

Financé
par l'Union européenne



UNION EUROPÉENNE

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Mis en œuvre
par le Conseil de l'Europe

Promotion de la bonne gouvernance et de la lutte contre la corruption

(SNAC Tunisie)

Activité T2.3 : Mise à disposition de conseils législatifs et de textes juridiques afin de contribuer à la préparation de la future loi anti-corruption

Document technique

« Préparer le statut de l'Instance de bonne gouvernance et de lutte contre la corruption : établir l'autorité constitutionnelle indépendante conformément à l'article 130 de la constitution du 26 janvier 2014 »

Richard Martinez, Expert du Conseil de l'Europe

30 octobre 2014

Pour plus d'informations, veuillez contacter :

Unité de la coopération du crime économique
Direction de la société de l'information et de la
lutte contre la criminalité – DG I
Conseil de l'Europe
F – 67075 Strasbourg Cedex FRANCE
Tél. : +33 390 21 56 73 / Télécopie : +33 388 41
27 05
Email : guillaume.parent@coe.int
Site Internet : www.coe.int/economiccrime

Ce document a été produit avec le
concours financier de l'Union européenne.
Les opinions exprimées dans ce texte
n'engagent que les auteurs et ne reflètent
pas l'opinion officielle de l'Union
européenne ni celle du Conseil de
l'Europe.

Table des matières :

Introduction.....	4
I - Les autorités administratives indépendantes (AAI) en droit tunisien	4
1. <i>Théorie générale des autorités indépendantes.....</i>	<i>4</i>
2. <i>En droit tunisien, les autorités administratives indépendantes constituent un concept aux contours imprécis.....</i>	<i>5</i>
3. <i>La mise en place d'Autorités publiques indépendantes durant le régime de transition démocratique.....</i>	<i>8</i>
II - La nouvelle constitution tunisienne et les instances constitutionnelles indépendantes.....	9
1. <i>La nouvelle constitution tunisienne est le fruit d'un compromis difficilement trouvé, mais garantissant la démocratie</i>	<i>9</i>
2. <i>Les différentes générations de droits présents dans la nouvelle constitution tunisienne.....</i>	<i>9</i>
A. LES DROITS DE PREMIERE GENERATION	10
B. LES DROITS DE DEUXIEME GENERATION	10
C. LES DROITS DE TROISIEME GENERATION.....	10
3. <i>La constitution tunisienne de 2014 se rattache également au nouveau constitutionnalisme</i>	<i>11</i>
4. <i>Le nouveau constitutionnalisme et les AAI</i>	<i>11</i>
III - Analyse du texte de la constitution de 2014	13
1. <i>La nouvelle constitution a mis en place un régime parlementaire, avec la volonté de diviser les pouvoirs pour garantir la protection des libertés publiques et la bonne gestion publique.....</i>	<i>13</i>
A. UN REGIME PARLEMENTAIRE RATIONNALISE	13
B. UN POUVOIR SOUMIS A DIFFERENTS CONTROLES	15
2. <i>Les cinq instances constitutionnelles indépendantes créées par la nouvelle constitution tunisienne ont une mission régulatrice.....</i>	<i>15</i>
A. L'ARTICLE 125 ET SUIVANTS DE LA CONSTITUTION DU 27 JANVIER 2014 ONT CREE CINQ INSTANCES INDEPENDANTES AYANT UNE MISSION REGULATRICE.....	15
B. LES ÉLEMENTS COMMUNS DES CINQ INSTANCES CONSTITUTIONNELLES INDEPENDANTES	17
C. OBSERVATIONS FORMULEES PAR LA COMMISSION DE VENISE.....	17
IV - Les mécanismes mis en place pour éradiquer la corruption en Tunisie.....	18
V - Les moyens humains et matériels de l'IBOGOLUCC.....	19

Introduction

L'article 130 de la constitution du 26 janvier 2014 prévoit la création de l'Instance de bonne gouvernance et de lutte contre la corruption (IBOGOLUCC). Il convient, dès lors, de préparer le cadre juridique garantissant l'autorité, l'efficacité et l'autonomie de cette instance constitutionnelle indépendante, ce qui passe par la rédaction des textes légaux relatifs à sa création, son fonctionnement, ses missions et pouvoirs.

Dans ce contexte également, M. Samir Annabi, Président de l'Instance nationale de lutte contre la corruption (INLUCC), a souhaité des précisions concernant :

- les autorités administrations indépendantes ;
- les instances constitutionnelles indépendantes prévues par la nouvelle constitution tunisienne ;
- la manière de mettre en œuvre les dispositions de l'article de la constitution relatif à l'IBOGOLUCC ;
- le pouvoir de contrôle des instances constitutionnelles indépendantes ;
- les moyens financiers, matériels et humains dont l'IBOGOLUCC aurait besoin pour remplir ses missions.

Les réponses à ces interrogations requièrent des analyses de droit administratif et constitutionnel tunisien et une approche comparatiste. Elles nécessitent également de se pencher sur l'esprit qu'a animé le constituant dans la rédaction de la nouvelle constitution et de rechercher les droits et les équilibres que le texte a souhaité défendre.

I - Les autorités administratives indépendantes (AAI) en droit tunisien

Les AAI existaient préalablement à *la Révolution pour la dignité*. Le régime de transition en a créé des nouvelles pour répondre à un besoin de régulation dans des domaines où l'intervention de l'Etat était redoutée.

1. Théorie générale des autorités indépendantes

Dans la théorie juridique, les autorités indépendantes sont des entités d'un genre nouveau assurant une forme de régulation sociale et économique que la nouvelle configuration de l'économie mondiale et les avancées de la démocratie ont imposées. A bien des égards, elles constituent une catégorie *sui generis*, à nulles autres pareilles. Leur essor répond à une volonté de distinguer, à côté des administrations traditionnelles, des organes dotés de garanties d'indépendance particulières par rapport au pouvoir politique, en particulier par rapport à l'exécutif. C'est pourquoi, elles sont placées hors hiérarchie administrative. D'origine anglo-saxonne, elles ont fleuri sous forme d'Autorité Administratives Indépendantes et ont évolué vers celle d'autorités publiques indépendantes, bénéficiant au besoin de la

personnalité morale et de l'autonomie administrative et financière. Leur champ d'intervention se répartit habituellement en trois secteurs principaux : l'économie moderne (les marchés financiers, le droit de la concurrence), l'information et les technologies modernes, les libertés et les droits humains.

Une comparaison internationale, permet de dégager les principales caractéristiques de ces autorités :

- l'indépendance : elles sont des institutions de l'Etat agissant en son nom mais dont le statut s'efforce de garantir l'indépendance d'action aussi bien vis-à-vis du gouvernement que du parlement ;
- l'autonomie vis-à-vis de l'administration ; elles sont créées pour remplir leurs fonctions sans intervention directe de l'administration ;
- Leurs attributions ne sont pas uniformes et exclusives ; elles disposent dans leurs domaines parfois cumulativement d'un pouvoir d'avis, de recommandation, de sanction, de décision individuelle, voire d'un véritable pouvoir réglementaire.

2. En droit tunisien, les autorités administratives indépendantes constituent un concept aux contours imprécis

M. Chawki GADDES¹ a fait observer que la notion d'autorité administrative indépendante constitue un concept aux contours imprécis en droit tunisien. En faisant l'analyse de la jurisprudence du conseil constitutionnel en la matière, il dégage les caractéristiques suivantes pour les autorités administratives indépendantes tunisiennes :

- **la personnalité morale et la permanence** (par exemple, le comité général des assurances – CGA).

- les missions

- Contrôle de la bonne marche du secteur (CGA) ;
- Emission d'avis ;
- Gestion des plans nationaux ;
- Contrôle du respect des obligations des intervenant dans le marché (Instance nationales des télécommunications – INT) ;
- Décision sur les litiges dont elle est saisie ou elle s'autosaisit.

- L'autorité

¹ Chawki GADDES, *Les autorités administratives indépendantes à travers les avis du Conseil Constitutionnel, analyse critique des avis 50 et 83 de 2007*, Constitution et administration : Colloque organisé en commémoration du cinquantenaire de la constitution de 1959, ATDC, FDSEPS, 2010, pp.113-141, <http://www.chawki.gaddes.org/3.html>

La reconnaissance d'autorité découle des larges pouvoirs de décision, et en particulier réglementaires spécifiques, attribués aux AAI par les textes, notamment lors de leur création.

On distingue les AAI exerçant la mission de réglementation économique de celles protégeant les droits et libertés fondamentaux ; chaque catégorie se subdivisant en :

- régulation de secteurs particuliers / régulation horizontale ;
- protection des libertés publiques / protection des personnes.

Pouvoirs reconnus à ces autorités :

- pouvoirs normatifs ;
- pouvoir d'application des décisions normatives ;
- pouvoir juridictionnel ou quasi-juridictionnel enlevé aux juridictions sanctionnant les manquements à ces décisions ou à la réglementation de façon générale ;
- pouvoir de persuasion et de rendre publique les décisions ;
- pouvoir de savoir : obtenir des informations des administrations et personnes pertinentes ;

Ces pouvoirs peuvent être résumés en :

- réglementaire ;
- de décision individuelle ;
- de contrôle ;
- La reconnaissance d'autorité découle des larges pouvoirs de décisions et en particulier réglementaires spécifiques qui leur sont attribués par les textes de création.

- Le caractère administratif

M. Chawki GADDES observe que le caractère administratif se déduit par éliminations successives : ces autorités ne sont ni constitutionnelles, ni gouvernementales.

Le caractère administratif de ces entités fait naître deux questions :

- le caractère administratif est-il incompatible avec celui juridictionnel qu'elles acquièrent dans le rendu de décisions de cette nature ?
- si elles sont administratives, quel est le juge de leurs actes ?

Le conseil constitutionnel a considéré que ces autorités n'appartiennent pas à un ordre juridictionnel et leur nie toute nature juridictionnelle.

Il a soumis également leurs actes au contrôle du juge administratif.

- Le caractère d'indépendance

L'indépendance est avant tout la qualité de la personne ou de la structure qui agit librement sans avoir à référer ou à demander l'autorisation de quelqu'un. Sur le plan structurel, cette qualité est considérée synonyme de l'autonomie dont profitent certaines organisations.

- Une indépendance organique limitée.

L'indépendance organique des AAI découle de :

- la collégialité qui permet une délibération collective, sur les sujets sensibles. La collégialité permet de garantir l'objectivité dans les débats et les décisions. En droit comparé, la plupart des autorités administratives sont collégiales, à l'exception des ombudsmans, médiateurs ou certains commissaires belges ou canadiens ;

- la présence de magistrats, en raison de leur appartenance à un pouvoir séparé de l'exécutif et du législatif ;

- en revanche, le mode de désignation peut porter atteinte à l'indépendance (une simple désignation par décret du président de la République peut être de nature à nuire à l'indépendance ; il en est de même de l'obligation de choisir dans un certain corps...)

- les garanties accordées aux membres des AAI reposent sur :

- l'immobilité : il ne faut pas pouvoir mettre fin aux fonctions, sauf démission ou empêchement constatée, souvent par l'autorité elle-même ;
- la durée du mandat assez longue (5 à 7 ans) et de préférence non renouvelable ;
- les incompatibilités, afin d'éviter les conflits d'intérêts.

- L'absence de soumission à aucun contrôle ni tutelle (aucune approbation du ministre, même si peut exister une obligation d'informer l'exécutif).

- Une indépendance fonctionnelle relative des AAI :

L'indépendance fonctionnelle tient davantage à l'adéquation des moyens de chaque autorité à ses missions qu'à l'attribution de ressources propres. Elle doit, d'une part, leur éviter de se soumettre dans l'exercice de leurs fonctions à n'importe quel contrôle, surtout de type administratif, et, d'autre part, leur garantir des ressources financières ainsi qu'humaines pour l'accomplissement de leur mission.

Il n'est pas obligatoire que les ressources soient propres. Par exemple, les juridictions financières françaises ne disposent pas de ressources propres. A contrario pour l'Autorité des assurances et l'Instance nationale des Télécommunication tunisiennes, les textes définissent leurs ressources.

En Tunisie traditionnellement, ces instances indépendantes sont soumises à la comptabilité publique. Cependant, l'article 199 du code des assurances parle de règles de la comptabilité commerciale avec soumission à la révision comptable des états financiers. L'article 14 du décret organisant le fonctionnement de l'Instance nationale des télécommunications prévoit les mêmes règles.

- L'autosaisine est un élément déterminant de l'indépendance.

3. La mise en place d'Autorités publiques indépendantes durant le régime de transition démocratique²

Durant la période de transition démocratique en Tunisie, ces Autorités publiques indépendantes ont connu un nouvel essor ayant conduit à la création de cinq entités :

- l'Instance supérieure pour la réalisation des objectifs de la révolution, de la réforme politique et de la transition démocratique ;
- la Commission nationale d'investigation sur la corruption ;
- la Commission nationale d'investigation sur les abus enregistrés au cours de la période allant du 17 décembre 2010 jusqu'à l'accomplissement de son objet, suivie de l'Instance nationale de lutte contre la corruption (INLUCC) ;
- l'Instance nationale indépendante pour la réforme du secteur de l'information et de la communication ;
- L'instance Supérieure indépendante électorale.

Pour conclure sur cette première partie, on notera que l'expérience tirée des AAI et des autorités publiques indépendantes créées antérieurement devrait contribuer à la définition des pouvoirs et moyens attribués aux instances constitutionnelles indépendantes, prévus par la nouvelle constitution tunisienne.

² Sana Ben Achour, *Le cadre juridique de la transition : entre légalité constitutionnelle et légitimité révolutionnaire*, décembre 2011, <http://nachaz.org/index.php/fr/textes-a-l-appui/politique/34-sana1.html>

II - La nouvelle constitution tunisienne et les instances constitutionnelles indépendantes

L'analyse des influences de la nouvelle constitution permet de comprendre la place des instances constitutionnelles indépendantes dans le nouvel ordonnancement juridique tunisien.

1. La nouvelle constitution tunisienne est le fruit d'un compromis difficilement trouvé, mais garantissant la démocratie³

Le texte de la nouvelle constitution a été salué car il procure de solides garanties démocratiques en matière de fonctionnement des pouvoirs politiques et de la justice comme pour la protection des libertés et des droits humains. Y sont notamment affirmés : l'aspiration à l'égalité sociale et régionale, le principe d'égalité entre les citoyens et les droits des femmes, ainsi que les droits et libertés individuels ou des droits collectifs, économiques, sociaux, culturels et environnementaux, la protection des droits de l'enfant sans discrimination en fonction de la situation familiale et des personnes handicapées à l'intégration sociale. Enfin, élément non négligeable pour la protection des droits et libertés, la nouvelle constitution reconnaît aux conventions internationales approuvées par le pouvoir législatif une valeur certes infraconstitutionnelle mais supra - législative.

Mais plus généralement, chacun des chapitres de la constitution illustre un compromis entre aspirations du bloc islamo - conservateur et les éléments progressistes et libéraux. Les compromis qui ont succédé à la confrontation de ces deux blocs apparaissent ainsi dans quasiment tous les chapitres de la constitution. Il en résulte que la constitution tunisienne contient des droits des trois générations constitutionnelles, tout en se rattachant dans sa forme au nouveau constitutionnalisme⁴.

2. Les différentes générations de droits présents dans la nouvelle constitution tunisienne

Les libertés publiques reposent sur des droits progressivement affirmés par les hommes. Ces droits ont été proclamés à différentes époques, en fonction des évolutions de la société. Les premiers droits affirmés défendaient la liberté individuelle, alors que les suivants prenaient en compte l'homme comme individu dans un groupe, non plus comme un individu seul. Cette évolution révèle l'importance progressive de l'Etat dans la société et l'économie : son rôle était minime avant le vingtième siècle et pour devenir prépondérant dans les

³ « C'est une Constitution longue, complexe, qui souffre d'un trop-plein », Yadh Ben Achour, juriste tunisien, http://www.lemonde.fr/culture/article/2014/01/30/la-liberte-de-conscience-principe-inedit-dans-le-monde-arabe_4357300_3246.html

⁴ On ne traitera pas des apports du droit islamique.

décennies suivantes. L'Etat apparaît désormais comme le garant de toutes ces libertés. Cette mode d'affirmation des libertés a conduit à différentes générations de constitutions.

a. Les droits de première génération

Il s'agit des droits physiques et intellectuels affirmés, par exemple par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Édictée dans un contexte libéral, cette déclaration reflète les visions de cette époque en proclamant des droits individuels et universels fondamentaux tels que la liberté, l'égalité ou encore le droit de propriété. Elle se fonde sur la considération que l'homme a des droits qui lui sont inhérents, les droits naturels ; ceux-ci doivent être garantis par le pouvoir étatique pour permettre leur exercice normal.

Aux droits naturels s'ajoutent des droits qui s'exercent dans le cadre de la société : liberté d'opinion, égalité devant l'impôt ou encore liberté de pensée. Tous ces droits de première génération forment un socle sur lequel les autres droits se sont développés. En pratique, les droits de la première génération sont garantis par l'absence d'intervention excessive de l'Etat dans l'économie et la société (ex : liberté d'aller et de venir).

b. Les droits de deuxième génération

Il s'agit de droits économiques et sociaux proclamés bien plus tard, par exemple dans le préambule de la Constitution française de 1946. En 1789, ces droits n'étaient pas considérés comme fondamentaux à une époque où la pensée libérale dominait. Mais en 1946, les problèmes économiques et sociaux étant davantage mis en avant, on cherche à garantir de nouveaux droits ; on compte donc désormais sur l'Etat pour assurer la prospérité économique et sociale. Parmi les droits de deuxième génération, on trouve le droit syndical, le droit de grève ou encore le droit au travail. On parle de "droits créances" ; en effet on demande l'intervention de l'Etat pour les garantir (ex : protection sociale).

c. Les droits de troisième génération

Il s'agit des droits dits de solidarité. Datant de la fin du 20^e siècle et du début du 21^e siècle, ces droits récents ont une nature parfois controversée. Parmi ces droits, on peut citer les droits relatifs à l'environnement et à la bioéthique. Certains de ces droits n'ont en effet encore qu'une valeur déclarative et ne peuvent donc être garantis⁵.

⁵ En France, la Charte de l'environnement de 2004 a néanmoins été intégrée à la Constitution.

3. La constitution tunisienne de 2014 se rattache également au nouveau constitutionnalisme

Le nouveau constitutionnalisme⁶ confirme l'idée selon laquelle le respect de la règle de droit est le meilleur rempart contre l'exercice abusif du pouvoir. Il poursuit de plus un autre objectif : le perfectionnement et le renforcement de l'État de droit. Ceci se traduit pour l'essentiel de deux manières :

Le « domaine constitutionnel » est plus diversifié que par le passé. Les constitutions récentes comportent un nombre plus important de prescriptions qu'auparavant et, surtout, des dispositions plus détaillées de manière à mieux encadrer l'exercice du pouvoir et à offrir des réponses immédiates et fiables aux questions que soulève la gestion d'un État moderne. C'est le cas au Portugal, au Brésil, ou encore en Afrique du Sud où les textes constitutionnels comportent près de deux cents articles voire davantage.

De manière générale, les pays qui sortent de régimes dictatoriaux ou autoritaires adoptent ensuite des constitutions le plus souvent très détaillées, afin de se prémunir contre tout risque de retour en arrière.

La rupture avec les conceptions du passé est ici également radicale, notamment avec les constitutions « courtes et obscures », longtemps présentées comme offrant une certaine souplesse permettant l'évolution des institutions. Ce système présentait toutefois de nombreux inconvénients, notamment en raison de l'absence d'un juge chargé de contrôler la constitutionnalité des lois et capable de faire respecter « l'équilibre des institutions » en sanctionnant les interprétations arbitraires de la constitution par le pouvoir en place.

Les constitutions récentes confèrent une place centrale aux droits et libertés fondamentaux de l'être humain ; en proclamant ces droits dans un « catalogue » symboliquement placé en tête de la constitution, de manière à offrir à chaque citoyen un accès immédiat et une « lisibilité » renforcée de ses droits et libertés. En outre, la création d'une juridiction constitutionnelle conduit à l'institution d'un mécanisme de contrôle de constitutionnalité accessible aux citoyens – ce qui était peu répandu dans le cadre du constitutionnalisme classique – en leur offrant, en particulier, la possibilité de demander l'annulation des lois qui portent atteinte à leurs droits et libertés.

4. Le nouveau constitutionnalisme et les AAI

Le nouveau constitutionnalisme s'efforce de l'adapter au contexte politique contemporain et privilégie une conception renouvelée du principe de séparation des pouvoirs qui met non

⁶ *Rapport le nouveau constitutionnalisme : une nouvelle forme de processus constituant*, http://democracy-reporting.org/files/dri-rapport_fr_nouveau_constitutionnalisme_2012-11.pdf

seulement l'accent sur la distinction entre les fonctions attribuées par la constitution aux différents organes du pouvoir, mais aussi insiste sur la présence d'institutions de contrôle capables de dénoncer et de corriger toutes les formes d'exercice abusif de pouvoir.

Dans cette perspective, la constitution peut agir dans plusieurs directions :

- La plupart des constitutions modernes ont prévu l'institution d'organes indépendants spécialisés qui interviennent dans un secteur ou domaine particulier de l'action de l'État : les autorités administratives indépendantes.

Ces institutions qui, répondent généralement, au qualificatif d'autorités administratives indépendantes (et qui peuvent même se voir conférer de véritables pouvoirs juridictionnels ou quasi-juridictionnels) constituent aujourd'hui un puissant facteur d'équilibre dans une démocratie. En effet, elles sont appelées à exercer des missions de contrôle et, surtout, de leurs compétences en matière de protection et de garantie des droits et libertés des citoyens. De manière très significative, la constitution de la République d'Afrique du Sud les regroupe sous une même rubrique au nom évocateur : « Les institutions d'État soutenant la démocratie constitutionnelle ».

Ces institutions jouent également un rôle essentiel d'information en direction de l'opinion publique et ont une fonction « d'alerte » en pointant les dysfonctionnements de toute nature qui entachent l'exercice des missions confiées aux administrations publiques et même, plus largement, en dénonçant les cas de mauvaise gestion des entreprises placées sous le contrôle de la puissance publique. En droit comparé, elles prennent des dénominations diverses : Haute autorité, Conseil, Instance, Ombudsman, Médiateur, Défenseur des droits, etc.

Les secteurs privilégiés d'intervention de ces autorités sont les suivants (liste non exhaustive) :

- Économie : régulation de la concurrence, des marchés financiers, etc. ;

- Communication et médias : autorité chargée de veiller au respect du pluralisme de la presse ainsi qu'à l'accès aux médias audiovisuels ;

- Protection des droits et libertés : commission nationale des droits de l'homme, médiateur de la République, défenseur des droits (Ombudsman), défenseur des droits des enfants, contrôleur des lieux de privation de liberté, autorité chargée de la lutte contre les discriminations et les inégalités, commission de déontologie de la fonction publique (lutte contre la corruption et la prise illégale d'intérêt), autorité chargée de la régulation dans l'utilisation des moyens informatiques (protection de la vie privée), accès aux documents administratifs ;

- Élections : commission électorale indépendante, chargée des opérations entourant l'organisation des différents scrutins électoraux et de veiller au bon déroulement des consultations électorales, commission de contrôle des comptes de campagne, du financement public des partis politiques, commission chargée du découpage des circonscriptions ;
- Justice « ordinaire » : une place à part est parfois réservée à l'institution, garantie par la constitution, d'un Conseil supérieur de la magistrature ;
- Comptes publics : dans le domaine financier, budgétaire et comptable, des autorités spécifiques peuvent être instituées.

La création par le constituant tunisien d'Instances constitutionnelles indépendantes paraît se rattacher à ce nouveau constitutionnalisme.

III - Analyse du texte de la constitution de 2014

L'examen du texte de la nouvelle constitution tunisienne permet de mieux comprendre la place et le rôle des instances constitutionnelles indépendantes dans l'ordonnement juridique.

1. La nouvelle constitution a mis en place un régime parlementaire, avec la volonté de diviser les pouvoirs pour garantir la protection des libertés publiques et la bonne gestion publique

Le Préambule de la constitution de 2014 cite un « régime républicain, démocratique participatif » ; dès lors, le régime est celui de la démocratie représentative, mûtiné d'un dispositif de démocratie directe : selon l'article 49, les citoyens exercent leur pouvoir via des représentants et via le référendum.

a. Un régime parlementaire rationalisé

- Le législatif

En rupture avec le précédent, le régime politique proposé par la nouvelle constitution est clairement parlementaire, comme le prévoit l'article 94 qui énonce le seul principe caractéristique de ce type de régime : « le gouvernement est responsable devant l'Assemblée des représentants du peuple ». La disparition de la « Chambre des Conseillers » tend à renforcer le poids de l'Assemblée, dont le pouvoir et les ardeurs ne sont pas temporisés par le contrôle d'une autre chambre.

- L'exécutif bicéphale

D'un côté, un Président de la République élu au suffrage universel direct pour cinq ans (et pour deux mandats consécutifs au maximum), que le constituant a souhaité parer d'une légitimité aussi forte que celle des députés et supérieure à celle du Premier ministre. Dans le même temps, ce « rival » à la légitimité incontestable est bridé par l'étroitesse de ses prérogatives. En effet, à l'exclusion de la politique étrangère, de la défense et de la sûreté nationale, ainsi que les prérogatives protocolaires et symboliques (il est le garant de l'unité nationale et veille au respect de la constitution), il n'est pas l'artisan de la politique générale de l'Etat. En effet, hormis pour ce qui relève de ce qu'on pourrait appeler son « domaine réservé », il n'inspire pas cette dernière. Il dispose certes – autre caractéristique du régime parlementaire – du droit de dissolution de l'Assemblée. Irrresponsable politiquement, il doit également abandonner toute responsabilité partisane dès sa prise de fonction (article 75), ce qui en fait de facto un homme « au-dessus des partis ». Mais la suprématie de l'Assemblée se manifeste par le fait que le Président peut être l'objet d'une procédure de destitution par celle-ci lorsqu'elle juge qu'il ne respecte pas la constitution, dans des conditions assez compliquées (article 87). Tout au plus ce « rival bridé » se contente-t-il de présider le Conseil des ministres pour les seules questions liées à ses prérogatives, de promulguer les lois, de procéder au référendum pour l'adoption des traités, des lois relatives aux droits de l'homme, aux libertés fondamentales et au statut personnel, de nommer le gouverneur de la Banque centrale (ce qui, au passage, réduit l'indépendance de cette dernière), le *mufti* de la République et les hauts fonctionnaires de la Présidence et diplomatiques.

De l'autre côté, la Constitution instaure un Premier ministre nommé par le Président et responsable devant lui et l'Assemblée, autrement dit explicitement au service de ces deux instances, mais dans le même temps véritable « cerveau » de l'exécutif. Choisi par le Président de la République parmi le parti ou la coalition majoritaire à l'Assemblée, lui comme les membres du gouvernement, ne peut cumuler son mandat avec celui de député et peut faire individuellement l'objet – comme ses ministres – d'une motion de censure, dans des conditions difficiles à mettre en œuvre (1/3 des députés pour en faire la demande, majorité absolue de l'Assemblée pour la valider).

Au final, il semble que le régime dessiné et voulu par les constituants soit celui d'un parlementarisme rationalisé, loin de l'omnipotence parlementaire⁷ et du régime présidentiel. Il y a bien suprématie du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif, mais cette suprématie est temporisée tout à la fois par le rôle du Président de la République et celui du Premier ministre, par les pouvoirs accordés aux collectivités locales, véritable pouvoir élu et enfin par les cinq Instances constitutionnelles indépendantes.

⁷ Nous ne sommes pas dans un régime d'assemblée *stricto sensu*, puisque les pouvoirs de cette dernière sont formellement limités.

b. Un pouvoir soumis à différents contrôles

A côté des pouvoirs législatif et exécutif, la nouvelle constitution prévoit et organise d'autres pouvoirs.

- Les collectivités locales

La création de collectivités territoriales, élues dans le cadre d'une « décentralisation » (article 13) est censée ne pas menacer « l'unité de l'État », mais les contours et les prérogatives de ces collectivités restent flous.

- *Le pouvoir judiciaire*, déclaré « indépendant » par l'article 100 – tout comme la figure du juge elle-même –, fait l'objet d'un titre à lui seul, ce qui n'était pas le cas dans l'ancienne constitution. Aux côtés des tribunaux judiciaires, administratifs et financiers, apparaît un tribunal constitutionnel (article 115), dont les membres sont choisis à parts égales, par l'exécutif, le Conseil supérieur de la magistrature et l'Assemblée. Son rôle est de contrôler la constitutionnalité des projets et des propositions de lois.

- la dernière innovation réside dans l'apparition **d'instances constitutionnelles indépendantes** (*al-hayyi'ât al-dustûriyya al-mustaqilla*), qui entame encore plus l'étendue des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

L'adjonction de ces pouvoirs, *a priori* indépendants, temporellement l'action du législatif et de l'exécutif.

2. Les cinq instances constitutionnelles indépendantes créées par la nouvelle constitution tunisienne ont une mission régulatrice

a. L'article 125 et suivants de la constitution du 27 janvier 2014 ont créé cinq instances indépendantes ayant une mission régulatrice⁸ :

- *L'instance des élections*, chargée de leur organisation et du contrôle de leur déroulement (article 126). Le choix fait après la révolution de retirer ce rôle au ministère de l'Intérieur et de le confier à l'Instance supérieure indépendante pour les élections (ISIE) a donc été constitutionnalisé. L'ISIE avait été établie par le décret-loi du 18 avril 2011, portant création d'une instance supérieure indépendante pour les élections⁹. Le 12 décembre 2012¹⁰,

⁸ Outre ces cinq instances, Ennahda avait ardemment défendu la constitutionnalisation de l'Institut Supérieur de l'Islam, institution existante actuellement mais dont le rôle est limité à l'organisation des affaires religieuses aux côtés du ministère compétent. L'objectif d'Ennahda était d'en faire une instance habilitée à se prononcer sur la conformité des lois, voire de la constitution et des décisions de la Cour constitutionnelle, à la charia. Cette proposition avait été présentée par Ennahda après avoir renoncé à la référence à la charia dans la constitution. Cette proposition avait soulevé une très grande opposition de nombre de juristes qui craignaient d'ouvrir la porte à une théocratie par la marginalisation de la Cour constitutionnelle, dont la légitimité aurait été concurrencée par la légitimité religieuse de cette autre instance. Par ailleurs, les Islamistes demandaient la mention de la charia comme source principale de la loi comme dans les constitutions d'autres États musulmans.

⁹ *Journal officiel de la République tunisienne*, n°27, 19 avril 2011, pp. 484-486.

l'Assemblée nationale constituante a adopté un projet de loi pérennisant l'instance. Ce projet a été amendé par la loi le 28 décembre, supprimant la commission de tri des candidatures et permettant l'élection des membres directement en séance plénière. Le 8 janvier 2014, l'assemblée constituante a finalement élu les neuf membres de cette instance¹¹.

- *L'instance de l'audiovisuel* (article 127). L'actuelle Haute autorité indépendante de la communication audiovisuelle (HAICA) voit également son rôle constitutionnalisé avec les mêmes compétences. D'ailleurs, c'est à la demande de ses membres qu'a été retiré de son champ de compétence le contrôle de l'accès à l'information (englobant notamment l'accès aux documents administratifs en tant que droit constitutionnalisé par l'article 32 de la constitution) afin de limiter sa compétence au secteur des médias par souci de cohérence¹².

- *L'instance des droits humains* (article 128)¹³. A noter que deux instances au moins créées par la loi existent à l'heure actuelle et recouvrent une partie du champ de cette nouvelle instance constitutionnelle : la Commission nationale des droits de l'Homme (créée sous l'ancien régime mais dont le rôle a évolué, même si elle souffre d'un manque criant de moyens) et l'Instance de lutte contre la torture (non encore mise en place mais créée par une loi récente en application de la convention internationale pour l'abolition de la torture ratifiée par la Tunisie).

- *L'instance du développement durable et des droits des générations futures* (article 129). Cette instance a compétence pour contrôler le respect des lois et émettre des avis et propositions sur toutes les questions économiques et sociales et liées au développement, ainsi que sur le respect des normes environnementales et, par contrecoup, et même sans que cela ne soit mentionné explicitement, sur l'exploitation des richesses naturelles qualifiées de « propriété du Peuple Tunisien » par l'article 13 de la Constitution, adopté à la suite d'un amendement parlementaire, qui impose le contrôle des contrats d'exploitation

¹⁰ Loi organique relative à l'Instance supérieure indépendante pour les élections, *texte adopté par l'ANC le 12 décembre 2012*, nawaat.org/portail/wp-content/uploads/2012/12/loi-isie_fr.pdf.

Selon la loi organique n° 2013- 52 du 28 décembre 2013, modifiant et complétant certaines dispositions de la loi organique n° 2012-23 du 20 décembre 2012, relative à l'instance supérieure indépendante pour les élections

¹¹ Pour une analyse du fonctionnement de l'ISIE, voir : Rapport final sur les élections de l'Assemblée nationale constituante tunisienne du 23 octobre 2011 (Mission d'observation électorale de l'Union européenne) ;) « La Cour des comptes révèle la mauvaise gestion financière et administrative de l'Isie », *BinaaNews*, 13 novembre 2012 ; SIGMA-OCDE, « Evaluation du cadre d'intégrité dans le secteur public en Tunisie », décembre 2012.

¹² La commission de Venise avait noté que dans le projet de constitution qui lui avait été soumis que l'instance de l'information étant chargée de la régulation et du développement du secteur de l'information, ce qui incluant la liberté d'expression et d'information, le droit d'accès à l'information et l'instauration et l'instauration d'un paysage médiatique pluraliste et intègre. Elle réunissait dès lors les rôles de régulation du secteur audiovisuel (qui dans d'autres pays est confié à une autorité indépendante) et du secteur de la presse écrite et électronique (qui est le plus souvent du ressort des professionnels, dans le cadre d'un système d'autorégulation et de structures généralement appelées « conseils de presse »). La commission tunisienne invitait à ce que la Constitution prévoie pour cette instance une composition lui permettant d'exercer ces deux rôles différents.

¹³ La traduction exacte de la dénomination en français est « Instance des droits Humains » et non « Instance des droits de l'Homme ».

passés entre l'Etat et des sociétés nationales ou étrangères par la commission parlementaire compétente.

- *L'instance de la bonne gouvernance et de la lutte contre la corruption* - IBOGOLUCC - (article 130). Cette instance constitutionnalise reçoit le rôle attribué à la Commission de vérité et de lutte contre la corruption, créée après la Révolution, et à l'Instance nationale de lutte contre la corruption. Elle dispose notamment de pouvoirs d'enquête pour les besoins de sa mission.

b. Les Eléments communs des cinq instances constitutionnelles indépendantes

- L'article 65 de la constitution dispose que « Sont pris sous forme de lois organiques les textes relatifs à ... l'organisation des instances constitutionnelles ».

- Ces dernières sont dotées de la personnalité juridique et de l'autonomie financière et administrative.

- Leurs membres sont élus par le Parlement à la majorité qualifiée, qui reste à déterminer par la loi. La loi fixe la composition de ces instances, leur organisation, ainsi que les modalités de leur contrôle.

- Leurs missions visent au « renforcement de la démocratie » par le contrôle du respect des lois et de la constitution ;

- Toutes les institutions de l'Etat sont tenues de faciliter l'exercice de leurs missions ;

- Elles disposent aussi d'un droit de recommandation et de regard sur les textes relevant de leur champ de compétence. Elles présentent leur rapport annuel à l'Assemblée du peuple devant laquelle elles sont responsables.

c. Observations formulées par la commission de Venise

La commission de Venise a rendu un avis sur le projet final de la constitution de la République tunisienne¹⁴, dont le contenu reste valable et devrait inspirer certaines dispositions des lois créant les instances constitutionnelles indépendantes.

Concernant les instances constitutionnelles indépendantes, la commission de Venise a insisté sur :

- leur nécessaire indépendance ;

- leur composition suffisamment diversifiée, fondée sur les compétences et l'expérience et reflétant la composition de la société tunisienne, y compris du point de vue de l'équilibre des genres et des régions ;

- l'utilité que toutes les instances soient soumises à des critères d'indépendance, neutralité, compétence et l'intégrité, et expérience ;

¹⁴ Commission européenne pour la démocratie par le droit (commission de Venise) observations sur le projet final de la constitution de la république tunisienne, Strasbourg, le 17 juillet 2013, avis 733 / 2013, cdl(2013)034[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl\(2013\)034-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl(2013)034-f)

- la garantie que les causes d'interruption d'un mandat soient prévues par la loi.

Les observations de la commission de Venise, invitent, concernant l'IBOGOLUCC, à définir précisément l'étendue de ses pouvoirs, afin d'éviter l'arbitraire et à définir clairement la notion de gouvernance, de sorte à garantir l'équilibre des pouvoirs recherché par le constituant.

IV - Les mécanismes mis en place pour éradiquer la corruption en Tunisie

Le premier paragraphe du Préambule de la constitution de 2014 éclaire le contexte dans lequel cette constitution est élaborée : rompre avec un passé fait d' « injustice, de corruption et de tyrannie » en dépit de la lutte du peuple tunisien pour l'indépendance et la construction d'un Etat¹⁵. Puis, le texte montre que le pouvoir constituant a prévu trois mécanismes destinés à éradiquer la corruption de l'Etat¹⁶ : (1) l'identification de la rupture définitive avec la corruption comme l'un des principes qui sous-tendent la constitution (préambule) ; (2) la constitutionnalisation de l'instance de la bonne gouvernance et de la lutte contre la corruption (article 127) ; et (3) le développement de dispositions visant à cultiver une nouvelle culture de la gestion dans les domaines administratif, des partis politiques, la police, les syndicats et les circonscriptions électorales.

Tout d'abord, l'Etat est tenu d'établir des mécanismes permettant d'assurer une saine gestion des ressources publiques et de garantir la lutte contre l'évasion fiscale et la fraude fiscale (art. 10). Ensuite, l'article 11 impose l'obligation à ceux qui assurent les plus hautes fonctions de l'Etat, y compris ceux qui « exercent dans les instances constitutionnelles indépendantes ou qui exercent toute autre haute fonction » de déclarer leurs biens. Enfin, le fonctionnement de l'administration de l'Etat est soumis à des règles de transparence, d'intégrité et de responsabilité (article 14). Ce principe de transparence est important et sa mise en œuvre par le législateur devra assurer les conditions de son efficacité. La délégation au législateur est en effet très large en ce qui concerne « les autres fonctions » pour lesquelles l'obligation de déclaration des biens est obligatoire. Cette obligation ne doit, cependant, pas concerner un trop grand nombre de fonctions. La question se posera alors de l'efficacité du contrôle. Si la constitution va au-delà du principe, le législateur pourrait être

¹⁵ La Constitution de la République tunisienne comporte un Préambule se composant de cinq paragraphes et précisant l'esprit de la nouvelle Constitution. Conformément à l'article 143 de la Constitution, il fait partie intégrante de celle-ci ; conformément à l'article 144, les dispositions de la Constitution sont comprises et interprétées comme un « tout harmonieux ».

¹⁶ Guadalupe Martínez Fuentes, *Túnez: nueva Constitución y la democracia posible*, ARI 7/2014 - 6/2/2014.

guidé par une formule du type « fonctions caractérisées par leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la nation ».

La Cour des comptes et le Tribunal administratif sont responsables, en tant qu'organes indépendants, d'assurer le respect de ses obligations (art. 113 et 114). La constitutionnalisation du principe de la libre constitution des partis politiques, des syndicats et des associations porte avec elle l'obligation de respecter la règle de la transparence financière (art. 34).

Les constituants ont considéré que la corruption de la police était liée à sa politisation et sa soumission aux instructions de l'exécutif, et partant, ils ont exigé des forces de sécurité de l'Etat de se conformer au principe de neutralité (art. 18). Le népotisme et le clientélisme dans le monde du travail trouvent une limite dans obligation constitutionnelle d'établir des mesures garantissant le droit du travail sur la base de la compétence et de l'équité (art. 39). Etant donné que les fraudes électorales ont été une constante du régime précédent, la nouvelle constitution repose sur des élections libres (Préambule) et exige expressément le respect des conditions de transparence et de l'intégrité électorale (art. 54 et 74), contrôlés par une instance électorale consacrée comme un organe constitutionnel indépendant, composé de membres à l'intégrité connue (art. 123).

V - Les moyens humains et matériels de l'IBOGOLUCC

L'article 125 de la constitution de 2014 prévoit que les instances constitutionnelles indépendantes sont dotées de la personnalité juridique et de l'autonomie financière et administrative. Par ailleurs, l'article 6 de la convention des nations unies contre la corruption, que la Tunisie a ratifiée, dispose que « Chaque État Partie accorde à l'organe ou aux organes visés au paragraphe 1 du présent article l'indépendance nécessaire, conformément aux principes fondamentaux de son système juridique, pour leur permettre d'exercer efficacement leurs fonctions à l'abri de toute influence indue. Les ressources matérielles et les personnels spécialisés nécessaires, ainsi que la formation dont ces personnels peuvent avoir besoin pour exercer leurs fonctions, devraient leur être fournis. ». En application de ses dispositions, l'Etat tunisien devrait accorder à l'IBOGOLUCC les moyens matériels et le personnel nécessaire pour remplir ses fonctions.

Il n'existe pas de norme sur les moyens à affecter aux autorités anticorruption (AAC). Une étude de la Banque mondiale¹⁷ constate que les AAC nécessitent un personnel bien formé -

¹⁷ <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/feb06course/summaryWBPaperACagencies.pdf>

y compris un nombre suffisant ayant des compétences hautement spécialisées. Le personnel devrait également être bien payé et répondre à des normes déontologiques élevées. Bien que l'on ne puisse présenter un nombre de personnel de référence, en raison des variations dans les missions et le contexte, il est clair qu'un personnel suffisant, bien formé et motivé est fondamental pour le bon fonctionnement des AAI.

Concernant les autres moyens, l'étude de la Banque mondiale insiste sur les ressources financières, les locaux et autres équipements ainsi que sur le partage de l'information de haut niveau et la coordination avec d'autres organismes gouvernementaux. Un pays souhaitant réellement lutter contre la corruption sera tenu d'allouer des fonds suffisants, et de s'assurer qu'ils sont bien utilisés. Toutefois, il n'est pas possible d'établir une corrélation très forte entre les crédits alloués et l'efficacité de l'organisme. Ainsi, si les budgets globaux de ces organismes (à l'exception de Hong Kong) sont faibles, le CPIB de Singapour disposait d'un budget de 3,23 millions de dollars en 1991-1992, beaucoup moins que la plupart des autres organismes, mais était réputé pour son efficacité.

De son côté, le rapport de l'OCDE *Specialised anti-corruption institutions, review of models* de 2006, fait une différence entre les AAC responsables de la mise en œuvre de la loi pénale (*enforcement of law*), et qui mêlent forces de police et de justice, et les instances chargées davantage d'une mission de prévention. Les premières sont dotées de moyens assez importants (par exemple, l'UKOK croate comptait 56 agents en 2005 et le Serious Fraud Office du Royaume-Uni 156 membres dont 35 juristes). Les AAC se rapprochant davantage d'une mission de prévention disposent de moyens bien moindres, par exemple l'instance de la prévention de la corruption slovène avec 11 membres ou la commission anticorruption albanaise avec 6 membres. Le SCPC français a en 2014, 15 personnes dont 9 conseillers. On notera qu'en 2013, l'Office antifraude de Catalogne, de création récente, bénéficiait de 47 agents pour un budget de 4,7 millions d'euros dont 3,6 millions pour les charges de personnel¹⁸.

Relativement à la mission contrôle des déclarations de patrimoine qui pourrait revenir à l'IBOGOLUCC, on se rapportera à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) française. Celle-ci reçoit et contrôle de façon sérieuse, les déclarations de situation patrimoniale et d'intérêts des 8 000 plus hauts responsables publics. Ses crédits d'engagement se montent, en 2014, à 3,7 millions d'euros et elle dispose de 20 équivalents

¹⁸https://www.antifrau.cat/images/stories/documentos/documents_pdf/memoria_2013/Memoria_2013_FINAL.pdf

temps plein (ETP)¹⁹, en plus des huit membres de son collège. Pour l'année prochaine, il est prévu de passer à 30 ETP. À titre de comparaison, la commission pour la transparence de la vie politique disposait d'un budget total de 0,6 million d'euros et de six ETP pour contrôler de manière très imparfaite 6000 déclarations de patrimoine.

Dès lors, il conviendra de donner à l'IBOGOLUCC des moyens en adéquation avec les missions qui lui seront attribuées dans le contexte tunisien, tout en garantissant son autonomie.

Richard Martinez, Expert du Conseil de l'Europe

¹⁹ Créée par les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) est une autorité administrative indépendante (AAI) chargée de promouvoir la probité des responsables publics. A ce titre, elle reçoit et contrôle les déclarations de situation patrimoniale et d'intérêts des 8 000 plus hauts responsables publics (membres du Gouvernement et du Parlement, grands élus locaux, collaborateurs du président de la République, des ministres et des présidents des assemblées ou dirigeants d'organismes publics). Elle peut également être consultée par les élus sur des questions de déontologie relatives à l'exercice de leur fonction et émettre des recommandations à la demande du Premier ministre ou de sa propre initiative sur toute question relative à la prévention des conflits d'intérêts. Elle publie un rapport annuel remis au président de la République, au Premier ministre et au Parlement et peut formuler des recommandations.

Projet de loi de finances pour 2014 : Protection des droits et libertés, <http://www.senat.fr/rap/a13-162-17/a13-162-170.html>.