

DEMOCRACY
REPORTING
INTERNATIONAL



*Au service
des peuples
et des nations*

Vers une nouvelle ère dans
la protection des droits
fondamentaux en Tunisie :

**La mise en œuvre
de l'article 49
de la nouvelle
Constitution tunisienne**

27-28 Novembre 2014
Hôtel Ramada Plaza
Gammarth

Table des matières

PREMIÈRE JOURNÉE	6
Session 1	
Les droits fondamentaux garantis par la Constitution de 2014 : Attentes et défis	8
M. Fadhel Moussa (Tunisie)	9
M. Wahid Ferchichi (Tunisie)	11
Débat	15
Session 2	
Quelle est la justification de l'article 49 ?	17
Amna Guellali (Tunisie)	18
Xavier Philippe (France)	23
Session 3	
Le principe de proportionnalité : Expérience comparative	29
Francis Delpérée (Belgique)	30
M. Pierre De Vos (Afrique du Sud)	33
Débat	35

Session 4

Les éléments de l'article 49	37
M. Jochen von Bernstorff (Allemagne)	38
M. Ian Lee (Canada)	43
M. Abdelmonem Kioua (Tunisie)	45
Débat	47

DEUXIÈME JOURNÉE

Session 5

Groupes de travail	48
--------------------	----


Session 6

Etude de cas	55
--------------	----

Le document suivant établit un rapport
du séminaire intitulé

**« Vers une nouvelle ère dans la
protection des droits fondamentaux
en Tunisie : La mise en œuvre de
l'article 49 de la nouvelle Constitution
tunisienne »**,


tenu à Gammarth les 27 et 28 novembre
2014, avec la participation d'experts
nationaux et internationaux. Il a été
élaboré par le Programme des Nations
Unies pour le Développement en
TUNISIE (PNUD), en collaboration avec
l'Institute for Democracy and Electoral
Assistance (IDEA) et Democracy
Reporting International (DRI).



Le rapport est structuré en deux parties. Dans une première partie, tout d'abord, il s'agit d'introduire les travaux de la première journée et d'en développer les thématiques, à savoir :

- Les droits fondamentaux garantis par la Constitution de 2014 ;
- Quelle est la justification de l'article 49 ? ;
- Le principe de proportionnalité ;
- Les expériences comparatives ;
- Les éléments de l'article 49.

Dans une seconde partie, l'on y développe les travaux des deux groupes de travail constitués lors de la deuxième journée du séminaire.



27 Novembre 2014

La première journée du séminaire a débuté par une allocution de bienvenue de **M. Zaid Al Ali**, représentant de l'Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA).

IDEA a pour mission de soutenir un changement démocratique durable en fournissant une perspective comparative nécessaire à l'appui à la réforme démocratique.

M. Jonathan Murphy, Conseiller technique principal du Projet d'appui au processus constitutionnel, à l'Assemblée et au dialogue national du PNUD, s'est ensuite exprimé et affirmé que la Constitution tunisienne est aujourd'hui un texte salué dans le monde entier puisqu'elle établit un cadre clair pour une gouvernance démocratique et alloue un large éventail de droits et de libertés.

Cette Constitution reflète, par ailleurs, la nature de la société tunisienne. Les Tunisiens sont fiers de ce texte qui fait partie d'une longue tradition d'innovation constitutionnelle, datant de plus de 150 années.

M. Murphy a estimé que la nouvelle Constitution et le processus ayant conduit à son adoption ont placé la Tunisie fermement sur la voie de la démocratie. Preuve en est ; les élections transparentes et démocratiques organisées en 2011 et 2014 et le transfert pacifique du pouvoir entre les différents gouvernements.

Il reste cependant nécessaire de mettre en place le cadre juridique et institutionnel découlant de la Constitution et d'activer ce cadre qui va permettre une gouvernance transparente et responsable devant le peuple tunisien à travers ses représentants.

L'intervenant a ajouté que la Tunisie est le premier pays dans le monde arabe et l'un des rares dans le monde à établir clairement un cadre constitutionnel garantissant une protection réelle des droits à travers une disposition comme l'article 49. Une telle disposition

est d'une grande importance. Un exemple homologue le prouve à savoir la Charte canadienne de 1982 relative aux droits et libertés. Elle comprend une clause de limitation générale beaucoup moins élaboré que l'article 49. Les contours de la clause canadienne ont été définis par une décision clé de la Cour suprême ; la décision de Dickson de 1985¹ qui est devenu la référence de l'interprétation de la limitation des droits et libertés au Canada.

La Tunisie s'engage sur le même chemin que celui du Canada. Nous espérons que cette conférence permettra un dialogue fructueux et que la Constitution tunisienne devienne le fondement d'une gouvernance démocratique et de la protection et la promotion des droits de l'homme.

M. Vahram ABADJIAN, Directeur de Democracy Reporting International (DRI) en Tunisie a clôturé la séance introductive en a présentant son organisation qui a accompagné les décideurs et la société civile dans les processus constitutionnel et électoral et plus généralement la mise en place des règles démocratiques et ce notamment par la mise en place de formations.

M. Abadjian a souligné le fait que DRI contribue au développement des standards internationaux de par le monde, elle a ainsi considéré en 2012 que la consécration des libertés et de leurs limites restent insuffisantes en l'absence d'un juge constitutionnel...

L'intervenant a ajouté que la période par laquelle passe la Tunisie est très délicate car c'est à travers les phases de mise en œuvre de la Constitution que les phases constituantes prennent réellement leur sens.

Enfin, **M. Al Ali** (IDEA a repris la parole et a rappelé le programme de travail pour les deux journées.

1. La décision est disponible sur le lien suivant: <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/43/index.do>

LES DROITS FONDAMENTAUX GARANTIS PAR LA CONSTITUTION DE 2014 : ATTENTES ET DÉFIS

Président de Séance : **Ahmed Ouerfelli** (Tunisie)

Avant de céder la parole aux conférenciers, M. Ahmed Ouerfelli, Magistrat, a soulevé la question des problèmes juridiques qui peuvent survenir à l'occasion de l'application de la Constitution, insistant, à ce propos, sur le rôle capitale de la jurisprudence constitutionnelle.

Suite à cela, la parole a été donnée à M. Fadhel MOUSSA, membre de l'Assemblée nationale constituante et Doyen de la Faculté des sciences juridiques politiques et sociales.

M. Fadhel Moussa

(Tunisie)

Lors de son intervention, M. Fadhel Moussa a estimé que l'article 49, sujet de ce séminaire, fera sans doute l'objet d'une jurisprudence constitutionnelle abondante et que les interprètes devront faire preuve d'une grande vigilance au regard de l'importance de l'article 49 dans la protection des droits et des libertés en Tunisie.

Revenant sur les débats constitutionnels, le conférencier a rappelé que la référence à l'universalité des droits de l'Homme n'a pu être insérée dans le texte constitutionnel (préambule) qu'après une année et demie de débats. Il a précisé que cette insertion n'est pas totale dans la mesure où la constitution a accompagné l'universalité des droits de l'Homme par les spécificités de la société tunisienne. Cette précision pourrait, selon lui, servir de limitation à la référence à l'universalité des droits de l'Homme.

Entre l'universalité et les spécificités, beaucoup de répercussions juridiques peuvent voir le jour et le rôle de la jurisprudence constitutionnelle sera, à ce titre, déterminant.

Le conférencier a aussi rappelé que la Tunisie a déjà ratifié le pacte des droits civils et politiques de 1966. Ce dernier a instauré des limites aux droits et libertés tout en appliquant le principe de proportionnalité et celui de la nécessité figurant déjà dans l'article 49. Mais s'agit-il de critères cumulatifs ou alternatifs ?

Pour ce qui est du pacte, il s'agit sans doute d'un critère alternatif étant donné que les limites sont propres à chaque droit. L'Assemblée nationale constituante a présenté les limites aux droits et libertés dans un seul article chose qui pose le problème de l'interprétation de ses restrictions,

M. Moussa a conclu en ajoutant que même avec un très bon texte, l'on est jamais à l'abri de problèmes d'application et d'interprétation. C'est au juge de défendre les droits et libertés. Le conférencier a illustré son propos par une décision de l'Instance provisoire chargée du contrôle de constitutionnalité de projets de lois. La loi électorale a exigé pour toute candidature à la présidence de la République, un cautionnement d'un montant de dix milles dinars. Or le cautionnement ne figure pas parmi les conditions d'éligibilité arrêtées par l'article 74 de la Constitution. Une trentaine de députés de l'Assemblée nationale constituante ont contesté cette nouvelle condition et ont présenté un recours devant l'instance provisoire pour le contrôle de constitutionnalité des lois. L'Instance a confirmé la constitutionnalité de la loi électorale, estimant que le cautionnement n'affecte pas l'essence du droit et que la condition de proportionnalité est respectée.

M. Wahid Ferchichi

(Tunisie)

Par la suite, le président de la séance a donné la parole à M. Wahid Ferchichi, Professeur en droit public à Tunis et Président de l'Association tunisienne de défense des libertés individuelles.

M. Ferchichi a commencé par préciser que les droits et libertés ne figurent pas seulement dans le chapitre II mais dans l'ensemble du texte constitutionnel... A titre d'exemple, le chapitre V annonce le droit à un procès équitable².

Tout en estimant que la Constitution du 27 janvier 2014 innove par rapport à celle de 1959 et qu'elle contient un catalogue important de droits et de libertés, le conférencier souligne que la nouvelle Constitution n'a pas tranché de manière claire la question de l'acceptation universelle, globale, complémentaire et interdépendante des droits de l'Homme et des libertés comme ce fut le cas pour la Constitution de 1959, dont l'article 5 dispose « la République Tunisienne garantit les libertés fondamentales et les droits de l'Homme dans leur acceptation universelle, globale, complémentaire et interdépendante ». La nouvelle Constitution proclame, en effet, l'attachement aux valeurs humaines et aux hauts principes universels des droits de l'Homme mais sans les reconnaître dans leur globalité, interdépendance et complémentarité. Egalement, la Constitution de 2014 adjoint à la référence à l'universalité des droits de l'Homme³ une référence à l'identité arabo-musulmane du peuple tunisien.

2. L'alinéa premier de l'article 108 de la constitution dispose : « Toute personne a droit à un procès équitable dans un délai raisonnable ».

3. Le préambule de la constitution prévoit : « Exprimant l'attachement de notre peuple aux enseignements de l'Islam, qui a pour finalité l'ouverture et la tolérance, aux valeurs humaines et aux hauts principes universels des droits de l'Homme ».

Pour W. Ferchichi, la question des droits et libertés rencontrent aujourd'hui trois défis :

- un défi d'ordre législatif
- un défi relatif à la justice et aux instances qui vont les appliquer
- et un troisième défi relatif aux mécanismes de leurs applications.

S'agissant du défi législatif, le législateur sera dans l'obligation d'assurer la coordination entre des questions qui ne seront pas toujours compatibles. De même, le juge devra appliquer et interpréter des questions qui sont difficilement associables. Cette situation appelle la mise en place d'une nouvelle législation et l'adaptation de la législation en vigueur avec les exigences de la nouvelle Constitution. C'est ainsi que le code pénal - promulgué en 1913⁴ selon une conception éloignée de la déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 et des pactes internationaux de 1966 - doit être profondément revu. Il serait même plus opportun de l'abroger et de promulguer un nouveau code. De même, le code du statut personnel⁵ qui était en avance lors de sa promulgation en 1956 est désormais dépassé après presque soixante ans d'existence. Ce code doit être revu afin de répondre à la nouvelle donne socio-culturelle de la Tunisie.

En outre, le législateur est obligé d'adopter de nouvelles lois respectant les droits et libertés tels que prévus par la constitution de 2014. A titre d'exemple, les lois relatives à la liberté de conscience et de croyance⁶ nécessitent une révision de la législation.

Concernant les défis ayant trait à la justice et aux instances, se pose la question de l'application et de la l'interprétation de la Constitution par le juge. Le conférencier s'est demandé si certains juges ne seront pas portés à n'appliquer les dispositions constitutionnelles que via leur retranscription dans des lois. Il s'est

4. Le code pénal était à été promulguée du décret beylical du 9 juillet 1913. Il est entré en vigueur le premier janvier 1914.

5. Le code du statut personnel est promulgué par le décret beylical du 13 août 1956, J.O.R.T. n° 104 du 28 décembre 1956.

6. La liberté de conscience et de croyance sont prévue dans l'article 6 de la constitution qui dispose : « L'État est le gardien de la religion. Il garantit la liberté de conscience et de croyance, le libre exercice des cultes et la neutralité des mosquées et des lieux de culte de toute instrumentalisation partisane ».

également demandé en cas d'application directe des dispositions de la Constitution si leurs interprétations ne risquent pas de varier entre les tribunaux et les ordres juridictionnels. La Cour d'appel de Tunis s'est prononcée sur la question lors de sa décision du 4 avril 2014 de la cour d'appel de Tunis. Elle y a appliqué le principe du procès équitable prévu par la nouvelle Constitution sans attendre la promulgation d'une loi relative à ce principe.

En outre, la Cour constitutionnelle sera dans une situation délicate et ce, pour de nombreuses raisons. A titre d'exemple, La Cour devra se prononcer sur la constitutionnalité des lois en tenant compte à la fois que la Tunisie est qualifiée par la Constitution d'Etat civil mais également en prenant en considération son identité arabomusulmane et le respect des enseignements de l'Islam. Or, un Etat civil, se définit généralement, comme étant le contraire d'un Etat militaire ou religieux. Le référentiel religieux dans la constitution que cela soit dans le préambule ou bien au niveau de certaines dispositions est, en effet, susceptible d'entrer en contradiction avec le concept d'Etat civil.

La Constitution du 27 janvier 2014 pose également la question du rôle des Instances constitutionnelles indépendantes en matière de protection des droits et des libertés. L'Instance des droits de l'Homme⁷ et l'Instance du développement durable et des droits des générations futures⁸ semblent disposer d'attributions relativement limitées en la matière. Les deux instances sont obligatoirement consultées au sujet des projets de lois en relation avec leurs domaines de compétences. A la lecture des dispositions de la Constitution, Il s'agit semble-t-il de simples avis obligatoires non conformes.

L'absence de pouvoir de décision des instances pose ainsi la question de leur impact dans la protection des droits et des libertés.

Pour conclure son propos, le conférencier a souligné les difficultés d'ordre pratique que peut soulever l'application de certaines dispositions présentant entre elles certaines incompatibilités.

7. L'Instance des droits de l'Homme est prévue par le titre III du chapitre VI de la constitution et plus précisément par son article 128.

8. L'Instance du développement durable et des droits des générations futures est prévue par le titre IV du chapitre VI de la constitution et plus précisément par son article 129.

L'article 2 de la constitution dispose que la Tunisie est un Etat civil. L'article premier prévoit quant à lui que « la Tunisie est un Etat... l'islam est sa religion ». A cela s'ajoute l'article 39 relatif au droit à l'enseignement qui fait de l'Etat le garant de ce droit et le charge de veiller à la consolidation de l'identité arabo-musulmane. M. Ferchichi en conclue que cela constituera un défi d'équilibre entre des programmes d'enseignement consolidant l'Etat civil d'un côté et d'autres ayant un aspect religieux d'autre part.

Un deuxième problème d'ordre pratique est constaté dans cette constitution. L'article 6 proclame la liberté de conscience, de croyance et le libre exercice des cultes. Toutefois, l'article 74 indique que la personne candidate au poste de Président de la République doit être de religion musulmane. Cette exigence n'est pas compatible avec la notion de l'Etat civil et porte atteinte au principe d'égalité entre les citoyens et les citoyennes⁹.

A l'issue de sa présentation, M. Ferchichi s'est, de nouveau, demandé comment mettre la nouvelle législation en adéquation avec des dispositions constitutionnelles non compatibles entre-elles ?

9. L'alinéa premier de l'article 21 de la constitution dispose : « Les citoyens et les citoyennes sont égaux en droits et en devoirs. Ils sont égaux devant la loi sans discrimination ».

Débat

Suite à cette présentation, le Président de la séance a ouvert le débat avec le public. Les participants ont adressé aux deux conférenciers plusieurs questions et observations. Elles ont essentiellement portées sur l'effectivité des droits et libertés, notamment la proclamation par la Constitution de l'égalité des citoyens devant la loi, la garantie des droits socio-économiques et l'accès du citoyen à la justice constitutionnelle.

M. Fadhel Moussa a été le premier à intervenir, il a estimé que l'article 21 consacre non seulement le principe de l'égalité de tous devant la loi mais également l'égalité dans la loi à travers la première phrase de cette disposition : « les citoyens et les citoyennes sont égaux en droits et en devoirs ».

Concernant la question de savoir si l'Etat est tenu par une obligation de résultat ou de moyens concernant les droits socio-économiques, M.Moussa a considéré que l'essentiel c'est que l'Etat puisse œuvrer à la réalisation de ces droits. Néanmoins, cet effort doit être contrôlé. Dans le cas où l'Etat ne présente pas la preuve concrète qu'il a essayé de garantir un droit, comme celui de la justice sociale¹⁰, sa responsabilité sera engagée.

Monsieur MOUSSA a souligné que l'Etat garantit les droits et les libertés de chacun dans le cadre des limites imposées par la loi. A cela s'ajoute l'article 49 infine qui prévoit qu'aucun amendement ne peut porter atteinte aux droits de l'Homme et aux libertés

10. L'article 12 de la constitution dispose : « L'Etat œuvre à la réalisation de la justice sociale, du développement durable, de l'équilibre entre les régions, en se référant aux indicateurs de développement et en s'appuyant sur le principe de discrimination positive. Il œuvre également à l'exploitation rationnelle des richesses nationales ».

garanties par la Constitution. Donc, toute loi de nature à toucher à l'essence même d'un droit ou d'une liberté ou visant à les supprimer est une loi inconstitutionnelle.

Quant à M. Ferchichi, il a précisé que dans le cas où une ancienne loi violerait les droits et les libertés tels que prévus par la Constitution, les tribunaux transmettront au juge constitutionnel cette loi par voie d'exception. Cette transmission est conditionnée par la demande de l'une des parties au litige. Le juge ne peut donc pas transmettre une loi à la cour constitutionnelle de sa propre initiative.

QUELLE EST LA JUSTIFICATION DE L'ARTICLE 49 ?

Président de Séance : **Mohamed Faouzi Ben Hamed** (Tunisie), Premier président du Tribunal Administratif

La seconde session a été présidée par le premier président du Tribunal administratif M.Mohamed Faouzi Ben Hamed. Ce dernier a sans tarder cédé la parole à Mme. Amna GUELLALI, Directrice du bureau Human Rights Watch en Tunisie, qui a intitulé sa communication : « La clause générale de limitations dans la nouvelle constitution tunisienne, sa genèse, sa portée et ses défis ».

Amna Guellali

(Tunisie)

Mme. Guellali considère que la nouvelle Constitution comprend un catalogue de droits et libertés renforcés par l'article 49. Effectivement, cet article limite considérablement la marge de manœuvre des autorités pour éroder ces droits. Toute limitation aux droits et libertés doit obéir à quatre critères cumulatifs :

- Le premier critère c'est celui de l'égalité qui nécessite l'existence d'une loi préalable pour chaque restriction.
- Le deuxième critère concerne la légitimité qui ne donne aux autorités le droit de restreindre les libertés que pour des objectifs bien précis et légitimes.
- Le troisième critère s'attache à la nécessité de ces restrictions dans un Etat civil et démocratique.
- Enfin le quatrième critère concerne la proportionnalité entre les restrictions et l'objectif recherché.

Par la suite Mme. Guellali a présenté son plan de travail qui se décline quatre axes.

I. Les limitations dans la constitution de 1959

La constitution de 1959 a prévu une liste de droits et libertés, tout en renvoyant à la loi la définition de la limitation de leur exercice¹¹. En plus de ces limitations spécifiques, la Constitution de 1959 comprenait une clause générale de limitation selon laquelle « les

11. L'article 8 de la constitution du premier juin 1959 prévoyait: « Les libertés d'opinion, d'expression, de presse, de publication, de réunion et d'association sont garanties et exercées dans les conditions définies par la loi ».

citoyens exercent la plénitude de leurs droits dans les formes et conditions prévues par la loi. L'exercice de ces droits ne peut être limité que par une loi prise pour la protection des droits d'autrui, le respect de l'ordre public, la défense nationale, le développement de l'économie et le progrès social ». Dans les années qui suivirent l'adoption de la constitution de 1959, plusieurs lois touchant aux droits et libertés ont été promulguées les vidant de leur contenu. On cite à titre d'exemple le code de la presse, la loi sur les associations et la loi sur les manifestations.

II. Histoire de l'article 49 dans la constitution de 2014

La formulation d'une clause générale sur les droits et les libertés n'est apparue qu'à un stade tardif de l'élaboration de la Constitution. En effet, il y a eu en tout 4 versions ou projets de constitution, étalées sur deux ans. Les trois premières, rendues publiques le 13 août 2012, le 14 décembre 2012, et le 22 Avril 2013, ne contiennent aucune référence à une telle clause. Il y avait plutôt des limitations spécifiques dans plusieurs articles du chapitre sur les droits et les libertés. Certains membres de la commission des droits et des libertés, ainsi que des acteurs de la société civile, ont commencé, dès la première version, à faire pression sur la commission pour intégrer une clause générale et pour éliminer les limitations spécifiques dans certains articles.

Au début, en tout cas, les discussions n'ont pas permis d'aboutir à une grande compréhension des enjeux et de la portée d'une telle clause. Certains membres, craignant qu'un article pareil n'ouvre la voie à une lecture absolutiste des droits, s'y sont opposés, considérant que les limitations spécifiques dans chaque article suffisaient à donner le cadre adéquat à l'exercice des droits.

La clause générale ne fait son apparition dans le texte constitutionnel qu'avec le projet du 1^{er} juin 2013, qui contenait un nouvel article, à savoir l'article 48¹². Cette apparition tardive

12. L'article 48 disposait : « La loi détermine les limitations aux droits et libertés garantis dans cette constitution ainsi que les modalités de leur exercice d'une manière qui ne touche pas à leur substance. La loi protège les droits d'autrui, l'ordre public, la défense nationale, ou la santé publique. Les instances judiciaires veillent à la protection des droits et libertés de toute violation.

intervient après un premier tournant dans l'écriture de la constitution. En effet, les partis politiques, sur une initiative de la présidence de la République, se réunissent en mai 2013 pour trouver un compromis autour des points litigieux de la constitution. A la fin de ces réunions, les partis signent un document de compromis, qui adopte un certain nombre de points. Parmi ceux-ci, l'introduction d'un nouvel article dans la Constitution portant une clause générale de limitation, et l'abandon des restrictions spécifiques dans les articles du chapitre droits et libertés.

Dans la version finale de la constitution, la formulation de l'article change pour intégrer deux notions qui ne figuraient pas dans la version du 1^{er} juin : ce sont les notions de « nécessité » et de « proportionnalité ». La formulation finale de la clause générale de limitations, telle qu'adoptée dans la constitution, est également le fruit d'un dialogue et de débats dans ce qui a été appelé « la commission du consensus ». Il s'agit d'une commission ad hoc créée en juillet 2013 pour rapprocher les points de vue des différents groupes parlementaires sur les questions encore litigieuses. Les travaux de cette commission ainsi que les travaux de l'ANC ont été suspendus au lendemain de l'assassinat du député Mohamed Brahmi, le 25 juillet 2013. Au mois de décembre, le Dialogue national -plateforme de dialogue entre tous les partis politiques,- parvient à un accord final qui décide la reprise des travaux de l'ANC, ainsi que l'élaboration d'une feuille de route pour l'adoption de la constitution. La Commission du consensus reprend alors ses travaux sur la base de ces accords.

III. Signification de l'article dans l'architecture globale de la constitution

L'article 49, contient plusieurs particularités par rapport au droit international et autres constitutions comparables dans les pays ayant connu une transition démocratique.

En effet, dans les normes internationales relatives aux droits humains, le principe de nécessité s'interprète selon les « exigences d'une société démocratique ». L'article 49 parle d'Etat démocratique et non de société démocratique. Selon un membre de la Commission de consensus, ce point précis a été

discuté longuement pour aboutir finalement au remplacement de la « société » par « l'Etat », concept moins ambigu et plus circonscrit, qui a une définition juridique et non sociologique.

Ensuite, le caractère civil de l'Etat renvoie à un système ancré dans le droit positif, dans lequel la source de l'ordre juridique dérive de la volonté du peuple et non des sources divines. Ce concept d'Etat civil est conçu comme le contrepoids aux référents religieux qui parsèment le texte. Un Etat civil pose le socle d'un système de droit séculier, dans lequel c'est la souveraineté populaire et non le référent religieux qui est source de toute légitimité.

La troisième remarque c'est que la clause générale de limitation ne concerne pas seulement les droits et libertés prévus dans le chapitre 2 mais elle englobe d'autres chapitres prévoyant des droits comme le droit à un procès équitable et le droit à la défense prévus dans le Chapitre V relatif au pouvoir judiciaire.

IV. Application de l'article et futurs défis

La nouvelle constitution a doté la Tunisie d'une Cour constitutionnelle chargée de contrôler la constitutionnalité des lois. Les dispositions transitoires de la constitution prévoient qu'aucun « tribunal n'est habilité à contrôler la constitutionnalité des lois », cette fonction étant dévolue exclusivement à une instance provisoire jusqu'à la mise en place de la Cour constitutionnelle.

Cependant, même si les tribunaux sont interdits de contrôler la constitutionnalité des lois, ils ont l'obligation de les interpréter à la lumière de la nouvelle Constitution, qui est applicable dès son entrée en vigueur et constitue le plus haut degré dans la hiérarchie des normes. L'article 49 peut permettre aux juges de statuer sur l'applicabilité de certains articles très controversés et répressifs du code pénal.

Depuis le début de 2012, les autorités judiciaires ont poursuivi en justice de nombreux journalistes, blogueurs, artistes et intellectuels pour avoir fait usage pacifiquement de leur droit d'expression, en s'appuyant sur des dispositions du code pénal punissant des actes comme la « diffamation », les « injures à l'égard d'agents de l'État » et les « atteintes à l'ordre public », qui sont

tous passibles de peines de prison. L'Assemblée constituante n'a pris aucune initiative en vue d'abolir ou de suspendre ces lois et aucun tribunal ne les a déclarées incompatibles avec les normes internationales en matière de droits humains.

A la fin de sa présentation Mme. Guellali a rappelé que l'utilisation de l'article 49 de la constitution pourrait introduire justement pour le juge l'obligation d'interpréter de tels articles et de ne pas les appliquer lorsque les critères imposés par l'article 49, à savoir la légalité, la légitimité, la nécessité et la proportionnalité, ne sont pas réunis.

Xavier Philippe

(France)

Suite à l'intervention de Mme Guellali, le Président de séance a transmis la parole à M. Philippe qui a commencé par affirmer que l'article 49 est un article fondamentalement novateur en ce qu'il impose des obligations précises dans la mise en œuvre des droits et libertés. Ce texte comporte de nombreuses conditions qui n'existaient pas sous l'empire de la précédente Constitution de 1959.

Il s'adresse en premier lieu aux « fabricants de la loi », c'est-à-dire aux autorités qui seraient chargées de préparer les textes de loi, ceux qui les défendront et ceux qui les voteront. Le juge est lui aussi concerné mais en tant que contrôleur. L'article 49 est destiné à encadrer mais également à protéger le pouvoir discrétionnaire du législateur lorsqu'il légifèrera sur une question qui portera sur les droits et libertés garanties par la Constitution : ce n'est pas un texte qui empêche le législateur d'agir mais au contraire encadre la liberté de choix dans laquelle il doit mettre en œuvre les droits et libertés.

La proportionnalité s'adresse en premier lieu au législateur et non au juge. Elle est associée à la décision d'opportunité du législateur. C'est lui qui décide de faire les lois dans le cadre que la Constitution a tracé. La proportionnalité sert à canaliser le pouvoir discrétionnaire qui lui est reconnu par la Constitution et à effectuer les choix qui lui paraissent les plus opportuns.

Les obligations de fond qui découlent de l'article 49 sont de plusieurs ordres : d'une part, une loi relative à la limitation des droits et libertés ne doit pas porter atteinte à leur essence, c'est à dire ne doit pas dénaturer les droits au point de les faire disparaître. La protection de l'essence d'un droit invite les autorités à s'assurer que les actes législatifs ne portent pas concrètement une atteinte

tellement grave qu'elle aboutit à vider le droit de son sens. Cette condition oblige à une certaine rationalité de l'action législative qui doit projeter les effets des dispositions sur les résultats escomptés.

D'autre part, les restrictions doivent avoir un but indispensable : assurer le caractère civil et démocratique de l'Etat (but médiat) et dans l'objectif de protéger les droits d'autrui, la sécurité publique, la défense nationale, la santé publique ou la morale publique (but immédiat). Cette obligation impose de ne légiférer que si l'un de ces buts est poursuivi et que l'action législative s'avère nécessaire, c'est-à-dire indispensable.

Enfin, la mesure retenue ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'objectif recherché. Cela signifie que la fin ne justifie pas n'importe quel moyen et qu'en conséquence, les mesures prises doivent être aptes à remplir ces objectifs sans être exagérément intrusives. Il y a au fond deux obligations ici à respecter : l'aptitude de la mesure législative à satisfaire le but ou l'objectif qu'elle poursuit et l'obligation de choisir la mesure qui apparaît la mieux adaptée pour que l'atteinte à la liberté soit la moins intrusive possible.

M. Philippe a estimé que plusieurs commentaires sur le contenu de l'article 49 par rapport aux autorités chargées de le mettre en œuvre et d'en contrôler le respect peuvent être présentés tant au niveau des fabricants des lois (1), qu'à propos leurs applications (2) et aussi leurs contrôleurs (3).

1 ■ Les obligations du législateur et du gouvernement en tant qu'auteur des projets de loi

Tout d'abord, l'article 49 semble ne s'adresser qu'à la limitation des droits et des libertés mais le champ d'application couvert est important dans la mesure où dès qu'un texte de loi touchera même incidemment un droit ou une liberté, il trouvera à s'appliquer. Son champ d'application est donc plus vaste que ne le laisse supposer le libellé de l'article 49.

Puis, la loi en tant qu'acte législatif a fait l'objet de profondes mutations. Il ne s'agit plus d'un acte souverain ou absolu qui peut

s'affranchir de respect des règles. Si la loi devient « justiciable », elle doit comporter un certain nombre d'éléments pour pouvoir être compatible avec la Constitution. La mise en œuvre de l'article 49 va favoriser les mutations de l'acte législatif. La loi n'est plus souveraine ou absolue, elle est devenue une expression de la raison dans l'action des autorités politiques et doit présenter un caractère rationnel.

Ensuite, la loi doit non seulement comporter des obligations dont le degré de détermination doit être suffisant mais elle doit aussi permettre de détecter la ratio legis. Si les moyens employés au service d'une fin ne sont pas détectables, la rationalité de la loi n'apparaîtra pas suffisamment pour la rendre compatible avec la Constitution. Le texte législatif doit ainsi comporter des moyens au service d'un (ou de plusieurs) objectif(s) et être clairement inscrits dans le texte de loi pour que le contrôle de proportionnalité puisse être identifié. Cette obligation amènera le législateur à tester son texte en amont de son vote pour l'éprouver et s'assurer que les limitations qu'il édicte sont compatibles avec le résultat recherché.

Afin de respecter les conditions arrêtées par l'article 49 le législateur devra exposer les motifs et les buts justifiant la limitation... En effet, le respect de la condition de proportionnalité exige la détermination de l'objectif recherché par la loi et des moyens utilisés en vue de sa réalisation.

Par ailleurs, l'obligation constitutionnelle prévue par l'article 49 va imposer au législateur d'intégrer dans les circuits de fabrication des lois ces objectifs et impératifs. Il sera donc nécessaire de repenser la procédure législative de façon à intégrer cette obligation et ce à deux niveaux.

Premièrement au niveau du Gouvernement ; ce sera à chaque ministère ou aux services juridiques du gouvernement de vérifier par anticipation la constitutionnalité des restrictions de façon à ne pas se heurter à un risque contentieux. Certains Etats ont ainsi mis en place au sein des leurs gouvernements des mécanismes de pré-contrôle de constitutionnalité chargés spécifiquement de cette question.

Deuxièmement, au niveau du Parlement, le traitement de cette question impose une méthodologie d'écriture rigoureuse de la

loi ou des amendements qui devront être compatibles avec les exigences de l'article 49. Concrètement, cela signifiera que les services juridiques de l'Assemblée du Peuple devront intégrer cette dimension des exigences de l'article 49. Il apparaît également nécessaire que le règlement intérieur de l'Assemblée confie cette question à la commission des lois et que celle-ci suive précisément l'élaboration du texte et s'assure que la cohérence de celui-ci reste intacte. Il faudra également tenir compte du rôle des institutions constitutionnelles indépendantes, qui se sont vues reconnaître la possibilité d'intervenir dans les projets de loi qui concernent leurs champs de compétence.

D'un point de vue pratique, la question de la mise en œuvre de l'article 49 s'impose à la législation future mais également à la législation antérieure. Le travail est évidemment d'ampleur car le législateur devra au fil du temps s'assurer que la législation existante ne contrevient pas aux exigences de l'article 49. Il est probable que certains textes soient contraires à ces exigences. Faudra-t-il attendre l'intervention du législateur ? L'article 120 alinéa (1) § 4 de la Constitution tunisienne de 2014 permet aux parties à un litige de soulever une question préjudicielle de constitutionnalité à l'occasion d'un litige. Dans cette hypothèse, les tribunaux pourront renvoyer la question devant la Cour constitutionnelle qui aura à trancher cette question de compatibilité de la législation antérieure.

2■ Les obligations du gouvernement et de l'administration dans la mise en œuvre des limitations aux droits et libertés

Les dispositions de l'article 49 ne visent que l'acte législatif et non le règlement. Le gouvernement et l'administration ne sont donc a priori pas concernés par les exigences de l'article 49. Néanmoins cette perception des choses est partiellement inexacte.

En effet, la mise en œuvre de la loi et de ses restrictions se prolonge à travers l'édition d'actes réglementaires et d'actes individuels. Si l'article 49 vise la loi, la hiérarchie des normes impose que le pouvoir réglementaire tienne compte de ces exigences et de ses objectifs. Il doit donc respecter ces mêmes principes et les faire respecter. Ils s'imposent à lui et, en cas de contrariété, le texte devra être

invalidé par un juge. Ce qui est vrai pour les actes réglementaires l'est également pour les actes individuels : l'obligation existe en cascade et s'impose à toutes les autorités publiques.

Concrètement, cela imposera aux différentes institutions administrations et partenaires d'intégrer dans leur démarche de création de règles une obligation d'effectuer le test décrit précédemment : adaptation, proportionnalité des moyens au regard de la finalité poursuivie, nécessité de la mesure. Tout ceci imposera une adaptation progressive des méthodes de travail des services juridiques des différentes administrations. Ceci ne devrait pas nécessairement poser de difficultés car les juges ordinaires sont habitués à ce type de contrôle qui découle logiquement de la fonction juridictionnelle. Le défi va peut-être résider dans l'obligation de faire apparaître ce raisonnement dans les décisions.

3■ Le contrôle du respect des obligations de l'article 49 par le pouvoir juridictionnel

Le pouvoir juridictionnel au premier rang duquel figurera la Cour constitutionnelle aura pour tâche de s'assurer du respect des exigences de l'article 49 de la Constitution. Cela implique plusieurs conséquences :

D'une part, la Cour constitutionnelle, en tant que juridiction disposant du monopole du contrôle de constitutionnalité des lois, devra s'assurer du respect des exigences de l'article 49. Sur ce point, la Cour exercera un contrôle de proportionnalité qui, malgré les ambiguïtés linguistiques du texte de l'article 49, selon toutes probabilités, intégrera le contrôle de l'adaptation et de l'absence de disproportion de la disposition législative au regard des objectifs poursuivis. Elle contrôlera également la réalité de la nécessité de l'objectif poursuivi.

On ne peut préjuger de ce que sera le contrôle exercé par la Cour constitutionnelle, mais un regard sur les expériences étrangères démontre que ce contrôle – intégré dans un article de la Constitution ou non – s'exerce presque naturellement dans le contrôle de constitutionnalité. Le premier mérite de l'article 49 est d'exister. Cela impose une obligation aux « fabricants de la loi » mais également une habilitation du juge à exercer un tel contrôle.

D'autre part, et ceci est peut-être moins net dans le texte de l'article 49, les obligations fixées dans ce texte dépasseront la loi et s'imposeront également aux actes réglementaires et individuels en vertu de la formation du droit par degrés (ou en cascade), les juridictions ordinaires devront également vérifier que ces exigences sont respectées dans les actes qu'elles contrôlent et qui relèvent de sa compétence. Cette obligation découle d'ailleurs de l'article 49 alinéa 2 de la Constitution (et implicitement de l'article 102 : le pouvoir judiciaire garantit ... la primauté de la Constitution, la protection des droits et libertés). Elle ne transforme pas les juridictions ordinaires en juge de la constitutionnalité de la loi mais en fait des gardiens des droits et libertés constitutionnellement protégés et ce selon deux manières.

En premier lieu, Les juridictions ordinaires devront s'assurer que les décisions de la Cour constitutionnelle sont respectées. Quand elles concerneront l'article 49, elles devront s'assurer que leurs prescriptions sont respectées.

En second lieu, Les juridictions ordinaires devront s'assurer du respect des prescriptions de l'article 49 quand elles contrôleront les actes réglementaires et individuels qui les mettent en œuvre.

Il existera nécessairement un temps d'adaptation à la mise en œuvre de ces mécanismes car la Cour constitutionnelle devra construire sa jurisprudence et mettre en œuvre les compétences qui lui ont été dévolues. Ceci dépendra de deux éléments. D'un côté, cela dépend notamment de facteurs extérieurs : la juridiction constitutionnelle ne peut pas s'autosaisir. Son intervention dépendra de sa saisine par les autorités constitutionnellement habilitées à le faire... Cela dépendra également de la conception que les juges se feront de leur rôle et de la construction de la jurisprudence qu'ils créeront. Il s'agit en tout état de cause de facteurs difficilement prévisibles aujourd'hui.

A la fin de sa présentation, M. Philippe a précisé que ce panorama de défis qui se poseront dans la mise en œuvre de l'article 49 est inévitablement prospectif. Il doit être regardé en tenant compte des facteurs politiques qui ne manqueront pas d'intervenir dans la mise en œuvre de ce texte.

LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ : EXPÉRIENCE COMPARATIVE

Président de Séance : **Abdellatif Kharrat**,
Premier président de la Cour des Comptes

Monsieur Kharrat a remarqué que, malgré ses lacunes, l'article 49 détermine les modalités d'encadrement des droits et libertés. Sans prétendre à la perfection, il permettra au juge de contrôler le législateur et de remplir sa mission de gardien des droits et des libertés. Monsieur Kharrat a très vite précisé que même en faisant l'économie de cet article, les juges vont s'appliquer à contrôler le respect du principe de proportionnalité de leur propre initiative.

Dans plusieurs pays, les juges ont développé des constructions jurisprudentielles autour de la question des restrictions aux droits et libertés, ces constructions témoignent du rôle créateur et « normatif » du juge. Pour comprendre l'étendu de l'apport de l'article 49, il est alors très utile de découvrir comment l'appréciation de la proportionnalité a été envisagée dans d'autres pays et comment ces pays ont appris les uns des autres.

Francis Delpérée

(Belgique)

LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ À TRAVERS LE MONDE ET EN TUNISIE

M. Delpérée a commencé par décortiquer l'article 49 en remarquant, tout d'abord, qu'il s'adresse à trois destinataires : le premier alinéa s'adresse au législateur, le second alinéa s'adresse au juge et le troisième alinéa s'adresse au constituant.

Cet article met en évidence, par ailleurs, deux principes :

- Selon le premier aucun droit n'est absolu : le principe de la limitation des droits est universellement reconnu, mais les restrictions doivent être déterminées par le législateur.
- le deuxième principe vient corriger le premier, les restrictions admises aux droits et libertés ne sont pas elles-mêmes sans limites : il s'agit ici de limite des limites. Quelle que soit la légitimité des objectifs poursuivis par la restriction des droits et libertés, la fin ne justifie pas tous les moyens. Cette idée est exprimée par le principe de proportionnalité consacré par l'article 49.

Si l'on se réfère au droit comparé, en cherchant les consécutions du principe de proportionnalité, on découvre que la majorité des textes gardent le silence sur ce principe; seules quelques constitutions récentes du bassin méditerranéen y font référence.

1 Le silence semble ainsi être la règle, le principe de proportionnalité est absent de la majorité des textes et les explications de cette absence peuvent être diverses :

La proportionnalité apparaît d'abord comme une idée de bon sens, comme une manière raisonnable d'interpréter le droit, comme un principe général de droit qui n'a pas besoin d'être consigné dans un texte. L'institution de ce principe risque de le dévaloriser.

Par ailleurs, il faut admettre que tout juriste se méfie du « droit mou » : les analyses de proportionnalité risquent d'engager l'interprète dans des analyses d'opportunité. On pourrait alors se demander si le juge est bien placé pour effectuer ces analyses ; une certaine prudence a donc imposé au constituant ce silence.

2 Les constitutions qui reconnaissent le principe de proportionnalité sont celles du Portugal, de la Suisse et de la Grèce.

La Constitution portugaise dans son article 266 consacre l'idée de proportionnalité :

« 1. L'administration publique vise la poursuite de l'intérêt public, dans le respect des droits et des intérêts des citoyens protégés par la loi.

2. Les organes et les agents de l'administration observent la Constitution et à la loi. Ils exercent leurs fonctions dans le respect des principes d'égalité, de proportionnalité, de justice, d'impartialité et de bonne foi. »

L'article 36 de la Constitution suisse pose trois règles, à savoir la justification de la restriction législative par un intérêt public ou par la protection du droit fondamental d'autrui, la proportionnalité et l'intangibilité de l'essence des droits fondamentaux : « Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés. Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.

Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.

L'essence des droits fondamentaux est inviolable. »

La Constitution grecque (telle que modifiée en 2001) contient un article 25 al. 1^{er} qui dispose : « ... Les restrictions de toutes sortes qui, conformément à la Constitution, peuvent être apportées à ces droits doivent être prévues soit directement par la Constitution soit par la loi dans le cas où l'indication existe en faveur de celle-ci, le principe de proportionnalité doit être respecté.

Pour ce qui est des conventions internationales, la Convention

européenne des droits de l'Homme (1950) contient déjà des prémices de l'idée de proportionnalité à travers l'utilisation répétée du terme « raisonnable ».

Aussi, plus récemment, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit dans son Article 52 une disposition sur la portée des droits garantis :

« 1. toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel des dits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui... »

3 Trois questions peuvent être dégagées à travers ces textes :

■ A propos de quels droits le principe de proportionnalité est-il consacré dans la Constitution tunisienne ?

L'article 49 nous répond que c'est à propos des droits et libertés consacrés par la Constitution. Ailleurs, le principe de proportionnalité reçoit une marge d'action plus large. Il transcende les barrières entre les pouvoirs publics et agit sur toutes leurs décisions et actions surproportionnées ou hors proportions.

■ Quand est ce que l'application du principe de proportionnalité s'impose aux pouvoirs publics ?

Ici, la Constitution tunisienne est assez prudente, car l'état d'exception n'est pas concerné (article 80) à la différence d'autres pays comme le Portugal.

■ Comment le principe de proportionnalité devra-t-il être appliqué ?

Il semble ici que le principe de proportionnalité est visé dans sa facette immédiate. La référence à l'essence des droits et libertés semble favoriser l'objet du droit au détriment du but de la limitation.

M. Pierre De Vos

(Afrique du Sud)

M. De Vos a commencé par préciser que la consécration et l'application de la clause de « limitation » en Afrique du Sud ont été largement influencées par l'expérience et la jurisprudence canadienne.

Avant même la promulgation de la Constitution Sud-africaine, la première décision de justice qui avait appliqué la clause de limitation avait adopté une approche globale qui prend en considération les éléments les plus importants.

Quand la Constitution a été promulguée, elle a utilisé les interprétations de la jurisprudence. La clause de limitation ne concernait que les droits proclamés dans le chapitre qui leur est consacré (article 36).

- L'objectif de l'insertion de cette clause de limitation dans la nouvelle Constitution était de mettre en place une nouvelle culture politique de justification différente de la culture autoritaire. La nécessité de justification s'impose désormais aux pouvoirs publics et non aux citoyens. Cette obligation de justification s'impose à chaque fois qu'une décision des pouvoirs publics est envisagée (loi, décision administrative). A ce niveau, l'intervenant a donné l'exemple d'un projet de loi présenté par le gouvernement qui visait à priver les prisonniers de leur droit de vote. A cette occasion, c'était au gouvernement de justifier, à travers des études sérieuses, la nécessité d'une telle limitation du droit de vote. Son échec à fournir une telle justification lui a coûté le rejet de ce projet par le juge.
- Du côté du juge, le raisonnement doit se faire suivant certaines étapes bien déterminées :
 - La première question à laquelle doit répondre le juge est celle

de savoir s'il y a une limitation d'un droit ou d'une liberté.

- Si cette limitation existe, le juge doit d'abord vérifier qu'elle est insérée dans une loi et non dans un acte émanant du pouvoir exécutif ou de l'administration dans un sens large du terme.

Suite à cela, le juge sud-africain passe par 5 étapes de réflexion :

1 vérifier le contenu de la limitation. La Cour constitutionnelle commençait -surtout durant les premières années de son activité- par vérifier les pratiques des autres démocraties.

2 Le juge vérifie que l'objectif poursuivi par cette limitation est un objectif légitime.

3 Il vérifie ensuite le lien entre l'objectif poursuivi et le contenu de la limitation déterminé par la loi.

4 Il vérifie s'il n'existe pas un autre moyen pour arriver au même objectif avec une moindre limitation aux droits et libertés.

5 Enfin, il vérifie la proportionnalité entre l'objectif et les mesures prévues par la loi. Cela passe d'abord par la vérification de l'importance du droit protégé et par la détermination de l'aspect du droit touché par les mesures de limitation. Cela suppose aussi d'établir un ordre de priorités entre ces aspects jusqu'à arriver à ce qu'on pourrait appeler : l'essence du droit ou son aspect intouchable.

Il faut ici remarquer que l'appréciation de la constitutionnalité de la mesure de limitation dépendra largement du contenu donné par le juge au droit concerné, si le droit est richement défini, les limitations sont difficilement acceptables (exemple de l'appréciation du juge des mesures législatives visant la limitation de la distribution des œuvres pornographiques au regard de la liberté d'expression)

En donnant son jugement, la Cour aussi participe à la culture de justification, la structure du jugement et son contenu constituent un élément du dialogue constitutionnel qui aide à gérer les tensions qui entourent les prises de décision.

Débat

Les questions les plus importantes posées par les invités étaient les suivantes :

Est-il possible que la loi qui contient des limitations aux droits et libertés donne une habilitation au pouvoir réglementaire pour préciser ces limitations ?

M. Delpéré : L'autorité qui limite les droits et les libertés ne peut être que le pouvoir législatif, toute ingérence du pouvoir exécutif en ce domaine serait une violation des règles constitutionnelles.

Est-ce que l'article 49 s'adresse au juge judiciaire ? Si la réponse est oui, comment doit-on comprendre l'article 120 qui donne à la Cour Constitutionnelle un monopole dans le domaine du contrôle de la constitutionnalité des lois ?

M. Delpéré a précisé que les deux textes peuvent tout à fait être compatibles puisque la source de violations des droits et libertés peut ne pas être législative. Le juge doit appliquer le principe de proportionnalité en évaluant la légalité de l'action de l'administration (juge administratif) y compris les forces de l'ordre (juge pénal).

Quel était le rôle de la Cour Constitutionnelle de l'Afrique du Sud dans la rédaction de la Constitution de 1994 ? Et après la promulgation de cette Constitution ?

M. De Vos a affirmé l'importance du rôle de la Cour avant la promulgation de la Constitution, mais il a précisé qu'une nouvelle Cour a été mise en place après la promulgation de la Constitution. Le contrôle de la constitutionnalité des lois est aujourd'hui exercé par tous les tribunaux sous le contrôle de la Cour Constitutionnelle.

Après la promulgation de la Constitution, et au vue du volume considérable des lois antérieures dont les dispositions étaient

devenues invalides du fait de leur inconstitutionnalité, la Cour a adopté une attitude créative puisqu'elle a estimé qu'il était nécessaire que certaines précisions soient intégrées dans les lois afin de pouvoir se prononcer sur leur constitutionnalité. La réaction des politiciens à l'égard de cet effort était négative car ils ont sorti l'argument du danger du gouvernement des juges. Le conférencier a toutefois précisé, qu'avec le temps, ce débat a perdu de sa teneur.

Il faut admettre que l'existence d'une nouvelle formation juridictionnelle chargée de l'application d'un nouveau texte peut poser des problèmes d'acceptation, mais l'effort de justification de la Cour et la structure de ses arrêts ont contribué petit à petit à asseoir sa légitimité.

M. De Vos a précisé qu'un article très important de la Constitution (art. 39) a influencé la méthode de travail de la Cour Constitutionnelles et des différentes formations juridictionnelles exerçant un contrôle sur la Constitutionnalité des lois. Cet article invite le juge à prendre en considération l'interprétation de la jurisprudence internationale et étrangère dans les pays démocratiques. L'expérience qui a le plus inspiré le juge était l'expérience canadienne, mais petit à petit, le juge a commencé à construire sa propre jurisprudence.

LES ÉLÉMENTS DE L'ARTICLE 49

Président de Séance : **M. Zaid Al Ali**

Après avoir présenté les intervenants, le Président de la session, M. Zaïd Al Ali a souligné les questions et les défis qui se poseront au juge lors de l'application de l'article 49, notamment ceux liés à la détermination de la signification et la portée des conditions d'encadrement des droits et libertés.

M. Jochen von Bernstorff

(Allemagne)

L'intervenant a commencé par établir un constat selon lequel toutes les constitutions permettent au législateur d'introduire des restrictions aux droits et libertés constitutionnellement consacrés. Mais il est aujourd'hui admis que ces restrictions ne peuvent pas rester sans limites. L'un des plus importants principes de limitation étant le principe de proportionnalité en vertu duquel les effets positifs de la limitation d'un droit doivent être proportionnels aux effets négatifs de cette même limitation sur les personnes concernées.

La Constitution de 1959 contenait une disposition qui permettait la restriction des droits (article 7), l'innovation de la Constitution de 2014 est justement d'apporter des limitations aux possibilités de restrictions offertes au législateur à travers son article 49.

L'intervenant s'est proposé d'étudier les apports de cet article au vue du droit comparé.

La première remarque avancée par l'intervenant concerne le système de restrictions des droits et libertés sous la nouvelle Constitution. En effet, certains textes internationaux (la Convention européenne des Droits de l'Homme) et constitutions (l'Allemagne) précisent pour chaque droit ou liberté les restrictions spécifiques qui peuvent lui être apportées. D'autres textes comme la Constitution tunisienne prévoient une clause générale de limitation (la Charte européenne des droits fondamentaux, La Constitution de l'Afrique du Sud) avec la possibilité de prévoir des restrictions spécifiques ou l'interdiction de restrictions à certains droits, chose qui doit être prise en considération lors de l'application de la clause générale de limitation. C'est le cas de l'article 4 de la Charte européenne des droits fondamentaux

duquel il ressort clairement que le droit à l'intégrité physique n'est susceptible d'aucune restriction, cette prohibition doit être tenue en compte lors de l'application de la clause générale de limitation contenue dans l'article 52 de la même charte. C'est le cas aussi de certains articles de la Constitution tunisienne.

Passant à la structure de l'article 49, l'intervenant a remarqué la complexité de sa structure en se proposant de le décortiquer à travers les points suivants :

a. « la loi détermine les restrictions » :

Une autorisation constitutionnelle de restreindre les droits et les libertés **par un texte législatif** :

Ce principe est reconnu dans tout système constitutionnel basé sur l'idée de l'Etat de Droit, il vise à éviter l'imprévisibilité et l'arbitraire de l'intervention des pouvoirs publics. Il a été admis en droit constitutionnel allemand depuis le 19e siècle et il est admis par plusieurs textes internationaux comme la Convention européenne des droits de l'Homme, la Charte européenne des droits fondamentaux.

La loi est le texte pris par le pouvoir législatif. Il est aussi possible que la loi habilite le pouvoir exécutif à prendre des décrets lois. Dans ce cas, la loi d'habilitation doit bien encadrer l'intervention du pouvoir exécutif. A défaut, elle risque d'être déclarée inconstitutionnelle par le juge. Aussi, le pouvoir exécutif doit respecter les limitations annoncées dans la loi d'habilitation.

b. « sans que cela ne porte atteinte à leur essence »

L'essence du droit

Certaines violations, en raison de leur intensité, ne peuvent pas être justifiées. C'est une ultime ligne de défense des droits et des libertés adoptée par les textes ou la jurisprudence et utilisée par la commission des droits de l'Homme des Nations-Unies. Dans la Constitution allemande, une autre conception est adoptée ; il s'agit d'interdire la violation de la « dignité humaine » qui constitue « l'essence » de tous les droits fondamentaux. Dans les deux cas, il

s'agit d'un refus des violations intenses sans procéder à l'évaluation de leur rapport avec l'intérêt public recherché.

Certains articles de la Constitution tunisienne donnent un excellent exemple de cette attitude visant à garantir un minimum incompressible des droits et des libertés. Il s'agit par exemple de l'article 23 protégeant la dignité et l'intégrité physique de la personne. Même si ces droits peuvent être limités, il est prévu clairement que la torture est interdite. Cette interdiction peut être interprétée comme une protection directe de « l'essence » du droit. L'intervenant a aussi invoqué les articles 32 (2), 27-29, et 28 dont les dispositions s'insèrent dans la même logique.

c. « en cas de nécessité exigée par un Etat civil et démocratique »

La nécessité dans une société civile et démocratique

La nécessité est une formulation que l'on peut trouver dans plusieurs constitutions et textes relatifs aux droits de l'Homme, le premier en date est la Déclaration universelle des droits de l'Homme. La nécessité est un terme qui bénéficie d'une place importante dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui l'a utilisée pour introduire un contrôle de proportionnalité.

Quant à l'indication « dans un Etat civil démocratique », elle n'est pas courante à travers le monde. L'expression communément utilisée est celle de « société démocratique ». L'auteur s'est interrogé sur la signification du choix tunisien et a conclu que le pouvoir juridictionnel se chargera d'en expliquer le contenu.

d. « (...) pour protéger les droits des tiers ou pour des raisons de sécurité publique, de défense nationale, de santé publique ou de morale publique. »

L'article 49 ne permet les restrictions aux droits et libertés que pour réaliser certains objectifs limitativement énumérés. Ce genre de dispositions n'est pas étranger aux textes nationaux et internationaux garantissant les droits de l'Homme ; c'est le cas de la Convention européenne des droits de l'Homme et du

Pacte international des droits civils et politiques dans des termes identiques. D'autres textes, comme la Loi fondamentale allemande gardent le silence sur ce point.

Dans tous les cas, il s'agira pour l'Etat tunisien d'identifier l'objectif des restrictions, ce qui ne sera pas très difficile vue la généralité des termes utilisés par les textes. La détermination de l'objectif est nécessaire pour opérer le contrôle de proportionnalité par le juge qui doit d'abord vérifier que le but recherché est légitime.

e. « avec le respect de la proportionnalité »

L'analyse de la condition de proportionnalité demande l'adoption d'une méthodologie juridictionnelle pour évaluer les limitations qu'apporte l'Etat aux droits individuels.

1 L'histoire du principe :

Le « test de proportionnalité » a été inventé en Prusse par la Haute Cour Administrative au 19ème siècle. Il a été ensuite introduit par La Cour Constitutionnelle Allemande après la seconde guerre mondiale. L'objectif de cette introduction a été initialement de préserver l'harmonie de la Constitution en opérant un arbitrage entre des intérêts contradictoires. Il existe deux variantes du « test de proportionnalité ». La première est classique et basée sur la comparaison entre l'objectif recherché et les moyens mis en œuvre ; le juge détermine si la limitation envisagée est appropriée pour réaliser l'objectif visé. Puis, il vérifie si la limitation est nécessaire pour la réalisation de l'objectif. La deuxième variante ajoute une dernière étape : c'est celle de l'évaluation de la proportionnalité -autrement dit- des mesures visant la vérification de l'existence d'un équilibre entre les intérêts de la personne titulaire du droit ou de la liberté et les intérêts collectifs visés.

2 Description des étapes « test de proportionnalité » :

2.1. Est-ce que les mesures limitatives des droits et libertés sont appropriées pour aboutir à l'objectif légitime ciblé ?

2.2. Est-ce que les mesures limitatives des droits et libertés sont nécessaires pour réaliser l'objectif recherché ?

2.3. Est-ce que les mesures limitatives des droits et libertés ont un effet/impact excessif sur les intérêts protégés des personnes disposant des droits et libertés ?

M. Ian Lee

(Canada)

M. Lee a commencé par affirmer que les choix des juges sont aussi déterminants que ceux du législateur. Ces choix s'insèrent dans un certain contexte et il est naturel que les préoccupations de la justice dans une démocratie établie soient différentes de ceux d'une démocratie émergente.

Au Canada, à côté du texte de la charte qui constitue la référence au juge, on trouve un cadre d'analyse établi par la jurisprudence qui fournit quatre critères pour l'appréciation de la constitutionnalité d'une limitation législative des droits et libertés. Dans la majorité des cas, le critère déterminant est celui de la nécessité.

En comparant le texte tunisien avec le texte canadien, M. Lee a remarqué que le texte canadien ne mentionne pas l'idée d'essence du droit et se passe de l'énumération des objectifs qui légitiment la limitation des droits. Malgré cela, le rôle des tribunaux a été déterminant dans l'encadrement de l'intervention du législateur et la détermination des obligations qui lui incombent ; La première étant une obligation de justification. il faut qu'il démontre l'insuffisance des mesures moins restrictives, il faut aussi qu'il démontre la nécessité de la mesure et l'absence d'autres mesures pour faire avancer les droits. (L'intervenant a cité le cas de la loi visant à restreindre la production et la distribution des films pornographiques au motif de faire avancer l'égalité entre les hommes et les femmes)

M. Lee a précisé qu'avec le temps, la jurisprudence constitutionnelle a connu des avancées. La Cour donne de plus en plus une large portée aux dispositions de fond allant même jusqu'à soutenir que la publicité commerciale relève de la liberté d'expression. Seule la publicité commerciale adressée aux enfants a obligé la Cour à changer son application du droit.

Dans tous les cas, le résultat de la politique de la jurisprudence constitutionnelle a été d'obliger le législateur à limiter son approche à un choix parmi une gamme de solutions raisonnables. Plus la signification du fond du droit est élargie, plus les restrictions aux choix législatifs sont grandes.

Du fait de l'absence d'énumération des objectifs légitimant les restrictions législatives, le juge a dû se prononcer sur la question notamment en cherchant à déterminer la portée de la notion des « droits d'autrui ». En effet, « les droits d'autrui » peuvent ne pas être inscrits dans la Constitution, tel est le cas des droits des consommateurs. La question qui se pose alors au juge est de savoir s'il est possible de limiter des droits constitutionnellement consacrés par des droits qui ne le sont pas ?

Le juge doit aussi déterminer les restrictions qui portent atteinte à l'essence du droit ou de la liberté. Ici, il peut adopter une approche abstraite qui se limite à distinguer la restriction du droit du déni du droit. Cette approche peut être appuyée par une approche complémentaire qui fait appel au principe de proportionnalité.

En guise de conclusion, M. Lee a mis l'accent sur la pertinence limitée de l'expérience canadienne dans le contexte de transition démocratique que vit aujourd'hui la Tunisie.

M. Abdelmonem Kioua

(Tunisie)

M. Kioua a commencé son intervention en indiquant que la totalité des dispositions constitutionnelles sont le résultat de consensus politiques, c'est aussi le cas de l'article 49, et c'est la raison pour laquelle on y trouve des notions flous et difficiles à déterminer.

Le Conférencier a indiqué pour illustrer son propos que l'on ne distingue pas les restrictions aux droits et libertés des restrictions à la jouissance des droits et libertés. Aussi, les droits qui ne sont pas susceptibles de restrictions ne sont pas déterminés. L'intervenant a cité ici l'exemple de la Constitution égyptienne qui dispose que les droits relatifs à la personne humaine ne peuvent souffrir des restrictions (article 92).

L'impression générale qui se dégage de la lecture de la majorité des textes confectionnés pendant la période transitoire est qu'ils ne sont pas le fruit d'une mûre réflexion.

L'ambiguïté des textes se manifeste aussi à travers les objectifs qui légitiment les restrictions aux droits et libertés. Selon M. Kioua, ces objectifs sont exprimés par des expressions qui datent des années 60, au moment de l'adoption du Pacte relatif aux droits civils et politiques. Ces expressions ne sont plus utilisées par les Constitutions d'aujourd'hui, comme la notion de « morale publique » par exemple.

Par ailleurs, l'on peut remarquer que l'obligation de respecter le principe de proportionnalité n'est pas assortie d'une obligation qui incombe au législateur d'explicitier ses intentions comme c'est le cas pour la Constitution du Kenya. Or, un contrôle de proportionnalité est impensable sans connaître les objectifs du législateur.

Selon M. Kioua, il est important que le législateur fasse attention à l'équilibre entre les différents droits en cause. Cet équilibre est parfois difficile à établir, c'est le cas du décret-loi 2011-115¹³ dont les dispositions semblent plus protectrices des droits des journalistes que de ceux des entreprises et des personnes victimes de diffamation.

Enfin, l'intervenant a conclu en insistant sur l'importance du rôle de la justice constitutionnelle mais aussi celui du juge ordinaire. A cette occasion, il s'est interrogé sur la portée des pouvoirs des juges ordinaires en vertu de l'article 120 de la Constitution. Il s'est notamment demandé s'ils ont le choix de faire un tri à l'occasion des exceptions d'inconstitutionnalité qui leur sont présentées.

13. Décret-loi n° 2011-115 du 2 novembre 2011, relatif à la liberté de la presse, de l'impression et de l'édition

Débat

Au sujet de l'article 120, les invités ont insisté sur la nécessité de l'existence d'une technique de filtrage qui permette au juge d'évaluer le caractère sérieux de l'exception d'inconstitutionnalité.

Des interrogations ont été réitérées sur la légitimité de restreindre des droits constitutionnels au vue de respecter des droits qui n'ont pas de valeur constitutionnelle.

Sur les implications du principe de proportionnalité sur la liberté de décision du législateur, les intervenants se sont mis d'accord sur le fait que le législateur garde la liberté de choisir parmi des solutions raisonnables

DEUXIÈME JOURNÉE

28 Novembre 2014

Session 5

GROUPES DE TRAVAIL

Discussion sur :

1 L'impact de l'article 49 sur les divers éléments de la société tunisienne

2 Le rôle des différentes composantes de la société tunisienne afin d'assurer le plein effet de l'article 49

Le premier groupe de travail a été présidé par Mme Kelthoum Mziou, Doyenne de la faculté des sciences juridiques politiques et sociales. Plusieurs points importants ont été soulevés lors de cette session :

Certains invités ont remarqué que des difficultés d'interprétation surviendraient à l'occasion de l'application de l'article 49 ; parmi les exemples donnés on retrouve celui de la mention des droits et libertés de trois manières différentes.

Ainsi, « la loi détermine les restrictions relatives aux droits et libertés garanties par la présente Constitution », « Les instances juridictionnelles se chargent de la protection des droits et libertés » tout court, alors qu'aucun amendement ne peut porter atteinte aux droits de l'Homme et aux libertés garanties par la présente Constitution.

Il faut alors déterminer exactement quels sont les droits et les libertés concernés par cet article ?

Certains participants se sont demandé si l'article 49 ne privait pas la nouvelle démocratie tunisienne des moyens de se défendre. Selon eux, certains groupes qui refusent l'idée d'Etat et de démocratie bénéficient des libertés consacrées par la Constitution pour former des partis politiques et bénéficient aussi des limites à l'intervention législative et administrative que constituent les principes de nécessité et de proportionnalité édictés par l'article 49. D'autres invités ont souligné le fait qu'il existe dans la Constitution des obligations qui doivent être respectées par les partis politiques (article 35), à défaut, des sanctions peuvent leur être infligées y compris celle de la dissolution. Dans plusieurs pays démocratiques, des procédures juridictionnelles spéciales pour dissoudre les partis qui enfreignent la Constitution ont été instituées (Allemagne, Turquie).

A la question de savoir à qui s'adresse le principe de proportionnalité consacré à l'article 49, participants se sont accordés à dire qu'il s'adressait au législateur, à l'administration et au juge.

Le législateur

Certains magistrats du Tribunal administratif ont signalé que plusieurs textes législatifs ont besoin d'être revus par le législateur afin de se mettre en conformité avec les dispositions de la Constitution et notamment l'article 49.

Certains exemples ont été présentés à ce titre ; notamment

l'article 43 de la loi n° 72-40¹⁴. Cet article entre directement en contradiction avec les droits de la défense garantis par les articles 27 et 108 de la Constitution.

Certains invités ont estimé que l'apport essentiel de l'article 49 concerne surtout la démarche que devront adopter tous les acteurs y compris le législateur qui devra désormais argumenter ces choix afin de prouver qu'il a respecté les principes de nécessité et de proportionnalité consacrés par l'article 49. Cette argumentation peut prendre source dans l'exposé même des motifs du texte mais elle peut également prendre source dans le texte lui-même.

L'administration

L'administration détentrice de la force publique et bénéficiant des prérogatives de puissance publique doit faire attention au cours de son action quotidienne. La nécessité de changer d'attitude est vérifiable dans divers domaines dont l'expropriation pour cause d'utilité publique, les procédures fiscales, les mesures de police, la poursuite des crimes terroristes ou autres...

14. Loi relative au Tribunal administratif. L'article en question dispose : Lorsqu'il apparaît, au vu de la requête introductive d'instance et des pièces qui sont jointes, que la solution juridique est d'ores et déjà claire et qu'il n'y a pas lieu à instruction, le conseiller rapporteur peut ne pas y procéder et transmet le dossier de l'affaire, accompagné de son rapport, au président de la chambre qui les renvoie au premier président. Celui-ci ordonne de les inscrire directement au rôle d'une audience de plaidoirie, sans les transmettre au préalable au commissaire d'Etat.

Le président de chambre de première instance du tribunal administratif peut juger directement, sans instruction et sans plaidoirie, dans les cas suivants :

- Désistement ou radiation d'affaire.
- Incompétence manifeste.
- Non - lieu à statuer.
- Irrecevabilité ou rejet sur la forme.

L'identification de l'impact de l'article 49 sur le travail des juges passe nécessairement par la détermination des juges concernés par l'application de cet article. Il peut en fait s'agir de tous les juges : constitutionnel, administratif, financier et judiciaire. Il s'agit aussi de toutes les juridictions spécialisées et des autorités de régulations qui exercent des fonctions juridictionnelles. L'impact de cet article dépendra des compétences de chaque juge et de son domaine d'action, il dépendra aussi des avocats qui seront amenés à l'invoquer devant la justice, ce qui nécessite la formation des avocats à cette fin.

L'impact de l'article 49 sur le travail des juridictions va aussi varier selon deux périodes de temps : la première avant la mise en place de la nouvelle organisation juridictionnelle et la deuxième après sa mise en place. Pendant la première période, ce sont les juridictions actuelles qui auront d'abord à appliquer ce texte.

Du fait de la diversité des formations juridictionnelles qui se chargeront de l'application de l'article 49, des problèmes d'harmonisation des interprétations risquent de survenir entre les juridictions et il faudrait prévoir des moyens de coordination. Des problèmes peuvent aussi survenir entre les juridictions et les autres pouvoirs publics qui pourraient éventuellement refuser l'application de certaines décisions de justice.

Certains invités ont estimé que l'application de l'article 49 va nécessiter un changement de mentalité de la part du juge qui devra repenser le déséquilibre traditionnel entre les intérêts de l'Etat et les intérêts de l'individu afin de l'ajuster.

D'autres invités ont avancé que le plus important changement que va apporter l'application du principe de proportionnalité consacré à l'article 49 concernera la démarche du juge et sa méthodologie ; ce principe est déjà appliqué par le juge sans que celui-ci ne l'exprime clairement ; désormais, il faut l'expliquer dans les considérants de manière explicite et à travers une démarche claire et compréhensible.

En Allemagne, le juge est habitué à la confrontation de la loi avec les droits de l'Homme. Même si la loi est conforme aux exigences des droits de l'Homme, le juge administratif contrôle l'action administrative elle-même ; il apprécie sa façon d'appliquer la loi qui peut être excessive ; le principe de proportionnalité consacré par l'article 49 peut ainsi être appliqué à travers deux dimensions : celle du contrôle de la loi et celle du contrôle de l'action administrative.

La méthodologie adoptée par le juge allemand pour évaluer le respect du principe de proportionnalité est enseignée aux étudiants en droit dès leur première année. Elle s'appelle : le « test de proportionnalité ».

La formulation de l'avant dernier paragraphe de l'article 49 laisse entendre que les juges pourraient se charger de manière spontanée de la protection des droits et des libertés quelle que soit la source des éventuelles violations (législatives y compris). Cette idée peut poser problème notamment au regard du partage des compétences entre les différents ordres de juridiction notamment au vu de la généralité des termes de l'article.

Certains invités ont estimé que la formulation de ce texte empêchera le juge de s'arrêter aux délimitations constitutionnelles des compétences car elle l'enjoint à jouer un rôle actif dans la protection des droits et libertés ; le juge administratif a déjà procédé au contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception pendant cette période transitoire car il a considéré que l'interdiction énoncée par l'article 147§7 ne concerne que le contrôle par voie d'action.

Par contre, d'après le dernier arrêt en matière de sursis à exécution qui a opposé l'Instance supérieure indépendante pour les élections (ISIE) à la Haute autorité indépendante de la communication audiovisuelle (HAICA)¹⁵, il semble que le juge administratif ait évité de rentrer dans l'évaluation de la constitutionnalité de la loi notamment en jugeant du respect du principe de proportionnalité.

15. L'HAICA et l'ISIE ont pris des décisions interprétant l'article 70 de la loi électorale relatif à la publication des sondages. La question sera portée devant le Tribunal administratif.

Ceci peut être expliqué par le caractère rapide des référés ; il faudra attendre la décision au fond pour connaître si le juge va s'aventurer à évaluer l'atteinte à la liberté d'expression que comporte l'interdiction de diffuser les sondages au regard de l'article 49.

Une position différente a été avancée par certains invités selon laquelle il est clair que par l'article 148§7, le constituant a manifesté sa volonté de garder une certaine stabilité pendant cette période transitoire en interdisant même à l'Instance provisoire chargée du contrôle de constitutionnalité des projets de loi de contrôler les lois antérieures et en ôtant à tous les autres tribunaux l'habilitation d'exercer un contrôle de constitutionnalité ; les juges ordinaires devraient prendre acte de cette volonté et s'abstenir de contrôler la constitutionnalité des lois par voie d'exception.

Pour ce qui est de la question de la compétence après la mise en place de la Cour Constitutionnelle, on a aussi attiré l'attention des juges sur le fait que l'article 49 ne change pas la répartition des compétences entre les juridictions et ne doit pas être perçu comment influençant ce partage de quelque manière que ce soit. Le juge « ordinaire » reste lié par la loi qui fera toujours « écran ».

Selon certains intervenants, la formulation de l'avant dernier alinéa de l'article 49 semble aussi représenter une invitation à soulever d'office la question du respect des droits et libertés. Inversement, l'article 120 de la Constitution limite les pouvoirs du juge dans la mesure où une question préjudicielle ne peut être soulevée qu'à la demande de l'une des parties au litige.. Il reviendra à la loi organique relative à la Cour constitutionnelle de déterminer la procédure à suivre afin de présenter cette demande.

Pour ce qui est des effets de cette procédure, les invités ont signalé que dans les expériences comparées, les effets des décisions d'inconstitutionnalité obéissent à une certaine modulation dans le temps. Ainsi, le juge allemand donne un délai d'un an au législateur pour légiférer et remplacer les dispositions législatives inconstitutionnelles. En France, la loi organique détermine les compétences du juge en la matière pour ne pas tomber dans le vide (délais, modulation, régime transitoire). Exemple en est de la déclaration d'inconstitutionnalité du régime de garde à vue qui aurait mis à la rue 80.000 personnes détenues si ces moyens de modération n'existaient pas.

Sous la constitution de 1959, le juge judiciaire trouvait des difficultés à intégrer les dispositions relatives aux droits et libertés dans son référentiel de contrôle. Cela s'explique, pour plusieurs intervenants, par la situation de subordination hiérarchique du ministère public vis-à-vis du ministre de la justice et plus généralement par l'absence d'indépendance de la justice. Aujourd'hui la situation a changé et le juge judiciaire commence à s'appropriier le texte constitutionnel avec toutes ses composantes.

ETUDE DE CAS

Premier atelier

Pendant cette session, le premier groupe de travail a été présidé par Mme Doyenne Kelthoum Mziou, qui a étudié l'affaire « *Tennessee v. Garner*, 471 U. S. 1 (1985) U.S. Supreme Court, March 27, 1985 » en se basant sur le droit positif tunisien, notamment les articles de la Constitution tunisienne.

Les faits de l'affaire indiquent que deux agents de police se sont déplacés pendant la nuit suite à une communication téléphonique indiquant la présence d'un inconnu dans une maison. A leur arrivée, une voisine affirme avoir entendu un bruit de vitre cassée. L'un des agents se dirige vers l'arrière de la maison où il trouve le suspect en train de courir. Quand le suspect s'arrête au pied de la clôture, le policier réussit à voir son visage et ses mains à l'aide d'une lampe électrique ; il s'agissait d'un garçon de 17 à 18 ans mesurant environ 1m, 55. L'agent de police pensait que le suspect ne portait d'arme pas d'arme. Il lui intime l'ordre de s'arrêter. Le suspect refuse d'obtempérer et se met à escalader la clôture. Le policier était convaincu que l'individu s'échapperait s'il réussit à passer par-dessus la clôture. Il ouvre le feu et touche le suspect à la nuque. Transporté à l'hôpital, le jeune homme décède et on retrouve en sa possession 10 dollars et un sac à main.

En utilisant la force pour empêcher la fuite d'un suspect, le policier se comportait conformément à une loi qui disposait :

« Si, après la notification de l'intention d'arrêter le suspect, il essaie de s'enfuir ou résiste à l'arrestation en usant de la force, l'officier peut user de tout moyen nécessaire pour effectuer l'arrestation. »

Le groupe de travail a été divisé en trois sous-groupes : le ministère public, la partie civile et la formation juridictionnelle. Aucun participant n'a souhaité représenter l'agent de police (ce

qui est contraire au principe du procès équitable) (article 27). Le sous-groupe représentant la formation juridictionnelle a essayé de palier à cette déficience.

Le ministère public a estimé que le comportement de l'agent de police était contraire aux articles suivants de la Constitution Tunisienne :

19 (les forces de sécurité nationale doivent vaquer à leurs devoirs **dans le respect des libertés**),

22 (Le droit à la vie : aucune atteinte ne pouvant lui être portée sauf dans les cas extrêmes fixés par la loi),

29 (Les conditions de l'arrestation : il faut une décision de justice ou dans le cas de flagrant délit)

Et **49** (Les principes de nécessité et de proportionnalité)

Les dispositions indiquées par la loi étaient aussi inconstitutionnelles puisqu'elles n'indiquaient pas à l'agent une graduation dans les mesures à prendre (à la différence de la réglementation existant réellement en Tunisie).

La partie civile a insisté sur le fait que le comportement du policier était démesuré par rapport au danger que représentait le jeune (violation du principe de proportionnalité) et a estimé que l'utilisation de l'arme à feu n'était pas été nécessaire pour l'arrêter (violation du principe de nécessité).

La formation juridictionnelle a fini par déclarer l'inconstitutionnalité des dispositions qui lui étaient soumises en appliquant le « test de proportionnalité » utilisé par la justice allemande :

L'existence d'une limitation à un droit ? :

La loi comporte une permission d'user de tous les moyens pour effectuer l'arrestation ; elle comporte donc une limitation au droit à la vie.

1. La limitation vise la réalisation d'un but légitime ? :

La limitation au droit à la vie est acceptée au vue de la réalisation d'un but légitime ; ici, il s'agit d'arrêter un suspect () afin de garantir le respect de l'ordre public.

2. La limitation est-elle nécessaire ? :

Le texte de loi mentionne le principe de nécessité : « l'officier peut user de tout moyen **nécessaire** »

3. Le respect de la condition de proportionnalité ? :

La loi n'a pas instauré de limites quant aux moyens nécessaires pour l'exécution de l'arrestation ; La préservation de la vie n'est pas évoquée et aucune échelle de graduation des mesures n'est prévue.

Dans la majorité des textes législatifs similaires, il est précisé qu'aucune atteinte ne peut être portée au droit à la vie si ce n'est pour légitime défense ou pour sauver la vie d'une autre personne innocente.

Le manque de précision quant aux limites rend cette loi inconstitutionnelle.

Le comportement de l'officier a aussi été déclaré inconstitutionnel en utilisant la même démarche et en se basant sur les faits de l'espèce.

Les membres du groupe ont soulevé une dernière question et ont estimé qu'il était paradoxal de demander à l'agent -qui n'est tenu normalement que de respecter la loi- de respecter le principe constitutionnel de proportionnalité et de procéder à une évaluation précise de son agissement alors qu'il était sur le terrain et que la loi qu'il appliquait le sommait à « user de tout moyen nécessaire » pour accomplir son devoir.

Deuxième atelier

Le deuxième atelier était animé par [M.Ahmed Ouerfeli](#). Deux cas pratiques y ont été traités.

Premier cas

Lors de l'étude de ce cas, M. Ouerfeli a commencé par exposer les faits d'espèce qui sont les suivants :

Monsieur Mohamed dispose d'un petit local partagé en deux. Une partie est utilisée pour des activités commerciales à savoir la vente de fruits secs. La seconde, lui sert de lieu d'habitation ; il y a installé un lit et quelques affaires personnelles. Seul un rideau en tissu sépare les deux parties du local. Quelques temps après, M. Mohamed a acheté une voiture. La conclusion de ce contrat a conduit l'administration fiscale à s'interroger sur les revenus réels de M. Mohamed. Pour vérifier sa situation, elle a autorisé deux de ses agents à visiter les lieux. Lors de leur arrivée, le contribuable a refusé de les autoriser à pénétrer la partie qui lui sert de lieu d'habitation. L'argument avancé est que cet endroit était réservé à un usage personnel non professionnel. Ce refus a engendré une altercation entre le commerçant et les agents de l'administration. Suite à cela, il a été arrêté et déféré devant le tribunal.

Puis, monsieur Ouerfeli a présenté le texte juridique, base de la visite exercée par les agents de l'administration. Il s'agit de l'alinéa premier de l'article 8 du code des droits et procédure fiscaux : « Le contribuable doit communiquer, à toute réquisition des agents de l'administration fiscale à ce habilités, ses quittances, documents et factures relatifs au paiement des impôts dont il est redevable ou justifiant l'accomplissement de ses obligations fiscales. A cet effet, ces agents sont habilités à visiter, sans avis préalable, les locaux professionnels, magasins ainsi que les entrepôts qui en dépendent **et d'une manière générale tous lieux utilisés pour des activités ou opérations soumises à l'impôt** et à procéder à des constatations matérielles des éléments relatifs à l'exercice de l'activité commerciale, industrielle ou professionnelle ou des registres et documents comptables. Les constatations matérielles

s'effectuent sur la base d'un ordre de mission spécial dont copie est délivrée, contre récépissé, directement au contribuable ou à son représentant au début de la visite ».

Ensuite, quelques réflexions sur cet article ont été présentées par les participants. Ces réflexions portaient sur deux problématiques. D'un côté, on se demandait si le terme « et d'une manière générale tous lieux » signifie la possibilité de visiter les lieux à usage d'habitation ? Et d'un autre côté, si tel était le cas, cet article ne serait-il pas contraire à la Constitution ?

Enfin, M. Ouerfelli a demandé aux participants de former trois groupes. Le premier représente l'administration fiscale et le ministère public. Le deuxième groupe représente les intérêts de monsieur Mohamed. Le troisième groupe est le tribunal qui va trancher l'affaire.

Conclusion :

Après un temps de réflexion, le premier groupe a présenté devant la Cour les arguments suivants :

L'article 10 de la constitution dispose: « Le paiement de l'impôt et la contribution aux charges publiques est un devoir, dans le cadre d'un système juste et équitable.

L'Etat met en place les mécanismes propres à garantir le recouvrement des impôts et la lutte contre l'évasion et la fraude fiscales. L'Etat veille à la bonne gestion des deniers publics, prend les mesures nécessaires afin que leur dépense s'effectue selon les priorités de l'économie nationale et œuvre à contrecarrer la corruption et tout ce qui est de nature à porter atteinte à la souveraineté nationale.».

Ainsi, l'Etat est dans l'obligation de chercher les biens et les services imposable dans n'importe quels lieux. Il résulte que la visite exercée par les agents de l'administration est une visite légale et conforme à la Constitution. Par conséquent, le refus du commerçant est un refus illégal.

Pour ce qui est du deuxième groupe, représentant des intérêts du commerçant, il a présenté les arguments suivants :

La Constitution prévoit dans son article 24 l'inviolabilité du domicile. Le refus de M. Mohamed se justifie au regard du principe constitutionnel de l'inviolabilité du domicile. Son refus ne portait que sur l'entrée des agents de l'administration dans le lieu qui servait d'habitation. Ainsi, la défense a considéré que l'article 8 du code des droits et procédure fiscaux est un article inconstitutionnel. Son inconstitutionnalité est prouvée à deux niveaux. En premier lieu, l'article 8 ne respecte pas l'inviolabilité du domicile puisqu'il autorise aux agents de l'administration fiscale de visiter tous les locaux y compris les locaux personnels sans aucune garantie. En second lieu, même si on considère que l'article 8 vise à limiter le droit de l'inviolabilité du domicile, il reste contraire à la constitution étant donné qu'il ne respecte pas la clause générale de limitation des droits de l'article 49 de la constitution. Aucune garantie n'est prévue pour le contribuable.

Enfin la Cour a présenté le jugement suivant :

Vu :

- La constitution du 27 janvier 2014 et notamment les articles 10,24, 49 et 146
- L'article 8 du code des droits et procédure fiscaux

Après avoir entendu en séance publique :

- Le ministère public
- Le représentant de l'administration fiscale
- Le représentant de monsieur Mohamed

1. Considérant que la constitution garantie l'inviolabilité du domicile.
2. Considérant que l'article 49 de la constitution prévoit que la loi détermine les restrictions relatives aux droits et libertés garanties et à leur exercice, sans que cela ne porte atteinte à leur essence.

3. Considérant que l'article 8 autorise aux agents de l'administration fiscale la visite des locaux professionnels.

4. Considérant que la procédure de l'article ne prévoit aucune garantie au profit du contribuable et viole le principe de l'inviolabilité du domicile.

5. Considérant que la limitation prévue par l'article 8 sus indiqué touche à l'essence même du droit de l'inviolabilité du domicile.

Décide :

Article 1^{er} : La phrase suivante de l'article 8 du code des droits et procédure fiscaux : « et d'une manière générale tous lieux » est inconstitutionnelle.

Article 2 : La visite exercée par les agents de l'administration fiscale dans le lieu où monsieur Mohamed habite est illégale.

Il s'agit d'une affaire réelle sur laquelle s'est prononcée la Cour constitutionnelle sud-africaine, le 9 juin 1995¹⁶. Suite à un vol, un mineur a été condamné par la justice à recevoir une « correction modérée » consistant en un certain nombre de coups. Il a contesté cette décision et son fondement, considérant que cette sanction viole à la fois l'intégrité physique et la dignité humaine. Il a soutenu que cette disposition violait la Constitution et notamment le chapitre relatif aux droits et libertés.

Le représentant de l'Etat a, quant à lui, justifié la décision en estimant que la flagellation est une peine moins grave et ayant moins de répercussion sur les mineurs que les peines de prison. Cette sanction reste toutefois une mesure dissuasive et empêche la récidive. Le fait de limiter la sanction à sept coups et l'exigence de la présence d'un médecin est de nature à limiter les risques de dommages physiques. Un autre argument a été avancé : L'Etat ne dispose pas des moyens nécessaires pour prononcer des peines de privation de liberté (encombrement des prisons).

Le problème juridique était de savoir si la peine de flagellation pour les mineurs, conformément aux dispositions de l'article 294 de la loi de procédure pénale, est compatible avec les dispositions de la Constitution.

Le groupe de travail a fini par présenter deux idées fondamentales en se basant sur la Constitution de l'Afrique du Sud. En premier lieu, cette sanction touche incontestablement non seulement à l'intégrité physique mais aussi la dignité humaine. En second lieu, l'argument présenté par l'Etat, à savoir le manque de moyens pour assurer des peines de détention, n'est pas l'une des raisons constitutionnelles pour limiter un droit ou une liberté au sens de l'article 33 de la Constitution de l'Afrique du Sud (clause de limitation générale des droits et libertés).

Par la suite, le groupe de travail a essayé de présenter une position concernant la même sanction mais en appliquant les

16. Le texte intégral de la décision est disponible sur le lien suivant : <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/6.html>

règles de la Constitution tunisienne. Les participants ont suivi cette démarche :

1. Considérant que la référence à l'Islam dans l'article 1 de la Constitution tunisienne porte sur les principes et non sur les règles du droit religieux.
2. Considérant que même si la majorité des écoles doctrinales islamiques autorise la flagellation, il s'agit non pas d'un principe mais d'une règle d'importance secondaire susceptible d'être interprétée. Le principe étant la protection des personnes et des biens.
3. Considérant que l'article 23 de la Constitution dispose que : « L'État protège la dignité de la personne et son intégrité physique, et interdit toute forme de torture morale et physique ».
4. Considérant que l'article 49 de la constitution dispose que : « La loi détermine les restrictions relatives aux droits et libertés garanties par la présente Constitution, et à leur exercice, sans que cela ne porte atteinte à leur essence. Ces restrictions ne peuvent être décidées qu'en cas de nécessité exigée par un Etat civil et démocratique et dans l'objectif de protéger les droits d'autrui, la sécurité publique, la défense nationale, la santé publique ou la morale publique, en respectant le principe de la proportionnalité des restrictions à l'objectif recherché ».

En conclusion, les participants ont décidé que :

1. L'article premier de la constitution n'a aucun effet sur la question.
2. L'article 49 n'autorise pas la flagellation.
3. Cette sanction viole le principe de l'intégrité physique et de la dignité humaine et par conséquent c'est une sanction inconstitutionnelle

Democracy Reporting International (DRI) a cofinancé la conférence et a pris en charge la conception graphique de ce rapport. DRI a bénéficié du soutien du Département fédéral suisse des Affaires étrangères.

