes.

Le processus d'appropriation de la constitution par la population

Depuis l'élection de l'Assemblée nationale constituante le 23 octobre 2011, l'écriture de la constitution est devenue la préoccupation majeure dans l'opinion publique et l'affaire de tout le monde. Plusieurs groupes de la société civile ont formulé et proposé des « constitutions » ; ils ont été évoqués par le Pr Gaddes³ (initiative du groupe des experts, celle du Pr Belaid, de Dostourna, de l'UGTT, des étudiants de la FSJPST, de la constituante civile... jusqu'aux constitutions anonymes circulant sur le net dont l'une est attribuée au parti Ennahdha.) A cela il conviendrait d'ajouter celle proposée par l'ATFD⁴ qui insiste sur le fait que :« La constitution doit accorder et garantir les mêmes droits et les mêmes obligations aux femmes et aux hommes en ce qui concerne le mariage ou sa dissolution, la responsabilité familiale, les relations au sein de la famille, l'autorité parentale et ce, quel que soit leur état matrimonial. » et ajoute : « L'Etat doit garantir la citoyenneté pleine et entière selon les principes de l'égalité entre les femmes et les hommes dans le domaine politique, y compris le droit d'élire et d'être éligible, le droit de vote et la participation à la chose publique politique, syndicale, associative ainsi que le droit d'occuper des postes de décision ».

De même les ONG internationales ont chacune dans sa spécialité, saisi l'ANC sur des préoccupations spécifiques ; Amnesty International⁵, sur les droits inclus dans le Pacte international des droits civiques et politique ; la Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH)⁶, avec 8 recommandations sur la dignité, les libertés et l'égalité ; Human Rights Watch (HRW)⁷ sur l'intérêt de spécifier les mécanismes qui garantissent les libertés fondamentales, le Carter Center⁸, sur la transparence du processus d'élaboration et des délais non encore fixés.

Mais il faudrait surtout ne pas oublier tous ces individus et groupes sociaux qui défilent presque quotidiennement devant le palais du Bardo où siège l'ANC pour réclamer la « constitutionnalisation » de tel ou tel droit : droits des handicapés⁹, des martyrs de la révolution, des régions marginalisées, droit au travail... jusqu'aux droits des animaux¹⁰ !

Ce qu'il convient de retenir c'est qu'il y a une véritable volonté d'appropriation spontanée par la population de ce processus d'écriture et que l'ANC travaille sous la pression de ces revendications et plaidoyers formulés en dehors de l'enceinte parlementaire. Loin de constituer une source de perturbation, cette pression de la société joue en quelque sorte le rôle de vigile veillant au grain.

ANC, un échiquier politique en recomposition

³ <http://www.fsjpst-dh.hamrouni.gaddes.org/constituions.html>

⁴ ATFD ; [La constitutionnalisation des droits humains des femmes](#)

⁵ [submission for consideration by the national constituent assembly on the guarantee of political, civil, economic, social and cultural rights in the new constitution](#)

⁶ Dignité, libertés et égalité [8 recommandations-clés à l'Assemblée constituante](#)

⁷ [Lettre à l'Assemblée nationale constituante au sujet de la nouvelle constitution](#)

⁸ [Le Centre Carter invite à plus de transparence et de participation publique dans l'élaboration de la Constitution en Tunisie](#)

⁹ [Des non-voyants protestent devant le siège de la Constituante](#)

¹⁰ [Manifestation pour les droits des animaux devant l'ANC](#)

Même si les groupes parlementaires sont très divers et véhiculent parfois des référentiels idéologiques diamétralement opposés (séculiers et religieux), nous avons pu percevoir des signes encourageants d'une recherche de consensus.

Le pragmatisme politique dont fait preuve le parti islamiste dominant le parlement, le parti Ennahdha, fait qu'il avance par tâtonnement : une idée est lancée comme ballon d'essai dans les médias, si elle fait face à une résistance, il recule, si elle est bien accueillie, il l'assume publiquement.

Il en a été ainsi pour l'article 1^{er} de la Constitution où il a tenté d'introduire la Chariaa comme source première du droit, tel que formulé dans leur projet, non assumé publiquement. . «l'histoire de l'Islam ne connaît pas de séparation entre la religion et la politique, et la chose religieuse, dans l'Islam, ne se limite pas à la sphère privée, mais est un principe de société organisant la sphère publique... ceux qui appellent à la séparation entre la religion et la politique touchent aux bases fondamentales de la pensée islamique. » déclarait Sahbi Atig, le président du groupe Ennahdha.¹¹

Mais la levée de bouclier dans la société civile qui a fait face à cette idée a abouti au retrait de la proposition¹² et à l'acceptation d'un compromis : maintien de l'article 1^{er} tel qu'il existait dans la constitution de 1959 et qui édicte « La Tunisie est un Etat libre, indépendant et souverain: sa religion est l'Islam, sa langue l'arabe et son régime la république. » Cet article n'a pas empêché l'édification en Tunisie d'un Etat laïc, basé sur un droit positif depuis l'indépendance du pays en 1956.

A cela il faudrait ajouter la recombinaison des groupes politiques dans la constituante à la faveur des scissions qui ont secoué les principaux partis (Aridha, PDP, Ettakatol, CPR...). Al Aridha s'est scindée en deux dès le début, 19 membres de l'ANC ont quitté le PDP¹³, 12 ont quitté le CPR (fondant un nouveau parti, le CPRD), trois ont quitté Attakattol rejoignant le pôle démocratique...etc Ces changements recomposent l'échiquier politique de l'ANC et redessine les alliances, ouvrant la voie à un débat plus ouvert et à un jeu politique moins soumis aux contraintes des coalitions formelles.

Les débats au sein des Commissions de la Constituante

Il est vrai que les six commissions qui ont été formées n'avancent pas aussi rapidement que l'on souhaiterait, pour diverses raisons ; dont l'inexpérience des députés, le manque de moyens dont ils disposent et surtout le choix qu'ils ont fait au départ de « partir d'une feuille blanche » sans s'appuyer sur un comité d'experts.

Commission « Préambule et dispositions générales »

On sait déjà que cette première commission va rendre sa copie en début juin et que les groupes parlementaires sont arrivés à un consensus.

Il s'agit d'un document en 6 points qui fait référence à la révolution et la libération nationale, aux luttes des générations précédentes ; il se réfère autant aux " valeurs de l'Islam fondées sur l'ouverture et la modération » qu'aux valeurs universelles de droits humains ; les valeurs portées par les réformistes tunisiens du début du siècle dernier et qui sont à la base de toutes les lois modernistes tunisiennes, telles que le Code du statut personnel, édicté en 1956 ; Le projet se réfère également au régime républicain, à un Etat de droit positif basé sur la séparation des pouvoirs ; il souligne les principes de la démocratie participative et la gouvernance ouverte ; enfin il se réfère explicitement aux conventions internationales.

Quant aux autres commissions, elles sont encore en débats et en train d'auditionner des experts et des représentants de la société civile.

¹¹ [Business news](#) 28 février 2012

¹² Le monde du 27 mars « [Ennahdha renonce à inscrire la Charia dans la constitution](#) »

¹³ [Business news](#) 25 avril [Les partis résolvent leurs différends à coup de scissions, sauf chez Ennahdha](#)

Commission Droits et libertés

C'est celle qui a réalisé le plus grand nombre d'auditions des associations de droits humains. Les questions de Torture, des violences policières contre les manifestants, de la situation des prisons, des droits des femmes, ont été plutôt consensuelles. Celles sur l'abolition de la peine de mort a souvent été opposée au droit à l'avortement, protégé depuis le début des années soixante en Tunisie. Le respect de la liberté de conscience, de la protection des lieux de culte et de la garantie de leur neutralité, fait aussi débat.

Commission Pouvoir législatif et pouvoir exécutif

Cette commission a auditionné quelques personnalités ayant eu des responsabilités politiques au lendemain de l'indépendance (A. Mestiri, A. Ben Salah...) ainsi que des experts, mais sans élargir les consultations. On sait que des divergences sont apparues entre les groupes parlementaires sur la nature du système politique entre ceux qui appellent à l'adoption d'un système parlementaire unicaméral (Ennahdha) ou d'un régime mixte, mi-parlementaire, mi-présidentiel (CPR, Parti républicain) ou un régime présidentiel corrigé (Ettakatol).

Commission sur la justice pénale, administrative et financière

Débats sur la formulation des principes garantissant l'indépendance du judiciaire et notamment le Conseil supérieur de la magistrature.

Cependant les quatre groupes parlementaires, se sont mis d'accord sur le principe de la consécration de l'indépendance de la justice, sans toutefois arrêter une formulation précise. La commission a elle aussi auditionné des représentants de la profession et notamment l'association des magistrats (AMT) et le syndicat des juges (SNMT) ainsi que des magistrats du tribunal administratif.

Commission des structures constitutionnelles

La séparation des pouvoirs législatif et exécutif et la création d'une Cour constitutionnelle qui aura pour mission de contrôler la constitutionnalité des lois, sont les principes qui font consensus.

Mais une question soulevée par les députés d'Ennahdha fait polémique. Il s'agit du « haut conseil des fatwas »¹⁴, une instance qu'ils souhaitent élever au rang d'une structure constitutionnelle et dont le rôle consisterait à unifier les « fatwas » (sentences interprétant l'Islam sur des sujets de la vie courante) prononcées de façon désordonnées par les imams des mosquées. Cette proposition a suscité une levée de boucliers chez les autres groupes parlementaires y compris au sein de la Troika (notamment par Ettakattol) qui ont vu dans cette proposition une façon de réintroduire le concept de Charia comme source de la loi, dans la mesure où ces fatwas auraient force de loi.

Une proposition formulée par le doyen Yadh Ben Achour d'un « conseil de la justice de l'Etat »¹⁵ qui regroupe la Cour constitutionnelle, un Tribunal financier et le Tribunal administratif, fait son chemin dans la commission.

Commission des collectivités publiques régionales et locales

Cette commission n'avance pas beaucoup, elle a fait quelques consultations mais se trouve au cœur des conflits qui traversent les partis politiques pour le contrôle des municipalités, encore sous l'emprise de nominations partisans, en l'absence d'échéances annoncées pour les municipales. Elle planche également sur la question de la décentralisation administrative,

¹⁴ [Le courrier de l'Atlas du 27 mars](#)

¹⁵ [Pour une Constitution simple et accessible au peuple](#) ; Yadh Ben Achour, La Presse du 29 février

tirillée entre la demande d'attribution de compétences plus élargies aux régions et la tentation de les contrôler centralement.

Quelle Transparence ?

Comme l'a souligné le Pr. Gaddes, les recommandations formulées par le Centre Carter¹⁶ pointent à juste titre la faiblesse de transparence des débats et activités de la Constituante. Les journalistes en sont réduits aux « fuites » et à leurs relations personnelles pour éclairer l'opinion publique sur l'état d'avancement de ses travaux. Très peu d'informations sont disponibles sur le site web de l'ANC¹⁷, ni procès verbaux ni rapports, ni calendrier. Le président Ben Jaafar l'a reconnu publiquement et promis d'y remédier.

Le respect d'une échéance est-il crédible ?

La date du 23 octobre 2012 comme date butoir pour que la Constituante remette sa copie a été lancée par le président de l'ANC¹⁸ le 10 mai. Il a également annoncé que les prochaines échéances électorales auraient lieu au maximum en juin 2013. C'est la première fois qu'un représentant de la Troika¹⁹ sort de son mutisme et donne une date qui permet aux forces politiques de se projeter vers l'avenir et de fixer une stratégie ; rappelons que dès sa première réunion, cette question de la fixation d'un terme pour le mandat de l'ANC et des institutions exécutives qu'il a formées a été rejetée par la Troika dominante et a hypothéqué la crédibilité de l'alliance qui gouverne.

La promesse formulée par le président semble réaliste et peut être tenue si les commissions se donnent des Dead-lines et se dégagent des contraintes d'avoir à légiférer en même temps que l'écriture de la nouvelle constitution ; Il reste la question de l'élargissement du débat public, directement lié au problème de la réforme des medias, qui devraient être en mesure d'accompagner ce processus d'appropriation par les citoyens.

¹⁶ [Le Centre Carter invite à plus de transparence et de participation publique dans l'élaboration de la Constitution en Tunisie](#)

¹⁷ <http://www.anc.tn/site/main/AR/index.jsp>

¹⁸ [Déclaration](#) Ben Jaafar le 11 mai 2012

¹⁹ Partis formant la coalition au pouvoir (Ennahdha, CPR, Ettakatol)

Second Session
“Constitutional Design in Europe and the Neighbouring Countries”

CONCLUDING REMARKS

by

Mr Jan HELGESEN
First Vice-President of the Venice Commission
Norwegian Centre for Human Rights
University of Oslo
Norway

Forthcoming

i
i