

RAPPORT INTRODUCTIF

Slim LAGHMANI*

L'exercice auquel je vais m'essayer pour la première fois est redoutable. Il est le lieu d'un dilemme : comment introduire le sujet d'un colloque en évitant deux écueils : se situer en dehors du sujet ou empiéter sur les communications à venir. À trop s'en tenir aux règles de l'introduction, on risque d'émettre des hypothèses ou d'annoncer des thèses auxquelles les interventions ne correspondent pas nécessairement et qui pourraient sembler directives voire dirigistes. Mais à trop vouloir ménager l'autonomie intellectuelle des conférenciers, on risque de se placer hors sujet, de le traiter avec trop de hauteur ou encore de s'engouffrer dans une brèche du programme et traiter d'une question non prévue. C'est dire, pour paraphraser André Gide que "la porte est étroite". Je sollicite donc l'indulgence de mes collègues car, en cas de nécessité, je ferai prévaloir les règles de la méthode sur les règles de la politesse.

Mais si la porte est étroite elle permet cependant le passage et c'est la théorie de ce passage que je voudrais à présent développer.

J'écarterai d'emblée l'option descriptive des dispositions constitutionnelles à portée internationale. Elle me mènerait tout droit vers la deuxième dérive. J'écarterai également l'option théorique consistant à s'interroger sur la signification du monisme et du dualisme et sur la nature de la Constitution Tunisienne à ce point de vue et cela, d'une part, parce qu'une telle option me mènerait vers la première dérive et d'autre part parce qu'une telle option me mènerait à redire ce que j'ai écrit ailleurs à savoir que le dualisme (ou le pluralisme) est encore l'horizon indépassable des rapports entre les droits internes et droit international¹.

Il reste une troisième voie possible, évaluative. Il s'agirait d'apprécier, de juger les choix du Constituant tunisien en matière de dispositions à portée internationale. Il va de soi qu'une telle éva-

* Professeur à la Faculté des sciences Juridiques, politiques et sociales de Tunis.

¹ Laghmani (S.), "Droit international et droits internes : vers un renouveau du *jus gentium* ?", in. Ben Achour (R.) Laghmani (S.) Dir., *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998, pp. 23-44.

luation ne peut avoir une nature juridique. La Constitution, norme suprême de l'ordre interne, ne peut être évaluée juridiquement, elle ne peut pas faire l'objet de jugement de validité¹. Mais on peut évaluer les normes constitutionnelles à portée internationales à l'aune du droit constitutionnel comparé et mesurer la distance qui sépare les choix du constituant tunisien de ceux d'autres États. Une telle évaluation suppose un jugement de valeur qui par définition est relatif, c'est le suivant : Les meilleures dispositions constitutionnelles à portée internationale sont celles qui sont les plus ouvertes au droit international. On peut évidemment ne pas adhérer à cette valeur et même adhérer à une valeur diamétralement opposée, mais si je l'adopte c'est d'une part par ce que j'y adhère et c'est d'autre part et surtout parce qu'elle est une constante de la "politique juridique extérieure"² de la Tunisie. La Tunisie a depuis son indépendance attachée une importance majeure au respect de la légalité internationale. Des concepts comme "les intérêts supérieurs de la Nation" ou encore comme "les intérêts vitaux de l'État" auxquels certains États recourent pour justifier la violation de leurs engagements internationaux sont quasiment inconnus du discours diplomatique tunisien qui est strictement légaliste. Une telle politique juridique extérieure laisse supposer que les dispositions constitutionnelles tunisiennes à portée internationale sont à l'avant-garde du droit constitutionnel comparé. Pourtant, il n'en est rien. Et c'est autour de ce paradoxe que j'articulerai ma communication. Comparée à d'autres constitutions occidentales ou africaines ou arabes, la Constitution tunisienne se révèle bien en retrait³.

Mais pour le montrer, il faut, auparavant, sur la base du droit comparé, faire l'inventaire des dispositions constitutionnelles à portée internationale. Celles-ci peuvent être classées en quatre catégories :

¹ Il est vrai toutefois que les lois de révision de la Constitution peuvent faire l'objet d'un jugement de validité quant elles heurtent une norme hyper constitutionnelle, c'est-à-dire une norme que le constituant interdit de réviser, il en est ainsi en Tunisie de la forme républicaine du régime.

² Lacharrière (G. Ladreit de), *La politique juridique extérieure*, Paris Économica, 1983.

³ C'est dire que l'observation faite par le Professeur Vergès en 1975 est encore vraie : "A l'ampleur des objectifs diplomatiques ne correspond pas toujours le progrès des mécanismes juridiques", VERGES (J), "La Constitution tunisienne du 1^{er} juin 1959 et les traités", *R.T.D.*, 1975, pp. 87-140, voir p. 89.

1. des dispositions marquant la détermination de l'État à respecter le droit international en général ou encore les principes de la Charte des Nations Unies ou enfin des règles internationales jugées fondamentales comme celles relatives aux droits de l'homme. Cette catégorie de dispositions s'analyse en une révérence au droit international ;
2. des dispositions s'analysant en une réception globale du droit international général, c'est-à-dire du droit coutumier universel ;
3. des dispositions, et ce sont les plus nombreuses, relatives au droit conventionnel. Elles peuvent, à leur tour, être classées en plusieurs catégories :
 - a. des dispositions relatives à la réception des traités adoptés en forme solennelle ;
 - b. des dispositions relatives à la réception des accords en forme simplifiés ;
 - c. des dispositions relatives à la valeur juridique des traités en droit interne ;
 - d. des dispositions relatives à l'exécution des traités ;
 - e. des dispositions relatives aux limitations de la souveraineté que l'État peut consentir ;
 - f. des dispositions relatives au contrôle de la constitutionnalité des traités ainsi que des lois de ratification, d'approbation ou d'autorisation de ratification.
4. Des dispositions relatives à l'attribution de compétences internationales aux organes de l'État et en règle générale au Chef de l'État. Nous ne traiterons pas de cette dernière catégorie de dispositions qui est irrelevante au regard de la question qui nous occupe, c'est-à-dire du degré d'ouverture de la Constitution sur le droit international. Il s'agit de l'attribution au chef de l'État de la compétence de déclarer la guerre ou de conclure la paix (article 48 de la Constitution tunisienne) ou encore de l'attribution au chef de l'État de la compétence d'accréditaire et d'accréditant des représentants diplomatiques (article 45 de la Constitution tunisienne).

Si l'on considère les trois premières catégories de normes à portée internationales dans une perspective comparatiste, on ne peut que conclure à des jugements de valeur négatifs. Les normes constitutionnelles tunisiennes à portée internationales sont pour une part insuffisante, pour une autre part ambiguës et pour une dernière part imparfaites. Le constat est d'autant plus lourd qu'aucune des quatorze révisions constitutionnelles qui sont intervenues depuis l'entrée en vigueur de la Constitution du 1^{er} juin 1959 n'a amélioré la situation, plus, certaines révisions l'ont même aggravé.

I. DES NORMES INSUFFISANTES

La Constitution tunisienne est lacunaire au moins à trois points de vue. Son préambule ne contient aucun paragraphe relatif au respect dû au droit international ou aux normes les plus importantes de l'ordre juridique international. Son dispositif ne contient aucune disposition incorporant le droit international général et ne distingue pas entre les modes d'approbation des traités conclus en forme solennelle et des accords en forme simplifiée.

I. a. Absence de révérence au droit international

La plupart des Constitutions incluent dans leur préambule une référence au droit international ou à ses normes les plus importantes. S'agissant des constitutions des États occidentaux, on se limitera au préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946 qui dispose : "La République Française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international". Plus parlants sont les exemples de constitutions arabes et africaines.

Le préambule de la Constitution de Royaume du Maroc du 13 septembre 1996 déclare : "Conscient de la nécessité d'inscrire son action dans le cadre d'organismes internationaux, dont il est membre actif et dynamique, le Royaume du Maroc souscrit aux principes, droits et obligations découlant des Chartes desdits organismes et réaffirme son attachement aux droits de l'homme tels qu'ils sont universellement reconnus. De même le Royaume du Maroc réaf-

firme sa détermination d'œuvrer pour le maintien de la paix et de la sécurité dans le monde".

Le préambule de la Constitution de la République du Bénin du 11 décembre 1990 réaffirme son attachement "aux principes de la démocratie et des droits de l'homme tels qu'ils ont été définis par la Charte des Nations Unies de 1945 et la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948".

Le préambule de la Constitution du Burundi du 13 mars 1992 proclame son "attachement au respect des droits fondamentaux de la personne humaine tels qu'ils résultent de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, des pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme du 16 décembre 1966, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 18 juin 1981". Le même préambule affirme "l'importance dans les relations internationales du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes" et considère "que les relations entre les peuples doivent être caractérisés par la paix, l'amitié et la coopération conformément à la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945".

Nous pourrions multiplier les exemples. Rien de tel dans le préambule de la Constitution tunisienne¹. Certes, le préambule de la Constitution proclame la volonté du peuple "de demeurer fidèle aux valeurs humaines qui constituent le patrimoine commun des peuples attachés à la dignité de l'homme, à la justice et à la liberté et qui œuvrent pour la paix, le progrès et la libre coopération des nations", mais elle ne fait référence ni au droit international en tant que tel, ni à des textes fondamentaux, ni à des normes spécifiques². Déclarer solennellement son attachement à des valeurs universelles constitue un engagement moral alors que déclarer solennellement son attachement à des normes juridiques universelles constitue un engagement juridique qui pourrait être sanctionné par un juge cons-

¹ Une révérence au droit international figurait dans le projet de préambule, elle a été supprimée, voir la première partie de la communication de Mme Salwa Hamrouni au présent colloque "Constitution tunisienne et droit international des droits de l'homme". L'auteur se réfère aux *Débats de la Constituante*, 18 juillet 1956, pp. 156-157.

² *Contra* : Gheraïri (Gh.) Jaïbi (N.D.), "La Constitution tunisienne et le droit international", in. Ben Achour (R.) Laghmani (S.) Dir. *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998, pp. 107-130, voir pp. 112-114.

titutionnel et qui, surtout, s'analyse en droit international comme une acte juridique international créant pour l'État une obligation.

I. b. Absence de référence au droit international général

Il est vrai que durant les années 50 et 60, les États nouveaux étaient farouchement opposés au droit international coutumier créé sans eux et souvent contre eux. L'absence de normes constitutionnelles incorporant le droit international général se justifiait par la consistance même de ce droit. Mais depuis, les choses ont changé. La doctrine occidentale s'est même plainte de ce qu'aux coutumes sages (i.e. classiques) se sont ajoutées des "coutumes sauvages". La C.I.J. a admis dans l'affaire du plateau continental de la mer de Nord que le facteur temps n'était pas essentiel pour la constitution d'une coutume. Et c'est enfin le droit international coutumier qui a permis la condamnation des États-Unis dans l'affaire des activités militaires et para militaires au Nicaragua et contre celui-ci. C'est dire que l'hypothèque est levée et que rien ne s'oppose désormais à l'incorporation du droit international coutumier. De fait, cette incorporation n'est plus spécifique aux États occidentaux même si, il est vrai, ils restent les plus nombreux à y procéder :

En vertu de l'article 25 de la loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 "Les règles générales du droit international public font partie du droit fédéral. Elles sont supérieures aux lois et créent directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral".

Par l'effet de l'article 10 de la Constitution italienne du 1^{er} janvier 1948 "L'ordre juridique italien se conforme aux règles du droit international généralement reconnues".

L'article 8 alinéa 1 de la Constitution du Portugal de 1976 dispose : "Les normes et les principes du droit international général font partie intégrante du droit portugais".

L'article 11 alinéa 1 de la Constitution de la République du Cap Vert du 14 février 1981 telle que révisée le 4 septembre 1992 : "Le droit international général ou commun fait partie intégrante de

l'ordre juridique capverdien tant qu'il est en vigueur dans le système juridique international".

Ghazi Ghéraïri et Dorra Jaïbi citent l'article 211 de la Constitution de l'Union Birmane du 24 septembre 1947 qui dispose : "L'Union Birmane ... accepte les principes généralement reconnus de droit international en tant que règles de conduite dans ses rapports avec les États Étrangers"¹.

La Constitution tunisienne, est-il besoin de le dire est totalement muette sur la question. Cela se comprenait durant les années soixante, cela ne se justifie plus aujourd'hui.

I. c. Absence de référence aux accords en forme simplifiée

La plupart des Constitutions énoncent la liste des traités qui requièrent une ratification et, en la matière l'article 53 de la Constitution française a fait jurisprudence. Il dispose : "Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi". On retrouve la même disposition avec des listes plus ou moins différentes dans l'article 63 de la Constitution Grecque, l'article 94 de la Constitution espagnole, l'article 131 de la Constitution algérienne, l'article 145 de la Constitution du Bénin, l'article 149 de la Constitution du Burkina Faso du 11 juin 1991 telle que révisée le 27 janvier 1997, etc. la liste est très longue. Ce type de disposition autorise l'adoption par simple signature des accords qui n'entrent pas dans le cadre de la liste. L'absence de cette disposition dans la Constitution tunisienne² implique que tous les

¹ *Ibid.*, p. 111.

² M. Kaies Saïed note à ce propos : "Il convient de signaler à ce niveau que l'article 87 du projet de Constitution du 30 janvier 1958 spécifie les traités qui doivent faire l'objet d'une ratification législative. Il s'agit des traités relatifs à l'organisation internationale, la paix le commerce, les droits et la condition des tunisiens à l'étranger ou les traités qui nécessitent la modification d'une loi interne ou ceux relatifs au territoire national", Saïed (K.), "Constitution et organisations internationales", *R.T.D.*, 1989, pp. 100-107, voir p. 100, note 1.

traités doivent être ratifiés. En effet on ne peut pas distinguer là où la Constitution ne distingue pas. Pourtant la Tunisie connaît la catégorie des accords en forme simplifiée, elle a même été consacrée par la circulaire du Premier ministre n° 86 en date du 4 novembre 1988¹. On connaissait la catégorie des circulaires réglementaires, voici que cette catégorie s'enrichit des circulaires constitutionnelles, des circulaires qui modifient la constitution. Il est urgent de remédier à cette carence et de constitutionnaliser la distinction entre traités conclus en forme solennelle et accords en forme simplifiée².

Outre son caractère lacunaire, la Constitution tunisienne est également pour ce qui nous concerne ambiguë.

II. DES NORMES AMBIGUËS

La Constitution tunisienne est ambiguë dans la détermination des compétences en matière de ratification des traités, elle l'est également dans la détermination de la valeur juridique des traités, elle l'est enfin dans les conséquences qu'elle attribue à la réserve de réciprocité.

II.a. Qui ratifie ?

Tous les commentateurs de la Constitution tunisienne et notamment des articles 33, 47, 48 et 52 ont soulevé la question³.

¹ Ci-après des extraits de la Circulaire n° 86 : "C. Accords techniques : Les accords à caractère technique qui n'engagent ni la souveraineté du pays, ni les finances publiques et qui ne concernent pas une matière relevant du domaine de la loi peuvent entrer en vigueur dès leur signature et faire l'objet directement de décrets de publication au Journal Officiel de la République Tunisienne. À cet effet, les départements sont invités à informer leurs partenaires lors des négociations de cette procédure et d'en faire acte dans les dispositions mêmes de l'accord".

² Sur cette question et dans le même sens voir : Gheraïri (Gh.) Jaïbi (N.D.), article cité pp. 117-119.

³ Bououny (L.), *La conclusion des traités dans la République tunisienne*, Tunis, CERP, 1979 ; Ben Achour (R.), *Institutions internationales*, Tunis, ENA, CREA, pp. 191-192 ; Horchani (F.), *Droit international public Tome 1 : Introduction générale ; Les sources*, Tunis, CPU, 2000, pp. 100-110 ; Verges (J.), "La Constitution tunisienne du 1er juin 1959 et les traités", *R.T.D.*, 1975, pp. 87-140 ; Chaabane (S.), "Le système constitutionnel tuni-

L'ambiguïté qui a des causes purement formelles peut produire des conséquences qui touchent au fond. Les causes tiennent d'abord à ce que le texte qui fait foi est le texte arabe de la Constitution, or ce texte utilise une terminologie juridique incertaine -comme c'est souvent malheureusement souvent le cas en droit- ainsi le verbe "*yakhtem*" utilisé dans l'article 48 signifie littéralement "scelle" ou "marque de son sceau". Le Chef de l'État marque les traités de son sceau. On conçoit que face à un tel énoncé, on éprouve le besoin de préciser le sens en recourant à la traduction française, or celle-ci varie : ainsi dans certaines traductions, le verbe est traduit par "ratifie" et dans d'autres par "promulgue" ou même par "conclut". Par ailleurs, en matière de conclusion des traités, le texte arabe de l'article 33 attribue à la Chambre des députés la compétence de la "*musadaqua*", le même mot est utilisé dans l'article 33. Le mot, ici aussi, est incertain : il peut tout aussi bien signifier adoption, approbation que ratification. Et ici aussi la traduction française n'est d'aucun secours puisque le mot est traduit tantôt par "ratification" tantôt par "approbation" tantôt par "adoption".

En vérité, si on se limite au plan lexical, la question de savoir qui ratifie est proprement insoluble. Peut-être même que c'est un faux problème. Il ressort clairement de la Constitution tunisienne que les deux pouvoirs sont associés dans la formulation par l'État de son consentement définitif à être liés par le traité. Le Chef de l'État ne peut, seul, engager l'État. Même quand la Constitution l'autorise à éviter le recours aux représentants du peuple, elle l'oblige à consulter le peuple lui-même par voie référendaire et ce en vertu de l'article 47. C'est dire que la ratification n'est pas une compétence exclusive du Chef de l'État. Elle n'est pas non plus une compétence exclusive de la Chambre des députés, puisque, précisément le chef de l'État peut soumettre des projets de loi de ratification de traité au peuple et par là même exclure la Chambre des députés.

sien à travers la réforme de 1976", *A.A.N.*, 1977, pp. 311-343 ; du même : "Les traités en droit interne tunisien", *la revue de l'avocatie*, en arabe 1984 ; Gheraïri (Gh.) Jaïbi (N.D.), article cité, pp. 115-119.

Nous ne traiterons pas ici de la ratification des traités relatifs à l'intégration maghrébine organisée par l'article 2 § 2 de la Constitution tunisienne, ni de la ratification des traités par recours au référendum en application des dispositions de l'article 47. Ces deux articles posent d'autres types de problèmes qui seront analysés plus loin.

L'expression par l'État de son consentement définitif à être lié est donc une compétence conjointe. Telle est d'ailleurs la tendance générale en droit constitutionnel comparé. Même quand formellement la lettre de la Constitution attribue la compétence de ratification au Chef de l'État, elle associe le pouvoir législatif ou le peuple à cette opération. Le pouvoir législatif approuve ou autorise la ratification et le Chef de l'État ratifie les traités : tel est le cas de l'article 131 de la Constitution de la République Algérienne démocratique et populaire du 28 février 1989 telle que révisée le 28 novembre 1996 ; de l'article 53 de la Constitution française du 4 octobre 1958 ; de l'article 94 de la Constitution espagnole du 29 décembre 1978, des articles 36 § 2 et 138 de la Constitution Grecque du 11 juin 1975.

Il n'en demeure pas moins que, s'agissant de la Constitution Tunisienne, un toilettage du texte s'impose ne serait-ce que pour empêcher les juristes d'ergoter indéfiniment sur les mots et leur traduction. Au plan purement lexical, la solution qui lèverait toute équivoque serait celle qui utiliserait le même mot arabe (*khatm*) précédé dans le cas de la compétence de la Chambre des députés par un verbe signifiant l'autorisation (*yurakhissu*).

Mais là n'est pas la seule ambiguïté. Il en est une autre relative à la valeur juridique des traités.

II. b. Les traités dans la hiérarchie des normes

L'article 32 qui traite de cette question dispose : "Les traités n'ont force de loi qu'après leur ratification. Les traités dûment ratifiés ont une autorité supérieure à celle des lois sous réserve de leur application par l'autre partie". Notons au passage que la réserve de réciprocité, qui aggrave l'ambiguïté, a été introduite par la révision du 27 octobre 1997.

L'ambiguïté de ce texte provient du mimétisme constitutionnel et de surcroît d'un mimétisme imparfait. Il reproduit l'article 55 de la Constitution française qui dispose "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication une autorité

supérieure celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie".

Le texte tunisien n'a pas repris la condition de publication et à cause de cela développe ses effets en deux temps. La première phrase traite de l'entrée en vigueur du traité expression mal traduite par "force de loi", le texte arabe est plus précis en l'occurrence (*Tu'addu nâfidhata-l-mafûûl*). Cette entrée en vigueur qui dans l'article 55 de la Constitution française est conditionnée par la publication du traité ou de l'accord est conditionnée dans le texte tunisien par la ratification du traité. Ce qui est évidemment faux. Le traité, comme la loi du reste, n'entre pas en vigueur après l'opération de ratification ou d'adoption mais après l'opération de publication. Le Constituant, prévoyant qu'on ne voudrait ou qu'on ne pourrait peut-être pas publier l'ensemble des traités, n'a pas voulu conditionner l'entrée en vigueur par la publication ce qui pourrait créer des difficultés dans les relations internationales de l'État. Pour cette raison, il a supprimé la condition de publication du traité, mais l'a malencontreusement remplacé par la condition de ratification. La solution la meilleure, celle d'ailleurs qui a été adoptée par la jurisprudence tunisienne¹, est de conditionner l'entrée en vigueur du traité par la publication non du traité lui-même mais de la loi de ratification.

Dans un deuxième temps, l'article aborde la question de la valeur juridique du traité, de son rang dans la hiérarchie des normes. Seuls les traités dûment ratifiés² auraient une valeur supra législative sous réserve de leur application par l'autre partie. Ce qui laisse penser que les traités non appliqués par l'autre partie seraient déclassés

¹ Voir Mkadmi (T.), *Les traités dans la jurisprudence tunisienne*, Mémoire de DEA de droit public et financier, FSJPST, 1999-2000, pp. 27-44, voir notamment les arrêts cités et notamment l'arrêt de la Cour d'Appel de Tunis dans l'affaire n° 5 du 8 mars 1995, *R.J.L.*, n° 7 juillet 1996, pp. 121 et ss. ; La jurisprudence a ainsi démenti la doctrine qui a longtemps soutenu que la publication des traités était nécessaire à leur réception en droit interne et, *a fortiori*, à leur application : Verges (J.), "La Constitution tunisienne du 1^{er} juin 1959 et les traités", *R.T.D.*, 1975, p. 114 ; Bououny (L.), *La conclusion des traités dans la République tunisienne*, Tunis, CERP, 1979, pp. 39 et ss.

² Cette expression pose par ailleurs le problème des ratifications imparfaites. Sur cette question voir : Horchani (F.), *Droit international public Tome 1 : Introduction générale ; Les sources*, Tunis, C.P.U., 2000, pp. 114-118.

auquel cas, ils pourraient être modifiés voire abrogés par une loi ; ou cesseraient d'exister, perdraient leur validité. Le texte français adopte la même formule et est tout aussi regrettable -il est du reste regretté- et ce pour plusieurs raisons

L'article 60 alinéa 1 de la convention de Vienne régleme la question : "Une violation substantielle d'un traité bilatéral par l'une des parties autorise l'autre partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin au traité ou suspendre son application". Par ailleurs, l'article 65 Convention de Vienne institue un mécanisme de mise en œuvre de cette mesure de rétorsion qui doit être précédé par une notification à laquelle l'État accusé d'avoir commis une violation substantielle peut objecter. En cas d'objection, une procédure d'établissement de la réalité de la violation substantielle intervient.

Ces dispositions appellent plusieurs remarques :

D'abord, l'inexécution n'autorise la suspension ou l'extinction du traité que si elle implique une violation substantielle de celui-ci. Ce qui signifie qu'une inexécution partielle qui ne constitue pas une "violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet et du but du traité" (article 60 § 3, a de la Convention de Vienne) n'autorise ni suspension ni extinction du traité.

Ensuite, et même dans le cas où l'État prétend que l'autre partie est l'auteur d'une violation substantielle, le recours aux mesures de rétorsion n'est pas automatique, il est conditionné par le respect de la procédure obligatoire prévue par l'article 65.

En troisième lieu, la réciprocité pas de sens pour les traités multilatéraux normatifs. On ne peut mettre fin à un traité posant des normes parce qu'une partie ne les a pas respecté !

Enfin, l'article 60 § 5 exclut explicitement le recours à condition de réciprocité concernant "les dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités".

Pour toutes ces raisons, la réserve de réciprocité devrait purement et simplement être supprimée¹. Par contre, les dispositions imparfaites que nous allons à présent envisager devraient, elles, être améliorées.

III. DES NORMES IMPARFAITES

Par normes imparfaites, on entend des dispositions qui traitent d'une question mais d'une manière incomplète ou insatisfaisante. Les Constitutions adoptées depuis la seconde guerre mondiale comportent souvent des dispositions autorisant l'État à transférer des compétences souveraines. Elles établissent également un contrôle de la constitutionnalité de ces transferts en particulier et des traités et des lois les ratifiant en général. À ce double point de vue, les dispositions constitutionnelles tunisiennes sont imparfaites.

III. a. Les limitations de souveraineté²

Conçues au lendemain de la seconde guerre mondiale pour permettre le transfert de la compétence au profit d'organisations internationales et notamment au profit de l'O.N.U., les limitations de souveraineté sont désormais le plus souvent conçues au profit des organisations d'intégration et notamment au profit des communautés européennes.

Font partie de la première génération les exemples suivants :

L'article 11 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947 "l'Italie ... consent, à condition de réciprocité par les autres États, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre qui assure la paix et la justice au sein des Nations".

¹ À propos de la réserve de réciprocité dans la constitution tunisienne voir : Gheräiri (Gh.) Jaïbi (N.D.), article cité, pp. 119-124 ; Horchani (F.), *Droit international public Tome 1 : Introduction générale ; Les sources*, Tunis, C.P.U., 2000, pp. 187-192 ; Ghayaza (L.), *La condition de réciprocité dans l'exécution des traités internationaux en droit constitutionnel*, Mémoire de DEA de droit public et financier, FSJPST, 1999-2000.

² Nous reprenons ici des extraits du cours suivant : Laghmani (S.), "Suprématie de la constitution et transfert de souveraineté", (juillet 1998) in. *Recueil des Cours à l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel*, Tunis, C.P.U., 2000, pp. 79-126.

La loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 dispose en son article 24 intitulé Institutions internationales :

“1. La fédération peut transférer, par voie législative, des droits de souveraineté à des institutions internationales ...

2. Pour sauvegarder la paix, la fédération peut adhérer à un système de sécurité mutuelle collective ; elle consentira à cet effet aux limitations de ses droits de souveraineté qui établissent et garantissent un ordre pacifique et durable en Europe et entre les peuples du monde.

3. En vue de permettre le règlement de différends entre États, la fédération adhèrera à des conventions établissant une juridiction internationale ayant une compétence générale universelle et obligatoire”.

La Constitution danoise du 5 juin 1953 prévoit un article 20 § 1 aux termes duquel : “Les attributions dont sont investies les autorités du Royaume aux termes de la présente Constitution peuvent être déléguées par une loi et dans une mesure à déterminer, à des autorités en vertu d’une convention passée par accord réciproque avec d’autres États en vue de promouvoir la coopération et l’ordre juridique internationaux”.

Font partie de la deuxième génération les dispositions suivantes :

L’article 49 bis de la Constitution du Luxembourg du 17 octobre 1868 tel que révisé le 25 octobre 1956 dispose : “L’exercice d’attributions réservées par la Constitution aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire peut être temporairement dévolu par traité à des institutions de droit international”.

La Constitution belge du 7 février 1831 fut révisée le 20 juillet 1970 afin d’intégrer un article 25 bis (actuellement article 34) dont la teneur suit : “L’exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou une loi à des institutions de droit international public”.

La Constitution Grecque du 11 juin 1975 contient un article 28 dont le paragraphe 2 dispose : “Afin de servir un intérêt national important et de promouvoir la collaboration avec d’autres États, il

est possible de reconnaître par voie de traité ou d'accord des compétences prévues par la Constitution à des organes d'organisations internationales”.

La Constitution des Pays-Bas du 17 février 1983 prévoit en son article 92 que “des compétences législatives, administratives et judiciaires peuvent être conférées par un traité, ou en vertu d'un traité à des organes de droit international public sous réserve de l'observation, si nécessaire, des dispositions de l'article 91 § 3”.

La Constitution espagnole du 27 décembre 1978, telle que révisée en 1992, dispose en son article 93 § 1 : “Une loi organique pourra autoriser la conclusion de traités attribuant à une organisation internationale l'exercice de compétences dérivées de la constitution”.

Rares sont les constitutions africaines ou arabes autorisant des transferts de souveraineté. Quant elles le font, elles placent le transfert dans le cadre des rapports interétatiques même si le bénéficiaire final en est une organisation internationale.

L'article 151 de la Constitution égyptienne du 11 septembre 1971 révisée le 22 mai 1980 dispose : “Le Président de la République conclut les traités ... Cependant les traités de paix, d'alliance, de commerce, de navigation et tous les traités qui entraînent une modification du territoire de l'État *ou ceux relatifs aux droits de souveraineté*, ou ceux qui chargent le trésor de l'État de quelque dépense non inscrite au budget, doivent recevoir l'approbation de l'Assemblée du Peuple”.

La Constitution du Burkina Faso contient un titre XII intitulé De l'Unité africaine dont l'article 146 dispose : “Le Burkina Faso peut conclure avec tout État Africain des accords d'association impliquant un abandon total ou partiel de la souveraineté”. L'article 147 précise que “les accords consacrant l'entrée du Burkina Faso dans une confédération, une fédération ou une union d'État africains sont soumis à l'approbation du peuple par référendum”.

La Constitution du Gabon du 26 mars 1991 dispose en son article 114 alinéa 3 : “Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans consentement préalable du peuple Gabonais par voie de référendum”. L'article 115 ajoute : “La République

Gabonaise conclut souverainement les accords de coopération ou d'association avec d'autres États, elle accepte de créer avec eux des organismes internationaux de gestion commune, de coordination et de libre coopération”.

Aux termes de l'article 2 § 4 de la Constitution de la République Islamique de Mauritanie du 12 juillet 1991 : “Aucun abandon partiel ou total de la souveraineté ne peut être décidé sans le consentement du peuple”.

La Constitution du Mali du 27 février 1992 prévoit un titre XV intitulé De l'Unité Africaine dont l'article 117 dispose : “La République du Mali peut conclure avec tout État africain des accords d'association ou de communauté comprenant abandon partiel ou total de la souveraineté en vue de réaliser l'Unité africaine”.

La Constitution de la République Centrafricaine du 28 décembre 1994 dispose en son article 67 : “La République peut, après référendum, conclure avec tout État africain des accords d'association ou de fusion comprenant abandon partiel ou total de la souveraineté en vue de réaliser l'Unité africaine. Elle peut créer avec tous les États des organismes intergouvernementaux de gestion commune, de coordination et de libre coopération”.

Comparée à toutes ces dispositions autorisant les limitations voire l'abandon de souveraineté, la disposition tunisienne relative aux limitations de souveraineté se révèle imparfaite. L'article 2 de la Constitution tunisienne dispose : “La République tunisienne constitue une partie du Grand Maghreb Arabe à l'Unité duquel elle œuvre dans le cadre de l'intérêt commun. Les traités conclus à cet effet et qui seraient de nature à entraîner une modification quelconque de la présente Constitution sont soumis par le Président de la République à un référendum après leur adoption par la Chambre des Députés dans les formes et conditions prévues par la Constitution”. Disposition conjoncturelle, voire de circonstance, l'alinéa 2 de l'article 2 de la Constitution tunisienne n'évoque pas explicitement la question du transfert de compétences souveraines et ne détermine pas son ampleur. Par ailleurs, cette disposition ne tient compte que des traités conclus dans le cadre de l'Unité maghrébine alors que des transferts de compétences souveraines peuvent être

envisagés dans d'autres cadres notamment africain, méditerranéen ou tuniso-européen.

La même imperfection peut être relevée au niveau du contrôle de la constitutionnalité des transferts en particulier et des traités en général.

III. b. Le contrôle de constitutionnalité

Le système de contrôle de constitutionnalité des traités le plus répandu aujourd'hui notamment en Afrique est sans doute d'inspiration française. En vertu de l'article 54 de la Constitution du 4 octobre 1958 "si le Conseil constitutionnel saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou de l'autre assemblée ou soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'adopter l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution". Cette solution a été retenue par les Constitutions du Bénin¹, du Burkina Faso², du Burundi³, du Cameroun⁴, du Cap Vert⁵, du Congo⁶, de la Côte d'Ivoire⁷, de Djibouti⁸, d'Espagne⁹, de Guinée¹⁰, de Madagascar¹¹, de Mauritanie¹²,

1 Constitution du 11 décembre 1990, article 146.

2 Article 150.

3 Constitution du 13 mars 1992, article 176.

4 Constitution du 2 juin 1972 telle que révisée le 18 janvier 1996, article 44.

5 Constitution du 14 février 1981 telle que révisée le 4 septembre 1992, articles 300 et 302.

6 Constitution du 15 mars 1992, article 175.

7 Constitution du 3 novembre 1960, telle que révisée le 16 août 1994, article 55.

8 Constitution du 15 septembre 1992, article 63, alinéa 2.

9 Article 95.

10 Constitution du 23 décembre 1990, article 78.

11 Constitution du 18 septembre 1992, article 82, dernier alinéa.

12 Article 79.

du Niger¹, de la République Centrafricaine², du Sénégal³, du Tchad⁴.

Comparé à cette solution, le système tunisien est visiblement imparfait. Au-delà de l'imperfection de l'organisation même du contrôle de la constitutionnalité des lois en Tunisie au double point de vue de la saisine du Conseil Constitutionnel et de la nature des actes qu'il prend, puisqu'un avis même conforme n'a pas la nature d'une décision ayant l'autorité de la force jugée, il convient de relever que l'article 72 n'oblige le Chef de l'État à soumettre au Conseil constitutionnel que les traités visés à l'article 2 de la Constitution. Or, dans la mesure où d'autres traités peuvent contenir des dispositions contraires à la Constitution, notamment les traités d'intégration conclus dans le cadre africain, il eût mieux valu de lui soumettre obligatoirement et avant d'entamer la procédure de ratification, l'ensemble des traités susceptibles d'entraîner une modification de la constitution.

Il est vrai que l'article 72 peut être interprété de manière à résoudre cette question. On peut en effet soutenir que les matières citées dans cet article peuvent tout aussi bien être celles des lois que des traités devant être approuvés par lois. Ainsi seraient également soumis obligatoirement au Conseil Constitutionnel les projets de lois de ratification des traités ayant des incidences sur "les modalités générales d'application de la Constitution, à la nationalité, à l'état des personnes, aux obligations, à la détermination des crimes et des délits et aux peines qui leur sont applicables à la procédure devant les différents ordres de juridiction, à l'amnistie, ainsi qu'aux principes fondamentaux du régime de la propriété et des droits réels, de l'enseignement, de la santé publique, du droit du travail et de la sécurité sociale". Les projets de lois de ratification devant évidemment être accompagnés du texte même du traité.

1 Constitution du 12 mai 1996, article 121.

2 Article 68.

3 Constitution du 7 mars 1963 telle que révisée le 2 mars 1998, article 78.

4 Constitution du 14 avril 1996, article 221.

Par ailleurs, on peut dans la même logique considérer que parmi les projets de lois référendaires prévus à l'article 47 de la Constitution et qui doivent être obligatoirement soumis au Conseil Constitutionnel, figurent aussi les projets de lois de ratification de traités. Certes, curieusement, la modification de cet article 47 par la loi constitutionnelle du 27 octobre 1997 a supprimé la référence aux traités, mais rien n'empêche le Chef de l'État de soumettre au peuple non le traité à titre principal mais le projet de loi relatif à sa ratification, accompagné évidemment du texte du traité. On aurait même souhaité qu'à l'instar de nombreuses constitutions, cités plus haut, certains traités notamment ceux relatifs au territoire soient obligatoirement soumis à référendum.

À ce niveau aussi et plutôt que de recourir à une interprétation qui peut être contestée parce qu'elle élargit la portée du texte, il vaudrait mieux réviser l'article 72 afin de parfaire les solutions qu'il propose.

Au total, il importe de lever la contradiction entre une politique juridique extérieure légaliste et des normes constitutionnelles à portée internationale, à bien des égards, décevantes.