

MAKALELER/ARTICLES

GÜÇLÜ VE ZAYIF YÖNLERİYLE 27 OCAK 2014 TARİHLİ YENİ TUNUS ANAYASASI*

*(THE NEW TUNISIAN CONSTITUTION OF 27 JANUARY 2014:
STRENGTHS AND WEAKNESSES)*

Ferhat Horchani**

ÖZET

Tunus, diğer “Arap Baharı” ülkelerinin aksine, siyasal geçiş sürecini başarıyla ve uzlaşıyla tamamlamıştır. Bu sürecin nihai meyvesi olan 27 Ocak 2014 tarihli yeni Anayasa, gerek yapılış süreci gerekse içeriğiyle anayasa hukukçularının dikkatini çekecek niteliktedir. Yeni Anayasa, sivil toplumun yoğun katılımıyla biçimlenmiş ve demokratik seçimlerle işbaşına gelen bir Kurucu Meclis’in çalışmalarıyla son halini almıştır. İslam’ın devletin dini olmaktan çıkarıldığı ve hukukun kaynağı olarak meclisin işaret edildiği bu yeni dönemde, devlet şekli olarak sivil ve demokratik bir yapı ön plana çıkmıştır. Öte yandan, kadın hakları güçlendirilmiş ve bu alandaki kazanımlar anayasal güvenceye alınmıştır. Buna ek olarak, yeni hak ve özgürlükler Anayasa’ya dâhil edilmiş, özgürlüklerin sınırlandırılmasında yeni ve katı ölçütler benimsenmiştir. Siyasal rejim alanında, halk tarafından seçilen ancak yetkileri daraltılmış bir Cumhurbaşkanı modeli ve parlamenter rejimin temel unsurları üzerinde uzlaşmıştır. Kurumsal plandaki en büyük yenilik ise kuşkusuz yeni Anayasa Mahkemesi’nin kuruluşu olmuştur. Yeni Anayasa, hak ve özgürlüklere ilişkin getirdiği çelişkili düzenlemeler ve güçler dengesini sağlama konusundaki yetersizliği nedeniyle eleştiriye açıktır. Ancak, zayıf yönlerine ve içerdiği daha birçok belirsizliğe rağmen, yeni Tunus

* Fransızcadan çeviren, Dr. Erkan Duymaz, İstanbul Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi.

** Prof. Dr., Tunus Hukuk ve Siyasal Bilimler Fakültesi, Tunus Anayasa Hukuku Derneği Başkanı.

Anayasası, modern ve demokratik bir toplum kurma yolunda önemli bir başlangıç olarak değerlendirilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Tunus, Arap Baharı, Kurucu Meclis, İslam, Kadın Hakları, Hak ve Özgürlükler.

ABSTRACT

Tunisia, unlike other countries of the Arab Spring, completed its political transition period successfully and with consensus. The Constitution dated 27 January 2014, which is the final product of this period, is remarkable from the viewpoint of professionals of constitutional law with regard both to the process by which it was drafted and adopted and its content. The New Constitution has been formed with broad participation of civil society and put in its final shape by the work of a Constituent Assembly, which was established through democratic elections. In this new period in which Islam is no more a religion officially admitted by the state and the assembly is pointed out as the source of law, a civil and democratic structure has come into prominence. On the other hand, women's rights have been strengthened and acquisitions on this ground have been constitutionally granted. In addition, new rights and freedoms have been incorporated into the Constitution, and new and strict standards on restrictions on freedoms have been adopted. In the area of the political regimes, consensus has been reached over a president elected by the people but whose power is narrowed down through the basic elements of a parliamentary regime. The greatest innovation in the institutional area is that a new Constitutional Court has been established. The New Constitution is open to criticism due to the conflicting regulations on rights and freedoms and its inadequateness in instituting balance between powers. However, despite its weaknesses and many more uncertainties, the New Tunisian Constitution should be interpreted as an important beginning on the path to establish a modern and democratic society.

Keywords: Constitution, Tunisia, Arab Spring, Constituent Assembly, Islam, Women's Rights, Rights and Freedoms.

Giriş

Tunus, bağımsızlığından bu yana ikinci, ülke tarihinin dördüncü anayasasını 27 Ocak 2014 günü kabul etti.¹ Uluslararası toplum bu yeni anayasayı coşkuyla ve çekincesiz karşıladı çünkü 23 Ekim 2011 tarihinde gerçekleştirilen Ulusal Kurucu Meclis (ANC) seçimleri sonucunda İslamcı partinin (Ennahda Partisi) yeni meclis yapılanmasında önemli bir yer elde etmesi büyük korkulara neden olmuştu. Devletin ve hukukun sekülerliği ve özellikle kadın özgürlükleri alanında Tunus'un kazanımları için siyasal İslam'ın bir tehlike olarak algılanması, toplumun korkularını haklılaştırıyordu.² Öte yandan, "Arap Baharı" ülkeleri, ne modernite ne de demokrasi yoluna girmiş ülkeler imajı çizmekteydi. Bu ülkelerin birçoğu silahlı çatışma ya da belirsizlik bataklığına saplanmışken, demokrasi hiç gelmeyecek bir tarihe ertelenmiş gibi görünmektedir.

Bu nedenle, Tunus birçok bakımdan bir istisna olarak görülebilir. Ama bu durum hiç de şaşırtıcı değildir. Ülkenin tarihi bu konuda ilgi çekici veriler sunuyor. Tarihsel determinizm bakışıyla denilebilir ki, bir ülkenin değişim yönü nadiren tesadüflere bağlıdır. Tunus tarihi, bize,

¹ Bunlardan ilki, insanlık tarihinin ilk anayasalarından biri olan Kartaca Anayasası'dır. Aristo, bu anayasayı "Politika" adlı eserinde "sıradan birçok hüküm içeren iyi bir anayasadır... Kartaca hükümetinin makul düzenlemelerinin bir kanıtı olarak; halk, kendi özgür iradesiyle kurulu anayasal sisteme sadık kalır ve, belirtmekte gerekir ki, asla ne tiranlık ne de başkaldırı söz konusu olmuştur" şeklinde tarif eder. Habib BOULARES "Histoire de la Tunisie", 2012; CERESÉDITIONS, s. 42. Aristo, bu anayasa konusunda ayrıca şöyle yazar: "Kartaca, hala birçok açıdan diğer devletlerin anayasalarına göre daha eksiksiz ve bazı açılardan da Sparta Anayasası'na benzer iyi bir anayasaya sahip görünüyor. Girit, Sparta ve Kartaca hükümetleri arasında önemli ilişkiler vardır ve bilinen diğer tüm hükümetlere üstündürler. Özellikle, Kartacalılar mükemmel kurumlara sahiptir; Kartaca Anayasası'nın makul bir anayasa oluşunun güzel bir kanıtı, iktidarın bir parçasını halka bahşetmesine rağmen Kartaca'da hiçbir zaman hükümet değişikliği ve daha dikkat çekici olanı ise, isyan veya tiranlık görülmemiş olmasıdır." Tunus'un ikinci anayasası olan 1861 Anayasa'sı, Arap dünyasının ilk anayasasıdır. Muhammed Sadık tarafından 26 Nisan 1861'de yayımlanan Anayasa, yönetimin bey'ler ve bakanlar arasında paylaşılmasını öngörüyordu ve 60 üyeden oluşan, anayasanın koruyucusu, Büyük Konsey'e geniş imtiyazlar tanıyordu. Bu Konsey, anayasaya aykırı eylemleri durumunda bey'i görevden alabiliyordu. Hükmüdar artık devletin kaynaklarını kullanmakta özgür değildi. Yasama yetkisi, bey ve egemenlik yetkisine sahip bir meclis arasında paylaşılmıştı. Adalet dağıtıcı şüphesiz bey'di ama yargı erki yasama ve yürütme karşısında bağımsızdı. Ancak, Ali Ben Gdhahem'in isyanının ardından bu anayasa Nisan 1864'de askıya alınmıştır.

² İslamcı Ennahda partisinin anayasa taslağı ve de uydu partilerin taslakları dolaşıma girdi ve söz konusu korkuları haklı çıkardı.

Kartaca Anayasası'ndan başlayarak, 1857 Temel Paktı ve 1861 Anayasası'yla devam eden zengin reformist geleneğe ve anayasal canlılığa ülkenin tekrar kavuştuğunu göstermektedir. 1956 yılında kabul edilen Medeni Kanun da (çok eşliliği yasaklamış ve 1959 Anayasası'ndan önce boşanma hakkını tanımıştır) bölgedeki, hatta İslam dünyasındaki eşsiz reform ruhunu yansıtmakta ve ülkenin medeni ve siyasi tarihini devamlı beslemektedir.

2014 Anayasası, 1959 Anayasası'ndan bir kopuş niteliğinde olmasa da, birçok düzlemde, özellikle de devletin kimliği, özgürlükler ve siyasi rejim düzleminde, bu anayasadan farklılaşmaktadır. Bu yeni Anayasa'yı nasıl değerlendirmek gerekir? Anayasa'nın yapılış yöntemi, hak ve özgürlükler sorunu, devletin nitelikleri ve tercih edilen siyasi rejimin düzenlenişi konularında yeni Anayasa'nın güçlü ve zayıf yönleri nelerdir?

I. Anayasa'nın Yapılış Yöntemi

2014 Anayasası'nın yapılış yöntemi anayasa hukukçularının ilgisini çekecek niteliktedir ve hiç kuşku yok ki hukuk fakülteleri derslerine konu olacaktır. Tunus'a özgü bu orijinal yöntem, tarihsel olarak ticarete aşına, çatışma yerine müzakereye ve uzlaşmaya, resmiyet yerine gayri resmi tartışmalara öncelik tanıyan bir halkın Akdenizli geçmişiyle yeniden buluşmasının bir ürünüdür.

Öncelikle, Tunus, yeni bir Anayasa yapımı için en uzun, en zor ve en riskli yol olan, demokratik seçimlerle belirlenen temsilcilerden oluşan Kurucu Meclis yolunu tercih etti.

Birçok eksikliğe ve engele rağmen, anayasa yapım süreci pek çok artıya sahiptir. Bölgedeki ve dünyadaki diğer geçiş dönemi deneyimlerinin aksine, Tunus katılımcı bir anayasa hazırlama yoluna gitti. Yeni Anayasa, teknik olarak Ulusal Kurucu Meclis tarafından kaleme alınmış olsa da, sivil toplumun farklı bileşenleri ve tali olarak siyasi toplum tarafından yazıldı.

Tunus, Arap dünyasında ve başka yerlerde daha önce denenilen, seçilmiş veya atanmış uzman komisyonlar tarafından yazılan ve sonrasında referanduma sunulan (Mısır örneği) veya yukarıdan bahsedilen anayasa yapım seçeneklerini reddetti.

Sonuç olarak, ülkenin Temel Yasası, eski 1959 Anayasası ya da herhangi bir taslak temel alınmadan, "beyaz bir sayfa" üzerine yazıl-

maya başlandı. Son derece demokratik olmasına karşın, bu tercih, sürecin çıkmaza girmesi veya sonu gelmez tartışmalara sahne olması riskini taşıyordu, zira ülke tarihinde ilk kez bu denli önemli meseleler kamuoyunun önüne geliyordu. Yeni Anayasa'yı özgün kılan en önemli özellik ise ülkenin dinamik güçlerinin desteğini alan sivil toplum tarafından yazılmış olmasıdır. Devletin kimliği, İslam'ın konumu, kadının konumu ve kadının kazanımlarının anayasalaştırılması, eğitimin yabancı dillere ve kültürlerle açık hale getirilmesi, inanç özgürlüğü, özgürlüklere getirilen kısıtlamaların sıkı bir şekilde düzenlenmesi, yargı erki, yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi, yeni insan hakları gibi örneği çoğaltılabilecek birçok temel meseleye ilişkin tercihlerin Anayasa'da yer alması sivil toplum tarafından kabul ettirilmiştir. Bunun bir sonucu olarak, anayasal düzenlemelerin her biri, önümüzdeki yıllarda, bu dinamik çerçevesinde ve sivil toplumun oynadığı rol ışığında okunacak ve yorumlanacaktır. Kısacası, diğer "Arap Baharı" ülkelerinin hemen hepsi başarısız olmuşken, "Tunus modeli", üzerinde uzlaşa sağlanan bir sonuç doğurmuştur.

Tunus'a özgü bir diğer husus, ihtilafli anayasal meseleler üzerindeki nihai tartışmaların, bu amaçla oluşturulan, gayri resmi bir çerçevede (Tunus'un merkezi işçi sendikası konfederasyonu UGTT tarafından idare edilen Ulusal Diyalog) veya yasal metinlerde öngörülme, hatta mevzuata aykırı bir şekilde ve büyük ölçüde Ulusal Kurucu Meclis'in (ANC) resmi yapısı dışında oluşturulan tamamen kurgusal kurumlar aracılığıyla (ANC bünyesindeki uzlaşa komisyonları) yürütülmüş olmasıdır.

Özellikle sivil toplumun üstlendiği belirleyici rol sayesinde ve sivil toplumdaki gelen yoğun baskının siyasi çevrelerce de benimsenmesiyle, farklı anayasa tasarımları (beş tane ön taslak) aylar boyunca tartışıldı ve iyileştirildi. Düzenlenen sayısız etkinlik sayesinde (seminerler, kolokyumlar, yuvarlak masa toplantıları, yerli, yabancı ve uluslararası uzman raporları, medya tartışmaları, 2012 yazı boyunca devam eden muazzam gösteri yürüyüşleri) ön tasarımların ihtiva ettikleri zayıf yönler, eksiklikler, geriye gidişler ve tehlikeler ortaya kondu. Bu bakımdan, Tunus Anayasa Hukuku Derneği çok önemli bir rol üstlenmiştir.³

³ Tunus Anayasa Hukuku Derneği (ATDC), ön anayasa tasarımlarının her biri için, medyada geniş yer bulan ve diğer dernekler ve siyasi partiler tarafından devamının getirildiği bilgilendirme toplantıları düzenledi. Bkz. <https://www.facebook.com/ATDCTN?fref=ts>

Öte yandan, belirtmek gerekir ki, ilk aşamada, ideolojik türden (dinin anayasal konumu, din ve devlet ilişkisi, dinden dönme suçlamalarının yasaklanması), devletin niteliklerine ilişkin (hukukun kaynakları, devletin sivil-dini karakteri) ya da uzun zaman önce açıklığa kavuşmuş, ne devrimin gündemi ne de Tunus'un sorunları arasında yer alan konulardaki (kadının konumu) tartışmalarla çok zaman kaybedilmiştir. Bununla birlikte, bu kamusal tartışmalar iki açıdan çok yararlı olmuştur: Birincisi, bu tartışmalar daha önce hiç yapılmamıştı (1959 Anayasası'nın ve 1959'da kabul edilen Medeni Kanun'un hazırlık dönemi de dâhil olmak üzere). İkinci olarak, bağımsızlık sonrası dönemin aksine, 2014 Anayasası taslağında benimsenen çözümler, Başkan Habib Bourguiba'nın etkisiyle 1959 yılında olduğu gibi siyasi elitlerin –her ne kadar aydın kişiler olsalar da– önerdiği veya dayattığı bir modelden değil, doğrudan sivil toplumun bağrından çıkmıştır. Bu da, 2014 Anayasası'nın gerçek anlamda katılımcı bir anayasa olduğunu göstermektedir.⁴

II. Devletin Kimliği, Haklar ve Özgürlükler

A. Devletin Kimliği

Altını çizmek gerekir ki, Ulusal Kurucu Meclis, 1959 Anayasası'nın “Tunus, özgür, bağımsız ve egemen bir devlettir, dini İslam, dili Arapça ve rejimi Cumhuriyet'tir” şeklindeki 1. maddesini olduğu gibi yeni Anayasa'ya aktarmıştır. Bununla birlikte, 2014 Anayasası, maddenin eski şekline “Bu maddede değişiklik yapılamaz” hükmünü eklemiştir. Bu da gösteriyor ki, “devrimden kaynaklanan meşruiyete” ve 1959 Anayasası'nın askıya alınması suretiyle eski sistemden bir kopuş yaşanmasına rağmen, devletin şekli, hukukun kaynakları ve dinin anayasadaki konumu konularında eski anayasa ile devamlılık sağlama düşüncesi üstün gelmiştir. Ne var ki, bu konulardaki düzenlemeler doktrinde ve içtihatla uzun süreli tartışmalara yol açan belirsizlikler içermektedir. Gerçekten de, Anayasa'nın 1. maddesinde yer alan “dini İslam'dır” ibaresinin “Devlet'i” mi yoksa “Tunus'u” mu kastettiği açıkça belirtilmemiştir. Kanaatimize göre, yeni Anayasa'da vücut bulan tercihler, bu eski tartışmaya yeni bir bakış açısı getirmiştir: İlk olarak, son anayasa taslağı gö-

⁴ Anayasa kabul edildikten sonra, en azından yukarıda bahsi geçen meseleler üzerindeki tartışmaların kesin olarak kapanacağı ve hiçbir siyasi veya ideolojik gücün veya grubun, devletin şekline, dinin Anayasa'daki yerine, insan haklarının evrenselliğine ve kadın haklarına ilişkin düzenlemeler gibi üzerinde uzlaşmış konuları tekrar ciddi bir şekilde tartışmaya açmayacağı ümit edilebilir mi?

rüşülürken, sivil toplumun baskısıyla bir maddenin kaldırılmasına karar verilmiştir (eski 141. madde). Bu madde “hiçbir anayasa değişikliğinin Devlet’in dini olan İslam’a” zarar veremeyeceğini öngörüyordu. Bu maddenin Anayasa’dan çıkarılmasının hukuki sonuçları olacaktır. Anayasa’nın 1. maddesinin artık iki farklı şekilde okunması mümkün değildir. İslam’ın bundan böyle devletin dini değil “Tunus’un dini”, yani Tunusluların çoğunluğunun dini olduğu, mümkün olan tek okumadır. Böylece İslam artık devlet hukukunun bir kaynağı olarak kabul edilemeyecektir. Aslında, çok daha önceleri, “şeriat”ın bir hukuk kaynağı olarak anayasada yer almasının reddedildiği anayasa taslakları üzerindeki ilk tartışmalar sırasında, bu yorumun benimsenmiş olduğu söylenebilir.

Buna ek olarak, 1. maddenin ardından yeni Anayasa’ya eklenen ve “Tunus, vatandaşlık bağına, halkın iradesine ve hukukun üstünlüğüne dayalı sivil bir Devlettir. Bu madde değiştirilemez” şeklinde düzenlenen 2. madde, söz konusu yorumu daha da kuvvetlendirmiştir. O halde, devlet sivil bir yapıdadır (ne askeri ne de dini) ve Anayasa’nın 3. maddesi uyarınca, egemenliğin ve dolayısıyla hukukun kaynağı, yalnızca, yasama erki tarafından temsil edilen halktır.⁵

“Vatandaşlık bağına dayalı sivil Devlet” ifadesi son derece önemlidir; zira, vatandaşlığı diğer tüm aidiyetlerin üstünde tutmaktadır.

B. Haklar ve Özgürlükler

Zayıflıkları, belirsizlikleri ve uygulamada ne tür sonuçlar vereceği sorusu bir yana, 2014 Anayasası, Arap ve Müslüman dünyasında tektir. Zamanın ruhuna uygun, modern bir metindir.

Yeni Anayasa’nın sağladığı ilerlemeler, esas olarak, hak ve özgürlükler alanının genişlemesi konusunda olmuştur. 1959 Anayasası’nda tanınanlara ek olarak, temel özgürlükler ve yeni haklar 2014 Anayasası’nda yerlerini almıştır.

İbadet özgürlüğünden farklı olan vicdan özgürlüğü,⁶ akademik özgürlükler,⁷ bilgiye erişim hakkı⁸ örnek olarak gösterilebilir.

⁵ Madde 3’e göre, “Halk, egemenliğin sahibi ve seçilmiş temsilciler ya da referandum yoluyla kullandığı tüm yetkinin kaynağıdır”.

⁶ Madde 6/1’e göre, Devlet, dinin koruyucusudur. Devlet, inanç, vicdan ve inancını yaşama geçirme özgürlüğünü güvence altına alır; cami ve dini mekânların yansızlığını her türlü araçsallaştırmaya karşı korur.

⁷ Madde 33: Akademik özgürlükler ve bilimsel araştırma özgürlüğü güvence altındadır.

⁸ Madde 32: Bilgiye erişim hakkı güvence altındadır. Devlet, iletişim ağlarına erişim hakkını sağlamak için çalışır.

Anayasa üçüncü ve dördüncü kuşak hakları güvence altına almıştır (sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, spor hakkı, su hakkı, bilgi ağlarına erişim hakkı, kültür hakkı, sağlık hakkı ...). Engelliler ve çocuklar gibi özel kategoriler de yeni Anayasa tarafından dikkate alınmış ve korunmuştur. Kadın hakları güçlendirilmiştir: “kadın ve erkek vatandaşlar” arasındaki eşitlik açıkça Anayasa’da düzenlenmiştir.⁹ Bu eşitlik, kadınların ve erkeklerin kendi aralarındaki özel ilişkilerde de mutlaka eşit olacağı anlamına gelmediği için, yetersiz görülebilir; ancak yine de geliştirilmesi mümkün, kayda değer bir kazanım olarak değerlendirilmelidir.¹⁰ Eski Anayasa’nın yürürlükte olduğu dönemde, Tunuslu kadınlar, uzun yıllar boyunca, hayati önemde bir belge olan 1956 Medeni Kanunu¹¹ tarafından getirilen kazanımlarını kaybetmekten korkuyorlardı. Yeni Anayasa, önceki mevzuat ve özellikle de Medeni Kanun tarafından tanınan kadın haklarının geri döndürülemez nitelikte olduğunu açıkça anayasal korumaya almıştır.¹² Anayasa, öte yandan, temsilde cinsiyet eşitliği ve kadının şiddetten korunması alanlarında devlete yükümlülükler yüklemek suretiyle kadın haklarını güçlendirmiştir.¹³

Anayasa’nın, hak ve özgürlükler alanındaki tartışmasız en önemli getirisi, özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini sıkı bir şekilde düzenlemiş olmasıdır (Madde 49). Özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması - 1959 Anayasası’nın öngördüğü gibi- artık mümkün değildir. Yasakoyucu, kuşkusuz, özgürlüklerin kullanımını düzenleyebilir hatta bunları sınırlandırabilir fakat bundan böyle titizlikle sıralanmış bir takım koşula riayet etmek zorundadır: Sınırlandırmalar, hakkın özüne müdahale teşkil edecek nitelikte olmamalı; meşru bir amaç gütmeli, bu amaçla

⁹ Madde 21: Erkek ve kadın vatandaşlar, haklar ve ödevler bakımından eşittirler. Hiçbir ayrımcılık olmaksızın kanun önünde eşittirler.

¹⁰ 1959 Anayasası, eşitlik ilkesine tabi ki yer vermiştir fakat özel olarak kadın-erkek eşitliğini güvence altına almamıştır.

¹¹ Bu da, 1959 Anayasası’nın kabulünden önce, dönemin seçkinlerinin ve bilhassa Habib Bourguiba’nın, bu soruna atfettikleri önemi gösteriyor.

¹² Madde 46/1 ve 46/2: Devlet, kadınların kazanılmış haklarını korumayı taahhüt eder, bunları destekler ve iyileştirmek için çalışır. Devlet, farklı sorumluluklar üstlenebilmeleri için kadın ve erkek arasındaki fırsat eşitliğini her alanda güvence altına alır.

¹³ Madde 46/3 ve 46/4: Devlet, seçilmiş meclislerde kadının ve erkeğin eşit temsilini sağlamaya çalışır. Devlet, kadına karşı şiddeti ortadan kaldırmak için gerekli tedbirleri alır.

orantılı olmalı, sivil ve demokratik Devlet'in gereklerine uygun olmalı ve yargı denetimine tabi tutulmalıdır.¹⁴

Bu yadsınamaz ilerlemeye rağmen, bazen siyasi uzlaşmalar bazen de yazımdaki yetersizlikler nedeniyle yeni Anayasa'nın birçok zayıf yönü bulunmaktadır:

- Örneğin, bağdaştırılması zor olan hakları bir araya getiren 6. madde, birçok çelişki barındırmaktadır. Bu maddeye göre: "Devlet, dinin koruyucusudur. Devlet, inanç, vicdan ve inancını yaşama geçirme özgürlüğünü güvence altına alır; cami ve dini mekânların yansızlığını her türlü araçsallaştırmaya karşı korur. Devlet, itidal ve hoşgörü değerlerini yaymayı, kutsalları korumayı ve bunlara zarar verilmesini yasaklamayı, aynı şekilde, dinden dönme suçlamaları için yürütülen kampanyaları ve nefrete ve şiddete teşviki yasaklamayı taahhüt eder. Devlet, aynı zamanda, yasakladığı bu faaliyetlere karşı koymayı taahhüt eder". Oysa "vicdan özgürlüğü", içeriği mekâna, zamana ve kişilere göre çok değişken olan "kutsalların korunması" ile güçlükle bağdaşmaktadır.

- Benzer şekilde, yine 6. maddede öngörülen "inanç özgürlüğü" ve "inancını serbestçe yaşama geçirme özgürlüğü", Başlangıç kısmında ifade edilen İslam'ın buyruklarına bağlılık¹⁵ veya cumhurbaşkanının İslam dinine mensup olma zorunluluğu¹⁶ gibi diğer bazı düzenlemelerle çatışıyor görünmektedir.

- Öte yandan, Anayasa'nın Başlangıç kısmı, insan haklarının evrensellik ilkesini tanımakla birlikte bu ilkenin sınırlayıcı bir şekilde yorumlanmasına neden olacak bir ifade içermektedir. Nitekim "evrensel

¹⁴ Madde 49: Kanun, bu Anayasa'da güvence altına alınmış hak ve özgürlüklere ilişkin ilkeleri ve, özüne zarar vermeksizin, bunların kullanım koşullarını belirler. Hak ve özgürlükler üzerindeki denetim tedbirleri ancak sivil demokratik bir Devlet'te gerekli olduğu ölçüde ve başkalarının haklarını korumak için veya kamu güvenliğinden, ulusal güvenlikten, kamu sağlığından veya kamu ahlakından kaynaklanan nedenlerle ve ölçülülük ve gereklilik ilkelerine riayet edilerek uygulanabilir. Yargı organları, hak ve özgürlüklerin her türlü ihlale karşı korunmasını sağlamakla görevlidir.

¹⁵ Başlangıç kısmı, 3. paragraf: "Halkımızın, İslam'ın buyruklarına ve açıklık ve itidal ile şekillenen ülküsüne, asil insani değerlere, evrensel insan haklarının üstün ilkelere bağlılığını ifade ederek; tarihimiz boyunca birikmiş kültürel mirasımızdan, Arap-Müslüman kimliğimizi oluşturan unsurlardan ve insan uygarlığının birikimi üzerine kurulu aydın reformist hareketimizden ve halkımızın gerçekleştirdiği ulusal kazanımlardan ilham alarak;"

¹⁶ Madde 74: Cumhurbaşkanlığı adaylığı, Tunus vatandaşlığına doğum yoluyla sahip ve Müslüman olan tüm kadın ve erkek seçmenler için bir haktır.

insan haklarının üstün ilkeleri” ifadesi, bu ilkeler arasında bir hiyerarşi kurulduğu şeklinde yorumlanabilir, sanki diğer insan hakları ilkeleri aynı önemde değilmiş gibi!

- Son olarak, Anayasa, yaşam hakkını “kutsal” ilan etmekte ancak bu hakka müdahale edilmesine izin vermektedir.¹⁷

III. Siyasal Rejim

Yeni Anayasa, geçmişten aldığı dersle, cumhurbaşkanının yetkilerini kayda değer ölçüde sınırlandırarak, başkanlık sisteminin bazı özellikleri ile parlamenter rejimin tekniklerinin bir araya geldiği melez bir rejimde karar kılmıştır. İki temel güç (Cumhurbaşkanı ve Halkın Temsilciler Meclisi) eşit derecede meşruiyet sahibidirler ve doğrudan genel oy ile seçilirler. Diğer yandan, parlamentodaki çoğunluktan çıkan hükümet yalnızca yasama organına karşı sorumludur. Fiilen, yasama seçimlerinden galip çıkan parti (ya da koalisyon) yasama erkini ve yürütme erkini bir bölümünü (hükümet) elinde tutacaktır.

Anayasa, kuşkusuz, parlamenter bir rejimin tekniklerini öngörüyor: Gensoru ve parlamentoyu fesih hakkı. Ayrıca, doğrudan halktan aldığı meşruiyet nedeniyle, Cumhurbaşkanı, hükümetten ve parlamento çoğunluğundan farklı bir siyasi partiden olabilir. Ancak, bu şekilde kurulan rejim dengeli olmaktan uzaktır ve başlıca yetkileri ulusal savunma ve dış ilişkiler alanları ile sınırlandırılan cumhurbaşkanının gücünü önemli ölçüde zayıflatmıştır.

Aslında, yeni Tunus Anayasası tarafından tercih edilen rejimin en güçlü organı parlamentodaki çoğunluktan çıkmış hükümettir.

Devlet başkanına tanınan parlamentoyu fesih hakkı, madde 99’da düzenlendiği şekliyle çok gerçek dışı, hatta gerçekleşmesi imkânsız görünmektedir. Nitekim bu maddeye göre: “Cumhurbaşkanı, cumhurbaşkanlığı görevi süresince en fazla iki defa Halkın Temsilciler Meclisi’nden hükümete güvenoyu vermesini isteyebilir. Oylama, Temsilciler Meclisi’nin üye tam sayısının salt çoğunluğunun katılımıyla gerçekleşir. Meclis hükümete güvenini tazelemezse, hükümet istifa etmiş sayılır ve Cumhurbaşkanı, belirleyeceği en yetkin kişiyi, 89. maddenin 1., 5. ve 6. paragraflarına uygun olarak 30 gün içerisinde hükümeti kurması için

¹⁷ Madde 22: Yaşam hakkı kutsaldır, bu hakka yalnızca kanunla belirlenmiş son derece istisnai durumlarda müdahale edilebilir.

görevlendirir. Bu sürenin aşılması veya Meclis'in yeni hükümete güvenoyu vermemesi durumunda, Cumhurbaşkanı Meclis'i feshederek, en az 45 en fazla 90 gün içerisinde erken seçim yapılması yönünde çağrıda bulunabilir. Hükümete iki defa güvenoyu verilmesi durumunda, Cumhurbaşkanı istifa etmiş sayılır”.

Aslında bu demek oluyor ki, partizan bir sistem (yani parlamento ve hükümete hâkim bir siyasi parti) söz konusu olduğunda Meclis'in feshi fiilen mümkün değildir. Eğer Cumhurbaşkanı ve parlamento çoğunluğu aynı siyasi partiden olursa, bu parti bütün gücü elinde tutacaktır ve 99. maddede öngörülen güç dengesi mekanizmasının doğru işlemesi pek mümkün olmayacaktır. Buna karşın, Cumhurbaşkanı'nın ve parlamento çoğunluğunun farklı siyasi partilerden olması durumunda, 99. maddede düzenlenen fesih hakkının etkili olma ihtimali çok zayıftır; zira, ne olursa olsun Meclis'in kendisiyle aynı siyasi çoğunluğa mensup bir hükümeti cezalandırması oldukça güçtür. 99. maddeye göre, parlamento hükümeti düşürememesi halinde Cumhurbaşkanı'nın koltuğu tehlikeye gireceğinden, her koşulda Cumhurbaşkanı'nın üzerinde gerçek bir “Demokles'in kılıcı” sallanmaktadır.

Yeni Anayasa'nın benimsediği sistem kuşkusuz zekice tasarlanmıştır; ancak sistemin iyi bir şekilde işlemesi siyasi partiler rejiminin etkililiğine ve henüz son halini almamış Tunus siyasetinin genel görünümüne bağlı olacaktır. Bununla birlikte, kabul edilen seçim sistemi (en büyük artık usulünün uygulandığı nispi temsil sistemi) olası riskleri artırmaktadır. Nitekim nispi temsil sisteminin gelecek seçimlerde uygulanması, küçük partilerin, yasamanın işleyişi ve rejimin istikrarı üzerinde aşırı bir güç oluşturamaları da, en azından bu alanda söz sahibi olacakları karmakarışık bir parlamento ortaya çıkmasına neden olabilir.

Bu zayıflıklara karşın, Anayasa, kontrol ve güç dengesi konularında önemli yenilikler getirmiştir. Muhalefete yüklenen önemli rol,¹⁸

¹⁸ Madde 60: Muhalefet, Halkın Temsilciler Meclisi'nin temel unsurlarından biridir, parlamento çalışmaları çerçevesinde görevlerini ifa etmesine imkân veren ve Meclis'in yapılanmalarında ve faaliyetlerinde, iç ve dış planda, eksiksiz bir şekilde temsil edilmesini güvence altına alan haklara sahiptir. Bu haklar arasında, maliye komisyonunun başkanlığı ve dış ilişkiler komisyonu raportörlüğü görevlerinin zorunlu olarak muhalefete verilmesi bulunur. Muhalefetin, ayrıca, her yıl bir soruşturma komisyonu kurma ve komisyona başkanlık etme hakkı vardır. Muhalefet, diğer ödevlerinin yanı sıra, parlamento çalışmalarına aktif ve yapıcı bir şekilde katılmakla yükümlüdür.

kanunların anayasaya uygunluk denetimi (Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu) ve bağımsız anayasal kurumlara ilişkin düzenlemeler bu yöndedir.

Sonuç

Yeni Anayasa, hak ve özgürlüklerin korunması için asgari güvenceler sunan, genel hatlarıyla kabul edilebilir bir metindir. Zayıf yönlerine rağmen, benimsenen siyasal rejim, genel olarak, diktatörlüğe geri dönüşü engellemeye elverişli bir iktidar bölüşümü gerçekleştirmiştir. Ayrıca, anayasa yargısının kabulü hak ve özgürlüklerin korunması ve keyfiliğe karşı önlem alınması için önemli bir güvencedir.

Anayasa'nın zayıf yönleri ve içerdiği belirsizlikler, demokratik ve yenilikçi bir toplum kurma projesini tehlikeye atmamaktadır. Ancak, bir kez daha bilinmeli ki, yalnızca, inşa edilecek güçlü bir sivil toplum ve görevi ondan devralacak bir siyasal toplum bu demokratik projeyi savunabilecektir.

Anayasa, bir demokrasiyi inşa etmek için şüphesiz gerekli bir koşuldur ancak tek başına yeterli değildir. Asıl belirleyici olan, altını çizmek gerekir ki, metinlerin dışında konumlanmış "iktidar"dır. Şimdilik her şey gelecek seçimlerin sonuçlarına ve bu seçimleri kazanacak ve de yeni Anayasa'yı demokratik veya daha az demokratik bir yönde uygulayacak parti veya koalisyona bağlıdır. ...

KAYNAKÇA

Yeni Tunus Anayasası'nın yapım süreci için ayrıca bkz.:

Baccouche, Neji, "Demokrasiye Geçişin 3 Komisyonu", *AYHD*, 2012-2, s. 113-119.

Ben Achour, Yadh, "Tunus'ta Demokratik Geçiş", *AYHD*, 2012-2, s. 17-25.

Gaddes, Chawki, "Tunus'ta Anayasal ve Demokratik Geçiş Üzerine Düşünce ve Değerlendirmeler", *AYHD*, 2012-2, s. 231-268..

Moussa, Fadhel, "Tunus Ulusal Kurucu Meclisi'nce Anayasa'nın Kaleme Alınması", *AYHD*, 2012-2, s. 69-76.

LA NOUVELLE CONSTITUTION TUNISIENNE DU 27 JANVIER 2014: FORCES ET FAIBLESSES

*(THE NEW TUNISIAN CONSTITUTION OF 27 JANUARY 2014:
STRENGTHS AND WEAKNESSES)*

Ferhat Horchani*

RÉSUMÉ

Contrairement aux autres pays du « printemps arabe », la Tunisie a achevé la phase de transition politique avec succès et consensus. La constitution du 27 janvier 2014 qui est le produit final de ce processus retiendra l'attention des constitutionnalistes par son contenu et notamment par sa méthode d'adoption. La nouvelle constitution tunisienne a été élaborée par une vive participation de la société civile avant d'être finalisée par une assemblée constituante démocratiquement élue par le peuple. S'agissant de l'identité de l'État, elle préconise une structure étatique civile et démocratique où l'Islam n'est plus la religion d'État et le peuple représenté par le pouvoir législatif est la seule source du droit. En matière de droits et libertés, le nouveau texte renforce les droits des femmes, constitutionnalise leurs acquis, reconnaît les nouveaux droits et procède à un encadrement strict des limites aux libertés. En ce qui concerne le régime politique choisi, un consensus s'est dessiné autour d'un modèle composite qui emprunte les techniques essentielles du régime parlementaire et quelques unes du régime présidentiel tout en limitant considérablement les pouvoirs du chef de l'État. L'innovation principale en matière institutionnelle est sans doute la création de la nouvelle Cour constitutionnelle. La nouvelle constitution peut certes faire l'objet des critiques dues à des contradictions que contiennent certains articles relatifs aux droits et libertés et au déséquilibre entre les pouvoirs suscité par le régime politique choisi. Cependant et malgré de nombreuses autres faiblesses et ambiguïtés dont elle souffre, la constitution du 27 janvier

* Professeur à la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, Président de l'Association tunisienne de droit constitutionnel.

2014 peut être considérée comme un premier pas majeur vers la construction d'une société moderniste et démocratique.

Mots Clés: Constitution, Tunisie, Printemps arabe, Assemblée constituante, Islam, Droit des femmes, Droits et Libertés.

ABSTRACT

Tunisia, unlike other countries of the Arab Spring, completed its political transition period successfully and with consensus. The Constitution dated 27 January 2014, which is the final product of this period, is remarkable from the viewpoint of professionals of constitutional law with regard both to the process by which it was drafted and adopted and its content. The New Constitution has been formed with broad participation of civil society and put in its final shape by the work of a Constituent Assembly, which was established through democratic elections. In this new period in which Islam is no more a religion officially admitted by the state and the assembly is pointed out as the source of law, a civil and democratic structure has come into prominence. On the other hand, women's rights have been strengthened and acquisitions on this ground have been constitutionally granted. In addition, new rights and freedoms have been incorporated into the Constitution, and new and strict standards on restrictions on freedoms have been adopted. In the area of the political regimes, consensus has been reached over a president elected by the people but whose power is narrowed down through the basic elements of a parliamentary regime. The greatest innovation in the institutional area is that a new Constitutional Court has been established. The New Constitution is open to criticism due to the conflicting regulations on rights and freedoms and its inadequateness in instituting balance between powers. However, despite its weaknesses and many more uncertainties, the New Tunisian Constitution should be interpreted as an important beginning on the path to establish a modern and democratic society.

Keywords: Constitution, Tunisia, Arab Spring, Constituent Assembly, Islam, Women's Rights, Rights and Freedoms.

La Tunisie a adopté une nouvelle constitution le 27 janvier 2014. C'est sa deuxième constitution depuis l'indépendance et la quatrième dans l'histoire du pays¹. La communauté internationale a applaudi sans réserve cette nouvelle constitution. D'autant plus que les résultats des élections du 23 octobre 2011 qui ont abouti à l'élection de l'Assemblée nationale constituante (ANC), ont suscité de nombreuses craintes en raison de la place importante occupée par le parti islamiste (Ennahda) dans la configuration de la nouvelle assemblée. Les craintes de la société étaient justifiées notamment parce que l'islam politique était perçu comme un danger pour les acquis de la Tunisie en matière de sécularité de l'Etat et de droit et des libertés des femmes en particulier.² Par ailleurs, les pays du "printemps arabe" n'ont pas offert l'image des pays qui s'engageaient ni dans la modernité ni encore dans la démocratie. Nombre d'entre eux, s'enlisaient dans des conflits armés ou dans des

¹ La première est la constitution de Carthage qui fut l'une des premières constitutions de l'histoire de l'humanité, elle a été décrite par Aristote dans sa "Politique" comme une "bonne constitution renfermant de nombreuses dispositions sortant de l'ordinaire... Une preuve de la sage ordonnance du gouvernement carthaginois, c'est le fait que l'élément populaire demeure de son plein gré fidèle au système constitutionnel établi, et qu'il n'y a jamais eu, ce qui en vaut la peine d'être signalé, ni sédition ni tyrannie". Cité notamment par Habib BOULARES histoire de la Tunisie, 2012; CERESÉDITIONS page 42. Aristote aurait écrit aussi à propos de cette constitution: "Carthage paraît encore jouir d'une bonne constitution, plus complète que celle des autres États sur bien des points, et à quelques égards semblable à celle de Lacédémone. Ces trois gouvernements de Crète, de Sparte et de Carthage, ont de grands rapports entre eux; et ils sont très supérieurs à tous les gouvernements connus. Les carthaginois, en particulier, possèdent des institutions excellentes; et ce qui prouve bien toute la sagesse de leur constitution, c'est que, malgré la part de pouvoir qu'elle accorde au peuple, on n'a jamais vu à Carthage de changement de gouvernement, et qu'elle n'a eu, chose remarquable, ni émeute, ni tyran". La deuxième constitution de la Tunisie fût celle de 1861 qui est la première du monde arabe. Promulguée par le Bey Mohammed es-Sadok le 26 avril 1861, elle consacre un partage des pouvoirs entre le bey et ses ministres et accorde de larges prérogatives au Grand Conseil formé de 60 conseillers d'Etat, gardien de la constitution, ce Conseil peut déposer le bey en cas d'actes anticonstitutionnels. Le souverain n'est plus libre de disposer des ressources de l'État. Le pouvoir législatif est partagé entre le bey et une assemblée investie d'une autorité souveraine. La justice est certes rendue au nom du bey, mais le pouvoir judiciaire devient indépendant vis-à-vis du pouvoir exécutif et législatif. Toutefois, suite à la révolte de Ali Ben Gdhahem cette constitution a été suspendue en avril 1864.

² Un projet de constitution du parti islamiste Ennahda mais également d'autres projets de partis satellites ont circulé et ont confirmé ces craintes.

voies incertaines et la démocratie semble bien renvoyé aux calendes grecques.

De ce fait, la Tunisie semble à bien des égards une exception. Mais cela n'étonne point. L'histoire du pays nous fournit des éclairages intéressants. Il y aurait une sorte de déterminisme historique qui fait que le sens de l'évolution d'un pays est rarement le fait du hasard. L'histoire de la Tunisie nous dit que le pays a renoué avec sa vitalité constitutionnelle et avec sa riche tradition réformiste depuis la constitution de Carthage, en passant par le Pacte fondamental de 1857 et la constitution de 1861. Enfin, le Code du Statut personnel adopté en 1956 (qui a notamment interdit la polygamie et instauré le divorce civil bien avant la constitution de 1959) traduit l'esprit de réforme unique dans la région voire dans le monde musulman, et a toujours irrigué l'histoire civile et politique du pays.

Même si la constitution de 2014 ne constitue pas une rupture par rapport à celle de 1959, elle s'en distingue sur plusieurs plans et en particuliers sur celui de l'identité de l'Etat et celui des libertés et du régime politique choisi. Comment apprécier cette nouvelle constitution? Quels sont ses points forts et ses faiblesses tant sur le plan de la méthode de son adoption, de la question des droits et libertés et de l'identité de l'Etat et enfin de l'agencement du régime politique choisi.

I. La méthode d'adoption

La méthode de l'adoption de la constitution de 2014 doit retenir l'attention des constitutionnalistes. Elle sera certainement enseignée dans les bancs des Facultés de droit. Il s'agit d'une méthode originale spécifiquement tunisienne qui renoue ainsi avec son histoire méditerranéenne de peuple commerçant qui fait prévaloir la négociation et les compromis sur l'affrontement, et les discussions informelles sur les cadres formels.

D'abord, la Tunisie a opté pour la voie la plus longue, la plus difficile et la plus risquée, celle de l'adoption du texte fondamental par une Assemblée constituante c'est-à-dire par les élus du peuple issus d'une élection démocratique.

Malgré de nombreux faiblesses et obstacles le processus constituant présente de nombreux aspects positifs. Contrairement à d'autres expériences de transition dans la région et dans le monde, la Tunisie a choisi, l'élaboration d'une constitution participative, certes rédigée techniquement par une Assemblée nationale constituante, mais

écrite par les différentes composantes de la société civile et accessoirement par la société politique.

La Tunisie a rejeté les options utilisées dans le monde arabe et ailleurs, celui des constitutions octroyées ou celles écrites par des commissions d'experts élus ou non élus et soumises ensuite à référendum populaire (exemple égyptien).

Elle opté enfin pour la rédaction de la loi fondamentale du pays non pas à partir de l'ancienne constitution de 1959 ou d'un projet quelconque mais à partir d' "une feuille blanche". Ces choix, bien que très démocratiques, comportent des risques majeurs d'enlèvement et de discussions interminables, d'autant plus que c'est la première fois dans l'histoire du pays que des questions aussi importantes sont portées sur la place publique. Ce qui fait l'originalité majeure de cette constitution est que c'est un texte écrit par la société civile soutenue par les forces vives du pays. Plusieurs choix fondamentaux dans cette constitution ont été imposés par la société civile qu'il s'agisse de l'identité de l'Etat, de la place de l'islam, de la place de la femme et de la constitutionnalisation de ses acquis, de l'ouverture de l'enseignement aux langues et civilisations étrangères, de la liberté de conscience, de l'encadrement strict des limites aux libertés, du pouvoir judiciaire, du contrôle de la constitutionnalité des lois, des nouveaux droits de l'homme droits. et les exemples sont encore plus nombreux. Ce qui fait que chaque disposition sera lue et interprétée dans les prochaines années à la lumière de cette dynamique et du rôle joué par cette société civile. En bref, "la méthode tunisienne" a abouti à quelque chose de consensuel, alors que les autres pays du "printemps arabe" ont pratiquement tous échoué.

En deuxième lieu une des spécificités tunisiennes est que les discussions décisives sur des questions controversées de la constitution se sont déroulées dans un cadre ad-hoc et informel (dialogue national dirigé par la centrale syndicale l'UGTT) ou par des instances créées de toutes pièces (commission des consensus au sein de l'ANC), non prévu initialement par les textes et même contre ces derniers et en grande partie en dehors du circuit formel de l'ANC.

Ainsi, les différents projets de constitution (cinq avant -projets) ont été discutés et améliorés pendant de long mois suite essentiellement au rôle décisif joué par la société civile dont les très fortes pressions ont été relayés par la société politique. Un nombre impressionnant d'activités (séminaires, colloques, tables ronde, rapports d'experts nationaux et

étrangers ou internationaux, médias, manifestations gigantesques de rue durant tout l'été 2012) ont mis le doigt, pour chacun des projets sur les faiblesses, les failles, les reculs et les dangers que recèlent ces avants projets. Le rôle de l'Association tunisienne de droit constitutionnel a été des plus importants à cet égard.³

Force est également de constater que, de prime abord, beaucoup de temps a été perdu dans des débats de type idéologique (place de la religion, relation entre la religion et l'Etat, ou encore sur la question de l'interdiction des accusations d'apostasie) ou identitaire (sources du droit, caractère civil de l'Etat) ou relativement à des questions qui semblaient pourtant être réglées depuis longtemps (place de la femme) et qui ne figuraient, en aucun cas, ni parmi les mots d'ordre de la révolution, ni parmi les problèmes de la Tunisie. Pourtant, ces débats publics ont été très utiles: d'abord, parce qu'ils n'ont jamais eu lieu auparavant (y compris lors de l'élaboration de la constitution de 1959 ou du Code du statut personnel en 1956). Ensuite, contrairement aux années post -indépendance, les solutions retenues dans le projet de constitution de 2014, ont rejailli de la société civile elle-même et ne résultent donc pas d'un modèle imposé ou suggéré par une élite politique- fut elle éclairée- comme ce fut le cas en 1959 sous l'impulsion du président Habib Bourguiba. C'est dire que la Constitution tunisienne de 2014 est une véritable constitution participative⁴.

II. Identité de l'Etat, droits et libertés

A. Identité de l'Etat

Il est important de signaler que l'ANC a repris tel quel l'article 1^{er} de l'ancienne constitution de 1959 qui dispose que la "Tunisie est un Etat libre, indépendant et souverain, l'Islam est sa religion, l'arabe sa langue et la République son régime". A cette ancienne version de 1959,

³ L'ATDC a organisé pour chaque avant projet de constitution des journées largement médiatisées et relayées par les autres associations et partis politiques. Voir <https://www.facebook.com/ATDCTN?fref=ts>

⁴ Peut-on espérer que sur ces questions au moins, et une fois la constitution adoptée, le débat sera définitivement clos et aucune force ou groupe politique ou idéologique ne viendra remettre sérieusement en cause les choix arrêtés comme par exemple les dispositions identitaires ou ceux relatifs à la place de la religion ou l'universalité des droits de l'homme, ou les droits de femmes ?

celle de 2014 a ajouté qu' "Il n'est pas permis d'amender cet article". Ceci montre que malgré "la légitimité révolutionnaire" et la rupture opérée par la suspension de l'ancienne constitution, c'est l'idée de continuité avec 1959 qui a prévalu dans les choix fondamentaux relatifs à l'identité, à la source du droit et à la place de la religion dans la constitution, même si ces choix entretiennent une ambiguïté qui a alimenté de longues controverses doctrinales et jurisprudentielles. L'article 1 n'indique pas en effet clairement si la mention "l'Islam est sa religion" revient à "l'Etat" ou à "la Tunisie". Nous pensons toutefois que les choix opérés par la nouvelle constitution ont apporté un éclairage nouveau dans ce débat ancien: D'abord lors des débats du dernier projet de la constitution, un article (l'ancien article 141) a été supprimé suite aux pressions exercées par la société civile. Cet article disposait que qu' "Aucune révision constitutionnelle ne peut porter atteinte à: L'islam comme religion d'État (..)". Cette suppression aura des effets juridiques, elle indique qu'il n'est plus permis actuellement d'avoir deux lectures de l'article 1^{er}, mais une seule: celle où l'islam n'est pas la religion de l'Etat mais "la religion de la Tunisie", c'est-à-dire de la majorité des tunisiens. L'Islam ne pourra donc plus être une source du droit de l'Etat. En réalité, cette interprétation a été corroborée bien avant lors des premières discussions sur les projets de constitution qui ont abouti à écarter la "shariâa" comme source du droit dans la constitution.

De plus, à cet article 1^{er}, a été ajouté dans la nouvelle constitution, un article 2 qui renforce encore cette interprétation et qui dispose que "la Tunisie est un État civil, basé sur la citoyenneté, la volonté du peuple et la primauté du droit. Il n'est pas permis d'amender cet article". Par conséquent l'Etat a une nature civile (c'est-à-dire non militaire et non religieuse) et donc seul le peuple représenté par le pouvoir législatif est source de la souveraineté et donc du droit conformément à l'article 3 de la constitution⁵.

L'affirmation du "caractère civil de l'Etat fondé sur la citoyenneté" est une affirmation capitale car elle fait prévaloir la citoyenneté sur toute autre appartenance.

⁵ Selon cet **article 3** "Le peuple est le détenteur de la souveraineté et il est source de tous les pouvoirs qu'il exerce à travers ses représentants élus ou par referendum".

B. Les droits et les libertés

Au delà de ses faiblesses et de ses ambiguïtés et sous réserve de ce que sera son application, la constitution de 2014 est unique dans le monde arabe et musulman. C'est un texte moderne qui épouse son temps.

Les avancées portent essentiellement sur l'extension du champ des droits et libertés. Ainsi, en plus de ceux déjà consacrés par la Constitution de 1959, des libertés essentielles et des droits nouveaux ont été ajoutés.

C'est le cas de la liberté de conscience distincte de la liberté de culte⁶, ou des libertés académiques⁷, du droit à l'accès à l'information⁸.

La constitution garantit les droits de la troisième et quatrième génération, (droit à l'environnement sain, droit au sport, droit à l'eau, droit d'accès aux réseaux d'information, droit à la culture, à la santé...). Des catégories spécifiques sont visées et protégées par la nouvelle constitution: personnes handicapées, enfants. De même, les femmes voient leurs droits renforcés: le texte prévoit explicitement l'égalité entre "les citoyennes et les citoyens"⁹. Même si cette égalité reste encore insuffisante, car elle n'implique pas nécessairement une égalité entre les hommes et les femmes dans les relations privées, elle constitue néanmoins un acquis considérable qui peut être amélioré¹⁰. Dans le même sens, pendant de nombreuses années, sous le règne de l'ancienne constitution, les femmes ont craint la remise en cause de leurs acquis consacrés notamment par un texte d'une importance capitale: le Code du Statut personnel adopté en 1956¹¹. Désormais la nouvelle constitution,

⁶ L'article 6 §1 dispose que l'État est gardien de la religion. Il garantit la liberté de croyance, de conscience et le libre exercice des cultes; il est le garant de la neutralité des mosquées et lieux de culte par rapport à toute instrumentalisation partisane.

⁷ Article 33.: Les libertés académiques et la liberté de la recherche scientifique sont garanties.

⁸ Article 32: Le droit d'accès à l'information est garanti. l'Etat œuvre à garantir le droit à l'accès aux réseaux de communication.

⁹ Article 21: Les citoyens et les citoyennes, sont égaux en droits et devoirs. Ils sont égaux devant la loi sans discrimination aucune.

¹⁰ La constitution de 1959 prévoit certes le principe d'égalité mais non spécialement celui des femmes et des hommes.

¹¹ Et donc bien avant la constitution de 1959, ce qui montre l'importance de la question aux yeux de l'élite de l'époque et en particulier Habib Bourguiba.

constitutionnalise explicitement l'irréversibilité des acquis de la femme consacrés par les textes antérieurs et notamment le code du statut personnel¹². La constitution améliore ces droits en consacrant des obligations, à la charge de l'Etat en matière de parité et de protection des femmes contre la violence¹³.

En matière de droits et libertés, l'apport le plus important est incontestablement celui de l'encadrement strict des limites aux libertés (article 49). Il n'est plus possible –comme dans la cadre de la constitution de 1959- de limiter les libertés par la loi. Désormais, le législateur pourra certes organiser l'exercice des libertés ou même les limiter, mais il ne pourra le faire qu'en respectant des conditions strictement énumérées: ne pas porter atteinte à l'essence du droit, toute restriction doit être justifiée, être proportionnelle à sa cause, être compatible avec un Etat civil et démocratique et être contrôlée par le juge¹⁴.

Malgré ces progrès incontestables, le texte souffre de plusieurs faiblesses dues soit à une rédaction faible soit à des compromis politiques:

➤ Ainsi l'article 6 souffre de plusieurs contradictions entre des droits qui semblent être difficilement conciliables. Cet article dispose: "l'Etat est gardien de la religion. Il garantit la liberté de croyance, de conscience et le libre exercice des cultes; il est le garant de la neutralité des mosquées et lieux de culte par rapport à toute instrumentalisation partisane. l'Etat s'engage à diffuser les valeurs de modération et de tolérance, à protéger les sacrés et à interdire d'y porter atteinte, comme il s'engage à interdire les campagnes d'accusation d'apostasie et

¹² **Article 46:** L'Etat s'engage à protéger les droits acquis de la femme, les soutient et œuvre à les améliorer. L'Etat garantit l'égalité des chances entre la femme et l'homme pour assumer les différentes responsabilités et dans tous les domaines.

¹³ **Article 46:** l'Etat garantit l'égalité des chances entre la femme et l'homme pour assumer les différentes responsabilités et dans tous les domaines. l'Etat prend les mesures nécessaires afin d'éradiquer la violence contre la femme.

¹⁴ **Article 49:** La loi fixe les modalités relatives aux droits et aux libertés qui sont garantis dans cette Constitution ainsi que les conditions de leur exercice sans porter atteinte à leur essence. Ces moyens de contrôle ne sont mis en place que par la nécessité que demande un Etat civil démocratique et pour protéger les droits des tiers ou pour des raisons de sécurité publique, de défense nationale, de santé publique ou de morale publique et avec le respect de la proportionnalité et de la nécessité de ces contrôles. Les instances judiciaires veillent à la protection des droits et des libertés de toute violation.

l'incitation à la haine et à la violence. Il s'engage également à s'y opposer". Il en résulte que "la liberté de conscience" est difficilement compatible avec "la protection des sacrés" dont le contenu est très mouvant selon l'espace et le temps et les personnes.

➤ De même "la liberté de croyance" et le "libre exercice des cultes" prévu par cet article 6 semble contredire certains autres dispositions comme l'attachement aux préceptes de l'Islam proclamé par le préambule¹⁵, ou encore l'obligation pour le président de la république d'être de religion musulmane¹⁶.

➤ Dans le même sens l'universalité des droits de l'homme est reconnue mais peut être lue de manière limitative parce qu'elle peut être interprétée comme instituant une hiérarchie entre ces principes par l'expression "des principes des droits de l'Homme universels "suprêmes", comme si d'autres principes des droits de l'homme n'ont pas cette qualité !

➤ Enfin, le droit à la vie est proclamé "sacré" pourtant la constitution permet que l'on y porte atteinte¹⁷.

III. Régime politique

Tirant les enseignements du passé, la nouvelle constitution a opté pour un régime politique hybride qui emprunte les techniques du régime parlementaire et quelques unes du régime présidentiel tout en limitant considérablement les pouvoirs du président de la république. Ainsi les deux pouvoirs (président de la république et Chambre des représentants du peuple) bénéficient d'une égale légitimité et sont élus au suffrage universel direct. D'un autre côté le gouvernement issu de la majorité

¹⁵ Préambule paragraphe 3: "Exprimant l'attachement de notre peuple aux enseignements de l'Islam et à ses finalités caractérisées par l'ouverture et la modération, et des valeurs humaines et des principes des droits de l'Homme universels suprêmes; Inspirés par notre héritage culturel accumulé tout au long de notre histoire, par notre mouvement réformiste éclairé basé sur les composantes de notre identité arabo-musulmane et sur les acquis de la civilisation humaine et par attachement aux acquis nationaux que notre peuple a pu réaliser".

¹⁶ **Article 74.** La candidature à la présidence de la République est un droit pour toute électrice et pour tout électeur jouissant de la nationalité tunisienne par la naissance, et étant de confession musulmane.

¹⁷ **Article 22:** Le droit à la vie est sacré, il ne peut lui être porté atteinte que dans des cas extrêmes fixés par la loi.

parlementaire est responsable devant la seule chambre législative. En réalité, c'est le parti (ou la coalition) vainqueur aux élections législatives qui dominera le pouvoir législatif et une partie du pouvoir exécutif (le gouvernement).

Certes, la constitution prévoit les techniques du régime parlementaire: motion de censure et droit de dissolution. De même, le président de la république du fait de sa légitimité populaire directe peut être issu d'un parti différent de la majorité parlementaire et du gouvernement. Toutefois le régime choisi est loin d'être équilibré et réduit considérablement les pouvoirs du président de la république dont les principales compétences portent essentiellement sur les matières de la défense nationale et les relations extérieures.

En réalité, la pièce maitresse du régime choisi par la nouvelle constitution tunisienne est le gouvernement issu de la majorité parlementaire.

Le droit de dissolution du parlement dévolu au chef de l'Etat, tel que prévu par l'article 99 reste très théorique. Il semble même impossible à réaliser. En effet selon cet article: "Le Président de la République peut demander à l'Assemblée des représentants du peuple de procéder à un vote de confiance au gouvernement, au maximum deux fois pendant le mandat présidentiel. Le vote se fait à la majorité absolue des membres de l'Assemblée des représentants du peuple. Si cette dernière ne renouvèle pas sa confiance au gouvernement, il est considéré démissionnaire, et le Président de la République se charge de désigner la personnalité la plus apte à former un gouvernement dans un délai de 30 jours conformément aux paragraphes 1, 5 et 6 de l'article 89. En cas de dépassement du délai ou si l'Assemblée n'octroie pas sa confiance au nouveau gouvernement, le Président de la République a le droit de dissoudre l'Assemblée et d'appeler à la tenue d'une élection législative anticipée dans un délai minimum de 45 jours et maximum de 90 jours. En cas de vote de confiance au gouvernement par deux fois, le président de la république est considéré démissionnaire".

Il en résulte qu'en réalité, si l'on fait intervenir le système partisan (c'est-à-dire un parti politique dominant le parlement et le gouvernement) l'assemblée parlementaire ne peut de facto être dissoute. Si le président de la république et la majorité des parlementaires appartiennent au même parti, ce dernier va avoir main basse sur tous les pouvoirs et il est fort peu probable que le système de contre pouvoirs

prévu par de l'article 99, fonctionne correctement. Si par contre, le président de la république et la majorité parlementaire sont issus de partis différents, il est très improbable que le droit de dissolution prévu par l'article 99 soit effectif, car de toutes les manières la chambre parlementaire va difficilement sanctionner un gouvernement qui appartient à la même majorité qu'elle. De toutes les manières, selon cet article 99, il y a une véritable épée de Damoclès qui pèse sur le président de la république qui risque sa place, si le gouvernement n'arrive pas à être mis en cause par la chambre des représentants du peuple.

Le système choisi est certes subtil, mais son bon fonctionnement dépendra de l'efficacité du système de partis et du paysage politique en Tunisie dont la formation est loin d'être définitive. Le risque est aggravé toutefois par le mode de scrutin (représentation proportionnelle avec les plus forts restes) qui risque de donner pour les prochaines élections une assemblée hétéroclite où les petits partis auront au moins leur mot à dire pour ne pas dire auront un pouvoir exorbitant sur le fonctionnement du pouvoir législatif et la stabilité du régime.

Il faut noter tout de même, qu'en matière de contrôle et de contre pouvoirs la constitution innove sur plusieurs plans en matière de rôle dévolue à l'opposition¹⁸, de contrôle de la constitutionnalité de lois (création d'une cour constitutionnelle) et aussi en matière d'instances constitutionnelles indépendantes.

En conclusion

La nouvelle constitution est, dans l'ensemble, un texte correct qui contient les garanties minimales pour la protection des droits et des libertés. De même, malgré les faiblesses le régime politique choisi garantit dans l'ensemble, une division du pouvoir de nature à éviter un retour à une dictature. La création d'une justice constitutionnelle est une

¹⁸ **Article 60:** L'opposition est une composante essentielle de l'Assemblée des représentants du peuple, elle a des droits lui permettant d'accomplir ses missions dans le cadre du travail parlementaire et lui garantissant la représentativité adéquate dans les structures et activités de l'Assemblée, sur les plans intérieur et extérieur. Parmi ces droits, il lui est obligatoirement accordé la présidence de la commission des finances et le poste de rapporteur au sein de la commission des relations extérieures. Elle dispose également de celui de créer et de présider tous les ans une commission d'enquête. Elle a, entre autres, le devoir de participer activement et constructivement au travail parlementaire.

garantie essentielle pour la protection des droits et des libertés et pour se prémunir contre l'arbitraire.

Les ambiguïtés et les nombreuses faiblesses de cette constitution, ne mettent pas en danger le projet de bâtir une société démocratique et moderniste. Mais, encore une fois, seule une société civile forte relayée par une société politique, qui reste à construire, est capable de défendre un projet démocratique.

Une constitution, on le sait, est une condition certes nécessaire mais très insuffisante pour bâtir une démocratie. L'enjeu majeur est le "pouvoir" qui se situe, faut-il le préciser, en dehors des textes. Tout dépendra aussi des résultats des prochaines élections et du parti ou de la coalition des partis qui gagneront ces élections et qui seront chargés d'appliquer cette constitution dans un sens démocratique ou dans un autre qui l'est moins....

BIBLIOGRAPHIE

Pour le processus d'adoption de la nouvelle Constitution tunisienne, voir aussi:

Baccouche, Neji, "Les trois commissions de la transition démocratique", *AYHD*, 2012-2, pp. 121-128.

Ben Achour, Yadh, "La transition démocratique en Tunisie", *AYHD*, 2012-2, pp. 27-35.

Gaddes, Chawki, "Réflexions conclusives à propos de la transition démocratique et constitutionnelle en Tunisie", *AYHD*, 2012-2, pp. 269-309.

Moussa, Fadhel, "La rédaction de la Constitution par l'Assemblée nationale constituante de Tunisie", *AYHD*, 2012-2, pp. 77-83.