

DEMOCRACY
REPORTING
INTERNATIONAL

DROITS CIVILS

ET POLITIQUES

à la lumière des dispositions

DE L'ARTICLE 49

DE LA CONSTITUTION

Ce rapport a été produit par Democracy Reporting International dans le cadre du projet JEDI « Soutenir la réforme de la Justice, renforcer l'Etat de Droit, promouvoir les Droits humains et consolider les Institutions », financé par :



Ministry of Foreign Affairs of the
Netherlands

Décembre 2020



Cette publication est disponible sous une licence publique Creative Commons

Attribution - Utilisation non commerciale 4.0 International

DROITS CIVILS ET POLITIQUES

à la lumière des dispositions

DE L'ARTICLE 49 DE LA CONSTITUTION

ANALYSE DE TEXTES JURIDIQUES

Ce rapport a été rédigé par Mohamed Sayari, Brahim Bertéji, Nouha Chaouachi, Souhir Fourati et Fadoua Masmoudi. Il a été supervisé et révisé par Democracy Reporting International Tunisie.

Les chapitres de la présente recherche ont été soumis à une lecture critique de : Lilia Blaise, Zied Boussen, Hafidha Chekir, Larbi Chouikha, Amine Ghali, Nour Kaabi, Halim Meddeb, Amal Mekki et Anware Mnasri.

TABLE DES MATIÈRES

Résumé exécutif	3
Introduction	9
Économie générale de l'article 49 de la Constitution	17
Liberté d'aller et venir et article 49 de la Constitution	30
Liberté de réunion et de manifestation pacifiques et article 49 de la Constitution	63
Liberté d'association et article 49 de la Constitution	85
Liberté d'expression et de communication et article 49 de la Constitution	111
Droit à un procès équitable et article 49 de la Constitution	131

RÉSUMÉ EXÉCUTIF



L'examen de la conformité de certains textes juridiques liés aux droits civils et politiques aux dispositions de l'article 49 de la Constitution a révélé les questions de constitutionnalité suivantes :

1) En ce qui concerne la liberté d'aller et venir :

Les textes régissant la liberté d'aller et venir en droit tunisien renferment plusieurs dispositions qui ne respectent pas les exigences posées par l'article 49 de la constitution.

- **Le décret n° 50 du 26 janvier 1978, relatif à l'état d'urgence**, apporte plusieurs restrictions à la liberté d'aller et venir qui ne sont pas prévues par la loi. De par sa forme réglementaire, ce texte, toujours en vigueur, constitue une violation de l'article 49.

Le contenu de ce décret de 1978 est tout aussi problématique. Ce décret confère dans ses articles 4 et 5 aux autorités de police administrative des pouvoirs étendus pour décider des couvre-feux, des assignations à résidence et des interdictions de séjour sans entourer ces pouvoirs de conditions précises ni de garanties suffisantes. Les restrictions apportées à la liberté de circulation sont libellées en des termes très vagues ne permettant pas d'encadrer et de limiter le pouvoir discrétionnaire des autorités chargées de les mettre en œuvre. La latitude excessive laissée à l'administration ne permet pas de prémunir les individus contre les mesures injustifiées au regard des motifs qui ont conduit à la proclamation de l'état d'urgence, ni contre les mesures disproportionnées au but poursuivi. En outre, l'article 9 prévoit des peines pénales pouvant aller jusqu'à deux ans de prison. Il s'ensuit que, le non-respect des décisions imposant le couvre-feu, l'assignation à résidence ou l'interdiction de séjour expose leurs auteurs à des sanctions pénales excessivement lourdes et manifestement disproportionnées par rapport à la gravité des infractions. Ces différents éléments conjugués à la possibilité de renouveler ces mesures sans avoir à respecter une limite temporelle maximale, aboutissent à vider la liberté d'aller et venir de sa substance.

- **Le projet de la loi organique n°91/2018 portant organisation de l'état d'urgence** adopté par la commission des droits et libertés et des relations extérieures de l'ARP pour pallier les insuffisances du décret de 1978, n'atteint que partiellement cet objectif. Ce projet constitue certes une avancée dans la mise en conformité du régime de l'état d'urgence avec les prescriptions de l'article 49. Néanmoins, on a pu détecter dans ce projet plusieurs dispositions qui ne respectent pas les critères de constitutionnalité posés par l'article 49. En effet, le projet apporte plusieurs restrictions à la liberté d'aller et venir qui méconnaissent les principes de nécessité et de proportionnalité. Ainsi, les articles 5, 7 et 8 confèrent aux autorités administratives le pouvoir de prononcer des interdictions de séjour, des assignations à résidence et des surveillances administratives. L'article 6 autorise le ministre de l'Intérieur à créer des zones de sécurité et à réglementer la circulation dans ces zones. Les motifs justifiant ces mesures ainsi que les modalités et les conditions de leur mise en œuvre n'ont pas été définis de manière suffisamment précise. De plus, la durée maximale de ces mesures en cas de renouvellement de l'état d'urgence n'a pas été fixée par le projet.

- **La loi n°40-75 du 14 mai 1975 relative aux passeports et aux documents de voyage** telle que modifiée par la loi organique n° 45 du 7 juin 2017 impose également certaines restrictions au droit de quitter le territoire qui méconnaissent les exigences résultant de l'article 49. Ainsi, l'article 13 de la loi reconnaît à l'administration le pouvoir

de refuser de délivrer ou de renouveler un passeport pour des raisons libellées de manière très vague ce qui laisse à l'autorité administrative une latitude excessive dans l'appréciation des motifs susceptibles de justifier le refus. Aussi, le pouvoir de réduire la durée de validité d'un passeport dans le temps et dans l'espace conféré par l'article 14 au ministre de l'Intérieur, poursuit une finalité ambiguë qui n'a pas été précisée par le texte. En outre, l'interdiction de voyager prévue aux articles 15bis, 15ter et 15quater bien que décidée par le juge, ne satisfait pas dans tous les cas les exigences de nécessité et de proportionnalité.

- **La loi n°27 du 22 mars 1993 relative à la carte nationale d'identité** autorise dans son article 7 les forces de l'ordre à procéder à des contrôles d'identité sans préciser les objectifs poursuivis par cette mesure, ni les circonstances particulières pouvant la motiver. La loi apporte dès lors une restriction disproportionnée à la liberté d'aller et venir.

2) En ce qui concerne la liberté de réunion et de manifestation pacifiques :

La confrontation de la loi n°69-4 du 24 janvier 1969 réglementant les réunions publiques, cortèges, défilés, manifestations et attroupement, à l'article 49 de la Constitution démontre des atteintes importantes à la liberté de réunion et de manifestation pacifiques. Cela se vérifie au niveau des formalités et des conditions d'exercice de cette liberté, d'une part, et au niveau du régime de sanction en cas d'infraction d'autre part. Cet encadrement drastique de la liberté de réunion et de manifestation pacifiques est aggravé dans les situations exceptionnelles, régies par le décret n°78-50 du 26 janvier 1978 réglementant l'état d'urgence.

- La loi de 1969 a instauré dans ses articles 1, 2 et 9 un régime de déclaration préalable conforme en apparence aux exigences de l'article 49, mais analysé de plus près, le système de déclaration tel que défini par la loi s'avère très rigide et extrêmement contraignant. En effet, la loi n'a pas défini les rassemblements soumis à l'obligation de déclaration préalable laissant la détermination du champ d'application de ladite obligation à l'entière discrétion de l'administration. L'imprécision de ces articles ne permet pas de prémunir les individus contre une interprétation extensive qui leur serait préjudiciable d'autant plus que l'inobservation de l'obligation de déclaration est passible de lourdes sanctions pénales. De plus, l'exigence d'un récépissé attestant la déclaration entrave l'exercice de la liberté d'autant plus que le refus de l'administration de délivrer le récépissé constitue une interdiction implicite qui ne peut être contestée en temps utile par un recours effectif prévu à cet effet. En outre, l'obligation de déclaration a une portée absolue, il en résulte que tout rassemblement non déclaré est considéré comme illégal quels qu'en soient la nature et le caractère. De ce fait, les rassemblements non déclarés même pacifiques, et les réunions spontanées sont illicites. Ces dispositions, tant par leur ampleur que par leur imprécision, portent une atteinte excessive à la liberté de réunion et de manifestation pacifiques et sont, dès lors, contraires aux prescriptions de l'article 49.

- La loi de 1969 autorise les autorités responsables à apporter à la liberté de réunion et de manifestation une série de restrictions qui peuvent aller de l'interdiction à la dispersion. Les articles 7 et 12 permettent l'interdiction des réunions et des manifestations susceptibles de troubler l'ordre et la sécurité publics. Il en va de même pour l'article 7 du décret de 1978 relatif à l'état d'urgence et l'article 5 du projet de loi organique organisant l'état d'urgence. Même si l'interdiction poursuit un objectif légitime de sécurité publique, il n'en demeure pas moins que la généralité des termes employés dans les trois textes étudiés confère un large pouvoir d'appréciation à l'administration. Ainsi, l'existence d'un simple risque hypothétique apprécié de manière subjective peut justifier l'interdiction. Ces dispositions peuvent en outre fonder une interdiction systématique des contre-manifestations, lesquelles créent par définition un risque de trouble. De surcroît, la loi de 1969 ramène le choix des autorités compétentes à deux options : la non-intervention ou l'interdiction. Ainsi, contrairement à plusieurs législations comparées, elle ne prévoit pas d'autres mesures moins

rigoureuses qui peuvent être mises en œuvre pour concilier l'exercice de la liberté de réunion avec la protection de la sécurité publique. Au regard de ces différentes considérations, il ne fait pas de doute que les articles 7 et 12 de la loi de 1969 autorisent que soient apportées à la liberté de réunion et de manifestation des restrictions qui ne sont pas nécessaires dans un État démocratique, ils méconnaissent de ce fait les prescriptions de l'article 49.

- Le chapitre 3 de la loi de 1969, relatif aux attroupements sur la voie publique, ne répond pas aux principes de nécessité et de proportionnalité posés par l'article 49. En effet, en vertu des dispositions des articles 13, 14 et 15 les attroupements armés ainsi que les attroupements non armés susceptibles de troubler la tranquillité publique peuvent être dispersés par la force. La définition large de l'attroupement armé donnée à l'article 14 et l'ambiguïté de la notion de tranquillité publique conduisent à élargir de manière excessive la catégorie de rassemblements prohibés pouvant être dispersés par la force, ce qui va à l'encontre de la jurisprudence des organes internationaux de protection des droits de l'Homme et des principes développés dans les Lignes directrices sur la liberté de réunion.

- Le chapitre 4 relatif à l'usage des armes, n'encadre pas avec suffisamment de précision le pouvoir d'appréciation des autorités chargées de sa mise en œuvre ouvrant, de ce fait, le champ à des interprétations incompatibles avec l'essence de la liberté de réunion. Ainsi, l'article 21 autorise les forces de l'ordre à utiliser les armes à feu contre les manifestants qui n'obtempèrent pas à l'ordre de dispersion même si ces derniers ne font pas usage de la force et ne sont pas animés d'intentions violentes. L'article 22 permet aux forces de l'ordre de tirer directement sur les manifestants lorsqu'ils « tentent d'atteindre leur but par la force » sans prendre soin de définir la nature et le degré de la force qui justifie une mesure aussi radicale. Ces dispositions ne soumettent pas l'emploi des armes à feu à la double condition de nécessité absolue et de proportionnalité, et méconnaissent de ce fait les impératifs constitutionnels énoncés à l'article 49.

- Le chapitre 5 relatif aux sanctions pénales n'est pas conforme aux critères de constitutionnalité posés par l'article 49. En effet, la lourde charge qui pèse sur les organisateurs des réunions publiques et les sanctions excessives qui peuvent être infligées aux participants ont un effet dissuasif sur les personnes désireuses d'organiser une réunion ou d'y participer. Les dispositions du chapitre portent atteinte à l'essence même de la liberté de réunion et de manifestation pacifiques.

Au vu de ce qui précède, la loi de 1969, parsemée de dispositions contraires à l'article 49 de la constitution, remet en cause la liberté de réunion et de manifestation pacifiques.

3) En ce qui concerne la liberté d'association

Les dispositions du décret-loi n° 2011-88 ont un caractère législatif conformément aux dispositions de l'article 49 de la constitution. Le caractère libéral et progressiste de ce texte est en conformité avec les exigences internationales.

Les nouvelles dispositions de la loi n° 2018-52 exigeant l'enregistrement systématique de toutes les associations au Registre national des entreprises, leur imposant d'autres obligations ainsi que de procéder à la publication dans un bulletin périodique en plus du Journal officiel de la République tunisienne (*JORT*) avec des sanctions lourdes en cas de carence, constituent une ingérence excessive de l'Etat dans la constitution des associations. Le simple but « d'assurer la transparence financière » des associations ne justifie pas de telles restrictions. Cette transparence peut être recherchée par une meilleure application des dispositions du décret-loi n° 2011-88 et un contrôle effectif des autorités administratives. La lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme est un but légitime. Le dispositif juridique mis en place par la loi n° 2015-26 du 7 août 2015 telle que modifiée en 2019 suffit à atteindre cet objectif.

L'application des dispositions de la loi n° 2018-52 à toutes les associations sans tenir compte de leurs tailles et de l'ampleur de leurs transactions financières peut être disproportionnée. Cette ingérence de l'État dans la liberté d'association s'avère excessive, disproportionnée par rapport au but poursuivi qui est la transparence financière et porte atteinte à la liberté d'association. La soumission des petites associations à ladite loi pourrait être considérée comme contraire aux dispositions de l'article 49 de la constitution.

4) En ce qui concerne la liberté d'expression

Si le législateur, en édictant les décrets-lois n°2011-115 et 2011-116 relatifs respectivement à la liberté de la presse, de l'imprimerie et de l'édition et à la liberté de communication audiovisuelle, s'est largement conformé aux conditions prescrites par l'article 49 de la Constitution, il n'en reste pas moins que certaines dispositions posent un problème de constitutionnalité par rapport audit article.

- L'interdiction retenue par le second tiret de l'article 59 du décret-loi n° 2011-115 qui vise sans distinction, tous les propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général, a un caractère général et absolu. Cette interdiction porte à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi ; elle méconnaît ainsi l'article 49 de la Constitution.

- La restriction prévue par l'article 16 du décret-loi n°2011-116, liée à l'examen des demandes d'octroi de licences de création et d'exploitation des chaînes radiophoniques et télévisées, et compte tenu du pouvoir discrétionnaire dont dispose la HAICA en matière d'adoption des cahiers des charges et des conventions de licences spécifiques aux établissements de communication audiovisuelle, leur conclusion et le contrôle du respect de leurs dispositions, peut poser un problème de constitutionnalité par rapport à l'article 49 de la Constitution. L'inconstitutionnalité invoquée de l'article 16 se fonde sur le caractère non proportionné des dispositions restrictives au but légitime à savoir la protection de la sûreté publique et des droits d'autrui.

5) En ce qui concerne le droit à un procès équitable :

Plusieurs dispositions législatives représentent des restrictions au droit à un procès équitable, en affectant certaines de ses composantes. Bon nombre de ces restrictions ne peuvent pas trouver de justification dans l'article 49 de la Constitution. Il est possible de les récapituler comme suit :

Atteinte non justifiée à l'impartialité du juge :

- Article 12 du Code de procédure civile et commerciale
- Article 38 bis du Code de procédure civile et commerciale
- Article 200 du Code de procédure civile et commerciale

Atteinte non justifiée au principe du contradictoire :

- Articles 14 et 19 du Code de procédure civile et commerciale
- Article 43 de la loi relative au Tribunal administratif

Atteinte non justifiée à la publicité des audiences :

- Article 69 de la loi organique relative à la Cour des comptes
- Article 188 du Code de procédure civile et commerciale
- Articles 76 bis et 76 de la loi relative au Tribunal administratif

Atteinte non justifiée au double degré de juridiction :

- Article 40 du Code de procédure civile et commerciale
- Article 26 du Code de la fiscalité locale
- Article 100 de la loi organique relative à la Cour des comptes
- Articles 120 et 127 de la loi organique relative à la Cour des comptes
- Article 149 du Code de procédure civile et commerciale et
- Article 65 de la loi relative au Tribunal administratif
- Article 199 du Code de procédure civile et commerciale
- Articles 208 et 223 du Code de procédure civile et commerciale
- Article 85 de la loi relative au Tribunal administratif
- Articles 208 et 223 du Code de procédure civile et commerciale
- Article 85 de la loi relative au Tribunal administratif
- Article 41 de la loi relative au Tribunal administratif
- Article 80 de la loi organique relative à la Cour des comptes
- Articles 126, 194 et 209 du Code de procédure civile et commerciale
- Articles 94 et 142 de la loi organique du 30 avril 2019 relative à la Cour des comptes

INTRODUCTION



1. Contexte de la recherche. La Constitution du 27 janvier 2014 a consacré son chapitre 2 aux « Droits et libertés » (de l'article 21 à l'article 49). D'autres droits et libertés sont prévus par d'autres articles de la Constitution (l'article 108, par exemple, qui prévoit le droit à un procès équitable ou le droit au juge et les droits de la défense, ainsi que l'article 6 alinéa premier qui prévoit la liberté de croyance, de conscience et de l'exercice des cultes) ou même dans le préambule (qui constitue une partie intégrante de la Constitution, en vertu de son article 145)¹.

Le caractère commun à tous ces droits et libertés est leur statut constitutionnel : ils ont tous un ancrage dans une norme de valeur constitutionnelle. Ce critère formel permet de les qualifier de droits et libertés fondamentaux, selon une doctrine autorisée.

Les droits et libertés fondamentaux sont, en principe, susceptibles de recevoir des limites, sauf quelques cas rares (tels que le droit à la dignité ou le droit au respect de son intégrité physique et de ne pas être torturé, prévus par l'article 23 de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014). C'est au législateur qu'il appartient, en principe, de fixer les limites à l'exercice des droits et libertés.

Mais, la réserve de loi en matière de droits et libertés fondamentaux ne veut pas dire que le législateur dispose d'un pouvoir entièrement discrétionnaire pour réglementer lesdits droits et libertés. En fait, la compétence législative pour fixer les limites à l'exercice des droits fondamentaux a, elle-même, des limites. C'est ce qu'on désigne par l'expression « **les limites aux limites** ».

La Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 limite, expressément, dans son article 49, la compétence législative en matière de droits et libertés fondamentaux. Ledit article dispose : « Sans porter atteinte à leur substance, la loi fixe les restrictions relatives aux droits et libertés garantis par la Constitution et à leur exercice. Ces restrictions ne peuvent être établies que pour répondre aux exigences d'un État civil et démocratique, et en vue de sauvegarder les droits d'autrui ou les impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique ou de la moralité publique, tout en respectant la proportionnalité entre ces restrictions et leurs justifications... ».

Dans cet article, la Constitution encadre les textes législatifs qui interviennent pour réglementer les droits et libertés consacrés par la Constitution. A cet effet, elle détermine **les buts** en vue desquels ces lois peuvent être adoptées (protection des droits d'autrui, de la sécurité publique, de la défense nationale, de la santé publique ou de la moralité publique) et **les conditions** qui doivent être respectées par elles (respect des principes de nécessité et de proportionnalité, tout en sachant que ce dernier tend à absorber le premier qui en constitue un élément).

Il incombe à la juridiction constitutionnelle, notamment, de faire respecter cette limite à la compétence législative, prévue par l'article 49 de la Constitution. Car, en principe, le juge ordinaire (qu'il soit administratif ou judiciaire) n'est

¹ On peut s'interroger si l'énumération qui figure dans la Constitution est exhaustive ou si peuvent y être ajoutés d'autres droits et libertés non prévus expressément par la Constitution. Autrement dit, est-ce que la liste des droits et libertés prévue par la Constitution est une « liste ouverte » ou non ? Aux Etats-Unis, par exemple, le IXème Amendement à la Constitution dispose que : « L'énumération, dans la Constitution, de certains droits ne sera pas interprétée comme déniaut ou restreignant d'autres droits consacrés par le peuple ». En l'absence d'autorisation formelle et par le biais d'une interprétation extensive de certains articles de la Constitution, la Cour constitutionnelle allemande ainsi que le Tribunal fédéral suisse ont pu reconnaître des droits et libertés non écrits.

pas compétent pour apprécier la constitutionnalité de la loi, c'est-à-dire, en l'occurrence, sa conformité à l'article 49 de la Constitution. En effet, la Constitution du 27 janvier 2014 dispose, dans son article 120, que « la Cour constitutionnelle est seule compétente pour contrôler la constitutionnalité des projets de loi ». En attendant la mise en place de la Cour constitutionnelle, c'est l'Instance provisoire de contrôle de constitutionnalité des projets de loi qui tient lieu de juridiction constitutionnelle en Tunisie. Ses fonctions prennent fin dès la mise en place de la Cour constitutionnelle. L'article 3 alinéa dernier de la loi organique du 18 avril 2014 relative à ladite Instance provisoire dispose que « les tribunaux sont réputés incompétents pour contrôler la constitutionnalité des lois ». Cette disposition est une reproduction du contenu de l'article 148-7 alinéa deuxième de la Constitution. Pourtant, le Tribunal administratif s'est reconnu le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois par voie d'exception, d'office si besoin est, en arguant de l'absence d'une juridiction constitutionnelle avant la création de l'Instance provisoire de contrôle de constitutionnalité des projets de loi, et de l'absence de contrôle des dispositions litigieuses après la création de celle-ci².

2. La problématique de la recherche et sa justification. L'article 49 de la Constitution prévoit les limites aux textes de lois qui posent des limites aux droits et libertés fondamentaux. Dès lors, la question qui se pose est la suivante : comment garantir que le législateur n'abuse pas de la compétence qui lui a été reconnue par la Constitution pour réglementer les droits fondamentaux ?

A première vue, la réponse est évidente : en respectant les bornes tracées par l'article 49 de la Constitution. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que cette réponse, en apparence simple, n'aurait pas été possible, si la Constitution n'avait pas institué la juridiction constitutionnelle. La Constitution aurait beau prévoir des limites à la compétence législative en matière de droits fondamentaux, cette disposition sera dépourvue d'effectivité en l'absence d'un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois. Donc, en fait, ce qui justifie, pleinement, cette recherche des lois qui seraient non conformes à l'article 49, ce n'est pas seulement l'insertion de ce dernier dans la Constitution, ce qui constitue en soi une avancée importante en matière de droits et libertés, mais surtout cette rupture avec l'ancien état du droit positif marquée par le passage de l'État légal à l'État de droit, du principe de légalité au principe de constitutionnalité. Pour dire les choses autrement, l'étude de la conformité des lois à l'article 49 est indissociable de cette mutation qui est l'avènement de la justice constitutionnelle. Et c'est là la dimension institutionnelle des droits fondamentaux.

A cet égard, la Constitution tunisienne a consacré le modèle européen de justice constitutionnelle qui repose sur un contrôle centralisé confié à une Cour constitutionnelle spécifique³. De nos jours, il est acquis que l'une des fonctions les plus importantes d'une Cour constitutionnelle est la protection des droits et libertés fondamentaux, ce qui lui octroie en retour une plus grande légitimité. Mais, en attendant la mise en place de la Cour constitutionnelle, on a créé l'Instance provisoire de contrôle de constitutionnalité des projets de loi qui exerce un contrôle par voie d'action, abstrait et *a priori*. Ce type de contrôle exercé sur saisine de certaines autorités politiques, permet une protection générale des droits et libertés fondamentaux qui correspond à leur nature de valeurs fondamentales du système juridique. Dans ces conditions, les lois adoptées avant la mise en place de l'Instance échappent à son contrôle. C'est ce qui a, d'ailleurs, incité le Tribunal administratif à se reconnaître compétent pour contrôler les lois par voie d'exception.

² Avant la création de l'Instance provisoire de contrôle de constitutionnalité des projets de loi, on peut mentionner les décisions suivantes : Tribunal administratif, Assemblée plénière juridictionnelle, 7 novembre 2013, Ben Amor, inédit ; Tribunal administratif, Assemblée plénière juridictionnelle, 7 novembre 2013, Ben Gouider, inédit ; Tribunal administratif, Assemblée plénière juridictionnelle, 7 novembre 2013, Gamoudi, inédit. Après la création de l'Instance, on peut citer d'abord : Tribunal administratif, Chambre d'appel, 10 octobre 2014, Ilmi, *Recueil de jurisprudence du Tribunal administratif dans le contentieux relatif aux élections législatives et présidentielles de 2014*, en arabe, p. 723 ; ensuite : Tribunal administratif, Cassation, 31 mai 2016, Newtec Stir, inédit. Dans cette affaire, on a considéré que l'exception d'inconstitutionnalité devant le juge administratif est d'ordre public, mais le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi a été rejeté au fond. Enfin, citons : TA, Cassation, 15 mai 2017, Jerbi, Inédit. Dans cette dernière décision, le juge administratif a procédé d'office à l'examen de la constitutionnalité d'une disposition législative et l'a écartée parce qu'il a considéré qu'elle est contraire à la Constitution.

³ Loi organique n° 2015-50 du 3 décembre 2015 relative à la Cour constitutionnelle, *JORT* n° 98 du 8 décembre 2015, p. 2966 et ss.

Il faut attendre la mise en place de la Cour constitutionnelle pour pouvoir déférer, devant le juge constitutionnel, les lois promulguées avant l'adoption de la Constitution. D'après l'article 120 alinéa premier de cette dernière, « la Cour constitutionnelle est seule compétente pour contrôler la constitutionnalité... des lois que lui renvoient les tribunaux suite à une exception d'inconstitutionnalité soulevée par l'une des parties... ». C'est ce contrôle *a posteriori* qui permettra de censurer les lois en vigueur qui ne sont pas conformes aux exigences de l'article 49 de la Constitution. Et c'est cette voie de l'exception d'inconstitutionnalité qui permettra une protection spécifique des droits et libertés fondamentaux, correspondant cette fois-ci à leur nature de droits subjectifs.

Cela dit, la recherche à entreprendre sur la conformité de certaines lois liées aux droits civils et politiques à l'article 49 de la Constitution, sera essentiellement une recherche prospective tournée vers le futur. En ce sens que le chercheur va se mettre à la place du juge constitutionnel qui sera saisi, dans le cadre de l'exercice de son contrôle concret, de dispositions législatives dont la constitutionnalité, au regard de l'article 49, est douteuse.

Néanmoins, si le juge constitutionnel est le garant naturel de la conformité des lois apportant des limitations aux droits et libertés, aux conditions prévues par l'article 49, dans la mesure où il se prononce par voie de décisions ayant l'autorité de la chose jugée, d'autres acteurs sont aussi impliqués dans cette opération. Force est de mentionner, d'abord, l'avocat qui « participe à l'instauration de la justice et à la défense des droits et libertés » (article 105 alinéa 1^{er} *in fine* de la Constitution). En effet, le ministère d'un avocat près la Cour de cassation est obligatoire pour l'introduction du recours en exception d'inconstitutionnalité. Dans le mémoire introductif de l'exception d'inconstitutionnalité, l'avocat est tenu d'exposer les moyens du recours et les dispositions législatives attaquées. Par conséquent, c'est l'avocat qui sera appelé, le premier, à montrer comment la loi qui limite les droits et libertés ne respecte pas les prescriptions de l'article 49. Ensuite, en amont cette fois-ci, les députés et leurs conseillers ainsi que les services juridiques des autres autorités détenant l'initiative législative (président de la République et chef du gouvernement) doivent prendre compte des exigences de l'article 49 de la Constitution, lors de la préparation des projets de loi, pour leur épargner une éventuelle censure de la part du juge constitutionnel. Un certain nombre de députés (de l'opposition généralement) peuvent, également, saisir la Cour constitutionnelle des projets de loi qui leur semblent contraires aux exigences de l'article 49, conformément à l'article 120 premier tiret de la Constitution. Enfin, même le juge ordinaire, aussi bien administratif que judiciaire, peut s'inspirer des méthodes de contrôle induites par l'article 49, lors du contrôle de constitutionnalité des actes administratifs ou de droit privé, qui relève de leur office respectif.

3. La délimitation du champ de l'étude. L'objet de l'étude est de détecter les textes juridiques en vigueur en Tunisie, pris en matière de droits civils et politiques, avant ou après l'adoption de la constitution du 27 janvier 2014, et qui ne seraient pas conformes à l'article 49 de la Constitution.

3.1. Dans cette recherche, on entend par textes juridiques, les textes de lois, qu'elles soient ordinaires ou organiques (en Tunisie, on n'a pas voté de lois référendaires), ainsi que les décrets-lois ratifiés et qui acquièrent de ce fait valeur législative.

Toutefois, pour les besoins de la recherche, nous avons intégré, dans son champ, certains décrets importants qui sont intervenus en matière de droits et libertés. C'est le cas, notamment, du décret n°78-50 du 26 janvier 1978 réglementant l'état d'urgence (*JORT* n° 7 des 24-26 janvier 1978, p. 210). L'état d'urgence correspond à une situation de crise qui permet de déroger au droit commun des droits et libertés. D'ailleurs, ce décret, très contesté, est appelé à être supplanté par un texte législatif qui respecte mieux les droits et libertés conformément aux prescriptions de la nouvelle Constitution. A côté dudit décret, les besoins de la recherche nous ont amené, également, à l'étude des décrets pris en application des lois relatives aux droits et libertés et même à celle de certains projets de loi.

La recherche s'intéresse, principalement, aux textes pris avant l'adoption de la Constitution du 27 janvier 2014. Ce qui peut s'expliquer par le fait que la Constitution du 1^{er} juin 1959 ne comportait pas un article analogue à l'article 49 de la Constitution actuelle, qui pose les limites de l'intervention législative en matière de droits et libertés⁴. Certes, sans qu'il soit prévu expressément dans la Constitution, il n'est pas exclu que le juge constitutionnel fasse recours au principe de proportionnalité pour contrôler les lois qui interviennent en matière de droits et libertés. Mais, faut-il qu'il y ait une véritable juridiction constitutionnelle qui assure ce contrôle. Or, en Tunisie, avant 2014, une telle juridiction faisait défaut. Par conséquent, on pourrait, légitimement, s'attendre à ce que des lois prises avant 2014, ne soient pas conformes aux exigences prévues dans l'article 49, dont notamment le principe de proportionnalité.

Néanmoins, le champ de la recherche a inclus des lois qui ont été adoptées après l'adoption de la Constitution de 2014, et qui pourraient ne pas être conformes à son article 49. D'abord, l'Instance provisoire de contrôle de constitutionnalité des projets de loi ne peut examiner ceux-ci que sur saisine de certaines autorités politiques. Si ces dernières ne sont pas, toujours, animées par la protection de la Constitution, elles peuvent fermer les yeux sur les éventuelles inconstitutionnalités entachant la loi, dont la non-conformité à l'article 49 sus-indiqué. Ce qui veut dire que des textes législatifs promulgués après l'adoption de la Constitution du 27 janvier 2014 peuvent comporter des dispositions inconstitutionnelles. Il est vrai que le Tribunal administratif s'est arrogé, malgré les défenses textuelles expresses, le droit de contrôler la constitutionnalité des lois par voie d'exception, mais normalement, ce moyen ne sera examiné que s'il est soulevé par les parties⁵. Toutefois, ce contrôle de constitutionnalité des lois exercé par le Tribunal administratif reste marginal et ne permet pas une purge totale de l'ordonnement juridique des inconstitutionnalités qui l'entachent. Dans ces conditions, le champ de la recherche a été élargi aux textes législatifs promulgués après l'adoption de la Constitution du 27 janvier 2014, comme par exemple, la loi n° 2018-52 du 29 octobre 2018, relative au registre national des entreprises (JORT n° 89 du 6 novembre 2018, p. 3781), en rapport avec les limitations à la liberté d'association.

3.2. La recherche concerne les textes législatifs relatifs à l'exercice des droits civils et politiques. Ce qui nécessite la délimitation de la notion de droits civils et politiques. A cet égard, vient immédiatement à l'esprit la distinction entre droits civils et politiques et droits économiques et sociaux qui s'appuie sur le droit international des droits de l'homme, et notamment les deux Pactes de 1966 qui représentent deux « grands » textes en matière de droits et libertés (le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels). On cherchera en vain, dans le PIDCP, une définition conceptuelle des droits civils et politiques. Quant à la doctrine, elle tend, dans son ensemble, à qualifier les droits civils et politiques de droits-libertés, qui exigeraient essentiellement pour leur satisfaction une abstention de l'État (ce qui correspond au *status negativus* de Jellinek), pour les opposer aux droits-créances inscrits dans le PIDESC, qui supposeraient au contraire une intervention active des pouvoirs publics (*status positivus*) sous forme de la fourniture de prestations ou de services. Mais, même si l'on s'en tient à cette distinction classique entre droits-libertés et droits-créances, qui est de plus en plus critiquée parce qu'on considère que tous les droits de l'Homme, quels qu'ils soient, génèrent à la fois des obligations positives et négatives à la charge des pouvoirs publics, les auteurs ne sont pas d'accord sur le contenu exact de chacune des deux catégories de droits. Même si la plupart des droits et libertés ne posent pas de problème quant à leur classification, l'incertitude demeure concernant quelques-uns (où classer, par exemple, le droit de propriété, le droit de suffrage, le droit à l'égalité, le droit de l'enfant à la protection, le droit au juge ou les droits de la défense ?).

4 Rappelons que l'article 7 de la Constitution du 1^{er} juin 1959 disposait : « Les 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 ».

5 On peut relever deux décisions dans lesquelles le Tribunal administratif a considéré que l'exception d'inconstitutionnalité est d'ordre public, ce qui signifie qu'elle peut être soulevée d'office par le juge (TA, Cassation, 31 mai 2016, Newtec Stir, Inédit ; TA, Cassation, 15 mai 2017, Jerbi, Inédit).

On peut estimer qu'il s'agit de deux décisions isolées qui ne représentent pas la jurisprudence du Tribunal, car elles sont complètement en marge des données pertinentes du droit positif tunisien.

Et pour cause, la distinction entre les droits-libertés et les droits-créances n'est pas une *Summa divisio*, puisqu'on peut évoquer d'autres catégories de droits et libertés qui sont consacrées, aujourd'hui, par la doctrine, telles que les droits-participation ou les droits-garanties, par exemple. Pour toutes ces raisons, on est amené d'abandonner l'approche conceptuelle des droits civils et politiques en faveur d'une approche empirique qui consiste à relever les droits civils et politiques à partir de l'énumération qui en est faite dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ceci dit, et si l'on excepte le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (article 1^{er}), qui n'est plus d'actualité, on peut dresser la liste suivante des droits civils et politiques :

- le droit à la vie (article 6)
- l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (article 7)
- l'interdiction de l'esclavage et de la servitude (article 8)
- la liberté individuelle ou le droit à la sûreté (article 9)
- le droit du respect de la dignité humaine pour les personnes privées de leur liberté (article 10)
- interdiction de la peine de prison pour inexécution d'une obligation contractuelle (article 11)
- la liberté d'aller et venir et la liberté de choisir sa résidence (article 12)
- l'interdiction d'expulsion du territoire national des étrangers se trouvant dans une situation légale (article 13)
- le droit à un procès équitable (article 14)
- la présomption d'innocence, les droits de la défense et le droit de recours en matière pénale (article 14)
- le principe de légalité des peines et l'applicabilité de la peine la plus douce (article 15)
- le droit à la personnalité juridique (article 16)
- le respect de la vie privée et familiale, de l'honneur et de la réputation, l'inviolabilité du domicile et le secret des correspondances (article 17)
- la liberté de pensée, de conscience et de religion, y compris la liberté des parents de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions (article 18)
- la liberté d'expression (article 19)
- la liberté de réunion pacifique (article 21)
- la liberté d'association, y compris le droit de constituer des syndicats et des partis politiques (article 22)
- la liberté du mariage (article 23)
- le droit de l'enfant à la protection de la part de sa famille, de la société et de l'État (article 24)
- le droit de suffrage (droit de vote et droit d'être élu) (article 25)
- le droit d'égal accès aux fonctions publiques de son pays (article 25)
- le droit à l'égalité (article 26)

Ce qu'on peut constater suite à cet inventaire à la Prévert, c'est que la plupart de ces droits et libertés sont consacrés par la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014, que ce soit dans son chapitre deuxième sur Les droits et libertés ou dans les autres articles de la Constitution. Car les droits et libertés qui rentrent, expressément, dans les prévisions de l'article 49, et partant dans le champ de notre recherche, sont ceux prévus par la Constitution. C'est ce qui ressort de cet article lorsqu'il dispose : « ... la loi fixe les restrictions relatives aux droits et libertés garantis par la Constitution... ». Il est possible que le juge constitutionnel applique les exigences issues de l'article 49 (la nécessité, la proportionnalité, l'interdiction de porter atteinte à la substance du droit, par exemple) à une liberté qui a son

origine dans une source autre que la Constitution : une convention internationale par exemple, mais dans ce cas le fondement du contrôle sera, non l'article 49, mais un fondement prétorien. Or, notre recherche est liée à l'article 49.

Si l'on s'attache à étudier, uniquement, les droits et libertés stipulés dans le PIDCP et en même temps prévus par la Constitution, le champ de la recherche sera quand même très étendu.

Pour contourner cette difficulté, on peut exclure du champ de la recherche les libertés individuelles et le droit à l'égalité qui ont fait l'objet d'autres publications⁶. De même, les libertés relevant de la matière pénale présentent assez de spécificité qui justifie qu'on leur consacre une recherche à part. Les autres droits et libertés qui seront étudiés dans la présente recherche sont les suivants :

- **la liberté d'aller et venir** (la loi n°93-27 du 22 mars 1993 relative à la carte nationale d'identité, la loi n°75-40 du 14 mai 1975 relative aux passeports et aux documents de voyage, le décret n°78-50 du 26 janvier 1978 réglementant l'état d'urgence...);
- **la liberté de réunion et de manifestation pacifiques** (loi n° 69-4 du 24 janvier 1969 réglementant les réunions publiques, cortèges, défilés, manifestations et attroupements) ;
- **la liberté d'expression et de communication** (décret-loi n° 2011-115 du 2 novembre 2011 relatif à la liberté de la presse, de l'imprimerie et de l'édition, décret-loi n° 2011-116 du 2 novembre 2011 relatif à la liberté de la communication audiovisuelle et portant création d'une Haute Autorité indépendante de la communication audiovisuelle, loi organique n° 2015-37 du 22 septembre 2015 relative à l'enregistrement et au dépôt légal, notamment) ;
- **la liberté d'association** (décret-loi n° 2011-88 du 24 septembre 2011 portant organisation des associations, loi n° 2015-26 du 7 août 2015 relative à la lutte contre le terrorisme et la répression du blanchiment d'argent, la loi n° 2018-52 du 29 octobre 2018 relative au registre national des entreprises...);
- **le droit à un procès équitable** (les textes relatifs à la procédure devant les différents ordres de juridiction) ;

4. La méthodologie de la recherche et Le plan.

4.1. La démarche qui sera suivie dans chaque chapitre s'inspirera de la structure interne de l'article 49 de la Constitution lui-même. Cela se traduit, concrètement, de la manière suivante :

En premier lieu, le chercheur est amené à vérifier si la disposition objet de son étude porte atteinte ou non au droit ou à la liberté en cause, dans sa substance. Si la réponse est positive, il doit conclure que la disposition étudiée est inconstitutionnelle, en ce qu'elle est contraire à l'article 49, sans besoin d'aller plus loin dans l'examen des autres éléments de l'article 49. Ce genre de dispositions n'est pas fréquent ; comme on pourra le vérifier dans les différents chapitres du présent Rapport, les textes qui portent atteinte à la substance du droit ou de la liberté sont très rares.

En second lieu, le chercheur va vérifier si la disposition étudiée répond ou non à l'un des buts prévus dans l'article 49 de la Constitution, autrement dit si la restriction a été prise « en vue de sauvegarder les droits d'autrui ou les impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique ou de la moralité publique ». Si non, le texte sera jugé non conforme à l'article 49. S'il peut être rattaché à l'un des objectifs précités, on passe à la troisième phase de l'examen de la conformité du texte audit article.

⁶ Notamment la Rapport de la Commission des libertés individuelles et de l'égalité (COLIBE). Ce rapport ne vise pas spécialement la conformité des lois en cause à l'article 49 de la Constitution, et ne procède pas de ce fait à une analyse approfondie des textes à l'aune de cet article, mais il ne l'a pas tout de même ignoré complètement. Chaque fois que c'est nécessaire, la non-conformité du texte étudié à l'article 49 précité est signalée.

Il ne suffit pas que le texte examiné se rattache à l'un des buts, sus-indiqués, prévus à l'article 49, il faut, en troisième lieu, que la restriction qu'il apporte au droit ou à la liberté en cause, puisse répondre « aux exigences d'un État civil et démocratique ». En d'autres termes, le législateur a beau fonder une limitation à la liberté d'expression, par exemple, sur des considérations liées à la protection de la moralité publique, cette limitation sera regardée comme contraire à l'article 49 de la Constitution si elle est incompatible avec les valeurs d'un État civil ou démocratique.

En quatrième et dernier lieu, on s'attachera à vérifier si le texte étudié a respecté la proportionnalité qui doit exister entre la restriction et sa justification, c'est-à-dire l'objectif poursuivi.

Cette démarche sous-tend tous les chapitres consacrés aux droits et libertés retenus dans cette étude. Même lorsqu'elle ne sera pas affichée directement, elle commande toutes les analyses qui suivront.

Les termes de la démarche retenue seront développés et approfondis dans le chapitre suivant sur « L'économie de l'article 49 de la Constitution ».

4.2. La recherche suivra le plan suivant. D'abord, un chapitre préliminaire sur l'article 49 de la Constitution où il sera question d'analyser les buts et les conditions prévus par cet article pour tracer les limites aux textes législatifs réglementant les droits et libertés garantis par la Constitution. Le recours au droit comparé et à la jurisprudence des grandes Cours constitutionnelles, de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne sera d'une utilité certaine, car ce sont elles qui, les premières, ont mis en œuvre le test de proportionnalité. Ensuite, un chapitre pour chaque ensemble de droits et libertés dans lequel il est procédé à l'analyse des textes qui s'y rapportent au regard de l'article 49 de la Constitution pour dire s'ils lui sont conformes ou non.

Dans un premier chapitre, il sera question de la liberté d'aller et venir. Dans un second chapitre, on traitera de la liberté de réunion et de manifestation pacifiques. Les deux libertés entretiennent des liens évidents. Dans un troisième chapitre, on étudiera la liberté d'association dans son acception stricte. Le quatrième chapitre aura pour objet la liberté d'expression et de communication. Le dernier chapitre sera consacré au droit à un procès équitable. Il aura pour objet les différentes procédures prévues par le Code de procédure civile et commerciale, la loi du 1^{er} juin 1972 relative au Tribunal administratif, et la loi organique n° 2019-41 du 30 avril 2019 relative à la Cour des comptes.

ÉCONOMIE GÉNÉRALE DE L'ARTICLE 49 DE LA CONSTITUTION



L'article 49 de la Constitution du 27 janvier 2014 dispose que : « Sans porter atteinte à leur substance, la loi fixe les restrictions relatives aux droits et libertés garantis par la Constitution et à leur exercice. Ces restrictions ne peuvent être établies que pour répondre aux exigences d'un État civil et démocratique, et en vue de sauvegarder les droits d'autrui ou les impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique ou de la moralité publique tout en respectant la proportionnalité entre ces restrictions et leurs justifications. Les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte.

Aucune révision ne peut porter atteinte aux acquis en matière de droits de l'Homme et de libertés garantis par la présente Constitution ».

Au regard de l'objet de notre recherche, seul l'alinéa 1^{er} de l'article 49 retiendra notre attention. C'est cet alinéa qui traite des restrictions qui peuvent être apportées, par la loi, aux droits civils et politiques garantis par la Constitution. C'est ce qu'on appelle une clause générale de restriction, pour la distinguer de la technique des clauses restrictives spécifiques à certains droits⁷.

On peut déceler des clauses générales de restriction dans certaines Constitutions étrangères. Dans la République fédérale d'Allemagne, cette clause est prévue par l'article 19 de la Loi fondamentale qui dispose que : « [Restrictions apportées aux droits fondamentaux] (1) Lorsque, d'après la présente Loi fondamentale, un droit fondamental peut être restreint par une loi ou en vertu d'une loi, cette loi doit valoir de manière générale et non seulement pour un cas particulier. La loi doit en outre énoncer le droit fondamental avec indication de l'article concerné. (2) Il ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental. (3) Les droits fondamentaux s'appliquent également aux personnes morales nationales lorsque leur nature le permet. (4) Quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel. Lorsqu'aucune autre juridiction n'est compétente, le recours est porté devant la juridiction ordinaire... ». Dans le même ordre d'idées, l'article 18 de la Constitution du Portugal dispose, dans ses alinéas 2 et 3, que « ...2. La loi ne peut limiter les droits, libertés et garanties fondamentales, hormis dans les cas expressément prévus par la Constitution et pour la défense d'autres droits ou d'autres intérêts protégés par la Constitution. 3. Les lois qui limitent les droits, libertés et garanties fondamentales ont une portée générale et impersonnelle. Elles ne peuvent pas avoir d'effet rétroactif ni diminuer l'étendue et la portée du contenu essentiel des préceptes constitutionnels ». Enfin, mérite d'être signalé l'exemple de la Charte canadienne des droits et libertés dont l'article 1^{er} consacre une clause générale de limitation en ces termes : « La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

7 Plusieurs instruments internationaux comportent une clause générale de limitation. C'est le cas, par exemple, de l'article 29 alinéa 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui stipule que « Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique » ; et de l'article 4 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels selon lequel : « Les États parties au présent Pacte reconnaissent que, dans la jouissance des droits assurés par l'État conformément au présent Pacte, l'État ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique ».

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales lui a préféré la technique des clauses restrictives spécifiques à certains droits : voir l'alinéa 2 des articles 8 à 11 de la Convention. Il en est de même pour le Pacte international relatif aux droits civils et politiques : voir les articles 12 alinéa 3, 18 alinéa 3, 19 alinéa 3 et 21.

La clause générale de restriction des droits et libertés ne constitue pas une nouveauté absolue de la Constitution du 27 janvier 2014, en ce sens qu'elle n'était pas totalement absente de la Constitution du 1^{er} juin 1959. En effet, l'article 7 de cette dernière prévoyait que « Les 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 ».

Il y a, certainement, des différences notables entre cet article 7 de la Constitution de 1959 et l'article 49 de la Constitution actuelle. En premier lieu, l'article 7 ne comporte pas de mention à l'obligation qui pèse sur le législateur, de ne pas porter atteinte à la substance de la loi. En second lieu, le contrôle de proportionnalité entre les restrictions aux droits et libertés et leurs justifications est absent. Enfin, en l'absence de Cour constitutionnelle, il n'y avait pas de véritable contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois qui ne respectent pas les dispositions de l'article 7. Mais, l'idée d'autoriser le législateur à apporter des restrictions aux droits et libertés et de prévoir des limites à l'intervention du législateur était présente dans ce dernier article.

Ce chapitre préliminaire a pour objet d'analyser la clause générale de restriction prévue par l'alinéa 1^{er} de l'article 49, afin d'en dégager l'économie générale. Cette opération permettra d'établir la grille qu'on va utiliser dans le présent rapport pour vérifier la conformité d'un texte législatif sur les droits et libertés, aux prescriptions de l'article 49 de la Constitution.

La clause générale de restriction de l'article 49 de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 repose sur quatre éléments qui sont les suivants : l'origine des restrictions apportées aux droits et libertés, à savoir la loi **(I)** ; un champ d'application, c'est-à-dire les droits et libertés garantis par la Constitution auxquels le législateur peut apporter lesdites restrictions **(II)** ; « les limites aux limites » ou bien les limites que doit observer la loi restrictive des droits et libertés **(III)** ; enfin la proportionnalité qui doit être établie entre les restrictions précitées et leurs justifications, c'est-à-dire les motifs, les buts ou bien les objectifs qui constituent le fondement de la décision du législateur de limiter un droit ou une liberté fondamentale **(IV)**.

I - L'origine de la restriction : la loi.

Seul le législateur peut, en principe⁸, fixer les restrictions à l'exercice des droits et libertés. En d'autres termes, la réglementation de l'exercice des droits fondamentaux relève de la compétence exclusive du législateur. C'est ce qu'on appelle communément la réserve de loi en matière de droits et libertés fondamentaux. La réserve de loi suppose que le législateur définisse l'essentiel des règles applicables en matière de droits fondamentaux, et qu'il ne puisse pas déléguer cette compétence au pouvoir exécutif.

La reconnaissance de cette réserve de loi peut être générale. L'article 65 alinéa deuxième de la Constitution procède ainsi en consacrant la compétence législative en matière d'aménagement des libertés et droits de l'homme : « Sont pris sous forme de loi organique, les textes relatifs aux matières suivantes : ...les libertés et les droits de l'homme... ».

Cette reconnaissance de la réserve de loi peut aussi être spécifique. La Constitution comporte des dispositions de ce genre dans son article 22, par exemple, qui prévoit que « le droit à la vie est sacré. Il ne peut y être porté atteinte, sauf dans des cas extrêmes fixés par la loi », son article 34 alinéa premier selon lequel : « Les droits d'élire, de voter et de se porter candidat sont garantis conformément à ce qui est prévu par la loi » ou son article 41 alinéa premier qui

⁸ En principe, parce qu'il n'est pas exclu que des textes à caractère réglementaire interfèrent dans le domaine des droits et libertés. A cet égard, l'exemple du décret n° 50 - 78 du 26 janvier 1978 réglementant l'état d'urgence est significatif.

dispose que « Le droit de propriété est garanti, il ne peut y être porté atteinte que dans les cas et avec les garanties prévues par la loi ».

Mais, qu'est-ce qu'on entend, exactement, par le terme « loi » ici ? De ce qui précède, on a certes compris qu'il s'agit de la loi au sens formel, c'est-à-dire la loi émanant du Parlement selon les procédures prévues dans son règlement intérieur et dans la Constitution. C'est clair, l'article 49 ne concerne que les lois au sens précité : « Sans porter atteinte à leur substance, la loi fixe les restrictions relatives aux droits et libertés... ». L'article 65 alinéa 2 de la Constitution met fin à toute hésitation en précisant la forme de la loi qui peut intervenir en matière de droits et libertés, puisqu'il dispose que les textes relatifs aux libertés et aux droits de l'homme doivent être pris sous forme de loi organique. Il s'agit donc, principalement, de lois organiques.

Toutefois, les textes les plus importants, en vigueur aujourd'hui, liés aux droits civils et politiques ont été pris avant la promulgation de la Constitution du 27 janvier 2014. Il peut s'agir, donc, d'une part, de lois « ordinaires », comme c'est le cas du Code de procédure civile et commerciale ou de la loi n°69-4 du 24 janvier 1969 réglementant les réunions publiques, cortèges, défilés, manifestations et attroupements. Certaines lois ordinaires liées aux droits et libertés ont été votées avant la consécration, par la Constitution du 1^{er} juin 1959, de la catégorie des lois organiques, en 1976, mais elles ont acquis par la suite le statut de lois organiques⁹, d'une manière rétroactive. C'est le cas de la loi n°72-40 du 1^{er} juin 1972 relative au Tribunal administratif.

Mais, il peut s'agir, d'autre part, de décrets-lois qui ont été pris suite à la suspension de la Constitution de 1959 et avant l'adoption de celle de 2014. En effet, sous l'empire du décret-loi n° 2011-14 du 23 mars 2011 portant organisation provisoire des pouvoirs publics, les textes relatifs aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales sont pris sous forme de décrets-lois (article 5). Ainsi a-t-on assisté à l'édiction d'importants décrets-lois en matière de droits et libertés : le décret-loi n° 2011-87 du 24 septembre 2011 portant organisation des partis politiques, le décret-loi n° 2011-88 du 24 septembre 2011 portant organisation des associations, le décret-loi n° 2011-115 du 2 novembre 2011 relatif à la liberté de la presse, de l'imprimerie et de l'édition, le décret-loi n° 2011-116 du 2 novembre 2011 relatif à la liberté de la communication audiovisuelle et portant création d'une Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle, etc. Ces décrets-lois sont, d'après l'article 4 du décret-loi du 23 mars 2011 précité, des « textes à caractère législatif ».

Théoriquement, il peut s'agir aussi de lois référendaires, dans la mesure où le président de la République a la possibilité, en vertu de l'article 82 de la Constitution, « de soumettre au référendum les projets de loi adoptés par l'Assemblée des représentants du peuple relatifs...aux libertés et droits de l'homme... ». Mais, en fait, le président de la République n'a jamais utilisé cette possibilité qui lui est offerte par la Constitution.

II - Les droits et libertés objet de la clause générale de restriction

Les droits et libertés concernés par la clause générale de restriction prévue par l'article 49 sont « les droits et libertés garantis par la Constitution ».

⁹ Les lois organiques ont été introduites en droit constitutionnel tunisien suite à la révision de la Constitution du 1^{er} juin 1959 par la loi constitutionnelle n° 1976-37 du 8 avril 1976. En vertu de l'article 28 de la Constitution de 1959, « la Chambre des députés et la Chambre des conseillers adoptent les projets de loi organique à la majorité absolue des membres et les projets de loi ordinaire à la majorité des membres présents... », et il ajoute que « le projet de loi organique ne peut être soumis à la délibération de la chambre des députés qu'à l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt ».

Sont pris sous forme de loi organique les textes relatifs à certaines matières déterminées par la Constitution : la loi électorale, par exemple, revêtait la forme de loi organique, il en était de même pour la loi relative au Conseil constitutionnel.

Les droits et libertés garantis par la Constitution sont, d'abord, les droits et libertés prévus par le chapitre deuxième de la Constitution (articles 21 à 49). Mais, il n'y a pas qu'eux. D'autres droits et libertés sont prévus par d'autres articles de la Constitution (l'article 108, par exemple, qui prévoit le droit à un procès équitable ou le droit au juge et les droits de la défense, ainsi que l'article 6 alinéa premier qui prévoit la liberté de croyance, de conscience et de l'exercice des cultes ou l'article 132 qui consacre la principe de libre administration des collectivités locales) ou même dans le préambule (qui constitue une partie intégrante de la Constitution, en vertu de son article 145)¹⁰.

Toutefois, la clause générale de restriction de l'article 49 ne concerne pas tous les droits et libertés garantis par la Constitution. Car certains d'entre eux ne sont pas susceptibles de recevoir des restrictions, ce sont les droits intangibles¹¹ tels que le droit à la dignité ou le droit au respect de son intégrité physique et de ne pas être torturé, prévus par l'article 23 de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014.

D'autres droits et libertés sont assortis de garanties spéciales prévues par la Constitution elle-même, ce qui fait que la clause générale de restriction de l'article 49 ne leur est pas applicable de la même manière que pour les autres droits et libertés qui ne bénéficient pas des mêmes garanties. C'est ainsi que l'article 22 de la Constitution prévoit que : « Le droit à la vie est sacré. Il ne peut y être porté atteinte, sauf dans des cas extrêmes fixés par la loi ». Le droit à la vie n'est pas un droit intangible selon la Constitution et on peut donc lui apporter des restrictions. Mais, ces restrictions ne sont pas soumises à la clause générale de restriction prévue par l'article 49, qui constitue en quelque sorte le droit commun des restrictions aux droits et libertés. Elles sont soumises à un régime plus sévère, en ce sens qu'il ne suffit pas que la loi restrictive respecte les motifs énumérés à l'article 49 et que la proportionnalité entre la limitation et sa justification soit établie pour que la loi soit constitutionnelle. Pour qu'elle ne soit pas entachée d'inconstitutionnalité, la loi doit répondre à une autre exigence : l'atteinte ou bien la privation du droit à la vie ne peut être décidée par le législateur que « dans des cas extrêmes », c'est-à-dire exceptionnels. Nous sommes en dehors de la logique du contrôle de proportionnalité de la clause générale de compétence. Prenons un autre exemple, celui de l'article 31 de la Constitution selon lequel : « Les libertés d'opinion, de pensée, d'expression, d'information et de publication sont garanties. Aucun contrôle préalable ne peut être exercé sur ces libertés ». Cela veut dire que tout contrôle préalable institué par la loi sera jugé inconstitutionnel. Autrement dit, l'éventuel contrôle préalable établi par le législateur ne sera pas examiné à l'aune des exigences de la clause de restriction générale de l'article 49, mais rejeté *ipso facto*.

En dehors de mentions spéciales prévues par la Constitution, la clause générale de compétence reprend son règne et s'applique aux restrictions apportées aux droits et libertés.

III - Les limites qui s'imposent à la loi restrictive des droits et libertés

L'article 49 de la Constitution prévoit trois séries de limites aux lois restrictives des droits et libertés.

Primo, la loi en question ne doit pas porter atteinte à la substance des droits et libertés qu'elle réglemente **(A)**.

Secundo, cette loi ne peut être prise qu'en vue d'atteindre certains objectifs ou buts prévus dans l'article 49 **(B)**.

10 On peut s'interroger si l'énumération qui figure dans la Constitution est exhaustive ou si peuvent y être ajoutés d'autres droits et libertés non prévus expressément par la Constitution. Autrement dit, est-ce que la liste des droits et libertés prévue par la Constitution est une « liste ouverte » ou non ? Aux Etats-Unis, par exemple, le IX^{ème} Amendement à la Constitution dispose que : « L'énumération, dans la Constitution, de certains droits ne sera pas interprétée comme déniait ou restreignant d'autres droits consacrés par le peuple ». En l'absence d'autorisation formelle et par le biais d'une interprétation extensive de certains articles de la Constitution, la Cour constitutionnelle allemande ainsi que le Tribunal fédéral suisse ont pu reconnaître des droits et libertés non écrits.

11 La théorie des droits intangibles postule l'existence de « droit naturels » inhérents à la personne humaine. Les droits intangibles se placent ainsi en position d'extériorité et de supériorité par rapport à tout ordre juridique. A partir du moment où ces droits sont insérés dans le droit positif, tout l'ordre juridique tend à se reconstruire en fonction de leurs exigences.

Tertio, il ne suffit pas que l'intervention du législateur s'inscrive dans le sillage de l'un des buts précités, mais il faut qu'elle représente, en même temps, une réponse « aux exigences d'un État civil et démocratique » (C).

A. La loi restrictive ne doit pas porter atteinte à la substance des droits et libertés

Cette condition est consacrée par plusieurs Constitutions étrangères (article 53 alinéa 1er de la Constitution espagnole ou article 19 alinéa 2 de la Loi fondamentale allemande, par exemple).

La substance d'un droit ou d'une liberté est une notion difficile à cerner. N'ayant pas de signification en soi, on ne peut pas donner de son contenu une définition précise. Tout au plus, et dans une acception philosophique, on peut dire que la substance d'un droit renvoie à « ce droit tel qu'il existe en soi », par opposition aux attributs de ce droit. Mais, cette approche ne résout pas le problème et on peut se trouver dans la case de départ pour distinguer entre « ce qui existe en soi » et les attributs du droit en cause.

D'ailleurs, cette notion d'« atteinte à la substance d'un droit » est très critiquée lorsqu'elle est utilisée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Fréquemment utilisée, par le juge européen, en matière d'atteintes au droit de propriété, la doctrine lui adresse deux critiques principales : d'une part, il n'existe pas d'autres catégories d'atteinte à la propriété que la réglementation ou la privation de propriété. Si l'ingérence dans la propriété laisse au propriétaire un certain exercice, même restreint, des attributs de sa propriété, il s'agit alors d'une réglementation. En revanche, l'atteinte qui réduit à néant et irrévocablement la propriété, par ou sans transfert du bien, doit être qualifiée de privation. Ce qui ôte à la notion d'atteinte à la substance du droit de propriété toute utilité. Ladite notion s'avère ainsi une complication inutile. D'autre part, il est difficile de poser un critère précis pour distinguer la réglementation de l'« atteinte à la substance ». Le seul que l'on puisse véritablement avancer est le degré d'intensité de l'atteinte, où la prise en considération de la durée et de son caractère quasiment définitif peut conduire à la classer dans l'une ou l'autre des deux catégories¹².

Pour mieux saisir la signification de la notion d'« atteinte à la substance d'un droit », on peut se remettre à certaines décisions émanant de la Cour européenne des droits de l'homme et dans lesquelles celle-ci a fait recours à ladite notion. La protection du droit de propriété constitue le terrain de prédilection de l'utilisation, par le juge européen, de la notion d'atteinte à la substance. A cet égard, il faut revenir à la jurisprudence fondatrice *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*¹³, du 23 septembre 1982. Dans l'affaire concernant les héritiers de M. Sporrong et de Mme Lönnroth, devenus propriétaires de biens sujets à des permis d'exproprier de longue durée et d'interdictions de construire, la Cour européenne a évoqué la notion de protection de la substance. Le juge européen a, notamment, observé que « **s'ils laissaient juridiquement intact le droit des intéressés à disposer et user de leurs biens, les permis d'exproprier n'en réduisaient pas moins dans une large mesure la possibilité pratique de l'exercer. Ils touchaient aussi à la substance même de la propriété en ce qu'ils reconnaissaient par avance la légalité d'une expropriation et autorisaient la ville de Stockholm à y procéder à tout moment qu'elle trouverait opportun** ».

Par ailleurs, dans son arrêt *Heaney et McGuinness c/ Irlande*¹⁴, rendu en matière du droit à un procès équitable, la Cour affirme que le « **degré de coercition qu'a fait peser sur les requérants l'application de l'article 52 de la loi de 1939 en vue de les contraindre à fournir des informations relatives aux accusations portées contre eux en vertu de cette même loi a en fait porté atteinte à la substance même de leur droit de ne pas contribuer à**

12 Laurent SERMET, La Convention européenne des droits de l'homme et le droit de propriété, Editions du Conseil de l'Europe, Dossier sur les droits de l'homme, n°11 révisé, 1998, p. 29 et ss.

13 CEDH, Plénière, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c/ Suède*, req. n° 7151/75 ; 7152/75, A52, §§ 60, 63 ; GACEDH, 7 e éd., n° 67, pp. 776-784.

14 Cour EDH, 21 décembre 2000, *Heaney et McGuinness c/ Irlande*, req. n° 34720/97, Recueil des arrêts et décisions 2000-XII, § 58 ; chron. F. SUDRE, JCP G, 2001, I, 291, p. 191.

leur propre incrimination et leur droit de garder le silence ». Il ressort de ce passage que la Cour européenne rapproche la substance même du droit de ne pas s'auto-incriminer et de se taire de la faible coercition exercée par les autorités sur la personne accusée.

Toujours en lien avec le droit à un procès équitable, la CEDH a affirmé, dans l'arrêt *Philis c/ Grèce*¹⁵, du 27 août 1991, relatif à l'accès du requérant à des juridictions civiles pour recouvrer des honoraires dus par des clients, organismes publics notamment, au titre la conception d'une série de projets, que « le requérant, faute d'avoir pu agir, de manière directe et indépendante, pour demander à ses clients le versement... des honoraires qui lui étaient dus, a subi une atteinte à la substance même de son «droit à un tribunal», que nul recours offert par le droit grec ne pouvait effacer ».

On peut citer, enfin, une formule plus ou moins assimilable à l'idée de substance du droit, concernant la liberté de conscience et de religion, extraite de l'arrêt *Sinan Isik c/ Turquie*¹⁶, du 2 février 2010, relatif à la mention obligatoire de la religion sur la carte d'identité prévalant jusqu'en 2006 en Turquie. Employant une tournure négative et indirecte, le juge de Strasbourg a souligné qu'était en cause en l'espèce le « **droit de ne pas divulguer sa religion ou sa conviction, qui relève du for intérieur de chacun. Ce droit est inhérent à la notion de la liberté de religion et de conscience**¹⁷. **A interpréter l'article 9 de la Convention comme autorisant n'importe quelle sorte de coercition visant à extérioriser sa religion ou conviction, on toucherait à la substance même de la liberté qu'il entend garantir (...)** ».

Au niveau de l'Union européenne, la Cour de justice a pu juger que les droits fondamentaux ne sont pas « des prérogatives absolues, (mais qu'ils) doivent être considéré(s), comme dans le droit constitutionnel de tous les États membres, en vue de la fonction sociale des biens et activités protégées », et peuvent ainsi supporter des limitations justifiées par les objectifs d'intérêt général, « dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits » (CJCE 14 mai 1974, *Nold c/ Commission*).

On peut déduire, des illustrations jurisprudentielles, sus-indiquées, que la notion d'atteinte à la substance du droit est une notion fonctionnelle, c'est-à-dire une notion qui n'a pas une définition prédéterminée, mais à laquelle le juge fait recours en cas de besoin pour protéger les droits et libertés fondamentales contre les ingérences graves du législateur.

B. Les buts pouvant justifier les lois restrictives des droits et libertés

La loi restrictive des droits et libertés doit être justifiée par l'un des motifs énoncés dans l'article 49 de la Constitution. La clause générale de restriction énonce les buts que le législateur peut, voire doit, servir dans une société démocratique et constituent autant de motifs limitatifs des droits et libertés. L'article 49 prévoit cinq motifs d'intervention du législateur : la sauvegarde des droits d'autrui ou des impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique ou de la moralité publique. Ces motifs sont prévus à titre limitatif, mais peuvent se combiner entre eux. Prenons-les un par un.

- **Les droits d'autrui** : c'est un motif qui est susceptible de fonder des restrictions dans des circonstances diverses. En matière de liberté d'expression, par exemple, la sauvegarde des droits d'autrui recouvre les hypothèses de diffamation à l'égard des individus. Dans un autre domaine, celui du droit à un procès équitable, ce motif peut justifier le huis clos.

¹⁵ Cour EDH, *Philis c/ Grèce*, 27 août 1991, req. n° 12750/87 ; 13780/88 ; 14003/88, A 209, § 65.

¹⁶ Cour EDH, 2 février 2010, *Sinan Isik c/ Turquie*, req. n° 21924/05, Recueil des arrêts et décisions 2010, § 42. Voir également, Cour EDH, 12 juin 2012, *Savda c/ Turquie*, req. n° 42730/05, § 90, usitant le terme « noyau dur ».

¹⁷ Souligné par DRI.

Dans l'une des affaires rendues par la CEDH¹⁸, l'association requérante, gérante de cinéma, s'était plainte que sa liberté d'expression ait été enfreinte par la saisie et la confiscation d'un film dépeignant des symboles religieux d'une manière peu flatteuse et parfois obscène. La Cour a réaffirmé que la liberté de religion et la liberté d'expression représentaient les assises d'une société démocratique et qu'elles devaient s'accompagner de tolérance vis-à-vis des critiques, des dissidences et des points de vue pouvant choquer, heurter ou inquiéter. Toutefois, elle a estimé que « les devoirs et responsabilités » visés au paragraphe 2 de l'article 10 comprenaient l'obligation d'éviter une atteinte aux droits d'autrui par l'expression de points de vue susceptibles d'être gratuitement offensants et ne contribuant pas à un débat enrichissant.

Dans une autre affaire¹⁹, la Cour a jugé que la condamnation des requérants (un journaliste et l'éditeur d'un périodique destiné aux intellectuels) pour avoir diffamé certains juges pénaux autrichiens se justifiait par la clause du paragraphe 2 de l'article 10 visant à protéger « la réputation ou les droits d'autrui ». Tout en tenant pour légitime la discussion des décisions judiciaires, elle a estimé qu'il était nécessaire de protéger la confiance des citoyens en l'institution judiciaire « contre des attaques destructrices dénuées de fondements sérieux, alors surtout que le devoir de réserve interdit aux magistrats visés de réagir ».

- **La sûreté publique** : il ressort de la jurisprudence de la CEDH que ce motif concerne la sécurité de l'État et la défense de l'ordre constitutionnel démocratique face à des menaces émanant de l'intérieur et de l'extérieur.

La Cour a admis que la surveillance secrète constituait une ingérence dans les droits garantis par l'article 8 de la Convention. Cependant, elle a également reconnu qu'une telle pratique était tolérable « dans la mesure strictement nécessaire à la sauvegarde des institutions démocratiques »²⁰. Dans l'affaire *Klass*, les requérants dénonçaient comme contraires aux articles 6 paragraphes 1, 8 et 13 de la Convention, l'article 10 paragraphe 2 de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne et une loi promulguée en vertu de cette disposition (la loi du 13 août 1968) en ce qu'elle autorisait l'interception du courrier et des télécommunications. Cette loi n'obligeait pas à informer les personnes concernées et ne prévoyait pas non plus de contrôle judiciaire réel. Toutefois, après un examen de la Loi fondamentale, de la loi de 1968 et des mesures de contrôle, la Cour a estimé qu'un juste équilibre avait été trouvé entre les droits de l'individu, d'une part, et les besoins d'une société démocratique, d'autre part. La loi contenait une série de conditions limitatives auxquelles il convenait de satisfaire avant de pouvoir exercer une surveillance et la législation réglait strictement la mise en œuvre des mesures de surveillance et le traitement des informations obtenues par ce moyen.

Dans une autre affaire²¹, la requérante, enseignante dans un lycée public, avait été exclue de la fonction publique en raison de ses activités politiques au sein du Parti communiste allemand. Pour le gouvernement allemand, cette mesure constituait une exception à la liberté d'expression (Article 10) et au droit à la liberté d'association (Article 11) nécessaire pour la sécurité nationale et la défense de l'ordre. Les dispositions législatives pertinentes imposent aux fonctionnaires l'obligation de se désolidariser clairement des organisations visant à miner la Constitution. Cependant, la Cour européenne des Droits de l'Homme a décidé, à une courte majorité (11 juges sur 20), que l'exclusion de la requérante n'était pas proportionnée à l'objectif légitime poursuivi. Sept des neuf opinions dissidentes ont estimé que la révocation de la requérante était proportionnée et pouvait être considérée comme nécessaire dans une société démocratique présentant les caractéristiques particulières de la République Fédérale d'Allemagne.

18 Arrêt *Otto-Preminger Institut c/ Autriche* du 20 septembre 1994, A 295-A.

19 Arrêt *Prager et Oberschlick c/ Autriche* du 26 avril 1995, A 313.

20 Arrêt *Klass c/ République fédérale d'Allemagne* du 6 septembre 1978, série A n° 28, paragraphe 42.

21 Arrêt *Vogt c/ Allemagne* du 26 septembre 1995, A 323.

- **La défense nationale** : elle aurait pu être englobée par le motif précédent, mais la Constitution l'a érigée en motif autonome. Par exemple, peuvent être justifiées par le motif de défense nationale les dispositions contenues dans les articles suivantes du Code de justice militaire (une autre question est de savoir s'ils répondent ou non aux exigences d'un État civil et démocratique et si elles respectent la proportionnalité entre les restrictions posées et leur justification) :

Article 81 alinéa 1^{er} : qui punit toute personne qui incite, par n'importe quel moyen, des militaires à refuser d'obéir aux ordres de leur supérieur ;

Article 86 : qui punit tout individu qui, sans y être habilité, rassemble des soldats dans le but de faire des pétitions, d'émettre des avis ou d'engager des discussions sur des questions intéressant les services de l'armée, ou rassemble les signatures dans le but d'émettre des avis ou des plaintes, ou qui aura assisté, en connaissance de cause, à de telles réunions, ou y aura participé en donnant sa signature ;

Article 87 : qui punit quiconque aura incité à l'hostilité à l'égard du service militaire ;

Article 91 : qui punit quiconque se rend coupable, en un lieu public et par la parole, gestes, écrits, dessins, reproduction photographiques..., d'outrages au drapeau ou à l'armée, d'atteinte à la dignité, à la renommée, au moral de l'armée, d'actes de nature à affaiblir, dans l'armée, la discipline militaire, l'obéissance et le respect dus aux supérieurs ou de critiques sur l'action du commandement supérieur ou des responsables de l'armée portant atteinte à leur dignité, ou quiconque, sciemment et en temps de paix, publie, communique ou divulgue toutes informations concernant les incidents militaires survenus à l'intérieur ou à l'extérieur des casernes ou les mesures prises par l'autorité militaire à l'égard de l'un de ses membres ou les ordres et décisions prises par cette autorité ou toutes informations concernant les déplacements des corps et détachements militaires et de toutes opérations menées par les forces armées de l'État.

- **La santé publique** : La CEDH a rendu quelques décisions relatives à la protection de la santé. Elle a, par exemple, jugé admissible la participation obligatoire des prisonniers au nettoyage des cellules²². Dans le même sens, elle a admis l'obligation pour les soldats de se faire couper les cheveux de façon qu'ils ne touchent pas leur col²³.

- **La moralité publique** : Dans la jurisprudence de la CEDH, la protection de la moralité a surtout été alléguée dans des affaires mettant en jeu des atteintes à l'expression de la sexualité dans des publications et œuvres d'art et des ingérences dans le droit au respect de la vie privée.

Dans l'affaire Handyside²⁴, la Cour a jugé qu'on ne pouvait dégager du droit interne des divers États contractants une notion uniforme de la morale car celle-ci varie dans le temps et dans l'espace, spécialement « à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière »²⁵.

Dans l'affaire Dudgeon, la Cour a en outre indiqué que lorsqu'une restriction a trait à un aspect des plus intimes de la vie privée, « il doit exister des raisons particulièrement graves pour rendre légitimes, aux fins du paragraphe 2 de l'article 8, les ingérences des pouvoirs publics »²⁶.

22 Requête n° 8231/78, X c/ Royaume-Uni, D & R 28 (1982), p. 5.

23 Voir, par exemple, requête n° 8209/78, Peter Sutter c/ Suisse, D & R 16 (1979), p. 166.

24 Arrêt Handyside c/ Royaume-Uni du 7 décembre 1976, série A n° 24; voir également l'arrêt Open Door Counselling et Dublin Well Woman Centre du 29 octobre 1992, série A n° 246, paragraphes 64-76.

25 Arrêt Handyside précité, paragraphe 48.

26 Arrêt Dudgeon c/ Royaume-Uni du 22 octobre 1981, série A n° 45, paragraphe 52.

C. La restriction, une réponse aux exigences d'un État civil et démocratique

Il ne suffit pas que la loi restrictive d'une liberté ou d'un droit fondamental poursuive un but légitime, prévu par l'article 49 de la Constitution, elle doit aussi « répondre aux exigences d'un État civil et démocratique ». Autrement dit, quand bien même elle serait justifiée par l'un des motifs indiqués par l'article 49, la restriction ne serait constitutionnelle que si elle répond « aux exigences d'un État civil et démocratique ».

Il est difficile de prévoir, en l'absence d'une jurisprudence de la Cour constitutionnelle, quel sera le contenu de cette dernière expression.

On peut, seulement, noter que la notion d'État civil est utilisée, dans la Constitution, à deux reprises : dans le préambule et dans l'article 2. Dans le préambule, l'État civil est un État dans lequel « la souveraineté appartient au peuple ». L'écho de cette idée se retrouve, également, dans l'article 2 de la Constitution selon lequel « La Tunisie est un État civil, fondé sur la citoyenneté, la volonté du peuple et la primauté du droit ». On peut déduire de ces deux dispositions que, dans l'État civil, la source de tout pouvoir est le peuple, la volonté du peuple, et que dans un tel État, il ne peut pas y avoir de règle de droit qui ne serait pas posée par le peuple. Par conséquent, aucune considération puisée en dehors du droit positif, ne devrait façonner l'ordre juridique de l'État civil, tel que décrit par les deux dispositions constitutionnelles précédentes. En ce qui nous concerne, cela veut dire que le législateur ne peut restreindre les droits et libertés fondamentales pour de considérations qui transcendent le droit positif : des considérations liées au droit naturel ou au sacré par exemple. Mais, cela ne veut pas dire que le droit positif ne peut pas traiter du sacré ou de la question religieuse pour les régler. C'est ainsi que l'article 6 de la Constitution dispose que « L'État protège la religion, garantit la liberté de croyance, de conscience et de l'exercice des cultes. Il assure la neutralité des mosquées et des lieux de culte de l'exploitation partisane. L'État s'engage à diffuser les valeurs de modération et de tolérance et à protéger le sacré et empêcher qu'on y porte atteinte. Il s'engage également à prohiber et empêcher les accusations d'apostasie, ainsi que l'incitation à la haine et à la violence et à les juguler ». De la même façon, les articles 52²⁷ et 53 du décret-loi n° 2011-115 du 2 novembre 2011 relatif à la liberté de la presse, de l'imprimerie et de l'édition incriminent, respectivement, quiconque appelle à la haine entre les religions ou porte atteinte à l'un des rites religieux autorisés.

Quant à l'État démocratique, il n'est pas aisé lui non plus à définir. Pour définir les principales caractéristiques de la « société démocratique »²⁸, un juge de la Cour suprême du Canada, a affirmé que « les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent... la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'équilibre social, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société »²⁹. La CEDH fournit, dans l'arrêt *Handyside*, précité, des enseignements précieux pour identifier les « principes propres à une « société démocratique » ». Traitant de la liberté d'expression, il vient préciser qu'elle « constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des

27 C'est cet article qui a servi, le 14 juillet 2020, de base légale à la condamnation d'une internaute, qui a parodié le Coran, à six mois de prison ferme assortis d'une amende de deux mille dinars.

28 Certains auteurs distinguent entre l'État démocratique et la Société démocratique, le premier serait l'instrument de la concrétisation de la seconde. Voir, dans ce sens, Gerhard van der Schyff, "The concept of democracy as an element of the European Convention", *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, novembre 2005, vol. 38, n° 3, pp. 355-372. On peut lire p. 371 ce qui suit:

"The convention contains the guidelines for the establishment of a democratic state and a democratic society. The democratic society, however, is incapable of survival by itself and requires fora of debate and decision-making. The convention, to this end, contains the ingredients of the democratic state. The democratic state, as an organ of the democratic society, is entrusted with the resolution and avoidance of conflict by means of representation. The democratic state has to create opportunities for the reform, debate and evaluation of society as its source".

29 Cité par Michel Levinet, « La Convention européenne des droits de l'homme socle de la protection des droits de l'homme dans le droit constitutionnel européen », *Revue française de droit constitutionnel*, 2011/2, n° 86, p. 238.

conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun ». Mais, la Cour ne s'arrête pas là et ajoute « **qu'il n'est pas de "société démocratique" sans la reconnaissance des trois valeurs cardinales que sont le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture** ».

En Tunisie, la future Cour constitutionnelle peut adopter la même acception, de l'« État démocratique », comme elle peut y introduire d'autres éléments. Comme l'on peut s'y attendre, il est possible que le contenu de la notion d'« État démocratique » varie d'un contexte politique et social à l'autre. Car, il s'agit, en définitive, d'un standard auquel le juge constitutionnel pourra décider de faire recours, lorsque le besoin se fait sentir, pour limiter le pouvoir d'appréciation du législateur lorsqu'il adopte une loi restrictive des libertés.

IV - La proportionnalité entre la restriction et sa justification

Le contrôle de proportionnalité n'était pas inconnu, en droit tunisien, avant sa consécration constitutionnelle en 2014. Ce type de contrôle était exercé par le juge administratif en matière de police administrative. La mesure de police administrative ne sera jugée légale que si la restriction à la liberté est proportionnelle au but de l'ordre public (sécurité, tranquillité, salubrité, par exemple) poursuivi par l'autorité administrative. Dans un arrêt rendu en matière de recours pour excès de pouvoir, le 14 mars 1994, Société Krichène contre Municipalité de Kasserine, le Tribunal administratif affirme, dans un considérant de principe, que « **le principe dans l'exercice du commerce et de l'industrie est la liberté, et que la restriction est l'exception ; que l'administration est soumise, en matière de police administrative à un contrôle juridictionnel qui s'étend jusqu'à la vérification de la proportionnalité entre les mesures de police prises et les circonstances qui ont accompagné leur édicition ainsi que les buts visés par l'administration** »³⁰.

Le Conseil constitutionnel a fait, également, recours à la notion de proportionnalité, malgré le silence de la Constitution du 1^{er} juin 1959 à son égard. C'est par un effort d'interprétation de certaines dispositions de la Constitution que le Conseil a consacré le contrôle de proportionnalité. En effet, plusieurs articles du chapitre premier de la Constitution de 1959 précisent que le droit ou la liberté s'exerce sous réserve qu'il ne « trouble pas l'ordre public » ou bien « dans les limites prévues dans la loi ». De même, l'article 7 en prévoyant que « Les 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 », semble ouvrir la voie à toutes les limitations aux droits et libertés. Paradoxalement, ces expressions ont été utilisées par le Conseil pour contrôler la proportionnalité entre la réserve de l'ordre public et l'exercice de la liberté et pour établir l'équilibre entre les limites apportées à l'exercice des libertés et la jouissance de ces dernières. A l'occasion de l'examen d'un projet de loi relatif aux maladies transmissibles, par exemple, le Conseil constitutionnel a considéré « que le droit de la personne humaine à la protection des informations relatives à sa santé n'est pas un droit absolu ; qu'il peut être limité eu égard aux exigences de l'ordre public de la santé, dans les proportions qu'exige ledit ordre public... »³¹. Le recours à la notion de proportionnalité, par le Conseil constitutionnel, peut être illustré, également, par son avis n° 26-2009 relatif au projet de loi modifiant et complétant la loi n°2008-79 du 30 décembre 2008 portant mesures conjoncturelles de soutien aux entreprises économiques pour poursuivre leurs activités³² : « Considérant qu'il est loisible au législateur, eu égard à cet objectif, d'adopter ce qu'il estime être en mesure de le réaliser en respectant la *proportionnalité* et sur la base de critères objectifs ».

³⁰ Recueil, p. 132, traduit de l'arabe par DRI.

³¹ Avis n° 27-2006 du Conseil constitutionnel sur un projet de loi modifiant et complétant la loi n° 92-71 du 27 juillet 1992 relative aux maladies transmissibles, JORT n° 14 du 16 février 2007, p. 486.

³² JORT n° 52 du 30 juin 2009, p. 1743 et ss.

En vertu de l'article 49 de la Constitution de 2014, le juge constitutionnel doit désormais s'adonner à un tel contrôle à l'occasion de l'examen des lois restrictives des droits et libertés fondamentales. En attendant la mise en place de la Cour constitutionnelle, c'est l'Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de loi qui se chargera d'appliquer cet article. En faisant appel audit article dans ses décisions, l'Instance sera amenée à l'interpréter, en l'explicitant et en clarifiant ses contours, d'autant plus qu'il s'agit d'une interprétation authentique, c'est-à-dire émanant d'un organe officiel désigné par la Constitution. L'examen de la jurisprudence de l'Instance provisoire révèle que l'article 49 est mentionné dans plusieurs décisions :

- Décision n° 2014-4, *JORT* n° 41 du 23 mai 2014, p. 1345 : la consignation de la somme de 10 milles dinars par les candidats aux élections présidentielles, qui n'est pas prévue par l'article 74 de la Constitution, n'enfreint pas le principe de proportionnalité et n'est pas de nature à porter atteinte à la substance du droit, conformément à l'article 49 de la Constitution.

- Décision n° 2014-8 du 22 décembre 2014 relative au projet de loi de finances pour l'année 2015, *JORT* n° 104 du 26 décembre 2014, p. 3761 : la disposition législative litigieuse n'a pas respecté le principe de proportionnalité prévu par l'article 49 de la Constitution et a porté atteinte à la substance du droit de propriété.

- Décision n° 2015-2 du 8 juin 2015 relative au projet de loi organique relatif au Conseil supérieur de la magistrature, *JORT* n° 47 du 12 juin 2015, p. 1476 : l'article 49 a été invoqué à maintes reprises en rapport, notamment, avec le droit au travail et le droit à un procès équitable.

- Décision n° 2016-5 du 2 juillet 2016 relative au projet de loi relatif aux banques et aux établissements de crédit, *JORT* n° 58 du 15 juillet 2016, p. 2508 : proportionnalité entre le préjudice et l'indemnisation (application discutable de l'article 49).

- Décision n° 2017-4 du 8 août 2017 relative au projet de loi organique n° 2016-30 relatif aux dispositions communes aux Instances constitutionnelles indépendantes, *JORT* n° 65 du 15 août 2017, p. 2579 : la disposition législative prévoyant la possibilité pour l'Assemblée des représentants du peuple de révoquer un ou plusieurs membres d'une Instance constitutionnelle indépendante est contraire au principe d'indépendance desdites Instances « dans la mesure où il ne réalise pas la proportionnalité requise entre les principes de redevabilité et d'indépendance » (application discutable de l'article 49). Voir la suite de l'affaire à travers les décisions de l'Instance n° 2017-9 (*JORT* n° 95 du 28 novembre 2017, p. 4060) et 2018-3 (*JORT* n° 62 du 3 août 2018, p. 3476) relatives au même projet de loi organique.

- Décision n° 2018-4 du 4 septembre 2018 relative au projet de loi n° 2018-30 relatif à la création du registre national des entreprises, *JORT* n° 73-74 des 11-14 septembre 2018, p. 3885 : l'Instance exige de préciser la disposition législative attaquée pour respecter la proportionnalité entre les exigences de l'ordre public et la nécessaire protection des données à caractère personnel (voir, par la suite, décision n° 2018-5 du 22 octobre 2018 relative à l'examen de la constitutionnalité de la version modifiée de l'article 10 du projet de loi précité, *JORT* n° 86 du 26 octobre 2018, p. 4468).

- Décision n° 2018-7 du 26 décembre 2018 relative au projet de loi de finances pour l'année 2019, *JORT* n° 104 du 28 décembre 2018, p. 5428 : à propos de la limitation du droit à la protection du secret professionnel.

- Décision n° 2019-4 du 8 juillet 2019, non publiée : à propos du droit de suffrage dans ses deux facettes (droit de vote et droit d'être élu).

Le contrôle de proportionnalité caractérise, aujourd'hui, le contrôle exercé par le juge constitutionnel en matière de droits et libertés fondamentaux, partout dans le monde, même en l'absence de texte exprès l'y habilitant.

En Allemagne, la Constitution ne prévoit pas une disposition expresse relative au principe de proportionnalité, mais il découle de l'interprétation des articles 19 et 20 de la Loi fondamentale allemande de 1949 qui garantissent la protection des droits fondamentaux, d'une part, et la défense de l'État de droit, de l'autre. La puissance publique ne peut limiter la liberté des citoyens que dans la mesure indispensable à la protection des intérêts publics. Dans une décision de la **Cour constitutionnelle fédérale**, le juge affirme que : « **Les principes de la proportionnalité et de la prohibition de l'excès d'intervention sont des règles d'orientation générales valables pour toute action de l'État qui résultent impérativement du principe de l'État de droit, règle de valeur constitutionnelle** »³³.

Quatre éléments caractérisent le contrôle de proportionnalité tel qu'il découle de la jurisprudence constitutionnelle allemande³⁴:

- d'abord, l'intervention des pouvoirs publics doit poursuivre *un but légitime* d'intérêt général ;
- ensuite, cette intervention doit être *appropriée* à la poursuite de ce but, c'est-à-dire susceptible de le réaliser ou, du moins, de contribuer à sa réalisation ;
- par ailleurs, l'intervention doit être nécessaire à la réalisation du but poursuivi, ce qui se traduit par l'idée du « minimum d'intervention » ;
- enfin, l'intervention doit être *proportionnelle au sens strict*, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché.

Pratiquement, la même structure du contrôle de proportionnalité est adoptée par les Cours européennes, à savoir la CEDH et la CJUE, qui se sont inspirées de l'approche allemande. La Convention européenne des droits de l'homme consacre le principe de proportionnalité expressément en prévoyant, dans les paragraphes 2 de ses articles 8 à 11, la possibilité de limiter l'exercice des droits qu'ils protègent lorsque cette restriction « constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire » à la sauvegarde de certains objectifs dont la sécurité nationale, la défense de l'ordre et la protection des droits et libertés d'autrui. Ces stipulations expriment un principe de conciliation permettant d'équilibrer les rapports entre les droits fondamentaux et les objectifs d'intérêt général poursuivis par les autorités étatiques. En dehors de ces cas, la Cour européenne fait un usage quasi-systématique du contrôle de proportionnalité. Elle a aussi fait émerger, sur le fondement de l'article 14 qui prohibe toute discrimination, la notion de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens et le but visé »³⁵.

Le droit de l'Union européenne recourt aussi au principe de proportionnalité, qui s'impose tant aux institutions de l'Union qu'aux États-membres lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union. Reconnue comme principe général du droit de l'Union³⁶, puis consacrée par l'article 5 § 4 du Traité sur l'Union européenne³⁷, la proportionnalité garantit notamment l'exercice des libertés économiques consacrées par les traités européens.

³³ Recueil, volume 23, p. 133.

³⁴ Pour de plus amples développements, voir Rainer Arnold, « Le juge constitutionnel et la proportionnalité (Allemagne) », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2009, p. 116 et s.

³⁵ CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, aff. n° 1474/62, pts. 5 et 10.

³⁶ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70. Le principe de proportionnalité a été pour la première fois mentionné dans l'arrêt CJCE, 29 novembre 1956, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, aff. 8/55, Rec. p. 304 et CJCE, 13 juin 1958, *Hauts Fourneaux de Chasse*, aff. 15/57. L'avocat général A. Dutheillet de Lamotte, dans ses conclusions sur l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft*, a invité la Cour à consacrer le principe à partir du « droit fondamental pour l'individu de ne voir limiter sa liberté d'agir que dans la mesure nécessaire à l'intérêt général ». Hors des cas prévus par le Traité, la Cour de justice de l'Union européenne a généralisé le principe en s'appuyant notamment sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75, point 32).

³⁷ Article 5 du Traité sur l'Union européenne : « 4. En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. Les institutions de l'Union appliquent le principe de proportionnalité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ».

En droit constitutionnel français, hormis certaines dispositions particulières qui prévoient la proportionnalité ou la nécessité, il n'y a pas de principe général de proportionnalité qui soit consacré par les textes. Il est revenu au Conseil constitutionnel de proclamer ce principe lors de son contrôle des lois. Si l'on peut faire remonter les prémices du contrôle de la proportionnalité, par le juge constitutionnel français, à des décisions rendues au début des années 1990, la première fois que le Conseil constitutionnel a distingué nettement les éléments du contrôle de proportionnalité était à l'occasion de sa décision du 21 février 2008, portant sur la loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental³⁸. Dans cette décision, le Conseil affirme que les atteintes portées à l'exercice des libertés en cause « doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif... poursuivi ».

Comme dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle d'Allemagne, le juge constitutionnel français retient les trois éléments suivants qui caractérisent le contrôle de proportionnalité : l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité au sens strict.

Le principe de proportionnalité a partout le même objet : modérer le pouvoir des autorités publiques aux fins de garantir les droits et libertés des personnes et éviter les atteintes qui, par leur caractère excessif, seraient de nature à porter atteinte à ces droits et libertés.

³⁸ Décision n° 2008 – 562, *Recueil*, p. 89.

**LIBERTÉ D'ALLER
ET VENIR ET ARTICLE 49
DE LA CONSTITUTION**



La liberté d'aller et venir³⁹ est le droit reconnu à chaque individu de se déplacer librement dans un pays, de se mouvoir, de choisir en toute liberté son lieu de séjour et de résidence, de quitter tout pays y compris le sien et de revenir dans son propre pays. Elle est une composante essentielle de la liberté personnelle et « une condition indispensable au libre développement de l'individu »⁴⁰. La liberté d'aller et venir est d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties du respect de plusieurs autres droits et libertés (la liberté de manifestation, la liberté de réunion, le droit au travail etc...). C'est dans ce sens qu'on a pu affirmer que « la liberté d'aller et de venir est un moyen plus qu'une fin, dont l'absence est cruelle, mais dont la jouissance est elle-même avant tout le support d'autres droits »⁴¹. La liberté d'aller et venir est consacrée par plusieurs textes internationaux au premier rang desquels figurent la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948 et le pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)⁴². Le premier texte garantit la liberté d'aller et venir en ces termes « 1. Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État. 2. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays ». Le second consacre cette liberté dans son article 12⁴³ tout en renforçant sa protection⁴⁴.

La liberté d'aller et venir est consacrée également par des textes internationaux à vocation régionale⁴⁵ ratifiés par la Tunisie. Ainsi, l'article 12 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples⁴⁶ consacre la liberté d'aller et venir et en garantit les différentes composantes.

39 Il est à noter que les instruments internationaux des droits de l'Homme utilisent la notion « liberté de circulation » pour désigner le droit reconnu à chaque individu de circuler librement dans le territoire d'un État, de choisir son lieu de séjour et de résidence, de quitter n'importe quel pays y compris le sien et de revenir dans son propre pays. La liberté de circulation et la liberté d'aller et venir ont dès lors le même contenu et referment les mêmes composantes. Raison pour laquelle ces deux notions seront utilisées indifféremment dans le cadre de cette étude. Sur le plan interne, certaines législations et jurisprudences constitutionnelles comparées emploient la notion « liberté de circulation », d'autres, comme c'est le cas du droit français utilisent plutôt celle de « liberté d'aller et venir ».

40 L'observation générale n° 27 : liberté de circulation (article 12), adoptée le 2 novembre 1999 par le Comité des droits de l'homme au titre du paragraphe 4 de l'article 40 du Pacte (CCPR/C/Rev.1/Add.9).

41 B. PACTEAU, « Liberté d'aller et de venir », *Dictionnaire des droits de l'homme*, sous la dir. de J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J-P. MARGUÉNAUD et al., Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 494

42 La Tunisie a adhéré au pacte international relatif aux droits civils et politiques en vertu de la loi n°30 du 29 novembre 1968.

43 L'article 12 du pacte dispose que « 1. Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence. 2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien. 4. Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays »

44 A la différence de la Déclaration universelle des droits de l'Homme qui est un texte de nature déclarative dépourvu de force obligatoire à l'égard des États, le pacte est une convention internationale qui fait naître des obligations pour les États parties. Le pacte a aussi mis en place des mécanismes de protection des droits et libertés qu'il garantit.

45 La liberté d'aller et venir est consacrée également par d'autres textes internationaux à caractère régional parmi lesquels on cite le protocole additionnel du 16 septembre 1963 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui reconnaît dans son article 2 la liberté de circulation et d'établissement (cette liberté n'a pas été consacrée dans le texte initial de la convention).

46 L'article 12 de la charte africaine des droits de l'Homme et des peuples dispose que « 1. Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État, sous réserve de se conformer aux règles édictées par la loi. 2. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays. Ce droit ne peut faire l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques. 3. Toute personne a le droit, en cas de persécution, de rechercher et de recevoir asile en territoire étranger, conformément à la loi de chaque pays et aux conventions internationales. 4. L'étranger légalement admis sur le territoire d'un État partie à la présente Charte ne pourra en être expulsé qu'en vertu d'une décision conforme à la loi. 5. L'expulsion collective d'étrangers est interdite. L'expulsion collective est celle qui vise globalement des groupes nationaux, raciaux, ethniques ou religieux ».

A l'instar de plusieurs autres pays⁴⁷, la liberté d'aller et venir fait également partie, en droit tunisien, des libertés fondamentales protégées par la constitution, elle a été consacrée par la constitution de 1959 dans les articles 10 et 11⁴⁸. De même, la constitution du 27 janvier 2014 consacre la liberté d'aller et venir, le constituant en a garanti les différentes composantes dans les articles 24 et 25. Ainsi, aux termes de l'article 24 « Tout citoyen dispose de la liberté de choisir son lieu de résidence et de circuler à l'intérieur du territoire ainsi que du droit de le quitter ». L'article 25 dispose qu'« Aucun citoyen ne peut être déchu de la nationalité tunisienne, ni être exilé ou extradé, ni empêché de revenir dans son pays ».

La liberté d'aller et venir constitue une liberté inhérente à la personne humaine, elle a été qualifiée de « liberté naturelle (...) qui existe avant toute appréhension d'une règle de droit »⁴⁹. Ainsi, après la suspension de la constitution de 1959 et avant l'adoption de la nouvelle constitution, les juges judiciaire et administratif ont respectivement affirmé que la liberté d'aller et venir constitue un droit naturel et imprescriptible de l'Homme⁵⁰, et fait partie des principes constitutionnels⁵¹ qui s'appliquent même en l'absence d'une constitution.

Néanmoins, la liberté d'aller et venir ne fait pas partie des droits et libertés absolus auxquels aucune restriction ne peut être apportée tel que le droit à l'intégrité physique qui interdit les tortures en toutes circonstances⁵². En effet, aux termes de l'article 12 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, la liberté d'aller et venir peut être l'objet de restrictions prévues par la loi, pourvu qu'elles soient nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le Pacte.

Ainsi, et même si l'interdiction générale est prohibée, l'exercice de cette liberté peut être limité pour la sauvegarde des droits d'autrui et pour des raisons d'ordre public et de sécurité. Les restrictions de la liberté d'aller et venir doivent respecter les prescriptions de l'article 49 de la constitution de 2014. Cet article constitue la clé de voûte des droits et libertés énoncés par la constitution⁵³, il pose une clause générale de limitation afin de ne pas dénaturer les libertés fondamentales ou mettre en cause leur contenu essentiel. Ainsi et pour être conformes à la constitution, les restrictions imposées à la liberté d'aller et venir doivent obéir à une condition de forme et à plusieurs conditions de fond.

Concernant d'abord la condition de forme, les limites apportées à l'exercice de la liberté d'aller et venir doivent être prévues par la loi, il en résulte l'obligation pour le législateur de définir lui-même ces limites.

47 On peut citer à titre d'exemple la loi fédérale allemande de 1949 (article 11), la constitution espagnole de 1978 (article 19), la constitution italienne (article 16) etc... En droit français par contre aucun texte faisant partie du bloc de constitutionnalité n'a consacré explicitement la liberté d'aller et venir. En la rattachant à la liberté personnelle garantie par les articles 2 et 4 de la déclaration française des droits de l'homme et du citoyen, le conseil constitutionnel français a reconnu à la liberté d'aller et venir une valeur constitutionnelle dans sa décision du 12 juillet 1979. DC n°79-107 du 12 juillet 1979, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales.

48 L'article 10 de la constitution du 1 juin 1959 dispose que « Tout citoyen a le droit de circuler librement à l'intérieur du territoire, d'en sortir et de fixer son domicile dans les limites prévues par la loi ». L'article 11 stipule que « Aucun citoyen ne peut être banni du territoire national ni empêché d'y retourner ».

49 M. MOURGEON, *Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. L. PETTITI, E. DECAUX, P. IMBERT, Economica, 1999, 2^e ed. p. 1053.

50 Cour d'appel de Tunis, n° 43429, 5 février 2013. Pour plus d'informations sur cette décision, voir le commentaire du Professeur Brahim Bertégi, Assabah, 6 mars 2013, p.10. (en arabe)

51 TA, n°16453/1, 7 mars 2013.

52 L'article 4 du PIDCP permet que soient apportées des restrictions aux droits civils et politiques garantis par le protocole en cas de danger public exceptionnel menaçant l'existence de la nation, il énonce néanmoins un certain nombre de droits qui ne peuvent faire l'objet de restrictions même en de pareilles circonstances.

53 Il est à noter que l'article 49 ne reconnaît pas explicitement que certains droits ne sont pas susceptibles de dérogation même en période d'urgence contrairement par exemple à la constitution du Portugal qui énonce dans son article 19 que : «La déclaration de l'état de siège ou de l'état d'urgence ne peut en aucun cas porter atteinte aux droits à la vie, à l'intégrité et à l'identité de la personne, à la capacité civile et à la citoyenneté, à la non rétroactivité de la loi pénale, au droit de défense des prévenus et à la liberté de conscience et de religion ».

Concernant ensuite les conditions de fond, l'article 49 encadre la marge de manœuvre du législateur en posant des limites aux limites, pour être conforme aux prescriptions de l'article 49 toute restriction de la liberté d'aller et venir doit répondre à des conditions substantielles cumulatives : elle doit être légitime prévue pour atteindre des objectifs bien précis et limitativement énumérés par l'article 49, nécessaire dans un État civil et démocratique, proportionnelle à l'objectif recherché. Elle doit enfin être assortie de garanties juridictionnelles appropriées et effectives. Ces différentes conditions sont établies afin de préserver la substance des libertés fondamentales, à laquelle aucune atteinte n'est permise.

Examinée à la lumière des prescriptions de l'article 49 de la constitution de 2014, la constitutionnalité de plusieurs textes réglementant l'exercice de la liberté d'aller et venir s'avère douteuse. La consécration constitutionnelle de la liberté d'aller et venir ne sera effective qu'en abrogeant les textes liberticides et inconstitutionnels qui demeurent en vigueur six ans après l'adoption de la nouvelle constitution.

L'objectif de ce rapport consiste à analyser les textes relatifs à la liberté d'aller et venir à la lumière des impératifs constitutionnels posés par l'article 49, afin de détecter les éventuelles inconstitutionnalités que lesdits textes pourraient renfermer. A cette fin, le rapport sera axé sur les textes qui soulèvent des problèmes de constitutionnalité, il s'agit des textes suivants :

- 1 - Le décret n° 50 du 26 janvier 1978 réglementant l'état d'urgence⁵⁴.
- 2 - Le projet de loi organique n°91/2018 portant organisation de l'état d'urgence⁵⁵.
- 3 - La loi n°40-75 du 14 mai 1975 relative aux passeports et aux documents de voyage⁵⁶
- 4 - La loi n°93-27 du 22 mars 1993 relative à la carte nationale d'identité⁵⁷.

1 - Le décret n°78-50 du 26 janvier 1978 réglementant l'état d'urgence et la liberté d'aller et venir :

Les situations de crise permettent l'application de mesures exceptionnelles visant à restreindre les droits et libertés pour garantir la sécurité et l'ordre publics. Des dispositifs d'exception sont prévus par les États sous les appellations les plus diverses : état d'exception, état d'urgence, état d'alerte, état de défense, état de siège, état d'urgence sanitaire⁵⁸ etc...

Le droit international permet en pareilles circonstances de déroger au régime normal de protection des droits humains. Ainsi, l'article 4⁵⁹ du PIDCP autorise les États à prendre des mesures dérogeant au respect de certains droits garantis par le pacte, néanmoins, ces dérogations sont strictement encadrées par des exigences de nécessité et de proportionnalité, et certains droits restent indérogeables⁶⁰.

⁵⁴ JORT, n°7 du 24-26 janvier 1978, p.210.

⁵⁵ Consultable sur le site officiel de l'Assemblée des représentants du peuple.

⁵⁶ JORT, n°34 du 20 mai 1975, p.1069.

⁵⁷ JORT, n°24 du 30 mars 1993, p.435.

⁵⁸ Il s'agit d'un régime d'exception instauré en France par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 pour faire face à l'épidémie de la Covid-19. Le Maroc institue également ce régime par le décret-loi n°2-20-293 du 23 mars 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire

⁵⁹ L'article 4 du pacte international des droits civils et politiques « Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale ».

⁶⁰ Les différentes limites à ce droit de dérogation ont été explicitées par le Comité des droits de l'Homme de l'ONU dans son observation générale n° 29 relative à l'article 4 adoptée le 31 août 2001.

En droit tunisien, il existe deux régimes d'exception, l'un est inscrit dans l'article 80 de la constitution, l'autre est institué par le décret n° 50 du 26 janvier 1978. Ce décret soulève plusieurs problèmes de constitutionnalité tant au niveau de sa forme qu'au niveau de son contenu.

1-1 : Violation de la condition de forme : méconnaissance de la réserve de loi posée par l'article 49

Le décret n°50-1978 du 26 janvier 1978 a créé un régime spécial de restriction des libertés sous le nom d'état d'urgence. L'état d'urgence doit être distingué de l'état d'exception et de l'état de siège. Ces trois régimes de pouvoirs exceptionnels ont en commun les restrictions importantes qu'elles permettent d'apporter à l'exercice des libertés publiques, mais ils diffèrent quant aux situations qui peuvent provoquer leur déclaration. Ils obéissent à des conditions de mise en œuvre variables et se caractérisent par des régimes juridiques diversifiés⁶¹.

L'état d'urgence est un régime exceptionnel qui peut être mis en place en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, ou en cas d'événements présentant par leur gravité le caractère de calamité publique. Il se caractérise par le renforcement des pouvoirs de police lesquels restent de la compétence des autorités civiles. Plus restrictivement, l'état d'exception ne peut être déclaré que si deux conditions de fond sont réunies : la survenance d'événements qui constituent une menace sur les institutions étatiques et une interruption dans le fonctionnement des pouvoirs publics, il a pour effet d'élargir les pouvoirs du président de la république qui peut prendre toutes les mesures exigées par les circonstances.

Le régime d'état d'urgence doit également être distingué de celui de l'état de siège⁶². Malgré la parenté entre ces deux régimes, deux différences au moins les séparent se situant au niveau des conditions et des conséquences de leur mise en œuvre. D'abord, les événements justifiant le déclenchement de l'état de siège doivent avoir le caractère d'un péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée, ensuite et contrairement à l'état d'urgence qui a pour effet l'extension des pouvoirs de police au profit des autorités civiles, l'état de siège a pour conséquence le transfert des pouvoirs de police élargis à l'autorité militaire⁶³.

A ces trois régimes s'ajoute la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles⁶⁴. Il s'agit d'une création prétorienne du juge administratif. En vertu de cette théorie, l'administration peut être dispensée, dans certaines situations de crise, du respect des règles qui s'appliquent en temps ordinaire. Cette théorie se distingue des trois régimes de pouvoirs exceptionnels sus-évoqués et elle n'a pas besoin de texte pour être mise en œuvre. D'ailleurs, c'est sur cette théorie que s'est appuyé le gouvernement français pour prendre des mesures restrictives de la liberté d'aller et venir dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19 avant l'instauration du régime de l'état d'urgence sanitaire en droit français⁶⁵.

61 C. SAID, L'exercice des pouvoirs exceptionnels en Tunisie, R.T.D, 1985, p.369.

62 L'état de siège a été proclamé en Tunisie plusieurs fois pendant le protectorat par les décrets du 8 et 13 novembre 1911, le décret du 2 août 1914, le décret du 9 avril 1938 etc. Pour plus de détails, Voir : A. AHMADI, «Les droits de l'Homme et les libertés publiques en Tunisie», Tunis, 1993, p. 73, (en arabe).

63 Le principal effet de l'état de siège est la substitution des autorités militaires aux autorités administratives civiles pour l'exercice des pouvoirs de police. Voir : J. MORAND-DEVILLER, Droit administratif, L.G.D.J 2017, p.666.

64 Cette théorie a été consacrée par le conseil d'État français dans plusieurs arrêts parmi lesquels on cite l'arrêt Heyriès du 28 juin 1918 et l'arrêt Dol et Laurent du 28 février 1919. Le tribunal administratif tunisien a adopté cette construction jurisprudentielle dans l'arrêt n° 105 du 15 juillet 1977, Mokhtar Trifi, contre ministre de l'éducation nationale, Recueil des décisions du tribunal administratif, p.177.

65 Le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19 adopté par le premier ministre français, disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041728476>.

Il existe dans les droits étrangers une distinction nette entre ces trois régimes de pouvoirs de crise, tel est le cas de l'Algérie ou de la France. La constitution algérienne prévoit et distingue ces trois régimes dans les articles 106 et 107⁶⁶. La constitution française mentionne l'état d'exception et l'état de siège⁶⁷, en revanche, elle reste silencieuse sur l'état d'urgence qui a été instauré par une loi⁶⁸.

Tout comme la constitution de 1959, la constitution tunisienne du 27 janvier 2014 ne vise que l'état d'exception et ne prévoit ni l'état de siège, ni l'état d'urgence. En effet, l'article 80 stipule qu'« en cas de péril imminent menaçant l'intégrité nationale, la sécurité ou l'indépendance du pays et entravant le fonctionnement régulier des pouvoirs publics, le Président de la République peut prendre les mesures qu'impose l'état d'exception, après consultation du Chef du Gouvernement, du Président de l'Assemblée des représentants du peuple et après en avoir informé le Président de la Cour constitutionnelle ».

Il est à noter cependant que l'absence d'une disposition constitutionnelle relative à l'état d'urgence ne fait pas obstacle à la possibilité d'instaurer, par voie législative, ce régime exceptionnel. Rappelons à cet égard que le conseil constitutionnel français a affirmé dans sa décision du 25 janvier 1985, que le fait que la constitution française de 1958 ne prévoit pas l'état d'urgence « n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence pour concilier, les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public »⁶⁹. En se basant sur ces différentes considérations, on peut affirmer que l'article 49 de la constitution de 2014 peut constituer une base constitutionnelle suffisante pour l'adoption d'une loi organisant l'état d'urgence.

Au regard de ce qui précède, il s'avère que le décret de 1978 portant réglementation de l'état d'urgence pose des problèmes de constitutionnalité à plus d'un titre. D'abord, ce décret a fait référence à un texte constitutionnel⁷⁰ relatif à l'état d'exception, opérant ainsi une confusion entre deux régimes exceptionnels distincts. Les décrets déclarant et prorogeant l'état d'urgence pris après l'adoption de la constitution de 2014 se réfèrent tantôt à l'article 80 tantôt à l'article 77. Or, les conditions de fond requises pour la déclaration de l'état d'exception telles que prévues par l'article 80 de la constitution de 2014 (et l'article 46 de la constitution de 1959) n'étant pas réunies dans les cas où a été déclaré l'état d'urgence, il ne fait aucun doute que l'application du décret de 1978 constitue une violation de la constitution. En effet, pour pouvoir mettre en œuvre l'article 80, le péril justifiant le déclenchement de l'état d'exception doit être d'une gravité telle qu'il menace la sécurité du pays et entrave le fonctionnement régulier et normal des pouvoirs publics. Or, force est de constater que ces conditions ne sont pas remplies puisque l'état d'urgence est décrété alors que les pouvoirs publics sont en état de fonctionnement régulier.

66 L'article 106 de la constitution algérienne stipule que « L'organisation de l'état d'urgence et de l'état de siège est fixée par une loi organique ». L'article 107 de la constitution algérienne dans sa version qui résulte de la révision constitutionnelle du 6 mars 2016 dispose que « Lorsque le pays est menacé d'un péril imminent dans ses institutions, dans son indépendance ou dans son intégrité territoriale, le Président de la République décrète d'état d'exception. L'état d'exception habilite le Président de la République à prendre les mesures que commande la sauvegarde de l'indépendance de la nation et des institutions de la République ».

67 L'état d'exception est prévu dans l'article 16 de la constitution française qui stipule que « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel ». L'état de siège est inscrit dans l'article 36.

68 La loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. Cette loi a été modifiée par les lois du 20 novembre 2015, du 21 juillet 2016, du 19 décembre 2016 et du 11 juillet 2017.

69 Décision du conseil constitutionnel français n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Rec, p.43. Dans cette décision, les requérants estimaient que faute d'être inscrit dans la constitution, l'état d'urgence ne saurait être instauré par la loi compte tenu des atteintes aux libertés publiques qu'il comporte. Cet argument a été écarté par le conseil constitutionnel.

70 Il s'agit de l'article 46 de la constitution du 1 juin 1959 qui dispose que « En cas de péril imminent menaçant les institutions de la République, la sécurité et l'indépendance du pays et entravant le fonctionnement régulier des pouvoirs publics, le Président de la République peut prendre les mesures exceptionnelles nécessitées par les circonstances (...) ».

Ensuite et eu égard à son caractère fondamentalement restrictif des droits et libertés, le régime de l'état d'urgence ne peut être réglementé que par une loi conformément aux dispositions des articles 65⁷¹ et 49 de la constitution de 2014. Il s'ensuit que régir cet état de crise par un simple décret est contraire à la constitution et constitue une atteinte grave aux droits et libertés fondamentaux. Pour garantir le respect des exigences de l'article 49, il faut abroger le décret de 1978 et adopter une loi organisant l'état d'urgence d'autant plus que ledit décret, toujours en vigueur, constitue le fondement juridique sur lequel s'appuient les pouvoirs publics pour la proclamation de l'état d'urgence même après l'adoption de la constitution de 2014. Ainsi, les autorités ont renouvelé de manière ininterrompue⁷² l'état d'urgence instauré dans l'ensemble du pays depuis 2015 suite à une série d'attaques et d'attentats⁷³. Il est toujours en vigueur à l'heure de la rédaction de ce rapport. Le dernier décret présidentiel en date portant déclaration de l'état d'urgence est celui n° 2020-38 du 28 avril 2020⁷⁴. Le décret présidentiel n° 2020-54 du 29 mai 2020 est venu proroger l'état d'urgence pour une période de six mois, à compter du 30 mai 2020⁷⁵.

L'adoption d'une loi organisant l'état d'urgence doit s'inscrire dans l'urgence et constituer une priorité pour la chambre des représentants du peuple d'autant plus qu'en dépit de son inconstitutionnalité incontestable, le décret de 1978 jouit d'une immunité juridictionnelle. Les délais de recours contentieux depuis longtemps expirés, la contestation de ce décret par la voie d'un recours pour excès de pouvoir n'est plus possible. Il ne peut dès lors être contesté que par la voie de l'exception d'illégalité qui peut être soulevée devant le juge judiciaire ou le juge administratif. Le tribunal administratif a jugé que ce décret est contraire à la constitution⁷⁶, il a même exhorté, dans ses arrêts⁷⁷, le législateur à adopter une loi fixant le régime de l'état d'urgence conformément aux prescriptions des articles 49 et 65 de la constitution de 2014. Six ans après l'adoption de la nouvelle constitution, cette loi, tant attendue, n'est toujours pas inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée des représentants du peuple.

1-2 : Décret n° 50 de 1978 : violation des principes de nécessité et de proportionnalité :

Il convient de préciser que les prescriptions de l'article 49 qui posent les limites aux limitations des libertés et droits fondamentaux, s'adressent au législateur et non au pouvoir réglementaire. Cela étant, nous nous sommes attelés, dans le cadre de ce rapport, à confronter les dispositions du décret de 1978 imposant des restrictions à la liberté d'aller et venir avec les prescriptions de l'article 49 pour une double raison : d'abord, parce que même si l'état d'urgence est actuellement organisé par décret, il n'en reste pas moins que la matière, elle, est législative. Ensuite, l'analyse des dispositions du décret a pour but de révéler les vices d'inconstitutionnalité qui entachent les dispositions du décret de 1978 afin d'y remédier dans le cadre de la future législation fixant le régime de l'état d'urgence.

71 L'article 65 de la constitution de 2014 dispose que « sont pris sous forme de loi organique, les textes relatifs aux matières suivantes (...) les libertés et les droits de l'homme ».

72 L'état d'urgence a été décrété par le décret présidentiel n° 2015-251 du 24 novembre 2015. (ce décret fait référence aux articles 77 et 80 de la constitution de 2014), JORT, n°94 du 25 novembre 2015, p.2800.

73 L'état d'urgence a été décrété depuis le 24 novembre 2015, suite à l'attaque terroriste contre un bus de la garde présidentielle.

74 JORT, n°24 du 2 mai 2020, p.898.

75 JORT, n° 49 du 29 mai 2020, p.1149. L'état d'urgence est prorogé sur tout le territoire de la République tunisienne pour une période de 3 mois, et ce, à compter du 31 janvier 2020 jusqu'au 29 avril 2020 par le décret Présidentiel n° 2020-3 du 30 janvier 2020, portant prorogation de l'état d'urgence, JORT, n°9 du 31 janvier 2020, p.365. Ce décret a été pris en application de l'article 77 de la constitution.

76 TA, sursis à exécution, 1^{er} Président, n° 419701, 17 mai 2016 (assignation à résidence)

77 TA, n° 146474 du 2 juillet 2018, Ghaith Gazouani c/ ministre de l'intérieur. Dans cet arrêt on peut lire le considérant suivant « considérant que le décret n° 50 du 26 janvier 1978 apporte des restrictions et des limites à l'exercice de la liberté de circulation et la liberté de choisir son lieu de résidence qui ne sont pas prévues par une loi et ce malgré l'écoulement de 4 ans depuis l'élection de l'assemblée des représentants du peuple, le fait que l'administration se base sur ce texte réglementaire pour fonder des mesures qui restreignent les libertés sans que ces restrictions soient prévues par un texte législatif qui encadre les conditions de leur mise en œuvre, constitue une violation de la constitution ». (c'est nous qui traduisons).

L'état d'urgence peut justifier des restrictions aux droits et libertés au premier rang desquels figure la liberté d'aller et venir. En effet, le décret de 1978 accorde aux gouverneurs le pouvoir de prescrire des interdictions de la circulation des personnes ou des véhicules et des interdictions de séjour. Il habilite également le ministre de l'Intérieur à prononcer des assignations à résidence. Ces mesures administratives sont édictées sans l'autorisation préalable d'un juge.

1-2-1 : L'interdiction de la circulation des personnes et des véhicules : le couvre-feu

L'article 4 confère aux gouverneurs le pouvoir d'interdire la circulation des personnes et des véhicules dans les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence reçoit application. Ce pouvoir permet au gouverneur de prendre des mesures générales de nature réglementaire pour réglementer la circulation sur le territoire du gouvernorat.

L'article 4 fonde la mesure du couvre-feu, il s'agit d'une mesure administrative préventive qui consiste à interdire la circulation sur la voie publique, en prescrivant aux habitants de la zone concernée de ne pas sortir de leur domicile durant certaines heures. Le couvre-feu constitue dès lors une limitation particulièrement rigoureuse de la liberté d'aller et venir qui doit être conforme aux exigences résultant de l'article 49, elle doit satisfaire les principes de nécessité et de proportionnalité et poursuivre l'un des objectifs constitutionnels dont la liste exhaustive est énoncée à l'article 49. Elle doit être en outre assortie de garanties juridictionnelles effectives.

Aux termes de l'article 4 du décret de 1978, le but recherché par cette mesure est la préservation de la sécurité et l'ordre publics, cette mesure peut dès lors être rattachée à l'objectif constitutionnel de protection de la sécurité publique. Néanmoins, pour qu'elle satisfasse à l'exigence de nécessité, cette restriction doit se justifier au regard des motifs qui ont conduit à la proclamation de l'état d'urgence. On peut douter du respect de cette exigence. En effet, l'article 4 se borne à stipuler que « la déclaration de l'état d'urgence donne pouvoir au gouverneur autant que la sécurité et l'ordre publics l'exigent d'interdire la circulation des personnes ou des véhicules ». Par conséquent, ces dispositions n'établissent pas de lien entre la nature du péril imminent ou de la calamité publique ayant conduit à ce que soit déclaré l'état d'urgence et la menace sur la sécurité et l'ordre publics susceptible de justifier une mesure d'interdiction de la circulation. D'ailleurs, les décisions des gouverneurs décrétant le couvre-feu⁷⁸ pour lutter contre la propagation de l'épidémie Covid-19 (2^{ème} vague) se réfèrent dans leurs visas au décret de 1978⁷⁹ alors qu'il n'est pas certain que l'état d'urgence en vigueur ait été déclaré à cette fin. En effet, il convient de rappeler que depuis les attentats de 2015, l'état d'urgence est renouvelé de manière ininterrompue pour faire face à la menace terroriste, il est proclamé dans le but de répondre à un besoin sécuritaire et non sanitaire. Il résulte de ce qui précède, que l'article 4 du décret de 1978 laisse aux gouverneurs une large marge d'appréciation quant aux motifs pouvant justifier l'imposition du couvre-feu dans le cadre de l'état d'urgence, ce qui n'est pas de nature à assurer la protection de la liberté d'aller et venir d'autant plus que l'infraction du couvre-feu est punie d'une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à deux ans de prison⁸⁰. D'ailleurs, il convient de souligner dans ce contexte que plusieurs pays tels que la France⁸¹, le Maroc ou le Japon⁸² se sont dotés d'un dispositif juridique d'exception spécifique pour faire face à la pandémie et n'ont pas activé le régime d'état d'urgence « sécuritaire ».

78 Pour faire face à la 2^{ème} vague de la Covid-19, un couvre-feu a été décrété au mois d'octobre dans plusieurs gouvernorats : Sousse, Sfax, Monastir, Bizerte, les gouvernorats du Grand Tunis, Kébili etc.

79 Voir à titre d'exemple l'arrêté du gouverneur de Sfax en date du 29 octobre 2020.

80 En vertu des dispositions de l'article 9 du décret de 1978.

81 Antonin Gelblat et Laurie Marguet, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, avril 2020. <https://doi.org/10.4000/revdh.9066>

82 Eugénie Mérieau, Pouvoirs de quarantaine et contentieux du confinement : quelques leçons d'Asie, RDLF 2020 chron. n°48.

Se pose alors la question de savoir si l'état d'urgence tel que défini par le décret de 1978 peut être proclamé pour faire face à une crise sanitaire. Selon l'article premier du décret de 1978, l'état d'urgence peut être déclaré en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, ou en cas d'événements présentant par leur gravité le caractère de calamité publique. La notion d'ordre public telle définie en droit administratif couvre trois objectifs à savoir la sécurité publique, la tranquillité publique et la santé publique. Quant à la calamité publique, elle peut consister en une pandémie mettant en danger la santé de la population. Par conséquent, le régime d'état d'urgence peut être activé pour faire face à la propagation d'une épidémie⁸³. Néanmoins, le décret de 1978 n'accorde à aucune autorité centrale le pouvoir d'interdire la circulation sur le plan national. Se pose alors la question du fondement juridique des décisions instaurant le couvre-feu prises par le président de la République. Il sied dans ce cadre de distinguer entre les couvre-feux décrétés pour des raisons sécuritaires, et ceux instaurés pour faire face à la crise sanitaire. Les premiers accompagnent généralement la déclaration de l'état d'urgence, tel que le couvre-feu décrété par le président de la République le 24 novembre 2015 dans le Grand Tunis suite à l'attaque contre un bus de la garde présidentielle⁸⁴. Il est permis de s'interroger sur le fondement juridique de ce couvre-feu. En effet, le décret de 1978 ne confère pas au président de la République le pouvoir d'interdire la circulation, ce pouvoir est reconnu uniquement aux gouverneurs. En même temps, le décret de 1978 renvoie dans ses visas à l'article 46 de la constitution de 1959 qui est l'équivalent de l'article 80 de la constitution de 2014, les décrets présidentiels décrétant l'état d'urgence font également référence à l'article 80. Il va sans dire que la confusion entre le régime d'état d'urgence et celui d'état d'exception altère la cohérence et la lisibilité du dispositif juridique mis en place.

Quant aux décrets présidentiels pris dans le cadre de la lutte contre la propagation de la pandémie Covid-19, il est à noter que ces textes ne font aucune référence au décret de 1978 relatif à l'état d'urgence. En effet, pour faire face à la crise sanitaire, le président de la République a pris deux décrets : le premier instaurant le couvre-feu national⁸⁵, le second limitant la circulation des personnes et des rassemblements hors des horaires du couvre-feu et déclarant de ce fait un confinement sanitaire général⁸⁶. Ces deux décisions se réfèrent uniquement à l'article 80 de la constitution⁸⁷. Selon certains commentateurs, le premier décret aurait activé de manière implicite l'état d'exception⁸⁸. Cette thèse prête à discussion⁸⁹. Quoi qu'il en soit, il ne fait pas de doute que l'ambiguïté des textes pose un problème de conformité à l'article 49. L'article 49 impose que toute restriction à une liberté fondamentale soit prévue par la loi. Selon la Cour européenne des droits de l'Homme « les mots « prévue par la loi » (...) imposent non seulement que la mesure incriminée ait une base en droit interne, mais visent aussi la qualité de la loi en cause »⁹⁰. Partant, la condition de forme posée par l'article 49 ne doit pas être regardée comme satisfaite du seul fait que la restriction soit posée par la loi, mais encore faut-il que la loi réponde à certaines exigences de qualité : l'intelligibilité, la clarté, la précision. Ces

83 Il sied toutefois de souligner que la possibilité d'activation de l'état d'urgence pour lutter contre un danger sanitaire n'occulte pas le fait que les mesures prévues par ce régime ne sont pas forcément adaptées à cette finalité.

84 Le même jour, l'état d'urgence est proclamé par le décret présidentiel n° 2015-251 du 24 novembre 2015, JORT, n°94 du 25 novembre 2015, p.2800.

85 Décret n° 24 du 18 mars 2020, JORT, n°23 du 20 mars 2020, p.750. Ce décret a instauré un couvre-feu sur le territoire de la République de six heures du soir à six heures du matin.

86 Décret n° 28 du 22 mars 2020, JORT, n° 24 du 22 mars 2020, p.762. L'article premier de ce décret stipule que « la circulation des personnes et des véhicules est interdite sur tout le territoire de la République, en dehors des horaires prévus par le décret présidentiel n° 2020-24 susvisé, sauf pour subvenir à leurs besoins essentiels ou pour des raisons de santé urgente ».

87 Il est à rappeler qu'à la date de la promulgation desdits décrets, l'état d'urgence était en vigueur en application du décret 2020-3 du 30 janvier 2020 prorogeant l'état d'urgence (proclamé par le décret n°2019-239 du 27 décembre 2019) pour une période de trois mois à compter du 31 janvier 2020. L'état d'urgence a été par la suite renouvelé par le décret n° 2020-38 du 28 avril 2020 et prorogé par le décret présidentiel n° 2020-54 du 29 mai 2020 pour une période de six mois, à compter du 30 mai 2020.

88 « La réponse tunisienne à la pandémie Covid-19, quand l'état d'exception se superpose à l'état d'urgence », Avocats sans frontières, 1 juillet 2020.

89 Les conditions de fond cumulatives de mise en œuvre de l'article 80 ne sont pas remplies, voir dans ce sens, BEAUD Olivier, « La surprenante invocation de l'article 16 dans le débat sur le report du second tour des élections municipales, JP blog, le blog de *Jus Politicum*, revue internationale de droit constitutionnel, 23 mars 2020.

90 CEDH, affaire Navalnyy c. RUSSIE, 15 novembre 2018, § 114.

exigences ne sont pas respectées par les textes relatifs aux mesures d'interdiction de la circulation. Plus encore, les textes instaurant ces restrictions sont de nature réglementaire ce qui constitue une violation de l'article 49⁹¹.

Mis à part la condition de forme, la conformité de la mesure de couvre-feu à l'article 49 exige que soient respectées certaines conditions de fond. La mesure de couvre-feu doit être adaptée, nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi dans son contenu, sa durée, sa plage horaire et son ampleur géographique.

S'agissant d'abord du contenu, l'interdiction de la circulation ne doit pas revêtir un caractère absolu, la décision instaurant le couvre-feu doit prévoir des dérogations correspondant à des déplacements indispensables (pour des raisons sanitaires ou professionnelles par exemple).

S'agissant ensuite de la durée, la mesure doit être limitée dans le temps et prendre fin sans délai dès qu'elle ne sera plus strictement nécessaire⁹². De plus, et ainsi que l'a affirmé le juge constitutionnel allemand dans le cadre du contrôle des mesures de confinement sanitaire⁹³ *«les restrictions de sortie nécessitent d'être accompagnées d'un contrôle de leur justification. Plus leur durée est longue, plus les exigences doivent être élevées en ce qui concerne leur justification»*.

La plage horaire du couvre-feu est également un élément à prendre en compte pour mesurer la proportionnalité de cette mesure. Ainsi, toute interdiction générale constitue une restriction disproportionnée qui porte atteinte à la substance même de la liberté d'aller et venir. Raison pour laquelle, le couvre-feu doit se limiter à un certain nombre d'heures par jour. Aussi, le respect du principe de proportionnalité implique de moduler les horaires d'interdiction selon les zones géographiques concernées en fonction du danger qu'elles représentent pour la finalité poursuivie.

Concernant enfin l'application géographique du couvre-feu, l'interdiction de circulation doit être adaptée aux finalités poursuivies et motivée par des circonstances locales particulières. Ainsi, le couvre-feu peut être décrété dans tout le département ou dans certaines zones seulement⁹⁴. D'ailleurs, dans le cadre du contentieux relatif aux couvre-feux décrétés par les préfets pour endiguer la pandémie Covid-19, le juge administratif français a suspendu les arrêts qui ne se justifient pas au regard de la situation sanitaire de la zone concernée. L'absence d'éléments démontrant une ampleur de regroupements nocturnes de personnes et une propagation importante du virus conduit le juge à censurer la mesure du couvre-feu⁹⁵. De plus, le juge administratif français a suspendu les arrêts imposant le couvre-feu de manière indifférenciée sans tenir compte des circonstances locales. Ainsi, il a pu juger que *«l'arrêté en litige s'applique ainsi indistinctement à l'ensemble des communes de la métropole, qui n'ont par conséquent pas été choisies à partir de critères croisés, tels notamment la densité, le taux d'incidence, les axes routiers, la continuité géographique, le bassin de vie ou le taux d'équipement. Il en résulte, ainsi que le soutiennent les requérants, que la mesure de couvre-feu ainsi décidée de manière indifférenciée sur l'ensemble du territoire de la Métropole manque de lisibilité au regard du caractère nécessaire, adapté et proportionné de la mesure de « couvre-feu »*⁹⁶.

91 Il convient de souligner que dans le cadre la mise en œuvre du régime de l'état d'exception, le président de la République peut intervenir en matière législative par décrets, ces décrets ont une valeur législative et sont insusceptibles de recours. Cette solution découle de la décision du Conseil d'État français, Rubin de Servens, 2 mars 1962.

92 Ainsi à titre d'exemple, le couvre-feu a été décrété pour faire face à la pandémie dans toutes les délégations de Sousse et Monastir à partir de jeudi 1^{er} octobre et ce pour 15 jours. Il a été prolongé de 10 jours du 16 octobre au 25 du même mois. Par un arrêté en date du 25 octobre 2020 la gouverneure de Sousse a décidé de prolonger le couvre-feu dans toutes les délégations pour une durée de dix jours.

93 Cour constitutionnelle de la Sarre, arrêté du 28 avril 2020, LV7/20.

94 Dans plusieurs départements le couvre-feu instauré pour lutter contre la 2^{ème} vague de la Covid-19 est partiel et ne concerne que quelques délégations ; Nabeul, Zaghouan, Jendouba, Gafsa, etc...

95 Tribunal administratif de La Martinique, Ordonnance n°2000232 du 15 mai 2020. Le tribunal a jugé que « le nombre de cas positif sur les sept derniers jours est de 7. Dans ces conditions, eu égard à la situation sanitaire observée, l'interdiction du déplacement de toute personne entre 21 heures et 4 heures ne peut être regardée comme nécessaire aux objectifs de sauvegarde de la santé publique et de prévention des troubles à l'ordre public. Ainsi, malgré les exceptions qu'il comporte, l'article 1er de l'arrêté contesté porte à la liberté d'aller et de venir une atteinte grave et manifestement illégale ».

96 Tribunal administratif de Marseille, ordonnance du 24 octobre 2020, le tribunal a suspendu l'arrêté du Préfet des Bouches-du Rhône du 17 octobre 2020 décrétant le couvre-feu sur l'ensemble du territoire de la Métropole Aix-- Marseille-Provence.

Or, force est de constater que l'article 4 du décret de 1978 ne fournit aucune précision quant au contenu, la durée et la plage horaire de la mesure d'interdiction de la circulation. Ces différents éléments, pourtant conditionnant la nécessité et la proportionnalité de la mesure, sont laissés à l'entière discrétion de l'administration. Il s'ensuit que le couvre-feu peut être maintenu tant que l'état d'urgence est en vigueur même si les motifs qui ont justifié son instauration ont cessé d'exister. Rappelons à cet égard que le décret de 1978 ne prévoit aucune limite au renouvellement de l'état d'urgence, et que ce régime est en vigueur de manière presque ininterrompue depuis 2015. Au vu de ces éléments, rien dans le texte n'interdit que la mesure du couvre-feu s'éternise. Pour assurer la conformité de cette restriction à l'article 49, il convient d'intégrer dans le texte les conditions de nécessité et de proportionnalité afin d'encadrer le pouvoir d'appréciation des autorités administratives. Dans ce cadre, on peut se référer à titre d'exemple à la rédaction de la loi du 23 mars 2020 instaurant l'état d'urgence sanitaire en droit français⁹⁷. Cette loi autorise le premier ministre « *aux seules fins de garantir la santé publique* » à « *restreindre ou interdire la circulation des personnes et des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par décret* » et « *interdire aux personnes de sortir de leur domicile, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé* ». La loi a pris soin également de préciser que ces mesures « *sont strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires* ».

De plus, il convient de souligner que la mesure d'interdiction de la circulation n'est pas assortie de garanties juridictionnelles appropriées et effectives. En effet, cette mesure peut être contestée par un recours pour excès de pouvoir devant le Tribunal administratif, elle peut également faire l'objet d'une demande de sursis à exécution. Néanmoins, dans le cadre du sursis à exécution, le choix du juge est ramené à deux options : la suspension du couvre-feu ou le rejet de la demande. Le caractère exceptionnel du contexte dans lequel intervient la mesure instaurant le couvre-feu pourrait dissuader le juge d'user de son pouvoir de suspension. Il est à noter à cet égard que certaines législations comparées ont mis en place une voie de recours adaptée à ce type de contentieux. En droit français par exemple, le référé-Liberté est une voie de droit particulièrement efficace caractérisée par la rapidité de la réponse du juge et l'importance de ses pouvoirs⁹⁸. Ainsi, outre la suspension, le juge peut moduler l'interdiction de la circulation dans le temps et dans l'espace, en limiter la portée en restreignant sa plage horaire et en prévoyant de nouveaux motifs de dérogation ce qui permet de garantir le caractère nécessaire et adaptée de la mesure du couvre-feu.

Il résulte de tout ce qui précède que les dispositions de l'article 4 ne sont pas conformes aux prescriptions de l'article 49 de la constitution.

1-2-2 : Les interdictions de séjour :

L'article 4 du décret de 1978 confère aux gouverneurs le pouvoir « d'interdire le séjour à toute personne cherchant à entraver de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics ». L'interdiction de séjour est une mesure attentatoire au droit de choisir librement son lieu de résidence consacré par l'article 24 de la constitution de 2014. Ce droit constitue une composante essentielle de la liberté d'aller et venir. D'ailleurs, dans son observation générale n° 27 relative à la liberté de circulation, le Comité des droits de l'Homme de l'ONU a affirmé que « le droit de choisir librement son lieu de résidence dans le territoire d'un État comprend le droit d'être protégé contre toute forme de déplacement forcé et contre toute interdiction d'accès ou de séjour dans l'une quelconque des parties du territoire ».

⁹⁷ Article 2 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, JORF n° 0072 du 24 mars 2020

⁹⁸ Pour plus de détails sur cette voie de recours Voir : Jean-Luc Rongé, L'évolution du référé administratif, Association jeunesse et droit | « Journal du droit des jeunes », 2001/7 N° 207 | pages 27 à 29, disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2001-7-page-27.htm>

Il est à noter que l'interdiction de séjour constitue, en droit tunisien, une peine pénale complémentaire⁹⁹ qui peut être prononcée par le juge pénal dans certains cas prévus par la loi. L'article 22 du code pénal en donne la définition suivante « l'interdiction de séjour consiste dans la défense faite au condamné de résider ou de paraître dans des lieux ou des régions déterminés par le jugement. Elle est prononcée dans les cas prévus par la loi et ne peut excéder vingt ans ». Cette mesure est donc de nature répressive, elle intervient après une condamnation.

Néanmoins, aux termes de l'article 4 du décret de 1978, l'interdiction de séjour peut être décidée par le gouverneur sans l'autorisation préalable d'un juge. Il s'agit d'une mesure préventive de police administrative. L'article 4 du décret permet au gouverneur de prononcer cette mesure à l'encontre de toute personne qui cherche à entraver l'action des pouvoirs publics de quelque manière que ce soit alors même que le comportement de la personne visée ne constitue pas une menace pour l'ordre et la sécurité publics. Cette disposition méconnaît manifestement le principe de nécessité. D'ailleurs, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le conseil constitutionnel français a été amené à se prononcer sur la constitutionnalité de la disposition de la loi de 1955 relative à l'état d'urgence qui octroie aux préfets le pouvoir d'interdiction de séjour selon une formulation presque identique à celle figurant à l'article 4 du décret de 1978. Il a jugé que les interdictions de séjour portent atteinte à la liberté d'aller et venir et sont contraires à la constitution. Le conseil constitutionnel a estimé que la loi doit prévoir davantage de garanties. Il a considéré qu'en « prévoyant qu'une interdiction de séjour peut être prononcée à l'encontre de toute personne « cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics », le législateur a permis le prononcé d'une telle mesure sans que celle-ci soit nécessairement justifiée par la prévention d'une atteinte à l'ordre public »¹⁰⁰. Il est à noter également que l'article 4 du décret de 1978 ne fixe pas la durée de l'interdiction. Plus encore, cet article ne détermine pas le territoire sur lequel elle s'applique et n'exclut pas le domicile et le lieu de travail de l'intéressé du territoire pouvant être visé par l'interdiction. En somme, la formulation trop large de ce pouvoir octroyé aux gouverneurs peut être source d'arbitraire dès lors que les impératifs constitutionnels de nécessité et de proportionnalité imposés par l'article 49 ne sont pas respectés.

1-2-3 : Les assignations à résidence

Aux termes de l'article 5 du décret de 1978, le ministre de l'Intérieur peut « prononcer l'assignation à résidence dans une circonscription territoriale ou une localité déterminée, de toute personne, résidant dans une des zones couvertes par l'état d'urgence dont l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics desdites zones ». Même si les assignations à résidence sont prévues pour répondre à un but légitime de sécurité ou de santé publiques, encore faut-il qu'elles soient nécessaires dans un État civil et démocratique pour atteindre ces buts légitimes. En réalité, il n'en est rien.

En effet, l'article 5 ne contient pas une description suffisamment précise des comportements considérés comme dangereux pour la sécurité et l'ordre publics, et n'établit aucun lien entre la conduite de la personne visée par cette

99 Prévue par l'article 5 du code pénal. C'est le cas aussi dans plusieurs autres pays tels que la France, le Canada, les États unis, pour plus de détails voir : L. BONPY, « Interdictions de séjour. Une analyse de géographie pénale », *Champ pénal/Penalfield* [En ligne], 16 | 2019, mis en ligne le 11 mars 2019, consulté le 17 mars 2020. URL : <http://journals.openedition.org/champpenal/10351> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/champpenal.10351>

100 Décision n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017. Le conseil constitutionnel a estimé que « le législateur n'a soumis cette mesure d'interdiction de séjour, dont le périmètre peut notamment inclure le domicile ou le lieu de travail de la personne visée, à aucune autre condition et il n'a encadré sa mise en œuvre d'aucune garantie. ». Partant de ce constat, il a déclaré que les dispositions contestées « n'assurent pas une conciliation équilibrée entre, d'une part, l'objectif constitutionnel de sauvegarde de l'ordre public et, d'autre part, la liberté d'aller et de venir et le droit de mener une vie familiale normale ».

Des modifications ont été apportées à cette disposition par la loi française du 31 juillet 2017 pour assurer sa conformité à la constitution. La nouvelle rédaction permet au préfet « d'interdire le séjour dans tout ou partie du département à toute personne à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics. L'arrêté énonce la durée, limitée dans le temps, de la mesure, les circonstances précises de fait et de lieu qui la motivent, ainsi que le territoire sur lequel elle s'applique, qui ne peut inclure le domicile de la personne intéressée ».

mesure et les motifs qui ont justifié la déclaration de l'état d'urgence. Le libellé vague de cet article permet de prononcer des assignations à résidence pour d'autres motifs que ceux ayant conduit à déclarer l'état d'urgence, ce qui constitue une violation du principe de nécessité. Ainsi, et bien que l'état d'urgence ait été proclamé et régulièrement renouvelé depuis les attentats de 2015 pour faire face à la menace terroriste, l'article 5 a pu fonder l'assignation à résidence de personnes qui n'ont pas été reconnues pénalement coupables d'actes liés au terrorisme, ni fait l'objet de poursuites pour ces mêmes motifs¹⁰¹.

En outre, les dispositions de l'article 5 ne fixent pas avec suffisamment de précision les modalités de mise en œuvre de cette mesure restrictive¹⁰². Aucune limite au nombre de renouvellements d'une telle mesure n'a été fixée. Les termes utilisés pour définir le périmètre territorial de l'assignation sont obscurs et ambigus, ce périmètre peut être « une circonscription territoriale » ou une « localité ». Il s'ensuit que la généralité des termes utilisés ne permet de circonscrire les assignations à résidence ni dans le temps et ni dans l'espace et n'assure pas de ce fait une conciliation équilibrée entre les limites à la liberté d'aller et venir et les objectifs poursuivis. En laissant un pouvoir discrétionnaire aux autorités de police étendu et non encadré, les dispositions de l'article 5 méconnaissent le principe de proportionnalité énoncé dans l'article 49 de la constitution.

Il convient de relever également que la mise en œuvre des assignations à résidence et des interdictions de séjour n'est pas entourée de garanties suffisantes, le décret n'exige pas la motivation de ces mesures et n'impose pas leur notification sans délais aux personnes concernées, aucune voie de recours appropriée n'a été prévue par le décret¹⁰³. La pratique a révélé que plusieurs personnes tombant sous le coup de certaines de ces mesures, n'en prennent connaissance qu'à l'occasion d'un contrôle d'identité¹⁰⁴ ce qui constitue une violation de la constitution d'autant plus que l'inobservation de ces mesures est sanctionnée par une peine privative de liberté. En effet, l'article 9 du décret de 1978 prévoit, en cas d'infraction des obligations ou des interdictions prescrites par les autorités administratives, une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à deux ans de prison. Outre que cette disposition constitue une violation du principe de légalité des peines pénales¹⁰⁵, elle méconnaît le principe de proportionnalité des peines. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler que l'inobservation des mesures de surveillance administrative et des interdictions de séjour prononcées par le juge pénal à titre de peines pénales complémentaires est sanctionnée par un emprisonnement d'un an seulement¹⁰⁶.

1-3 : Atteinte à la substance de la liberté d'aller et venir

Aux termes des articles 2 et 3 du décret de 1978, l'état d'urgence est proclamé par décret pour une durée maximum de 30 jours. La prorogation de l'état d'urgence intervient également par un simple décret. Le décret de 1978

101 Pour plus de détails consulter le Rapport d'Amnesty International : « *Nous ne voulons plus avoir peur, Tunisie violations des droits humains sous l'état d'urgence* », 2017, p.42 et s.

102 Dans sa décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, le Conseil constitutionnel français a déclaré que tant par leur objet que par leur portée, ces dispositions ne comportent pas de privation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution. Toutefois, il a également jugé que la plage horaire maximale de l'astreinte à domicile dans le cadre de l'assignation à résidence, fixée à douze heures par jour, ne saurait être allongée sans que l'assignation à résidence soit alors regardée comme une mesure privative de liberté, dès lors soumise aux exigences de l'article 66 de la Constitution.

103 Ces mesures peuvent être contestées par les voies de droit commun, elles peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif. Le requérant peut également demander le sursis à exécution de la décision attaquée.

104 Rapport Amnesty international 2017, « *Nous ne voulons plus avoir peur : Tunisie violations des droits humains sous l'état d'urgence* », p.44.

105 L'article 28 de la constitution de 2014 dispose que « La peine est personnelle et ne peut être prononcée qu'en vertu d'un texte de loi antérieur ». L'article 65 de la constitution dispose que « sont pris sous forme de loi ordinaire les textes relatifs à (...) la détermination des crimes et délits et aux peines qui leur sont applicables, ainsi qu'aux contraventions sanctionnées par une peine privative de liberté ».

106 L'article 150 du code pénal dispose que « est puni de l'emprisonnement pendant un an, le condamné qui contrevient à l'interdiction de séjour, ou qui placé sous la surveillance administrative enfreint les obligations qui y sont attachées ».

n'impose aucune durée précise quant à la prorogation de l'état d'urgence. En concentrant la proclamation et la prolongation de l'état d'urgence entre les mains de l'exécutif, le décret de 1978 peut être la source de tous les abus, il peut fonder des restrictions disproportionnées aux objectifs poursuivis quand bien même ils sont légitimes. En effet, des renouvellements peuvent se succéder indéfiniment¹⁰⁷, ils relèvent du seul pouvoir discrétionnaire du président de la République qui a une compétence exclusive pour mettre en œuvre l'état d'urgence. Les restrictions à la liberté d'aller et venir prononcées par les autorités administratives telles que les assignations à résidence ou les interdictions de séjour peuvent se prolonger dans le temps et entraîner une privation de la liberté d'aller et venir portant ainsi atteinte à la substance même de cette liberté fondamentale.

En vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'assignation à résidence peut être considérée dans certaines situations, au vu de son degré d'intensité, comme une privation de liberté au sens de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹⁰⁸. En effet, la Cour a estimé que « les simples restrictions à la liberté de circulation ne sont pas couvertes par l'article 5 mais relèvent de l'article 2 § 1 du Protocole n°4 ». Elle a fait observer qu'en proclamant le « droit à la liberté », l'article 5 de la convention européenne des droits de l'Homme vise la liberté physique de la personne, il a pour but d'assurer que nul n'en soit dépouillé de manière arbitraire. Ledit article ne concerne pas les simples restrictions à la liberté de circuler lesquelles obéissent à l'article 2 du Protocole n°4. Elle a considéré, cependant, que « la distinction entre restriction à la liberté de circulation et privation de liberté n'est qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence ». Ainsi, la Cour a eu soin de préciser que pour déterminer si une mesure constitue une simple restriction de la liberté de circulation ou une privation de liberté, il faut partir de la situation concrète de la personne concernée et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée¹⁰⁹. Partant, la Cour a estimé que si l'assignation à résidence est considérée comme une restriction à la liberté de circulation, il n'en demeure pas moins que lorsqu'elle se prolonge dans le temps, emporte une interdiction de quitter le domicile pendant une plage horaire trop longue et prive la personne concernée de rapports sociaux, cette mesure n'est plus appréhendée comme une simple restriction de la liberté de circulation mais comme une privation de la liberté au sens de l'article 5 car elle ressemble dans ce cas « à un internement dans une prison ouverte »¹¹⁰.

Au vu de ces éléments, il est possible d'affirmer qu'en permettant des prorogations successives des mesures individuelles restrictives de la liberté d'aller et venir sans fixer leur durée cumulée maximale, le décret de 1978 vide la liberté d'aller et venir de sa substance. Aussi, convient-il de le rappeler, les décrets présidentiels déclarant ou

107 L'état d'urgence a été décrété en 2015 par le décret présidentiel n° 251 du 24 novembre 2015 et prorogé par le décret présidentiel n° 262 du 21 décembre 2015. Et depuis il a été renouvelé de manière constante par les décrets suivants : Décret présidentiel n° 15 du 22 février 2016 proclamant l'état d'urgence, décret présidentiel n°31 du 22 mars 2016 prorogeant l'état d'urgence. Décret présidentiel n° 80 du 20 juin 2016 déclarant l'état d'urgence. Décret n°113 du 16 septembre 2016 déclarant l'état d'urgence, décret présidentiel n°119 du 17 octobre 2016 prorogeant l'état d'urgence. Décret présidentiel n°3 du 17 janvier 2017 portant déclaration de l'état d'urgence. Décret présidentiel n°73 du 16 mai 2017 portant déclaration de l'état d'urgence, décret présidentiel n°80 du 14 juin 2017 prorogeant l'état d'urgence. Décret présidentiel n°195 du 12 octobre 2017 portant déclaration de l'état d'urgence, décret n° 222 du 10 novembre 2017 prorogeant l'état d'urgence. Décret présidentiel n°11 du 9 février 2018 portant déclaration de l'état d'urgence, décret n°22 du 9 mars 2018 prorogeant l'état d'urgence (pour une période de 7 mois à compter du 12 mars jusqu'au 7 octobre 2018). Décret présidentiel n°110 du 5 octobre 2018 proclamant l'état d'urgence, décret n° 22 du 5 novembre 2018 prorogeant l'état d'urgence (prorogation d'un mois). Décret n° 129 du 5 décembre 2018 portant déclaration de l'état d'urgence, décret n°4 du 4 janvier 2019 prorogeant l'état d'urgence (pour la durée d'un mois). Décret n° 25 du 4 février 2019 portant proclamation de l'état d'urgence, décret n° 35 du 6 mars 2019 prorogeant l'état d'urgence (un mois). Décret n° 53 du 5 avril 2019 portant déclaration de l'état d'urgence présidentiel, décret n° 82 du 3 mai 2019 prorogeant l'état d'urgence (un mois). Décret n°104 du 3 juin 2019 portant proclamation de l'état d'urgence, décret n° 112 du 5 juillet 2019 prorogation de l'état d'urgence. Décret présidentiel n° 134 du 1 août 2019 portant déclaration de l'état d'urgence prorogé par le décret n° 149 du 30 août 2019 (4 mois). Décret présidentiel n° 2019-239 du 27 décembre 2019 portant proclamation de l'état d'urgence prorogé par le décret n° 3 du 30 janvier 2020. Décret présidentiel n° 2020-38 du 28 avril 2020 portant proclamation de l'état d'urgence prorogé par le décret n° 2020-54 du 29 mai 2020 (6 mois).

108 Voir, CEDH, Mancini c. Italie, no 44955/98, §17, CEDH 2001-IX, Lavents c. Lettonie, no 58442/00, §§ 64-66, 28 novembre 2002 ; Nikolova c. Bulgarie (no 2), no 40896/98, § 60, 30 septembre 2004 ; Ninescu c. République de Moldova, no 47306/07, § 53, 15 juillet 2014, et Delijorgji c. Albanie, no 6858/11, § 75, 28 avril 2015.

109 CEDH, Guzzardi c. Italie, 6 novembre 1980, §§ 92-93, série A no 39.

110 CEDH, Guzzardi c. Italie, 6 novembre 1980, § 95.

prorogant l'état d'urgence seraient fort probablement insusceptibles de recours devant le juge administratif. Même si le Tribunal administratif n'a pas eu à se prononcer sur cette question, il y a tout lieu de croire au vu des solutions consacrées par sa jurisprudence que ces actes seront considérés comme constitutifs d'actes de gouvernement¹¹¹, lesquels jouissent d'une immunité juridictionnelle¹¹².

Pour conclure sur ce point nous dirons que dans un État de droit, un régime de pouvoirs exceptionnels doit avoir des effets limités dans le temps et dans l'espace. Néanmoins, l'état d'urgence, qui est par définition un régime d'exception, s'installe dans la durée, il perd ainsi son caractère exceptionnel pour s'inscrire dans un état de permanence qui ne dit pas son nom¹¹³. La nature et l'ampleur de la menace terroriste à l'ère du terrorisme mondialisé a entraîné une déformation sécuritaire du régime de l'état d'urgence. Or, au lieu de se servir de l'arsenal des mesures juridiques de l'état d'urgence pour faire face à cette menace persistante, il faudrait plutôt recourir à des instruments de lutte permanents en leur donnant un fondement légal, voire même constitutionnel, durable¹¹⁴.

2 - Le projet de loi organique n°91/2018 portant organisation de l'état d'urgence :

Un projet de loi organique portant organisation de l'état d'urgence¹¹⁵ a été déposé à l'Assemblée des représentants du peuple en novembre 2018, il a été examiné¹¹⁶ par la Commission des droits et libertés et des relations extérieures qui a établi son rapport en mai 2019. Il convient de noter que le projet dans sa rédaction initiale a soulevé de vives critiques de la part de la société civile. Parsemé de dispositions inconstitutionnelles, le projet est considéré comme un texte liberticide. Partant de ce constat partagé, la Commission des droits et libertés et des relations extérieures y a apporté plusieurs modifications. Notre analyse portera sur le projet adopté par la commission qui traduit la volonté de cette dernière de se conformer aux impératifs constitutionnels de l'article 49. Mais malgré les avancés réalisées, force est de constater que des zones d'ombre et des inconstitutionnalités persistent.

2-1 : Le respect du critère de légalité :

Comparé au décret de 1978, le projet adopté par la commission constitue une avancée dans la mise en conformité du régime de l'état d'urgence avec les dispositions de l'article 49 tant au niveau de la forme du texte qu'au niveau de son contenu. En effet, le texte organisant l'état d'urgence prendra la forme d'une loi organique. Cette forme permet d'assurer le respect non seulement des prescriptions de l'article 49 mais également des dispositions de l'article 65 de la constitution qui exigent que les textes relatifs aux droits et libertés prennent la forme de loi

111 Les actes de gouvernement sont les actes émanant du pouvoir exécutif et qui sont soustraits de tout recours contentieux. La théorie des actes de gouvernement est d'origine jurisprudentielle. Elle a été consacrée par le Tribunal administratif dans l'arrêt n°325 du 14 avril 1981, Pierre Flanco contre ministre de l'Agriculture, Recueil, p.110.

112 Aucun recours dirigé contre les décrets présidentiels déclarant ou prorogant l'état d'urgence n'a été porté devant le Tribunal administratif. Rappelons à cet égard, que le conseil d'État français a écarté les décrets proclamant l'état d'urgence du champ des actes de gouvernement et a admis la recevabilité des recours dirigés contre ces actes : CE, ordonnance du 27 janvier 2016, « Ligue des droits de l'homme ». Dans le même sens v. CE, 9 décembre 2005, Rolin. Néanmoins, le juge administratif français a refusé de suspendre l'état d'urgence en déclarant que le président de la république a « un large pouvoir d'appréciation pour faire ou non usage de la faculté qui lui est reconnue par la loi de mettre fin à l'état d'urgence », CE, ordonnance du 27 janvier 2016, « Ligue des droits de l'homme ».

113 S. PIERRE-CAPS, Constitutionnaliser l'état d'urgence ?, IRENEE / Université de Lorraine/ « Civitas Europa, 2016/1, p.150. Disponible en ligne sur l'adresse <https://www.cairn.info/revue-civitas-europa-2016-1-page-141.htm>.

114 Voir dans ce sens l'avis du conseil d'État français sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la nation.

A titre d'exemple, l'article 55 (alinéa 2) de la constitution espagnole stipule que « Une loi organique peut déterminer la forme et les cas où, à titre individuel et avec la nécessaire intervention de la justice et un contrôle parlementaire adéquat, les droits reconnus aux articles 17 (paragraphe 2) et 18 (paragraphe 2 et 3) peuvent être suspendus pour certaines personnes, en relation avec les recherches concernant l'activité de bandes armées ou d'éléments terroristes. L'utilisation injustifiée ou abusive des facultés reconnues par cette loi organique entraînera la responsabilité pénale pour violation des droits et des libertés reconnus par la loi ».

115 Projet de loi organique n°91/2018, disponible sur le site de l'assemblée des représentants du peuple.

116 Depuis le 18 janvier 2019.

organique. Il ne fait pas de doute que l'organisation du régime d'état d'urgence par une loi organique constitue une garantie importante compte tenu de la spécificité de la procédure d'adoption de cette catégorie de lois. En effet, aux termes de l'article 64 de la constitution, les projets de loi organique ne peuvent être soumis à la délibération en séance plénière qu'à l'expiration d'un délai de 15 jours après leur dépôt auprès de la commission de l'ARP compétente. En outre, la majorité requise pour l'adoption de ces lois est la majorité absolue¹¹⁷.

Il sied également de souligner que la base constitutionnelle de l'instauration d'un régime d'état d'urgence à laquelle le projet fait référence est l'article 49¹¹⁸. Ce choix est pertinent car l'article 80 ne saurait constituer un fondement à la proclamation de l'état d'urgence dans tous les cas où, en dépit de la gravité de la menace et le caractère exceptionnel de la situation, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics n'est pas entravé.

2-2 : Le projet adopté par la commission : une avancée dans la mise en conformité des restrictions de la liberté d'aller et venir aux dispositions de l'article 49 :

A la lecture du projet de loi adopté par la commission, on constate une amélioration du régime des restrictions de la liberté d'aller et venir. Certaines mesures portant atteinte à la liberté d'aller et venir prévues dans le décret de 1978 et figurant dans le projet initial soumis à la commission ont été abandonnées dans la version adoptée par cette dernière, il s'agit des interdictions de séjour et de la réglementation du séjour des personnes. Aussi, la disposition figurant dans la rédaction initiale du projet, qui permet au ministre de l'Intérieur d'ordonner la remise des passeports n'a pas été adoptée par la commission.

Concernant les assignations à résidence, il est à relever que tout en permettant au ministre de l'Intérieur d'assigner certaines personnes à résidence, le projet a assuré un meilleur encadrement de la mise en œuvre de cette mesure et l'a assortie de certaines conditions protectrices. En premier lieu, le projet garantit aux personnes soumises à une mesure d'assignation à résidence le droit de se déplacer dans le cadre du périmètre de la commune pour travailler, étudier ou se faire soigner. En deuxième lieu, les dispositions de l'article 7 du projet adopté par la commission imposent que la décision d'assignation à résidence soit motivée, et que le procureur de la République en soit informé dans les 72 heures qui suivent son prononcé.

Outre les assignations à résidence, le projet prévoit dans l'article 8 un dispositif de surveillance administrative. Il s'agit d'une mesure préventive qui impose à l'intéressé de se présenter à l'autorité de police chargée de la surveillance selon une fréquence qui ne peut excéder deux fois par jour¹¹⁹. Le projet pose également le caractère alternatif des assignations à résidence et des mesures de surveillance¹²⁰ alors que dans le cadre de l'application du décret de 1978 ces deux mesures peuvent se cumuler¹²¹. En outre et afin d'assurer la traçabilité de ces mesures individuelles, le projet met à la charge des autorités la tenue d'un registre dans lequel doivent être consignées la date du prononcé de la décision, la date de sa notification à la personne concernée et la signature de cette dernière¹²². Le projet énonce également que les mesures prises en application de l'état d'urgence cessent de porter effet lorsque prend fin l'état d'urgence¹²³.

117 Il est à noter que les lois ordinaires peuvent être adoptées à la majorité des membres de l'ARP présents. Néanmoins, cette majorité ne doit pas être inférieure au tiers des membres de l'ARP.

118 Article 1^{er} du projet adopté par la commission.

119 Dans la version initiale, le nombre maximum de présentations journalières est fixé à 3.

120 Article 9 du projet adopté par la commission.

121 Le décret de 1978 ne prévoit pas de manière explicite le dispositif de surveillance administrative, néanmoins l'imprécision du texte quant aux modalités de mise en œuvre des assignations à résidence a permis de fonder la mesure de surveillance qui se conjugue généralement à l'assignation à résidence. Pour plus de détails, voir le rapport d'Amnesty international 2017, Nous ne voulons pas avoir peur, Tunisie : violation des droits humains sous l'état d'urgence », p.44.

122 Article 7 (assignation à résidence), article 8 (surveillance administrative).

123 Article 23 du projet adopté par la commission. Une disposition identique figure à l'article 11 du décret n° 50 de 1978.

De surcroît, le projet assortit ces mesures individuelles de garanties juridictionnelles. Ainsi, des voies de recours adaptées sont prévues avec des délais courts¹²⁴. La personne concernée par les mesures restrictives peut saisir le tribunal administratif territorialement compétent aux fins d'obtenir l'annulation de la décision, le tribunal est alors tenu de statuer dans le délai de 3 jours à compter de la saisine. La décision rendue en première instance est susceptible d'appel, la cour d'appel est tenue de se prononcer dans un délai de 3 jours également. Ce délai de jugement doit permettre au juge administratif de trancher avant l'expiration de la mesure afin de ne pas priver le recours de tout intérêt.

Concernant les peines pénales, on constate l'alignement des peines prévues par le projet, en cas d'inobservation des mesures individuelles, sur celles prévues par le code pénal en cas d'infraction des mesures de surveillance administrative ou d'interdiction de séjour prononcées par le juge pénal à titre de peines complémentaires. L'article 150 du code pénal prévoit une peine d'emprisonnement d'un an. Il en va de même en cas d'infraction des mesures prononcées par les autorités administratives dans le cadre de l'état d'urgence¹²⁵.

2-3 : Le projet renferme des dispositions qui ne sont pas conformes à l'article 49

En dépit des avancées positives sus-évoquées, la constitutionnalité de certaines dispositions du projet, analysée à la lumière des prescriptions de l'article 49, est douteuse. En effet, l'état d'urgence peut être proclamé pour une période d'un mois, le projet prévoit la possibilité de le proroger pour une période d'un mois également par simple décret¹²⁶ alors que la prorogation de ce régime d'exception pour une période aussi longue devrait, compte tenu de son impact sur les libertés fondamentales, être autorisée par une loi. L'article 4 du projet se borne à imposer l'information du président de l'assemblée des représentants du peuple des raisons ayant exigé la prorogation. Pour constituer des garanties contre les éventuels abus du pouvoir exécutif et assurer le respect des impératifs constitutionnels découlant de l'article 49, la prorogation de l'état d'urgence doit donner lieu à un contrôle parlementaire. Ainsi, et même si l'initiative du déclenchement de l'état d'urgence peut appartenir au pouvoir l'exécutif compte tenu de sa capacité d'intervenir rapidement face à l'urgence, la prorogation de l'état d'urgence au-delà d'une durée fixée par la loi, doit être décidée par le législateur. Le respect de l'article 49 de la constitution de 2014 exige qu'une loi soit nécessaire non seulement pour réglementer l'état d'urgence mais également pour en autoriser la prorogation et en fixer la durée définitive. Il en est ainsi par exemple en France¹²⁷. Dans certains pays comme l'Espagne, le Portugal ou le Royaume-Uni, la proclamation de l'état d'urgence suppose une autorisation du parlement pour entrer en vigueur¹²⁸.

2-3-1 : Violation des principes de nécessité et de proportionnalité

Le régime d'état d'urgence permet la mise en œuvre d'un arsenal de mesures juridiques qui restreignent les libertés publiques. Ces mesures sont de deux types : générales et individuelles. Les mesures les plus attentatoires à la liberté d'aller et venir sont les mesures individuelles qui peuvent prendre la forme soit d'une assignation à résidence soit d'une surveillance administrative. Ces mesures sont prononcées par des autorités administratives sans

124 Article 13 du projet adopté par la commission.

125 Article 18 du projet adopté par la commission. Il convient néanmoins de souligner que les dispositions des articles 16 et 19 du projet méconnaissent le principe de légalité des peines, les formules utilisées pour définir les infractions sont extrêmement équivoques et ambiguës.

126 Article 4 du projet adopté par la commission. Dans la rédaction initiale du projet, l'état d'urgence peut être prorogé pour une durée maximale de trois mois.

127 En France par exemple, après le douzième jour, l'état d'urgence ne peut être prorogé que par une loi.

128 En Espagne l'état d'alerte (qui constitue l'équivalent de l'état d'urgence) est proclamé par le gouvernement, toute prorogation de l'état d'alerte au-delà de 15 jours requiert l'autorisation expresse du congrès des députés, voir pour plus de détails : G. RUIZ-RICO, la suspension des droits fondamentaux dans l'ordre constitutionnel espagnol, consultable sur : http://idpbarcelona.net/docs/reerca/marroc/pdf/act_ruiz_marroc_fra.pdf

l'autorisation des instances juridictionnelles. Or, l'article 49 stipule que « Les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte ». La question qui mérite, dès lors, d'être posée est de savoir si les dispositions de l'article 49 exigent que toute mesure restrictive de liberté soit autorisée par le juge.

A notre sens, l'article 49 ne s'oppose pas à ce que le législateur habilite certaines autorités de police administrative à prononcer des mesures qui restreignent la liberté d'aller et venir tant que le but poursuivi est la prévention et non la répression¹²⁹. En effet, ces mesures visent à empêcher l'accomplissement d'actes portant atteinte à la sécurité publique dans les cas où des éléments concrets, bien qu'insuffisants pour engager des poursuites judiciaires, peuvent néanmoins justifier des craintes raisonnables que la personne concernée puisse commettre à l'avenir des actes contraires à la sécurité publique¹³⁰. Mais s'il est admis que les autorités administratives dans l'exercice du pouvoir de police restreignent l'exercice des libertés, c'est à la condition que cette atteinte demeure strictement limitée dans sa nature comme dans le temps et dans l'espace.

Ainsi, pour satisfaire les exigences de nécessité et de proportionnalité, il faut que le pouvoir dévolu aux autorités administratives dans la mise en œuvre de l'arsenal des mesures juridiques restrictives soit strictement encadré. Cet encadrement se concrétise par une définition suffisamment précise des conditions, des limites temporelles et des modalités de mise en œuvre desdites mesures afin de réduire la marge de manœuvre de l'administration et garantir que les mesures adoptées soient nécessaires, adaptées et proportionnées en vue de sauvegarder la sécurité publique. Le projet de loi portant organisation de l'état d'urgence ne satisfait pas à ces exigences.

*** Des conditions imprécises :**

Afin que soit respecté le principe de nécessité, il est primordial de préciser dans le texte de la loi que les mesures individuelles restreignant la liberté d'aller et venir ne doivent pas être utilisées à d'autres fins que celles qui ont justifié l'instauration et la prolongation de l'état d'urgence. En d'autres termes, la menace que constitue l'activité de la personne visée et qui justifie son placement sous surveillance administrative ou son assignation à résidence, doit être appréciée au regard de la situation qui a conduit à la déclaration de l'état d'urgence. Les dispositions des articles 7 et 8 du projet sont loin de satisfaire à cette exigence. En effet, les motifs pouvant justifier lesdites mesures sont formulés en des termes généraux et extrêmement imprécis. Ainsi, les mesures les plus attentatoires à la liberté d'aller et venir peuvent être prononcées à l'encontre d'une personne du seul fait « qu'elle exerce délibérément une activité qui pourrait menacer la sécurité et l'ordre publics ». Il ne fait pas de doute que pour assurer le respect du principe de nécessité, la formulation de cette disposition doit être plus précise quant à la définition « des activités qui pourraient menacer la sécurité et l'ordre publics » de manière à éviter que les autorités administratives ne puissent prononcer ces mesures pour des motifs d'ordre public généraux allant au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour atteindre le but poursuivi par la mise en œuvre de l'état d'urgence¹³¹. L'expérience a montré que l'imprécision des conditions de mise en œuvre des mesures restrictives de liberté dans le cadre de l'état d'urgence a donné lieu à un usage détourné de ces outils juridiques¹³².

129 Le conseil d'État français a qualifié ces mesures de mesures préventives de police, -CE, ass. n° 36478, 16 décembre 1955, Dame Bourokba. Dans cet arrêt le Conseil d'État a considéré que les interdictions de séjour prononcées en vertu de l'article 5 de la loi de 1955 relative à l'état d'urgence « ont le caractère de mesures préventives de police édictées afin de préserver l'ordre et la sécurité publique et ne constituent pas des sanctions ». Le conseil constitutionnel a repris ce même raisonnement dans sa décision n° 2015-527 (précitée) en déclarant que l'assignation à résidence « est une mesure qui relève de la seule police administrative et qui ne peut donc avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ».

130 CEDH, (Requête n° 26772/95), Labita contre Italie, 6 avril 2000.

131 Les autorités françaises ont pourtant justifié le prononcé des assignations à résidence, à l'encontre de militants écologistes lors de la COP 21 au motif que si la déclaration et la prolongation de l'état d'urgence étaient destinées à faire face à la menace terroriste, un tel objectif ne fait pas obstacle à ce que les mesures qu'elle prévoit puissent être mises en œuvre dans le cadre de la prévention d'autres menaces à la sécurité et à l'ordre public, notamment pour permettre aux services en charge de la sécurité d'assurer leur mission, et plus particulièrement à l'occasion de l'événement exceptionnel que constitue la conférence internationale relative à l'environnement (COP 21) accueillant de nombreux chefs d'État. Voir pour plus d'informations la décision du CE, 11 décembre 2015, n°935009.

132 Le gouvernement français a assigné à résidence plusieurs activistes engagés contre la 21^{ème} conférence des Nations unies sur les changements climatiques (COP 21) alors que l'état d'urgence a été déclaré pour faire face à la menace terroriste suite aux attentats commis à Paris le 13 novembre 2015.

* Des mesures individuelles restrictives illimitées dans le temps :

La durée d'une mesure restrictive est un paramètre important qui permet de mesurer son impact sur la liberté, et par conséquent sa proportionnalité au but qu'elle est censée poursuivre. A cet effet, la durée maximale de ces mesures, en cas de renouvellements successifs de l'état d'urgence, doit être fixée par le législateur¹³³. Au-delà de cette durée, qui doit par ailleurs être raisonnable, la prolongation d'une mesure d'assignation ou de surveillance administrative doit être autorisée par le juge. Or, force est de constater que le projet n'indique aucune limite temporelle maximale qui puisse prémunir les individus contre le maintien des mesures prises à leur encontre sur une période excessivement longue. L'article 23 du projet se contente d'une formulation générale stipulant que « les mesures prises en application de l'état d'urgence cessent de porter effet lorsque prend fin l'état d'urgence ». L'article 4 énonce que « l'état d'urgence ne peut être prorogé qu'une seule fois pour une durée maximale d'un mois »¹³⁴, si cette disposition prohibe les prorogations à répétition, elle ne constitue pas un obstacle à la possibilité de renouveler l'état d'urgence, à volonté. D'ailleurs, mis à part l'encadrement de la durée de prorogation de l'état d'urgence qui constitue l'une des principales modifications apportées par la commission¹³⁵, aucune différence significative n'existe, sur ce point, entre le projet de la loi et le décret de 1978¹³⁶. En se référant aux expériences comparées, on peut noter que la durée maximale des mesures individuelles prises dans le cadre de l'état d'urgence est fixée par la loi. Ainsi et à titre d'exemple, en droit français, une même personne ne peut être assignée à résidence pour une durée totale équivalant à plus de douze mois pour toute la durée de l'état d'urgence¹³⁷.

Aussi, les articles 7 et 8 du projet ne précisent pas si les mesures individuelles restrictives, en cas de prorogation ou de renouvellement de l'état d'urgence, peuvent être prorogées automatiquement ou doivent être renouvelées pour continuer à produire leurs effets. Cette précision, qui fait défaut dans le projet, est d'une importance cruciale, elle constitue une condition essentielle pour assurer le respect des principes de nécessité et de proportionnalité. Le renouvellement des mesures permet un nouvel examen du comportement des personnes visées et garantit que la reconduction des mesures prises antérieurement à leur encontre soient justifiées et proportionnées aux raisons ayant conduit à la prorogation ou au renouvellement de l'état d'urgence. C'est dans ce sens que le conseil constitutionnel français a pu affirmer dans sa décision n° 2015-527 du 22 décembre 2015 que « si le législateur prolonge l'état d'urgence par une nouvelle loi, les mesures d'assignation à résidence prises antérieurement ne peuvent être prolongées sans être renouvelées »¹³⁸. Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'Homme a déclaré que « fût-elle justifiée au départ, une mesure restreignant la liberté de circulation d'une personne peut devenir disproportionnée et violer les droits de cette personne si elle se prolonge automatiquement »¹³⁹.

133 En droit français par exemple, le législateur a pris soin de fixer la durée maximale des assignations à résidence dans l'article 6 de la loi relative à l'état d'urgence qui stipule que « A compter de la déclaration de l'état d'urgence et pour toute sa durée, une même personne ne peut être assignée à résidence pour une durée totale équivalant à plus de douze mois ».

134 Le projet dans sa rédaction initiale prévoit que l'état d'urgence peut être proclamé pour une période de 6 mois et prorogé de 3 mois.

135 Le décret n° 50 de 1978 ne précise aucune indication sur la durée de prorogation de l'état d'urgence. Il est généralement prorogé de 3 mois.

136 L'état d'urgence est généralement proclamé pour une période d'un mois puis prorogé. A la fin de la période de prorogation, intervient un nouveau décret proclamant l'état d'urgence, et au bout d'un mois, l'état d'urgence est prorogé et ainsi de suite.

137 Article 6 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence telle que modifiée par la loi n°2016-1767 du 19 décembre 2016.

138 Conseil constitutionnel, décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, M. Cédric D (Assignation à résidence dans le cadre de l'état d'urgence).

139 CEDH, Battista c. Italie, (Requête no 43978/09) § 41; Luordo c. Italie § 96; Guzzardi c. Italie, A39, requête 7367/76, 6 novembre 1980, § 93

Pour plus de détails, voir : Jean-Pierre Marguénaud et Damien Roets, Droits de l'Homme-Jurisprudence de la CEDH, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2017/3 (N° 3), pages 621 à 637

***Des modalités de mise en œuvre ambiguës :**

Les limites spatiales d'une mesure constituent l'un des éléments à prendre en compte pour apprécier si elle est proportionnée au but poursuivi. Ainsi, du périmètre de l'assignation à résidence dépend le degré d'intensité de cette mesure et son impact sur la liberté d'aller et venir. Sur ce point, le texte manque de clarté. L'article 7 du projet adopté par la commission reprend, en la retouchant, la disposition qui figure dans la version initiale du texte aux termes de laquelle « le ministre de l'intérieur est habilité à prescrire une assignation à résidence à l'égard de toute personne qui exerce délibérément une activité qui pourrait menacer la sécurité et l'ordre publics ». La commission a enrichi cette disposition d'une phrase aux termes de laquelle « doit être garanti le droit de la personne visée par la mesure d'assignation à résidence de se déplacer dans le cadre du périmètre de la commune dont elle relève pour des raisons professionnelles, éducatives ou sanitaires ». La nouvelle formulation adoptée par la commission semble à première vue plus protectrice de la liberté d'aller et venir et moins restrictive que l'article 5 du décret 1978, mais à mieux y regarder, cette formulation est éminemment problématique par son imprécision. Les modalités de mise en œuvre de la mesure d'assignation à résidence sont bien plus floues. En effet, en énumérant limitativement les motifs qui peuvent justifier le déplacement de la personne concernée, le projet érige la circulation de cette dernière, même dans le cadre restreint qu'est la commune, en exception. La règle est dès lors, par une interprétation *a contrario*, que la personne assignée à résidence n'est pas autorisée à quitter son domicile en dehors des cas prévus. L'assignation à résidence s'apparente plutôt à une astreinte à domicile dont la plage horaire n'est, par ailleurs, pas fixée.

Il serait pertinent que le projet fixe les limites territoriales de la mesure précitée en précisant que son périmètre ne peut être plus restreint que le territoire de la commune¹⁴⁰. A l'intérieur de ce périmètre, la personne concernée peut circuler librement et mener une vie normale. Cette précision est d'une importance capitale, elle vise à préserver la substance même de la liberté d'aller et venir en excluant la possibilité d'une astreinte à domicile. Rappelons à cet égard que le libellé vague de l'article 5 du décret de 1978 a permis aux autorités de police de fonder des mesures interdisant à certaines personnes de quitter leur domicile et cela sans même respecter une plage horaire maximale ce qui équivaut à une détention à domicile. La décision du Tribunal administratif du 18 octobre 2018 est particulièrement illustrative de ces dérives¹⁴¹. Dans cette affaire, l'administration a assigné le requérant à domicile sur le fondement de l'article 5 précité. Le juge a censuré l'interprétation extensive de cet article et a considéré qu'en l'espèce l'astreinte à domicile constitue une forme d'emprisonnement à domicile.

En outre, il convient de noter que tout en posant le caractère alternatif des assignations à résidence et de la surveillance administrative, l'article 9 du projet ne prévoit aucun critère objectif qui permet d'encadrer la latitude de l'administration dans le choix de l'une de ces deux mesures, et d'opter pour la mesure la moins contraignante tant qu'elle permet d'atteindre l'objectif poursuivi.

***L'isolation et l'évacuation des zones : une mesure non conforme à l'article 49**

L'article 6 du projet reconnaît au ministre de l'Intérieur la faculté d'isoler certaines zones ou d'ordonner leur évacuation et de réglementer la circulation dans ces zones. Il s'agit d'une mesure collective de police administrative qui permet de restreindre le déplacement des personnes susceptibles d'entrer dans la zone délimitée, d'y circuler ou d'en sortir et ce quelle que soit leur qualité¹⁴². L'article en question n'a soumis cette mesure à aucune condition, il

¹⁴⁰ Article 7 du projet adopté par la commission.

¹⁴¹ TA, sursis à exécution, 1^{er} Président, n° 4102677, 18 octobre 2018.

¹⁴² Il peut s'agir de résidents, professionnels ou de simples passants.

ne précise pas les motifs justifiant son adoption et ne subordonne l'instauration de ces zones à aucune circonstance ou menace particulière. Par ailleurs, l'institution de ces zones n'est circonscrite ni dans le temps, ni dans l'espace¹⁴³, elle pourrait entraîner une sorte d'assignation à résidence collective. Plus encore, les mesures affectant la liberté d'aller et venir susceptibles d'être appliquées aux personnes circulant ou séjournant au sein d'une telle zone ne sont pas définies et leur mise en œuvre n'est entourée d'aucune garantie. L'article 6 du projet n'assure de la sorte aucun encadrement du pouvoir discrétionnaire du ministre de l'Intérieur, et ne garantit pas que les mesures prescrites soient adaptées et proportionnées aux finalités poursuivies. En se basant sur ces différentes considérations, la conclusion est nette : les dispositions de l'article 6 méconnaissent les principes de nécessité et de proportionnalité et ne sont pas conformes à l'article 49. Rappelons à cet égard que dans sa décision n° 684-2017 du 11 janvier 2018, le conseil constitutionnel français a censuré la disposition de la loi relative à l'état d'urgence qui permet aux préfets de créer des zones de protection et de sécurité en soutenant que « d'une part, le législateur n'a soumis la création d'une zone de protection ou de sécurité à aucune autre condition. D'autre part, il n'a pas défini la nature des mesures susceptibles d'être prises par le préfet pour réglementer le séjour des personnes à l'intérieur d'une telle zone et n'a encadré leur mise en œuvre d'aucune garantie »¹⁴⁴.

2-3-2 : Atteinte à la substance de la liberté d'aller et venir :

Si le législateur a la compétence pour poser des limites à l'exercice des libertés fondamentales, il ne peut en aucun cas porter atteinte à leur substance. Cette limite à la compétence législative est expressément prévue dans certaines constitutions étrangères. La loi fédérale allemande énonce dans l'article 19.2 qu'il ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental. De même, la constitution espagnole de 1978 énonce dans l'article 53 que le législateur en réglementant les libertés fondamentales doit respecter leur contenu essentiel. L'article 49 de la constitution de 2014 évoque la substance du droit fondamental comme limite à sa limitation. Il convient néanmoins de noter que « la substance » ou « le contenu essentiel » est un concept juridique indéterminé. Dans sa décision du 8 avril 1981, le tribunal constitutionnel espagnol a défini cette notion. Le contenu essentiel c'est « la partie du contenu d'un droit sans laquelle celui-ci perd sa spécificité, ou, dit d'une autre façon, ce qui fait que ce droit peut être rattaché à une catégorie de droit d'un type défini. Il s'agit aussi de la partie du droit qui est invariablement nécessaire pour que le droit permette à son titulaire la satisfaction des intérêts pour la poursuite desquels le droit est octroyé »¹⁴⁵. En définitive, il y a atteinte au contenu essentiel lorsque le droit est soumis à des restrictions qui le rendent vide de contenu ou empêche son exercice effectif ou le rend très difficile.

Trois critères permettent de déterminer si une mesure constitue une simple restriction de la liberté d'aller et venir ou une atteinte à la substance même de cette liberté : l'objet, la durée et l'effet de la mesure. Comme il a été évoqué précédemment dans le cadre de l'analyse des dispositions du décret de 1978, les mesures individuelles (l'assignation à résidence et la surveillance administrative) qui peuvent être prononcées par le ministre de l'intérieur renferment un degré de contrainte très élevé. L'intensité de cet effet conjuguée avec une durée longue altère la substance de la liberté d'aller et venir. En effet, si la liberté d'aller et venir consiste en la liberté de se déplacer sur le territoire national, d'y choisir son lieu de séjour et de résidence et de le quitter, il ne fait pas de doute que lesdites mesures empêchent l'exercice des différentes composantes de cette liberté alors surtout que les personnes concernées n'ont commis et ne sont suspectées d'avoir commis aucune infraction. Faute d'avoir fixé la durée cumulée maximale des mesures

¹⁴³ Le texte ne précise pas le périmètre de ces zones, ce périmètre peut correspondre au territoire d'une commune, d'une délégation, d'un gouvernement etc.

¹⁴⁴ Commentaire de la décision n°684-2017 QPC du 11 janvier 2018.

¹⁴⁵ Tribunal constitutionnel espagnol, décision 11/1981 du 8 avril 1981, citée par L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Melin-Soucranian, O. Pferson, J. Pini, A. Roux, G. Scoffoni et J. Treméau, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2005, p.138.

individuelles en cas de recours répétitif à l'état d'urgence, le projet de loi a permis une privation de la liberté d'aller et venir. L'atteinte à la substance de la liberté d'aller et venir est d'autant plus grave que la procédure est délestée de deux garanties procédurales substantielles : le respect d'une procédure contradictoire préalable et la notification écrite de la décision.

Recommandations :

- L'adoption d'une loi organique organisant l'état d'urgence sur le fondement de l'article 49 de la constitution (et non sur la base de l'article 80)
- La prorogation de l'état d'urgence doit être autorisée par la loi, l'assemblée des représentants du peuple doit être informée sans délai par le gouvernement des différentes mesures prises au titre de l'état d'urgence.
- La loi doit préciser que les mesures à adopter en cas d'état d'urgence doivent être strictement indispensables au rétablissement de la normalité. Elles doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées aux circonstances qui ont conduit à la proclamation de l'état d'urgence.
- Les mesures individuelles qui peuvent être prises par le ministre de l'Intérieur doivent être strictement définies et encadrées par la loi. Ainsi, les conditions dans lesquelles le ministre peut assigner une personne à résidence ou la placer sous surveillance administrative doivent être précisées afin de laisser une marge de manœuvre plus mince à l'autorité de police. Ainsi, les catégories de personnes pouvant faire l'objet de ces mesures préventives doivent être définies sur la base de critères objectifs et précis.
- La durée maximale cumulée des mesures individuelles en cas de prorogation ou de renouvellement de l'état d'urgence doit être précisée par le législateur.
- Les mesures individuelles restrictives doivent être entourées de garanties procédurales fondamentales, ainsi les dispositions du projet doivent faire obligation au ministre de l'intérieur de respecter une procédure contradictoire préalable et de notifier de manière écrite et dans un délai raisonnable, aux personnes concernées, les mesures prises à leur rencontre.
- Les conditions et les modalités de la mise en œuvre de la mesure d'évacuation et d'isolation de certaines zones doivent être précisées afin que cette restriction soit justifiée par des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à la sécurité publique dans la zone en cause. Les mesures qui sont susceptibles d'être prises par le ministre de l'intérieur pour réglementer la circulation au sein de ces zones doivent être définies avec précision et entourées de garanties.
- La constitutionnalisation de l'état d'urgence pourrait également être envisagée¹⁴⁶, elle permettrait « d'encadrer la déclaration et le déroulement de l'état d'urgence en apportant des précisions de fond et de procédure »¹⁴⁷. Elle serait une sorte de protection du législateur contre lui-même car ce qui est prévu par une loi peut être révisé par une loi.

146 Il n'est pas inutile de rappeler à cet égard qu'en France le comité Vedel de 1993 avait suggéré d'inscrire le régime de l'état d'urgence dans la constitution en soutenant que « en tant qu'il autorise précisément des atteintes sérieuses à des droits fondamentaux, l'état d'urgence relève du domaine que la constitution a vocation à organiser ».

147 Avis du Conseil d'État français, n° 390866, 11 décembre 2015, Projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation.

3 - La loi n° 40 du 14 mai 1975 relative aux passeports et aux titres de voyages

La liberté d'aller et venir comporte la liberté de circuler librement à l'intérieur du territoire national mais également la liberté de quitter le pays. Ainsi, dans sa décision du 13 août 1993, le conseil constitutionnel français a déclaré que « la liberté d'aller et venir, laquelle n'est pas limitée au territoire national (...) comporte également le droit de le quitter ». Le droit de quitter le pays est consacré par plusieurs instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, ainsi, la Déclaration universelle des droits de l'homme a affirmé que « toute personne a le droit de quitter tout pays y compris le sien » (article 13.2), le PIDCP consacre également ce droit dans son article 12¹⁴⁸. Au niveau régional, dans le système américain et européen, le droit de quitter le territoire se trouve consacré dans l'article 22 de la convention américaine des droits de l'homme et l'article 2 du protocole additionnel n° 4 à la convention européenne des droits de l'homme. La charte africaine des droits de l'homme et des peuples garantit la liberté de sortie du territoire dans son article 12.

En droit tunisien, la liberté fondamentale de sortie du territoire trouve une consécration expresse dans l'article 24 de la constitution de 2014. Il en va autrement dans plusieurs autres pays, où la liberté de quitter le territoire n'est pas inscrite dans la constitution. Néanmoins, ce silence n'a pas empêché les juges constitutionnels de lui reconnaître une valeur constitutionnelle en la rattachant à d'autres libertés fondamentales consacrées par la constitution. En droit français par exemple le conseil constitutionnel a reconnu le statut constitutionnel de cette liberté en la rattachant à la liberté personnelle¹⁴⁹. En Allemagne, la cour constitutionnelle a reconnu le caractère fondamental de cette liberté en la rattachant au droit fondamental au libre épanouissement de la personnalité¹⁵⁰.

Pour pouvoir exercer le droit de quitter le pays, le citoyen doit posséder un passeport valide. Il s'ensuit que le droit au passeport est un corollaire du droit qu'ont les individus de quitter le territoire national. C'est ce qui ressort clairement de l'observation générale n° 27 relative à la liberté de circulation adoptée le 2 novembre 1999 par le Comité des droits de l'Homme de l'ONU¹⁵¹ aux termes de laquelle « étant donné que, pour voyager à l'étranger, il faut habituellement des documents valables, en particulier un passeport, le droit de quitter un pays comporte nécessairement celui d'obtenir les documents nécessaires pour voyager. La délivrance des passeports incombe normalement à l'État dont l'individu est ressortissant. Le refus d'un État de délivrer un passeport à un national qui réside à l'étranger ou d'en prolonger la validité peut priver l'individu de son droit de quitter le pays de résidence et d'aller ailleurs.»

Dans cette même logique, la Cour d'appel de Tunis a déclaré dans sa décision du 5 février 2013 que « le passeport constitue un corollaire de la liberté de circulation consacrée par l'article 10 de la constitution de 1959 dont les dispositions relatives aux droits et libertés restent en vigueur, car de par leur nature, elles ne peuvent faire l'objet d'annulation »¹⁵². La Cour a ajouté que cette liberté est aussi consacrée par l'article 12 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques ratifié par la Tunisie. De son côté, le tribunal administratif a affirmé à maintes reprises que le droit d'obtenir un passeport constitue un droit fondamental¹⁵³.

148 L'article 12 du pacte énonce que « Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien ».

149 Il est à préciser que le conseil constitutionnel français a opéré une distinction, aux termes de laquelle la liberté d'aller et de venir relève de la liberté personnelle, rattachée aux articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, et non de la liberté individuelle garantie par l'article 66 de la constitution de 1958.

150 A la différence de la liberté fondamentale de circulation sur le territoire fédéral, la liberté fondamentale de sortie du territoire fédéral n'a pas été consacrée par la loi fondamentale allemande. L'article 11 de la constitution allemande dispose que « Tous les allemands jouissent de la liberté de circulation et d'établissement sur l'ensemble du territoire fédéral ».

151 Observation adoptée au titre du paragraphe 4 de l'article 40 du Pacte (CCPR/C/Rev.1/Add.9)

152 Cour d'appel de Tunis, affaire n° 43429, 5 février 2013.

153 TA, sursis à exécution, 1^{er} Président, n° 4104446, 7 février 2020, Kamel Ben Belgacem c/ Ministre de l'intérieur. TA, première instance, n°15647/1, 4 mai 2007, Mohamed Ben Ali c/ Ministre de l'intérieur.

Le droit au départ du territoire national impose à l'État une obligation positive de délivrer des documents de voyage de manière à permettre l'exercice de ce droit, et une obligation passive qui consiste à s'abstenir d'empêcher le départ d'une personne qui veut quitter le pays¹⁵⁴. Néanmoins, plusieurs restrictions peuvent limiter l'exercice de la liberté de quitter le pays : le refus de délivrance ou de renouvellement des passeports, le retrait des passeports, la limitation de la validité de passeport dans le temps ou dans l'espace et l'interdiction de voyager. Ces limites imposées à l'exercice de la liberté de quitter le territoire sont principalement régies par la loi n° 40 du 14 mai 1975 relative aux passeports et documents de voyage. Le dispositif mis en place depuis 1975 a été amélioré par retouches successives¹⁵⁵ dans le sens du renforcement des garanties de la liberté d'aller et venir.

Il convient d'analyser ces différentes restrictions à la lumière des prescriptions de l'article 49 afin de déterminer si elles sont nécessaires dans un État civil et démocratique, si elles répondent à un ou plusieurs objectifs légitimes et sont proportionnées au but légitime poursuivi.

3-1 : Les restrictions au droit à l'obtention et au renouvellement d'un passeport :

L'article 13 de la loi de 1975 reconnaît à tout ressortissant tunisien¹⁵⁶ le droit d'obtenir un passeport ou de le renouveler. Le même article prévoit quatre exceptions à cette règle. Le refus peut être opposé au demandeur dans certains cas ce qui constitue une restriction au droit de quitter le territoire. Analysée à l'aune des dispositions de l'article 49, la constitutionnalité des restrictions prévues par l'article 13 n'est pas toujours évidente.

3-1-1 : Les restrictions qui respectent les prescriptions de l'article 49 :

- Aux termes de l'article 13, le refus de délivrer ou de renouveler un passeport peut être opposé au demandeur s'il est « mineur ou interdit et ne produit pas une autorisation de l'un des deux parents, de son tuteur légal, de sa mère jouissant de la garde ou de son représentant légal ». Cette limite imposée aux mineurs et interdits¹⁵⁷ concerne des catégories définies de personnes. Elle a pour finalité la protection des personnes vulnérables à cause de leur âge ou de l'altération de leurs facultés psychiques ou physiques, et peut dès lors être rattachée à l'objectif de sûreté publique lequel englobe la sécurité des personnes. Il convient de noter à cet égard que la convention internationale relative aux droits de l'enfant a reconnu le droit de l'enfant et de ses parents de quitter le territoire¹⁵⁸ en ces termes « les États parties respectent le droit qu'ont l'enfant et ses parents de quitter tout pays, y compris le leur, et de revenir dans leur propre pays ». La convention a autorisé les États à apporter des restrictions à l'exercice de ce droit tout en précisant que les restrictions doivent être « prescrites par la loi (...) nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et (...) compatibles avec les autres droits reconnus dans la présente Convention ».

154 « *Le droit de quitter un pays* », Document thématique publié par le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Editions du Conseil de l'Europe, novembre 2014, p.13.

155 La loi du 14 mai 1975 a été réformée à cinq reprises par les lois suivantes : la loi organique n°77 du 2 novembre 1998, la loi organique n°6 du 3 février 2004, la loi organique n° 13 du 18 février 2008, la loi organique n°46 du 23 novembre 2015, la loi organique n° 45 du 7 juin 2017.

156 Aux termes de l'article 8 de la loi n° 40 de 1975, l'enfant âgé de moins de 15 ans, non titulaire d'un passeport individuel, peut s'il possède la nationalité tunisienne être inscrit sur le passeport de son père ou de sa mère.

157 L'incapable majeur désigne toute personne qui a acquis la majorité légale mais qui du fait d'une altération de ses facultés mentales ou physiques, n'est pas à même de pourvoir seule à ses intérêts. Le code de statut personnel détermine les causes d'incapacité chez les sujets majeurs. Ces causes sont : la démence, la faiblesse d'esprit et la prodigalité. L'interdiction dans ces trois cas est subordonnée à un jugement (articles 161 et 164 du code de statut personnel). Aux termes de l'article 167 du code de statut personnel, « L'interdiction prononcée par jugement ne sera levée que par jugement, exception faite de celle intervenue pour minorité ».

158 Article 10, paragraphe 2 de la convention de l'ONU relative à la protection des droits de l'enfant

Il convient de préciser que l'autorisation donnée au mineur pour l'obtention d'un passeport peut, depuis la réforme de 2015¹⁵⁹, être octroyée par l'un de ses deux parents sans distinction. Outre qu'elle permet de mettre fin à toute discrimination, cette réforme, apporte des garanties supplémentaires à la liberté de circulation de l'enfant, et ce, en réduisant les obstacles qui entravent l'exercice de cette liberté fondamentale.

- Le refus de délivrer ou de renouveler un passeport peut être opposé au demandeur s'il n'est pas en situation régulière au regard du service national. Cette exception est formulée en ces termes : « s'il est en âge d'être astreint aux obligations militaires et ne peut produire une attestation d'exemption ou de sursis ». La catégorie de personnes visée par cette restriction est définie, il s'agit de toute personne astreinte au service national qui n'accomplit pas son devoir et n'obtient pas de dispense ou de sursis¹⁶⁰. Il convient de rappeler à cet égard que l'accomplissement du service national est une obligation prévue par l'article 9 de la constitution de 2014 qui dispose que « Le service national est obligatoire conformément aux formes et conditions prévues par la loi ». Cette limitation du droit de sortie du territoire est dès lors justifiée par un motif légitime de sûreté publique et de défense nationale. Elle est proportionnée au but poursuivi dans la mesure où sont visés les insoumis et les déserteurs tant qu'ils n'ont pas régularisé leur situation et tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge auquel ils cessent d'être astreints à l'obligation du service national¹⁶¹. D'ailleurs, l'ancienne commission européenne des droits de l'homme avait admis des restrictions imposées à la suite d'un refus de se conformer aux obligations du service militaire en considérant que la décision de refus de délivrer un passeport avait pour buts légitimes la sécurité nationale et le maintien de l'ordre public¹⁶². Il en va de même pour le Comité des droits de l'homme de l'ONU qui avait jugé conforme aux exigences du Pacte le refus d'un État de délivrer un passeport à l'un de ses ressortissants pour défaut d'accomplissement du service militaire¹⁶³.

En se référant aux expériences comparées, nous pouvons observer que cette restriction est prévue dans plusieurs pays. Ainsi et à titre d'exemple, dans sa décision du 9 janvier 2001, *Deperthes*, le conseil d'État français a considéré que le refus de renouvellement ou de délivrance d'un passeport à un citoyen français porte atteinte à la liberté d'aller et venir, laquelle comporte le droit de se déplacer hors du territoire français, qui constitue une liberté fondamentale. Mais il a affirmé en l'espèce que l'atteinte à la liberté d'aller et venir n'est pas considérée comme « manifestation illégale » car le refus est justifié par la situation irrégulière du requérant au regard du devoir national¹⁶⁴.

159 Loi organique n°46 du 23 novembre 2015 modifiant et complétant la loi n° 40 de 1975, *JORT* n°95 du 27 novembre 2015, p.2824.

160 Les cas et les conditions d'obtention de sursis et de dispense sont prévus par la loi n°1 du 14 janvier 2004 relative au service national et précisés par le décret n° 2004-377 du 1er mars 2004, fixant les conditions d'octroi du sursis et de la dispense de l'accomplissement du service national.

161 Art. 2 de la loi n°1 de 2004 précitée : « Tout citoyen âgé de 20 ans doit se présenter volontairement pour accomplir le Service national, il demeure dans l'obligation de l'accomplir jusqu'à l'âge de 35 ans ».

162 Commission européenne des droits de l'homme, *Peltonen c. Finlande*, n° 19583/92, décision de la Commission du 20 février 1995, DR 80A, p. 38, et *Marangos c. Chypre*, n° 31106/96, décision de la Commission du 20 mai 1997.

Le droit de quitter un pays ne figure pas dans le texte d'origine de la Convention. Il apparaît pour la première fois à l'article 2, paragraphe 2, du Protocole n°4 à la CEDH, entré en vigueur le 2 mai 1968.

163 *Peltonen c. Finlande*, communication n° 492/1992

164 Dans cette décision on peut lire ce qui suit : « Considérant que le refus de renouvellement ou de délivrance d'un passeport à un citoyen français porte atteinte à la liberté d'aller et venir, laquelle comporte le droit de se déplacer hors du territoire français, qui constitue une liberté fondamentale; qu'en l'espèce, le refus de renouvellement de son passeport opposé à M. X (...) porte une atteinte grave à sa liberté d'aller et venir; Mais considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 2 du décret du 13 janvier 1947 relatif aux pouvoirs des consuls en matière de passeports : «Aucun passeport ne sera délivré aux insoumis et aux déserteurs, auxquels seul un laissez-passer à destination de la France pourra être remis lorsqu'ils auront signé un procès-verbal de présentation volontaire» ; qu'il n'est pas contesté que M. X..., qui a été condamné pour insoumission à quatre mois de prison avec sursis par un jugement du 16 novembre 1998 du tribunal de grande instance de Nancy et qui n'a pas atteint l'âge de 35 ans auquel, en vertu de l'article L. 127 du code du service national, les insoumis cessent d'être astreints à l'obligation du service national, a refusé de se présenter volontairement aux autorités militaires et de régulariser ainsi sa situation ; que le refus de renouvellement de son passeport, fondé sur le décret précité du 13 janvier 1947, n'est, dès lors, pas manifestation illégale »

3-1-2 : Les restrictions qui méconnaissent les prescriptions de l'article 49 :

- Aux termes de l'article 13, le refus de délivrer ou de renouveler un passeport peut être opposé, sur requête du parquet, au demandeur s'il fait l'objet de poursuites judiciaires ou est recherché pour crime ou délit ou pour purger une peine d'emprisonnement à la suite d'une condamnation. La restriction imposée a pour but d'assurer le bon déroulement du procès pénal et d'empêcher que la personne soupçonnée, inculpée ou condamnée ne se soustraie aux poursuites et peines pénales. La restriction poursuit dès lors un but légitime de sécurité publique¹⁶⁵, elle est « nécessaire dans un État démocratique », car la poursuite des auteurs d'infractions est nécessaire à la sauvegarde de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle.

Néanmoins, la durée maximale de cette mesure n'étant pas déterminée, la restriction peut être excessive et disproportionnée par rapport au but poursuivi. C'est dans ce sens que le Comité des droits de l'Homme de l'ONU a considéré que « le fait qu'une action judiciaire soit pendante peut justifier l'imposition de restrictions au droit d'un individu de quitter son pays. Mais lorsque l'action judiciaire est indûment retardée, une restriction au droit de quitter le pays ne se justifie pas »¹⁶⁶. La Cour européenne des droits de l'Homme a adopté une position similaire, elle a estimé que la durée de la restriction imposée au droit de quitter le territoire dans le cadre d'une procédure pénale poursuit le but légitime de garantir la comparution du requérant au procès et relève du maintien de l'ordre public. Toutefois, la Cour ne s'en est pas tenue là, elle a affirmé que les autorités ne peuvent prolonger longtemps des mesures restreignant la liberté de circulation d'une personne sans réexaminer périodiquement si elles sont justifiées¹⁶⁷. Une restriction automatique et à durée indéterminée méconnaît l'exigence de proportionnalité.

- Le refus de délivrance ou de renouvellement des passeports peut être encore opposé au demandeur pour « des raisons d'ordre public et de sécurité, ou de nature à nuire à la bonne réputation de la Tunisie ». La formulation de cette exception est des plus ambiguës. Elle n'apporte aucune précision quant aux conditions et modalités de sa mise en œuvre. Le libellé très vague de cette disposition laisse entendre que ce refus émane de l'autorité administrative sans l'autorisation préalable du juge et on est en droit de se demander si la procédure de l'article 15 quater se rapportant à l'interdiction de voyager pour des raisons de sécurité s'applique aux décisions de refus visées à l'article 13. Mais force est d'admettre que même si le refus de délivrer ou de renouveler un passeport aura pratiquement le même effet qu'une interdiction de voyager, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit de deux mesures distinctes obéissant à un régime juridique différent. L'article 13 aurait pu et dû renvoyer à l'article 15 quater et imposer à l'autorité administrative le respect de la procédure définie pour le prononcé d'une interdiction de voyager¹⁶⁸.

En outre, les motifs qui peuvent justifier cette mesure sont libellés de manière très vague. Aux termes de l'article 13, le refus peut être opposé au demandeur « pour des raisons d'ordre public et de sécurité » ou lorsque le voyage de ce dernier est « de nature à nuire à la bonne réputation de la Tunisie ». La loi ne définit pas à partir de critères objectifs

165 La cour constitutionnelle italienne a défini la notion de sécurité publique dans son arrêt n° 2 de 1956 comme suit : « L'interprétation selon laquelle la « sécurité » concerne uniquement l'intégrité physique doit être exclue, car trop restrictive ; il semble dès lors rationnel et conforme à l'esprit de la Constitution de donner au terme « sécurité » le sens de la situation dans laquelle l'exercice pacifique des droits et libertés que la Constitution garantit avec tant de force est assuré aux citoyens, dans la mesure du possible. Il y a donc sécurité lorsque le citoyen peut exercer son activité légale sans être menacé d'atteintes contre sa personnalité physique et morale. Le « bien vivre ensemble » est indéniablement le but recherché par un État de droit, libre et démocratique ».

166 Comité des droits de l'Homme, Miguel González del Río c. Pérou, 2 novembre 1992, communication n° 263/1987. Dans cette communication le comité des droits de l'homme a considéré que la restriction mise à la liberté du requérant de quitter le Pérou est en vigueur depuis sept ans et son échéance demeure incertaine. Le Comité a estimé que cette situation constitue une violation des droits qui sont ceux de l'auteur en vertu du paragraphe 2 de l'article 12 du pacte international relatif aux droits civils et politiques. <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol4fr.pdf>

167 CEDH, Földes et FöldesnéHajlik c. Hongrie, 31 octobre 2006, requête n° 41463/02. (Interdiction de voyager)
CEDH, BAUMANN c. France (Requête n° 33592/96) (confiscation d'un passeport) <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-64020>

168 Il convient de noter que l'article 13 n'a pas fait l'objet de modification à l'occasion de la réforme de 2017 qui a modifié l'article 15 et ajouté les articles 15 bis, 15 ter et 15 quater.

et avec précision les personnes ou les catégories de personnes pouvant faire l'objet de cette restriction laissant de la sorte à l'autorité administrative une latitude excessive dans l'appréciation des motifs susceptibles de justifier le refus. Ainsi, l'imprécision du texte a laissé une large place à l'arbitraire comme en témoignent les affaires portées devant le juge administratif en la matière¹⁶⁹. Il ressort de ces affaires que l'administration fonde les décisions de refus sur de simples soupçons et non sur des faits précis et circonstanciés, plus encore, elle s'abstient de communiquer au juge les motifs qui justifient sa décision¹⁷⁰. Elle adopte une interprétation très extensive des dispositions de l'article 13, ainsi a-t-elle pu refuser la délivrance d'un passeport à des personnes souffrant d'un handicap mental¹⁷¹, ou pour non-paiement d'une amende¹⁷². Le comité des droits de l'homme de l'ONU a mis en garde contre ces dérives en affirmant dans son observation générale relative à la liberté de circulation que « les lois autorisant l'application des restrictions devraient être formulées selon des critères précis et ne peuvent pas conférer des pouvoirs illimités aux personnes chargées de veiller à leur application »¹⁷³.

Il est à noter également que la loi ne fixe pas de délai pour l'instruction des demandes de délivrance ou de renouvellement des passeports. Ainsi, la durée anormalement longue de traitement de certaines demandes de délivrance ou de renouvellement de passeport, pour des raisons de sécurité publique, porte une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir. Plus encore, la loi n'impose pas que soient motivées les décisions de refus de délivrance ou de renouvellement. Aussi, et dans la mesure où l'administration se contente généralement de garder le silence et n'émet pas de décision explicite de rejet, l'absence de réponse à une demande de passeport dans un délai de deux mois vaut décision implicite, laquelle, par définition, ne peut être motivée.

De surcroît, la loi n'entoure pas ce pouvoir discrétionnaire de l'administration de garanties suffisantes, elle n'exige pas que le citoyen ait la faculté de solliciter la communication des motifs de la décision de refus ni qu'il soit mis en mesure de faire valoir ses observations au regard des motifs exposés par l'administration. Il va sans dire que la communication des motifs de la décision constitue également un préalable nécessaire à l'exercice effectif d'un éventuel recours juridictionnel.

De tout ce qui précède, il apparaît que les impératifs constitutionnels découlant de l'article 49 ne sont pas respectés. Même si l'on peut convenir que le refus de délivrer un passeport poursuit dans ce cas de figure un but légitime de sécurité publique, la mesure de refus n'est légitime que lorsqu'elle est dûment justifiée et strictement nécessaire pour atteindre cet objectif. Pour assurer la conformité de cette disposition aux prescriptions de l'article 49, et afin de prémunir les personnes contre toute atteinte arbitraire à leur liberté de sortie du territoire, les dispositions de l'article 13 de la loi de 1975 doivent être révisées, le refus ne doit intervenir que sur la base d'une interdiction de voyager prononcée par le juge dans les conditions prévues par l'article 15 quater.

3-2 : La limitation de la validité d'un passeport dans le temps et dans l'espace :

Aux termes de l'article 12 de la loi de 1975, le passeport ordinaire est délivré par le ministre de l'Intérieur pour une durée qui sera déterminée par décret et il est valable pour le voyage à tous les pays. L'article 14 prévoit une exception à cette règle en ces termes « par dérogation aux dispositions de l'article 12 de la présente loi et dans

169 TA, Sursis à exécution, 1^{er} Président, n° 4104446, 7 février 2020, Kamel Amri c/ Ministre de l'Intérieur.

170 TA, 3^{ème} chambre de première instance, n°16398/1, 30 janvier 2009, Mohamed Ouerghui c/ Ministre de l'Intérieur ; TA, 3^{ème} chambre de première instance, n°11835/1, 9 juillet 2004, Mohamed Jebali c/ Ministre de l'Intérieur.

171 TA, n° 18298, 10 mai 2001, Elarbi c/ Ministre de l'Intérieur.

172 TA, n° 18614, 7 juin 2001, Mamou c/ Ministre de l'Intérieur.

173 Observation générale n° 27 précitée.

des cas particuliers, le ministre de l'Intérieur peut limiter la validité d'un passeport ordinaire dans le temps et dans l'espace ». Cette exception est formulée en des termes généraux et extrêmement imprécis, le législateur n'a pas pris soin d'encadrer le pouvoir conféré au ministre de l'Intérieur. En effet, aucun motif n'a été prévu par la loi pour justifier cette mesure, les objectifs poursuivis ne peuvent dès lors être identifiés. Il s'ensuit que les dispositions de l'article 14 ne sont pas conformes à l'article 49 qui exige que les limitations imposées par le législateur aux droits fondamentaux doivent être justifiées par la mise en œuvre de l'un des objectifs énoncés au premier alinéa dudit article. Aussi, et étant donné que la nécessité et la proportionnalité d'une mesure restrictive ne peuvent être appréciées qu'au regard de l'objectif qu'elle est censée poursuivre, il ne fait pas de doute que l'article 14 en se bornant à poser une restriction sans en préciser la finalité, méconnaît les critères de constitutionnalité prévus par l'article 49. Il serait donc pertinent de réviser l'article 14, « les cas particuliers » qui pourraient justifier la limitation de la validité d'un passeport doivent être expressément définis par la loi.

3-3 : L'interdiction de voyager

Dans sa rédaction initiale, la loi de 1975 ne prévoyait pas l'interdiction de voyager, seule la mesure de retrait du passeport était prévue. Ce n'est qu'avec l'adoption de la loi organique n°77 du 2 novembre 1998 modifiant loi 1975 que cette mesure a été introduite. C'est également avec la loi de 1998¹⁷⁴ que ces mesures restrictives adoptent leur caractère pleinement judiciaire. Ainsi, le retrait et l'interdiction de voyager requièrent une décision du juge judiciaire. En dépit de cet apport indéniable, la réforme de 1998 n'a pas entouré ces limitations à la liberté de quitter le territoire de garanties suffisantes. Partant de ce constat, et afin de respecter les prescriptions de la nouvelle constitution, le législateur a adopté la loi organique de 2017 réformant la loi de 1975. Néanmoins, cette réforme, soulève des problèmes de constitutionnalité.

L'interdiction de voyager est une mesure rigoureuse qui affecte l'exercice de la liberté d'aller et venir. Elle permet d'interdire la sortie du territoire indépendamment de la question de savoir si la personne visée est en possession d'un passeport. En vertu des dispositions des articles 15 bis, 15 ter et 15 quater de la loi de 1975 telle que modifiée en 2017, le prononcé de cette mesure restrictive relève de la compétence exclusive du juge judiciaire. Il découle de cette première exigence qu'aucun pouvoir d'interdiction administrative de sortie du territoire n'est reconnu à l'administration¹⁷⁵. La mesure administrative d'interdiction de voyager dite « S 17 » est dépourvue de tout fondement légal¹⁷⁶. Elle constitue dès lors une violation de la loi¹⁷⁷, des conventions internationales et de la constitution. Et même si l'administration se prévaut, pour fonder ces mesures, des dispositions de l'article 4 du décret n° 75-342 du 30 mai 1975 fixant les attributions du ministère de l'intérieur¹⁷⁸, il n'en demeure pas moins que lesdites dispositions qui ont un caractère réglementaire ne sauraient fonder des restrictions à une liberté fondamentale sans que ces restrictions soient prévues et encadrées par une loi¹⁷⁹.

L'interdiction de voyager peut être prononcée par le juge dans 4 cas : Les 3 premiers cas sont régis par les articles 15 bis et 15 ter de la loi de 1975 et ont en commun le fait que l'interdiction est prononcée à l'initiative du juge dans le cadre de poursuites pénales. Il en va autrement pour le quatrième cas prévu à l'article 15 quater.

174 Loi organique n° 77 du 2 novembre 1998, *JORT*, n°89 du 6 novembre 1998, p.2180.

175 TA, 4^{ème} chambre de première instance, n° 139186, 14 juillet 2015, Makram Ben Ammar c/ Ministre de l'intérieur.

176 Cette mesure concerne les personnes soupçonnées de vouloir voyager à l'étranger pour participer à des activités terroristes. Pour plus de détails sur cette mesure, consulter le rapport « On ne me disait jamais pourquoi : Restrictions arbitraires à la liberté de circulation en Tunisie », Amnesty International, 2018.

177 TA, sursis à exécution, 1^{er} Président, n°419979, 25 août 2016.

178 L'article 4 prévoit que « En tant que responsable du maintien de l'ordre public sur tout le territoire national, le Ministère de l'Intérieur est chargé notamment : de contrôler la circulation des personnes sur tout le territoire de la République et notamment toutes les frontières terrestres et maritimes et d'assurer la police de l'air »

179 C'est ce qu'a affirmé le tribunal administratif : TA, 5^{ème} chambre de première instance, 149486, 30 novembre 2018, Sami Rsayssi c/ Ministre de l'intérieur.

- L'interdiction prononcée à l'encontre des personnes faisant l'objet de poursuites pénales : renforcement des garanties et persistance des inconstitutionnalités

L'interdiction de voyager peut être ordonnée par le juge d'instruction dans le cadre d'une investigation. Ce pouvoir conféré au juge d'instruction appartient également à la juridiction de jugement compétente dans le cadre d'une affaire pénale en cours pour crime ou délit passible d'une peine d'emprisonnement d'au moins un an. L'interdiction de voyager peut aussi être décidée à titre provisoire par le ministère public en cas de flagrance ou d'urgence. Dans ces trois cas, la mesure d'interdiction poursuit la même finalité, elle vise à parer le risque de fuite des personnes inculpées et à assurer la poursuite des auteurs d'infraction et le bon déroulement du procès pénal. La restriction à la liberté d'aller et venir poursuit donc un but légitime de sécurité publique. Il est vrai également que l'interdiction de sortie du territoire est moins contraignante que d'autres mesures permettant d'empêcher que la personne inculpée ne se soustraie aux poursuites, elle implique pour la personne qui en fait l'objet moins de restriction qu'une détention provisoire. Reste à savoir si elle est proportionnée au but poursuivi.

Il y a lieu de noter que le législateur a entouré cette mesure de plusieurs garanties. En effet, la loi prescrit la motivation de la décision d'interdiction, ce qui permet à la personne concernée de prendre connaissance des motifs de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision. Aussi et lorsque l'interdiction est prononcée sur ordonnance du juge d'instruction, la loi impose sa notification écrite à l'inculpé ou à son avocat. De plus, la personne visée par la mesure d'interdiction peut la contester et demander sa levée, si le juge d'instruction ne se prononce pas dans un délai de quatre jours la chambre d'accusation peut être saisie. Cette dernière doit statuer dans le délai de 8 jours. Aux termes de l'article 15 ter un appel peut être interjeté contre la décision d'interdiction de voyage ou le refus de sa levée devant la chambre d'accusation qui est tenue de rendre sa décision dans de brefs délais¹⁸⁰. La promptitude et la célérité de la procédure juridictionnelle ainsi que la consécration du double degré de juridiction constituent des garanties procédurales importantes. En outre, la loi indique la limite temporelle de la décision d'interdiction, cette limite est fixée à quatorze mois lorsque l'interdiction est prononcée par le juge d'instruction ou par la juridiction saisie, et à quinze jours dans le cas où elle est édictée par le ministère public.

En dépit de l'importance des garanties introduites par la réforme de 2017, certaines lacunes méritent d'être soulevées. D'abord, et exception faite de l'ordonnance portant levée de l'interdiction de voyage dont l'exécution est automatiquement suspendue en cas d'appel interjeté par le procureur public, l'appel des ordonnances du juge d'instruction n'a pas d'effet suspensif¹⁸¹. Ensuite, s'agissant de l'interdiction prononcée par la juridiction de jugement dans le cadre d'une affaire pénale en cours, on constate qu'aucun débat contradictoire n'a été exigé pour mettre la personne visée en mesure de présenter ses observations. Aucune voie de contestation spécifique de la décision intervenue n'a été prévue non plus. Aussi, et concernant la faculté reconnue par l'article 15 ter au ministère public d'interdire le voyage en cas de flagrance ou d'urgence, il sied de souligner que contrairement à la flagrance qui a été définie par le code de procédure pénale¹⁸², l'urgence est une notion imprécise. L'imprécision de cette notion pourrait aboutir à une interprétation extensive de nature à porter une atteinte excessive à la liberté d'aller et venir.

¹⁸⁰ Un délai maximum de huit jours à compter de la réception du dossier.

¹⁸¹ L'alinéa premier de l'article 15 ter dispose que « Les ordonnances du juge d'instruction relatives à l'interdiction de voyage ou accordant la levée de l'interdiction ou la refusant, sont susceptibles d'appel par le procureur de la République ou l'inculpé ou son avocat, dans un délai de quatre jours à compter de la date de sa communication pour le procureur de la République, et de la date de sa notification pour les autres parties. L'appel du procureur de la République empêche l'exécution de l'ordonnance portant levée de l'interdiction de voyage ».

¹⁸² L'article 33 du code de procédure pénale dispose que « Il y a crime ou délit flagrant : 1) lorsque le fait se commet actuellement ou vient de se commettre ; 2) lorsque l'inculpé est poursuivi par la clameur publique, ou est trouvé en possession d'objets ou présente des traces ou indices faisant présumer sa culpabilité, pourvu que ce soit dans un temps très voisin de l'action. Est assimilé au crime ou délit flagrant, tout crime ou délit qui, même non commis dans les circonstances prévues à l'alinéa précédent, a été commis dans une maison dont le maître requiert un officier de police judiciaire de le constater ».

A ces différentes lacunes, s'ajoute une autre encore plus grave car elle est de nature à entacher d'inconstitutionnalité les articles 15 bis et 15 ter. En effet, à la lecture de ces deux articles, on constate que la loi laisse au juge un pouvoir d'appréciation très étendu et presque illimité, le législateur n'a pas encadré le pouvoir conféré au juge par des critères objectifs de manière à garantir que cette mesure préventive ne puisse être prononcée que dans les cas où il existe des motifs suffisants et raisonnables de craindre que l'accusé prenne la fuite. Rien dans la lettre du texte ne s'oppose à ce que cette restriction à la liberté d'aller et venir soit prononcée de manière automatique et sans qu'elle soit nécessaire ou justifiée.

Enfin, et bien que la durée maximale de la mesure d'interdiction soit fixée par la loi, la levée de l'interdiction à l'expiration de ce délai n'est pourtant pas systématique, elle est subordonnée à deux conditions cumulatives : d'une part, elle requiert une décision écrite rendue par le juge. D'autre part, elle ne peut être accordée si l'intéressé ne se présente pas intentionnellement aux procédures de poursuite ou à l'audience. Si la deuxième condition est tout à fait logique car elle est en cohérence avec le but poursuivi par la restriction au droit de quitter le pays prévue à l'article 15 bis et 15 ter, la première est problématique. Elle appelle deux questions : En premier lieu, il est tout à fait légitime de s'interroger sur la nature du pouvoir reconnu au juge, ce dernier est-il tenu de lever l'interdiction, ou dispose-t-il de la possibilité de refuser sa levée s'il estime au vu des circonstances qu'il est nécessaire de la maintenir ?

En second lieu, le texte exige que la décision de levée de l'interdiction soit rendue dans un délai maximum de trois jours à compter de la date d'expiration du délai de 14 mois, se pose inévitablement la question de savoir si ce délai est indicatif ou impératif. En d'autres termes, si le juge ne se prononce dans ce délai, quelles seraient alors les conséquences ? Force est de constater que l'article 15 ter de loi de 1975 n'apporte aucun élément de réponse à cette question. En effet, il n'est pas stipulé qu'en cas d'expiration de ce délai de 3 jours sans que le juge rende sa décision, l'interdiction sera levée de plein droit. Au total, le cinquième alinéa de l'article 15ter manque de clarté, il peut donner lieu à des interprétations contraires à l'article 49. Le maintien de l'interdiction de voyager au-delà de la limite temporelle maximale, pour les raisons que nous venons d'exposer, n'est pas exclu.

Il serait pertinent de réviser cette disposition pour respecter la proportionnalité entre les exigences de la sûreté publique et la nécessité de protection de la liberté d'aller et venir.

- L'interdiction prononcée par le juge à la demande de l'administration même en l'absence de poursuites pénales à l'encontre de la personne visée par cette mesure :

L'article 15 quater ajouté par la loi organique de 2017 prévoit la possibilité d'interdire la sortie du territoire si « le voyage du titulaire du passeport est susceptible de porter atteinte à la sécurité publique et même en l'absence de poursuite ou de jugement à son encontre ». L'interdiction est prononcée par le président du tribunal de première instance sur requête de l'administration présentée par l'intermédiaire du ministère public. Le but légitime poursuivi est manifestement la protection de la sécurité publique. La loi entoure cette mesure de plusieurs garanties : le prononcé de l'interdiction requiert l'intervention d'un juge, la décision doit être motivée et notifiée à la personne concernée, elle peut être contestée et sa durée ne peut excéder trois mois. Ces différentes précisions introduites par la loi de 2017 constituent à n'en pas douter une avancée considérable par rapport à la rédaction du texte issue de la loi organique de 1998.

Néanmoins, la conformité de cette restriction à l'article 49 de la constitution est tout sauf évidente. En effet, la loi n'a pas identifié les éléments factuels ou les comportements spécifiques de la personne visée par l'interdiction

qui doivent être pris en compte pour évaluer la menace que pourrait constituer son voyage sur la sécurité publique. Les motifs pouvant justifier cette mesure ne sont pas suffisamment détaillés. Il est à souligner que le fait que cette restriction soit prononcée par un juge et non par l'administration ne suffit pas à prémunir les individus contre les ingérences arbitraires dans l'exercice de leur liberté. En effet, la loi laisse au juge une latitude excessive dans l'appréciation des motifs susceptibles de justifier l'interdiction, sans établir des critères précis pour caractériser une menace sur la sécurité publique, ce qui peut aboutir à une interprétation extensive de cette notion et exposer les personnes concernées à un risque d'arbitraire alors même qu'elles n'ont commis et ne sont suspectées d'avoir commis aucune infraction.

Compte tenu de ce qui précède, les critères de constitutionnalité de la restriction à la liberté d'aller et venir ne sont pas réunis. Un encadrement plus strict de l'étendue et des modalités du pouvoir d'appréciation conféré au juge semble nécessaires pour mettre l'article 15 quater en conformité avec l'article 49.

4 - La loi n°27 du 22 mars 1993 relative à la carte nationale d'identité :

Contrairement à d'autres pays¹⁸³, la détention d'une carte d'identité est obligatoire en Tunisie pour tout citoyen âgé d'au moins dix-huit ans aux termes de l'article 2 de la loi n° 27 de 1993 relative à la carte nationale d'identité. Cette loi prévoit un contrôle d'identité dans l'article 7 qui dispose ce qui suit « Tous les citoyens assujettis à la détention obligatoire d'une carte nationale d'identité conformément aux dispositions de la présente loi doivent la présenter à toute réquisition des agents de la sûreté nationale et de la garde nationale sous peine d'une amende de cinq dinars. N'est pas considérée comme infraction nouvelle au sens de l'alinéa premier la non-présentation de la carte d'identité nationale qui intervient dans les trente jours qui suivent la première contravention ».

Le contrôle de l'identité peut être défini comme *l'acte d'un agent de l'autorité publique consistant à demander à un particulier, de justifier son identité aux fins de l'examen du document fourni, en tout lieu où cet agent se trouve légalement*¹⁸⁴.

Il existe deux types de contrôle d'identité : il y a d'abord le contrôle d'identité intervenant dans un cadre de police judiciaire dans le but de rechercher et de poursuivre les auteurs d'une infraction, il y a ensuite le contrôle d'identité effectué au titre de la police administrative en vue de prévenir les troubles à l'ordre public. Mais à la lecture de l'article 7 de la loi de 1993, nous constatons que le législateur ne précise pas le but poursuivi par les contrôles d'identité.

Même si le contrôle d'identité en Tunisie constitue une pratique courante et n'a pas suscité la polémique qu'il continue d'alimenter dans plusieurs autres pays¹⁸⁵, il n'en demeure pas moins que cette mesure constitue une ingérence dans l'exercice de la liberté d'aller et venir, et qu'elle ne peut dès lors s'effectuer sans motif.

Rappelons à cet égard que dans sa décision n° 93-323 DC du 5 août 1993¹⁸⁶, le Conseil constitutionnel français a affirmé que « *la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté individuelle* » et a exigé que des « *circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public* » motivent le contrôle d'identité préventif. Aux Etats-Unis, un contrôle de police sans cause a été jugé contraire au 4^{ème} amendement de la constitution en 1968 par l'arrêt Terry v. Ohio, rendu par la Cour Suprême des Etats-Unis le 10 juin 1968¹⁸⁷.

183 La détention d'une carte d'identité n'est pas obligatoire en France, en Italie, au Royaume-Uni, etc...

184 Jurisclasseur Procédures Pénales, Art. 78-1 à 78-6 : fascicule 10, n° 30.

185 Dans plusieurs pays se pose le problème de l'aspect discriminatoire des contrôles d'identité, appelés contrôles au faciès.

186 JORF du 7 août 1993, p.11193. Décision disponible également sur le site du conseil constitutionnel français.

187 Pour plus de détails sur cet arrêt consulter le *Rapport du Défenseur des droits relatif aux relations police/citoyens et aux contrôles d'identité*, 2012, p. 26-27.

En se référant aux expériences comparées, on peut noter que les contrôles d'identité sont strictement encadrés par la loi. En Allemagne, les contrôles d'identité sont régis par les lois de chaque Land, et ils sont en général rigoureusement réglementés, ils ne peuvent être effectués que pour des motifs spécifiques et dans des cas limitativement déterminés. Le non-respect de ces exigences expose les agents à des sanctions disciplinaires¹⁸⁸. Au Royaume-Uni, tout contrôle d'identité donne lieu à la délivrance d'un récépissé à la personne contrôlée¹⁸⁹, ce dispositif sert de moyen de preuve et permet à la personne s'estimant victime d'un contrôle abusif de saisir l'autorité compétente. En droit français également, les motifs et les conditions des contrôles d'identité sont fixés par la loi¹⁹⁰.

En effet, permettre aux forces de l'ordre de demander de manière générale à toute personne de justifier son identité est contraire aux principes de nécessité et de proportionnalité. Ainsi, il serait pertinent de réviser la disposition de la loi de 1993 relative aux contrôles d'identité. Pour assurer la conformité de ladite disposition aux exigences de l'article 49, il convient de préciser les objectifs poursuivis par les contrôles d'identité. Il est également nécessaire de définir, à partir de critères objectifs et avec précision, les personnes ou catégories de personnes pouvant faire l'objet de contrôle ainsi que les circonstances particulières pouvant motiver cette mesure afin d'encadrer le pouvoir discrétionnaire des forces de l'ordre dans la mise en œuvre de ces contrôles d'autant plus que la non-présentation de la carte d'identité à la demande des agents de l'autorité publique constitue une infraction passible d'une amende.

Pour sa part, le Tribunal administratif a considéré que le contrôle d'identité effectué, à titre préventif, dans le cadre de la police administrative doit être nécessaire pour la sauvegarde de la sécurité publique, justifié par des motifs précis et circonstanciés et proportionné à l'objectif poursuivi. Le contrôle d'identité qui ne répond pas à ces exigences constitue une mesure abusive portant atteinte à la liberté d'aller et venir¹⁹¹.

188 J. GAUTHIER, *Police et minorités en France et en Allemagne*, Presses de sciences Po, « sociétés contemporaines », 2015/1, n°97, p.102 disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cairn.info/revue-societes-contemporaines-2015-1-page-101.htm>

189 Au Royaume-Uni, une loi dite PACE (Police and Criminal Evidence Act) encadre depuis 1986 les contrôles d'identité. En Espagne également, certaines villes ont introduit des formulaires de contrôle. Ainsi, depuis 2006, la police de la ville de Fuenlabrada remet un récépissé aux personnes contrôlées.

190 Loi française n° 93-992 du 10 août 1993 relative aux contrôles et vérifications d'identité, consultable sur la base Légifrance. Les contrôles d'identité sont régis par les articles 78-1 et suivants du code de procédure pénale français.

191 TA, 1^{ère} chambre de première instance, n° 148981, 2 juillet 2018, Wajih Mrassi c/ Ministre de l'intérieur.

**LIBERTÉ DE RÉUNION
ET DE MANIFESTATION
PACIFIQUES ET ARTICLE 49
DE LA CONSTITUTION**



« Cœur battant de la démocratie »¹⁹² pour les uns, « substitut constitutionnel à la révolution »¹⁹³ pour les autres, la liberté de réunion et de manifestation pacifiques est un droit humain fondamental qui s'impose aujourd'hui comme un droit inhérent à la qualité de citoyen et au fonctionnement des régimes démocratiques.

Depuis longue date dans les démocraties plus installées, les manifestations sont considérées comme des formes éminentes d'expression et de participation aux affaires publiques et l'un des fondements d'une société démocratique, tolérante et pluraliste¹⁹⁴. La liberté de réunion et de manifestation revêt d'autant plus d'importance que son exercice permet de concrétiser plusieurs autres droits et libertés civils, politiques, sociaux, culturels et économiques (la liberté d'expression, la liberté d'association, le droit syndical, etc.). Raison pour laquelle elle est considérée comme une liberté-carrefour¹⁹⁵ qui « joue un rôle fondamental pour la protection et la promotion d'un large éventail de droits de l'Homme »¹⁹⁶.

Compte tenu de son caractère éminemment politique, la liberté de manifestation n'est généralement pas consacrée de manière autonome mais elle est le plus souvent appréhendée sous le prisme de la liberté de réunion pacifique ou/et de la liberté d'expression. C'est de cette manière qu'elle a été approuvée par plusieurs systèmes constitutionnels tels que le système français¹⁹⁷, américain¹⁹⁸ italien¹⁹⁹ ou espagnol²⁰⁰. De même, les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ne consacrent pas de manière autonome la liberté de manifestation mais reconnaissent la liberté de réunion. Ainsi, l'article 20 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 et l'article 21 du pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) de 1966 ont consacré le droit de réunion pacifique. Au niveau régional également, les systèmes américain, européen et africain des droits de l'Homme ont reconnu la liberté de réunion²⁰¹. La manifestation est, dès lors, considérée comme une forme de réunion. En effet,

192 Gwénaële Calvès «La manifestation, cœur battant de la démocratie », Jus Politicum, n°17 [<http://juspoliticum.com/article/La-manifestation-coeur-battant-de-la-democratie-1140.html>]

193 Expression utilisée par Abraham Lincoln cité in Aurélie Duffy-Meunier, Thomas Perroud «La liberté de manifestation dans l'espace public en droit comparé », Jus Politicum, n° 17 [<http://juspoliticum.com/article/La-liberte-de-manifestation-dans-l-espace-public-en-droit-compare-1148.html>]

194 Voir dans ce sens : Résolution du Parlement européen du 14 février 2019 sur le droit à manifester pacifiquement et l'usage proportionné de la force (2019/2569(RSP)), adoptée le 14 février 2019.

195 Aurélie Duffy-Meunier et Thomas Perroud, «La liberté de manifestation dans l'espace public en droit comparé », Jus Politicum, n° 17 [<http://juspoliticum.com/article/La-liberte-de-manifestation-dans-l-espace-public-en-droit-compare-1148.html>]

196 Rapport conjoint du Rapporteur spécial de l'ONU sur le droit de réunion pacifique et la liberté d'association et du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires concernant la bonne gestion des rassemblements, A/HRC/31/66, 2 février 2016, §6.

197 En droit français, la liberté de manifestation n'est consacrée par aucun texte faisant partie du bloc de constitutionnalité, le conseil constitutionnel français lui a reconnu une valeur constitutionnelle en tant qu'expression collective des idées et des opinions (Décision du conseil constitutionnel n°94-352 DC du 18 janvier 1995).

198 Aux Etats-Unis, la liberté de manifestation est appréhendée en tant que composante de la liberté d'expression, pour plus de détails voir : Idris Fassassi «La liberté de manifestation aux États-Unis », Jus Politicum, n° 17 [<http://juspoliticum.com/article/La-liberte-de-manifestation-aux-Etats-Unis-1137.html>]

199 En droit italien, la liberté de manifestation est une sorte de déclinaison de la liberté de réunion, pour plus de détails, voir : Isabelle Boucobza, «La liberté de manifester en Italie, perspective historique », Jus Politicum, n° 17 [<http://juspoliticum.com/article/La-liberte-de-manifester-en-Italie-perspective-historique-1127.html>]

200 L'article 21 de la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 prévoit que « 1. Le droit de réunion pacifique et sans armes est reconnu. L'exercice de ce droit n'exigera pas une autorisation préalable. 2. Les autorités seront informées préalablement des réunions devant se dérouler dans des lieux de manifestation publique et de circulation ; elles ne pourront les interdire que si des raisons fondées permettent de prévoir que l'ordre public sera perturbé mettant en danger des personnes ou des biens ».

201 La liberté de réunion est garantie par l'article 11 de la charte africaine des droits de l'Homme et des peuples, l'article 11 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et l'article 15 de la convention américaine relative aux droits de l'Homme.

la notion de « réunion » est entendue de manière très large en droit international des droits de l'Homme, outre les réunions au sens strict, elle englobe les manifestations, les défilés, les grèves, les sit-in, les veillées à la bougie et les mobilisations éclair²⁰².

D'après les Lignes directrices conjointes du Bureau pour les institutions démocratiques et les droits de l'Homme (BIDDH) de l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE) et de la Commission de Venise sur la liberté de réunion pacifique, le terme réunion publique « désigne la présence intentionnelle et temporaire de plusieurs personnes souhaitant exprimer un point de vue commun dans un espace public »²⁰³. Dans les Lignes Directrices sur la liberté d'association et de réunion de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples, la réunion est définie comme « un rassemblement volontaire, en privé ou en public, à des fins expressives et pour une durée prolongée »²⁰⁴.

Il ressort de ces différentes définitions que la réunion publique se définit à partir de deux éléments cumulatifs : un élément objectif, à savoir le rassemblement de personnes dans un espace public ou accessible au public, et un élément subjectif illustré par la volonté de participer à la formation d'opinions. Pour qu'un rassemblement relève de la catégorie « manifestation » ou « réunion », il faut qu'il ait une visée expressive, ce qui exclut en principe les rassemblements qui n'ont pas cette vocation. Il convient de souligner à cet égard que le Comité international des droits de l'Homme a considéré dans son observation générale n°37 sur la liberté de réunion que le terme réunion couvre également les rassemblements organisés « dans le but de montrer sa solidarité vis-à-vis du groupe ou d'affirmer son identité » et les rassemblements qui ont « un objectif de divertissement ou des fins culturelles, religieuses ou commerciales »²⁰⁵. Cette acception large de la notion de réunion est motivée par la volonté d'élargir le champ de protection de l'article 21 du PIDCP, mais il n'en demeure pas moins que l'expression d'opinions est l'un des objectifs essentiels de la liberté de réunion et de manifestation comme l'a affirmé le Comité²⁰⁶.

Plus que toute autre liberté, le contenu et la protection réservée à la liberté de réunion et de manifestation pacifiques dépendent de la nature des rapports entre l'État et les individus. Cela nous amène à constater, pour le cas de la Tunisie, une différence substantielle quant à l'approche adoptée dans la consécration de cette liberté dans la Constitution de 1959 et ses textes d'application, et dans celle de 2014.

En effet, la liberté de réunion a été consacrée par l'article 8 de la Constitution de 1959 qui dispose que « la liberté d'opinion, d'expression, de presse, de publication, de réunion et d'association sont garanties et exercées dans les conditions définies par la loi ». Cet article a fait l'objet d'une mise en œuvre législative, la loi n°69-4 du 24 janvier 1969 réglementant les réunions publiques, cortèges, défilés, manifestations et attroupement²⁰⁷ a été adoptée pour préciser les modalités d'exercice de la liberté de réunion.

Avec l'avènement de la constitution du 27 janvier 2014, la donne a changé et une toute autre approche fût adoptée quant à la manière de consacrer et d'encadrer les droits et les libertés, instaurant ainsi une nouvelle conception des rapports entre l'autorité publique et les individus, et accordant des garanties juridiques effectives aux différents droits et libertés fondamentaux au nombre desquels figure la liberté de manifestation et de réunion.

202 Dans Les lignes directrices sur la liberté d'association et de réunion en Afrique de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples (22 mai 2017), il est également affirmé que le droit de réunion peut s'exercer de diverses façons, notamment par des manifestations, §3.

203 Lignes directrices sur la liberté de réunion pacifique du BIDDH/OSCE et de la commission de Venise, CDL-AD(2010)020,§1.

204 Lignes directrices sur la liberté d'association et de réunion en Afrique, § 3.

205 Comité international des droits de l'Homme, Observation générale n°37 sur l'article 21 du PIDCP, CCPR/C/GC/37, 17 décembre 2020, § 12.

206 Comité international des droits de l'Homme, Observation générale n°37, § 32.

207 JORT du 28-31 janvier 1969, p.117 et s.

Ainsi, et contrairement à la constitution de 1959, la nouvelle constitution de 2014 comprend un article spécifiquement dédié à la liberté de réunion ce qui témoigne de l'importance que le constituant accorde à cette liberté. Aussi, le constituant ne se contente pas de consacrer une liberté de réunion mais garantit la liberté de réunion et de manifestation, ce qui traduit la volonté de rompre avec les pratiques arbitraires de l'ancien régime qui ont vidé la liberté de manifestation de sa substance²⁰⁸. Cette liberté est consacrée par l'article 37 de la constitution de 2014 aux termes duquel « La liberté de réunion et de manifestation pacifiques est garantie ». Aucune restriction n'a été prévue par cet article à l'exercice de la liberté de réunion et de manifestation.

Néanmoins, la liberté de réunion et de manifestation n'est certes pas garantie de manière absolue, des restrictions peuvent être apportées par le législateur à l'exercice de cette liberté. Pour prémunir les individus contre les restrictions abusives et arbitraires, la constitution a imposé dans son article 49 un certain nombre d'exigences que la loi doit respecter lorsqu'elle apporte des limitations à l'exercice des droits et libertés prévus par la Constitution.

Ainsi, la loi ne peut tout faire, les atténuations aux libertés qu'elle prévoit ne doivent pas porter atteinte à leur substance. Il faut un intérêt légitime à même de justifier une restriction de la liberté, et la norme doit se limiter aux mesures strictement nécessaires pour assurer la protection d'intérêts juridiques d'importance équivalente à la liberté considérée.

L'objet de cette étude consiste à analyser la loi du 24 janvier 1969 à la lumière des impératifs constitutionnels posés par l'article 49, afin de détecter les éventuelles inconstitutionnalités que ledit texte pourrait renfermer. L'analyse sera axée dans un premier temps sur les dispositions relatives aux conditions d'exercice de la liberté de réunion et de manifestation pacifiques, elle portera dans un second temps sur les dispositions relatives au régime des mesures préventives et répressives mis en place par ladite loi. Etant donné que ce régime peut être aggravé dans le cadre de l'état d'urgence régi par le décret n°50 du 26 janvier 1978, la deuxième partie de cette étude portera également sur l'analyse des dispositions dudit décret à l'aune des critères de constitutionnalité énoncés à l'article 49 de la constitution.

1 - Les formalités et les conditions d'exercice de la liberté de réunion et de manifestation pacifiques :

Selon l'article 49 de la constitution, la loi apportant certaines restrictions à l'exercice de la liberté de réunion et de manifestation pacifique doit respecter un nombre de principes et d'exigences. En effet, les limitations que prévoit la loi ne doivent pas porter atteinte à l'essence même de cette liberté.

La restriction doit avoir un ou plusieurs buts légitimes limitativement énumérés (sauvegarder les droits d'autrui, la sûreté publique, la défense nationale, la santé publique, la moralité publique) et doit être nécessaire dans un État civil et démocratique. Cela implique, par conséquent, de veiller à la proportionnalité de la restriction par rapport à la réalisation des objectifs poursuivis.

D'une manière générale, le principe de proportionnalité exige que les restrictions apportées par le législateur à l'exercice des libertés fondamentales ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la loi, « étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les inconvénients causés ne doivent

208 Rapport d'Amnesty International « Derrière le miracle économique tunisien : les inégalités et la criminalisation de l'opposition », 30 mars 2009. Ce rapport met en lumière les violations de la liberté de manifestation dans le cadre de la répression du mouvement de protestation qui a agité la région de Gafsa en 2008.

pas être démesurés par rapport aux buts visés »²⁰⁹. Ce qui ne semble pas être le cas de la loi n°69-4 du 24 janvier 1969 réglementant les réunions publiques, cortèges, défilés, manifestations et attroupements.

En effet, la liberté de réunion et de manifestation semble être strictement encadrée par cette loi. De nombreuses entraves à l'exercice de cette liberté existent et le régime juridique adopté n'a fait que vider la liberté de manifester de sa substance le rendant inconstitutionnel dans la mesure où il ne respecte pas désormais, les conditions de restriction des libertés prévues par l'article 49. Cela se vérifie au niveau des formalités exigées et au niveau des conditions d'exercice de cette liberté.

1-1-Les formalités exigées pour organiser une réunion ou une manifestation : une entrave à l'exercice de la liberté de réunion et de manifestation

La loi de 1969 a adopté un régime juridique encadrant la liberté d'organiser une réunion ou une manifestation sur la voie publique pour assurer le bon ordre lors de leur déroulement. A cet effet, l'article premier de la loi ainsi que l'article 9, reconnaissent le caractère libre des réunions publiques et toute forme de manifestation sur la voie publique, excluant de la sorte les autorisations préalables comme condition d'exercice de la liberté de réunion et de manifestation. Toutefois, l'organisation d'une réunion publique²¹⁰ ou d'une manifestation²¹¹ est obligatoirement soumise à une déclaration préalable indiquant le jour et l'heure du déroulement de la réunion, ainsi que les lieux, l'itinéraire, les banderoles ou les drapeaux qui seraient portés pour les rassemblements sur la voie publique²¹². La déclaration doit être signée par deux personnes au moins jouissant de leurs droits civils et domiciliées dans la circonscription où la réunion ou la manifestation doit avoir lieu. Les deux signataires de la déclaration devront faire mention de leur identité complète, de leur qualité et de leur adresse. La déclaration sera remise au siège du gouvernorat ou de la délégation, et à Tunis à la direction de la sûreté nationale, contre un récépissé où seront indiquées la date et l'heure de son dépôt qui doit avoir lieu trois jours au minimum et quinze jours au maximum avant la date de la réunion²¹³. De son côté, l'article 3 ajoute que la déclaration doit indiquer le but et le motif de la réunion.

Force est de constater que la loi de 1969 pose le principe selon lequel l'exercice de la liberté de réunion et de manifestation est soumis à une déclaration préalable. Elle consiste dans l'obligation faite aux personnes désireuses d'exercer certaines activités d'en informer au préalable la puissance publique grâce à une déclaration précisant l'objet et les modalités de l'activité envisagée.

Ainsi, le régime de la déclaration préalable est qualifié par la doctrine de « juste milieu » entre le régime répressif, le plus libéral, et le régime préventif, le plus attentatoire à la liberté. Certes, le régime de déclaration ne permet pas à la personne d'exercer sa liberté directement, mais il ne subordonne pas l'exercice de la liberté à une autorisation préalable de l'administration. L'organisateur d'une manifestation doit tout simplement se contenter d'informer les pouvoirs publics qu'il va user de sa liberté et ces derniers prennent simplement acte de sa déclaration.

En adoptant le régime de la déclaration, la loi de 1969 se trouve, en apparence du moins, en harmonie avec les dispositions de l'article 49. En réalité, il n'en est rien pour deux raisons. D'abord, l'exigence d'un récépissé pour prouver l'accomplissement de l'obligation de déclaration préalable constitue une entrave à l'exercice de la liberté de réunion

209 CJCE, 13 novembre 1990, *The Queen c/ Minister of Agriculture, Fisheries and Food et Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa*, aff. C-331/88, Rec. p. I-04023, para. 13

210 Article 2 de la loi du 24 janvier 1969.

211 Article 9 de la loi du 24 janvier 1969.

212 Article 10 de la loi du 24 janvier 1969.

213 Article 2 de la loi du 24 janvier 1969.

d'autant plus que cette formalité a eu pour effet de transformer, *de jure et de facto*, le régime de déclaration en régime d'autorisation. Ensuite, le régime de déclaration préalable tel que défini par la loi de 1969 s'avère très contraignant, car il érige l'obligation de déclaration en règle absolue à laquelle aucune dérogation n'est permise.

1-1-1 Le récépissé, une formalité qui transforme le régime de déclaration en régime d'autorisation vidant la liberté de sa substance

Une fois la manifestation déclarée, les manifestants sont théoriquement libres d'exercer cette activité. L'administration compétente ne dispose pas, *a priori*, d'un pouvoir discrétionnaire quant à l'octroi du récépissé, seule preuve, selon la loi, de l'accomplissement de la formalité substantielle de la déclaration. L'octroi du récépissé doit être systématique si on veut respecter l'esprit du régime de la déclaration. Néanmoins, dès la mise en œuvre de la loi de 1969, un glissement s'est en réalité opéré vers le régime de l'autorisation préalable. L'administration a refusé à plusieurs reprises de délivrer le récépissé, interdisant ainsi de fait l'organisation de la réunion ou de la manifestation et sans justification de son refus²¹⁴.

En effet, n'ayant aucune preuve du dépôt d'une déclaration préalable, les organisateurs de la réunion ou de la manifestation se trouvent dans l'impossibilité d'exercer leur liberté s'ils veulent rester dans une situation régulière vis-à-vis de la loi. D'autant plus qu'aucune voie de recours n'est prévue par la loi permettant de contester ce refus dans des délais raisonnables. Ce qui ne favorise pas une protection juridictionnelle effective de la liberté de réunion et de manifestation comme le prévoit l'article 49 de la constitution.

Certes, ce refus peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif, le requérant peut également présenter une demande de sursis à exécution aux fins d'obtenir du juge qu'il suspende l'exécution de la décision de refus. Néanmoins, le régime du sursis à exécution est inadapté à ces situations. En effet, aux termes de l'article 40 de la loi du 1^{er} juin 1972 relative au tribunal administratif, le juge statue sur la demande de sursis à exécution dans un délai d'un mois. Ce délai, déjà long, n'est pas toujours respecté par le juge. De plus, selon une jurisprudence bien établie, les décisions administratives de refus ne peuvent en principe faire l'objet de sursis à exécution²¹⁵. Il est dès lors évident que le sursis à exécution ne constitue pas une voie de droit appropriée pour faire face aux dérives commises par l'administration dans le cadre de la délivrance du récépissé. Les référés classiques sont inadaptés aux spécificités de cette matière et ne permettent pas de répondre avec efficacité aux situations d'atteinte à cette liberté fondamentale. Ainsi, convient-il de prévoir une voie de recours spécifique caractérisée par la célérité et la souplesse des conditions procédurales. En droit français par exemple, un référé spécifique dénommé « Référé-Liberté », a été institué par la loi du 30 juin 2000. Cette voie de droit permet au juge d'intervenir rapidement pour mettre fin à une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Le juge doit se prononcer dans un délai de 48 heures et il peut ordonner toutes les mesures nécessaires à la sauvegarde de la liberté²¹⁶. En droit espagnol également, la loi organique n° 9/1983 relative à la liberté de réunion prévoit dans son article 11 la possibilité d'exercer un recours contentieux contre la décision d'interdiction d'une réunion ou d'une manifestation devant le tribunal compétent

214 TA, 1^{ère} instance, n°121187, 14 novembre 2012, Zied Héni c/ Ministre de l'intérieur. Dans cette affaire l'administration a refusé de délivrer le récépissé au requérant. Le juge a néanmoins affirmé que l'administration est en situation de compétence liée, elle est tenue de délivrer le récépissé et ne dispose, en la matière, d'aucun pouvoir d'appréciation.

215 Cette jurisprudence est fondée sur l'absence de qualité des juges administratifs pour adresser des injonctions à l'administration, or le prononcé de sursis à exécution de décisions de refus aurait la signification d'une obligation de faire. Toutefois, le tribunal administratif admet une exception à cette règle qui concerne les décisions de refus emportant une modification de la situation de l'intéressé. Pour plus de détails, voir : Hssine Amara, Le sursis à exécution des décisions administratives, in L'évolution contrastée du REP, Publications de l'École doctorale de la Faculté de droit de Sfax, 2010, p.95 (en arabe)

216 Pour plus de détails Voir : Jean-Luc Rongé, L'évolution du référé administratif, Association jeunesse et droit | « Journal du droit des jeunes », 2001/7 N° 207 | pages 27 à 29, disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2001-7-page-27.htm>

dans un délai de quarante-huit heures. Le juge est tenu de rendre sa décision non seulement avec toute la célérité possible mais aussi avant la date prévue de la manifestation²¹⁷.

De ce fait, il sera légitime d'affirmer que l'absence de la réglementation du cas de refus de l'octroi du récépissé aux organisateurs lors de la déclaration et l'inexistence d'une voie de recours juridictionnel adéquate contre ce refus²¹⁸ sont autant d'éléments qui nous conduisent à conclure que les dispositions sus-analysées portent atteinte à l'essence même de la liberté et ne répondent nullement aux exigences d'un État démocratique au sens de l'article 49 de la constitution

Cela étant, il serait pertinent de prévoir dans la nouvelle loi organisant la liberté de réunion et de manifestation la possibilité de faire la déclaration par tout moyen laissant une trace écrite prouvant légalement l'accomplissement de la formalité, ne laissant ainsi à l'administration que la possibilité d'interdire la réunion ou la manifestation pour des raisons légitimes prévues par la loi. Rappelons à cet égard que les Lignes directrices conjointes de l'OSCE/BIDDH et de la Commission de Venise sur la liberté de réunion indiquent qu'un système de déclaration préalable n'est pas nécessaire mais lorsqu'un tel système existe, il doit être prévu dans le but de faciliter l'exercice de la liberté de réunion et de permettre aux autorités de prendre les mesures appropriées pour assurer la protection des droits d'autrui et la préservation de la sécurité publique²¹⁹. De son côté, la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé que « les réglementations de ce type doivent être conçues de manière à ne pas constituer une entrave dissimulée à la liberté de réunion »²²⁰. Dans le même sens, le rapport conjoint du Rapporteur spécial de l'ONU sur le droit de réunion pacifique et la liberté d'association et du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires indique qu'un système de déclaration « doit viser à faciliter la tenue de la réunion, et non pas correspondre de fait à une obligation d'autorisation préalable »²²¹.

1-1-2 : L'obligation de déclaration préalable : une règle absolue à laquelle aucune dérogation n'est permise

Il convient de souligner que les articles 2 et 9 de la loi de 1969 soumettent à l'obligation de déclaration préalable toute réunion publique²²² ainsi que « tous cortèges, défilés, et d'une façon générale, toute manifestation sur la voie publique, quel qu'en soit le caractère »²²³. Ces dispositions appellent deux remarques : d'abord, la généralité des termes employés confère à l'obligation de déclaration un champ d'application extrêmement large qui vise à soumettre toute forme de rassemblement au régime strict mis en place par la loi de 1969. En effet, la loi n'a pas pris soin de définir la notion de réunion ni celle de manifestation, l'absence de critères précis qui permettent de distinguer les rassemblements soumis à l'obligation de déclaration de ceux qui en sont exemptés, laisse à l'administration une latitude excessive dans la détermination du champ d'application de cette obligation. Il convient en outre de noter que la loi de 1969 prévoit, en cas d'inobservation de l'obligation de déclaration préalable, une panoplie de peines pénales qui peuvent être infligées aux participants²²⁴, aux organisateurs²²⁵, et même aux individus qui ont mis à la

217 Joan Vintro, La protection des libertés, Revue Pouvoirs, 2008/1 n° 124, p.91, disponible en ligne à l'adresse <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2008-1-page-85.htm>

218 Article 5 de la loi du 24 janvier 1969.

219 Lignes directrices conjointes de l'OSCE et de la Commission de Venise sur la liberté de réunion, § 4.1

220 CEDH, Affaire Oya Ataman c. Turquie, (Requête no 74552/01), §38.

221 Rapport conjoint du Rapporteur spécial sur le droit de réunion pacifique et la liberté d'association et du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, §28.

222 Article 2 de la loi du 24 janvier 1969.

223 Article 9 de la loi du 24 janvier 1969.

224 La loi prévoit une sanction d'emprisonnement de 3 mois à un an de prison en plus d'une amende en cas de participation à une manifestation non déclarée (article 26).

225 Le non-respect de l'obligation de déclaration préalable est passible d'une peine pouvant aller jusqu'à 3 mois de prison (article 23). De même, toute provocation à un attroupement bien que non armé est sanctionnée d'une peine privative de liberté même si l'attroupement n'a pas eu lieu (article 31).

disposition de ces derniers un local sans s'être assurés que la déclaration de la réunion était faite conformément à la loi²²⁶. Par conséquent, la formulation vague des articles 2 et 9 de la loi ne permet pas de prémunir les individus contre le risque d'une interprétation extensive qui aurait pour effet de les exposer à des sanctions pénales. Au vu de ce qui précède, il ne fait pas de doute que lesdits articles apportent à la liberté de réunion et de manifestation pacifiques une restriction disproportionnée par rapport à l'objectif de sécurité publique poursuivi. Les articles 2 et 9 de la loi de 1969 ne répondent pas, dès lors, aux critères de constitutionnalité posés par l'article 49.

Ensuite, la loi pose une règle générale de déclaration préalable à laquelle aucune dérogation n'est permise. Il s'ensuit que toute manifestation non déclarée est illégale, elle est considérée un attroupement lequel peut être dispersé par la force. Il en va de même pour les manifestations spontanées qui sont organisées en réaction immédiate à un événement imprévu. Force est de constater que la loi de 1969 pose implicitement une présomption générale et irréfragable en défaveur des réunions spontanées, qui consiste à considérer toute réunion non déclarée comme une menace pour l'ordre public. Cette présomption est non seulement contraire à l'article 49 de la constitution mais également aux conventions internationales. En effet, le Comité des droits de l'Homme et la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples ont respectivement affirmé que le respect de la liberté de réunion exige qu'une présomption en faveur de la tenue de réunions prévale toujours²²⁷. Ainsi, la non-déclaration d'un rassemblement ne saurait le rendre illégal²²⁸ et « les rassemblements ne doivent pas être automatiquement perturbés, par voie de dispersion ou de sanction, du seul fait qu'ils n'ont pas été officiellement déclarés »²²⁹. Aussi, les rassemblements spontanés pour lesquels le temps manque pour avertir doivent être exemptés de l'obligation de déclaration préalable, ils doivent être protégés au même titre que les autres réunions ou manifestations. Les réunions spontanées et les réunions pacifiques non déclarées sont, dès lors, protégées par les articles 21 du PIDCP²³⁰ et l'article 11 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples.

Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré que les manifestations non déclarées sont illégales, néanmoins elle a estimé que la mise en œuvre de la règle de la déclaration préalable « ne doit pas devenir une fin en soi », et que même si cette règle n'a pas été respectée « il est important que les pouvoirs publics fassent preuve d'une certaine tolérance pour les rassemblements pacifiques, afin que la liberté de réunion garantie par l'article 11 de la Convention ne soit pas vidée de sa substance »²³¹.

Concernant les réunions et les manifestations spontanées, la Cour a jugé qu'un régime de déclaration rigide qui ne permet pas de prendre en compte le cas particulier d'un événement appelant une réaction immédiate sous la forme d'un rassemblement spontané, n'est pas justifié²³². Raison pour laquelle, les Lignes directrices conjointes de l'OCSE/BIDDH et de la Commission de Venise sur la liberté de réunion, ont mis l'accent sur la nécessité d'introduire dans la législation relative à la liberté de réunion une exception à la règle de déclaration concernant les réunions spontanées organisées pour réagir immédiatement à des événements en cours²³³.

226 Article 24 de la loi du 24 janvier 1969.

227 Observation générale du Comité des droits de l'Homme n° 37 ; Lignes directrices sur la liberté d'association et de réunion en Afrique, § 71. Les Lignes directrices de l'OSCE indiquent également qu'une présomption en faveur de la réunion devrait être clairement et explicitement établie par la loi, §2.1.

228 Le Comité des droits de l'Homme a souligné que « le défaut de notification préalable aux autorités d'un rassemblement à venir, lorsque cette notification est requise, ne rend pas illégale la participation à la réunion en question », Observation générale n° 37, §71.

229 Lignes directrices sur la liberté d'association et de réunion en Afrique, § 71.

230 Selon le Comité des droits de l'Homme « l'obligation de notification préalable ne devrait pas non plus s'appliquer aux rassemblements spontanés, pour lesquels le temps manque pour avertir », Observation générale n°37, §72.

231 CEDH, affaire Navalnyy c. RUSSIE, 15 novembre 2018.

232 CEDH, affaire Navalnyy c. RUSSIE, 15 novembre 2018. Dans l'affaire *Bukta et autres* c. Hongrie 17 juillet 2007, n° 25691/04, § 36, la Cour a estimé que « dans des circonstances spéciales où il peut se justifier de réagir immédiatement, par exemple à un événement politique, par une manifestation pacifique, disperser celle-ci au seul motif que l'obligation de notification préalable n'a pas été respectée et sans que les participants se fussent comportés d'une manière contraire à la loi constituait une restriction disproportionnée à la liberté de réunion pacifique ».

233 Lignes directrices conjointes de l'OCSE/BIDDH et de la Commission de Venise sur la liberté de réunion pacifique, §4.2 §128

Au vu de ce qui précède, il ne fait pas de doute qu'en posant la règle selon laquelle toute réunion non déclarée est considérée comme illégale même si elle est spontanée et pacifique, la loi de 1969 apporte une restriction injustifiée et disproportionnée à la liberté de réunion et de manifestation pacifiques qui méconnaît les exigences de nécessité et de proportionnalité énoncées à l'article 49 de la constitution.

1-2-Les conditions d'exercice de la liberté de réunion ou de manifestation : un régime qui vide la liberté de sa substance

La loi 1969 a imposé un certain nombre d'exigences et de conditions quant à l'exercice de la liberté de réunion ou de manifestation. Certaines restrictions de temps, de lieu, de manière et de contenu peuvent être dégagées.

En effet, l'article 3 prévoit que la déclaration doit indiquer le but et le motif de la réunion. Cette dernière ne peut pas être tenue sur la voie publique²³⁴, ni se prolonger au-delà de minuit sauf pour le cas des localités où la fermeture des établissements publics a lieu plus tard²³⁵.

D'un autre côté, les cortèges, défilés et manifestations armés sont interdits et sont considérés comme attroupements sur la voie publique²³⁶. Sont interdits les attroupements armés, ou non armés mais susceptibles de troubler la tranquillité publique²³⁷.

Par ailleurs, chaque réunion doit avoir un bureau responsable composé de trois personnes au moins. Ce bureau est chargé de maintenir l'ordre, d'empêcher toute infraction aux lois, de conserver à la réunion le caractère qui lui a été donné par la déclaration et d'interdire tout discours contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ou contenant provocation à un acte qualifié de crime ou de délit²³⁸.

Pour les besoins de contrôle du bon déroulement de la réunion, la loi a prévu qu'un fonctionnaire sera chargé par les services de la sûreté d'assister à la réunion publique, avec pouvoir de prononcer la dissolution de la réunion s'il en est requis par le bureau responsable de la réunion ou s'il se produit des collisions ou voies de fait. Il s'ensuit que les personnes réunies doivent se séparer au premier ordre qui leur sera adressé²³⁹.

L'encadrement juridique des rassemblements en réunion publique ou sur la voie publique semble ainsi très strict. L'espace public de ces rassemblements est soumis à un réseau assez dense d'interdictions et de contrôles, ce qui nous permet d'affirmer que le régime juridique adopté par la loi de 1969 restreint considérablement l'exercice de la liberté de réunion et de manifestation. La confrontation de ces différentes dispositions avec l'article 49 permet de constater plusieurs aspects incompatibles avec l'esprit et la lettre dudit article :

- Bien qu'elle interdise les réunions et les attroupements sur les voies publiques²⁴⁰, il n'en reste pas moins que la loi de 1969 ne définit pas clairement et avec précision l'espace de la réunion. Se pose alors la question de savoir si les réunions tenues dans des propriétés privées y compris celles de l'État et des collectivités locales sont régies par les dispositions de la loi de 1969. Une question analogue se pose pour les réunions en ligne. Il convient de souligner à

234 Article 8 de la loi du 24 janvier 1969.

235 Article 4 de la loi du janvier 1969.

236 Article 11 de la loi du 24 janvier 1969.

237 Article 13 de la loi du 24 janvier 1969.

238 Article 5 de la loi du 24 janvier 1969.

239 Article 6 de la loi du 24 janvier 1969.

240 Articles 8 et 13 de la loi du 24 janvier 1969.

cet égard que le Comité des droits de l'Homme a considéré que la protection offerte par l'article 21 du PIDCP s'étend à cette forme de réunion²⁴¹. En outre, la loi de 1969 ne vise expressément que les manifestations sur la voie publique. Faut-il en déduire que l'espace public de la manifestation se réduit aux voies publiques ? Autant de questions auxquelles la loi n'apporte pas de réponses. Par leur ambiguïté et leur imprécision, les dispositions de la loi de 1969 méconnaissent les impératifs de l'article 49. En effet, l'exigence de légalité posée par l'article 49 ne doit pas être regardée comme satisfaite du seul fait que les restrictions imposées aux libertés sont prévues par la loi, encore faut-il que la loi soit rédigée avec suffisamment de précision pour permettre aux individus d'adapter leur comportement.

- L'obligation de déclarer la tenue d'une manifestation à l'administration compétente par deux personnes, et de désigner pour chaque réunion un bureau responsable de trois personnes au moins pour tenir l'ordre, n'est pas étranger à la nécessité de pouvoir engager la responsabilité des organisateurs en cas de débordement. Il peut aussi bien s'agir de la responsabilité civile que de la responsabilité pénale. Concernant d'abord la responsabilité civile des organisateurs, force est de constater que la loi ne précise pas les conditions de son engagement. Le régime de la responsabilité des organisateurs reste flou et imprécis, d'autant plus que les organisateurs peuvent se voir tenus pour responsables des dommages commis par d'autres individus durant le rassemblement dans la mesure où ils n'auraient pas demandé ou donné l'ordre de dissolution de la réunion. S'agissant ensuite de la responsabilité pénale, il apparaît à la lecture des articles 5 et 23, qu'une lourde charge pèse sur les organisateurs. En effet, aux termes de l'article 23 de la loi du 24 janvier 1969, sont punis d'un emprisonnement de 16 jours à 3 mois les membres du bureau de la réunion et à défaut les signataires de la déclaration qui ne respectent pas les obligations mises à leur charge en vertu de l'article 5 de la loi. Selon les dispositions de l'article 5, les membres du bureau sont tenus de maintenir l'ordre, d'empêcher toute infraction à la loi et d'interdire tout discours contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, ou contenant provocation à un acte qualifié, crime ou délit. Il résulte de la lecture combinée de ces deux articles que les membres du bureau et, à défaut, les signataires de la déclaration peuvent encourir une peine privative de liberté à cause de toute infraction commise lors de la réunion. Ils sont considérés comme ayant failli à leur responsabilité du seul fait de la commission d'une infraction par l'un des participants, et même s'ils ont déployé des efforts raisonnables pour les en empêcher. Les dispositions sus-évoquées ont dès lors un effet dissuasif sur les personnes souhaitant organiser une réunion qui fragilise incontestablement la liberté d'organiser une réunion et vide cette liberté de sa substance au sens de l'article 49.

- L'article 5 met à la charge des organisateurs l'obligation d'interdire tout discours contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs dans une réunion, l'article 10 impose également l'obligation d'indiquer dans la déclaration les banderoles et les drapeaux qui seraient portés. Ce qui pose ici le problème du contenu de l'expression et non seulement la forme extérieure de la réunion ou de la manifestation.

Il convient à cet égard de souligner que la protection des opinions et de la liberté de les exprimer constitue, comme l'a affirmé la CEDH, l'un des objectifs de la liberté de réunion et de manifestation²⁴². D'ailleurs, selon la doctrine, « ce qui définit la manifestation, n'est pas sa forme mais son but. Pour qu'un rassemblement dans l'espace public relève de la catégorie « manifestation », il faut qu'il ait une visée expressive. Les manifestants se réunissent pour exprimer un point de vue commun et transmettre un message. Ils exercent donc à la fois leur liberté de réunion et leur liberté d'expression »²⁴³. Ainsi, les restrictions portant sur le contenu du message constituent une atteinte à la substance même de la liberté de réunion et de manifestation, raison pour laquelle, les autorités compétentes ne sauraient en principe restreindre cette liberté en raison de son contenu. Le respect de la liberté de manifestation

²⁴¹ Comité des droits de l'Homme, Observation générale n°37, §13.

²⁴² CEDH, affaire Ollinger *c. Autriche*, (Requête no 76900/01), 29/9/2006, §..voir dans le même sens l'observation générale n° 37 du Comité des droits de l'Homme, §48.

²⁴³ Gwénaële Calvès, « La manifestation, cœur battant de la démocratie », Jus Politicum, n°17, article précité.

impose à l'administration une obligation de neutralité quant aux idées et messages exprimés par la réunion et les exceptions à cette obligation doivent être soumises à des conditions draconiennes. En dehors des cas d'incitation à la violence ou de rejet des principes démocratiques, les réunions et manifestations ne sauraient être entravées à cause du contenu du message qu'elles véhiculent. Et le simple fait que ce message est choquant ou provocateur n'est pas un motif suffisant pour interdire ou restreindre la réunion ou la manifestation²⁴⁴.

Ce principe a été affirmé par le Comité des droits de l'Homme en ces termes « l'exigence que les restrictions imposées au droit de réunion pacifique soient neutres quant au contenu de la réunion et ne soient donc, en principe, pas liées au message que celle-ci véhicule est un élément central de la réalisation de ce droit »²⁴⁵.

En outre, l'article 5 de la loi met à la charge des organisateurs l'obligation d'interdire tout discours contraire aux bonnes mœurs, l'inobservation de cette obligation les expose à des sanctions pénales. Même si le respect « des bonnes mœurs » peut être rattaché à l'objectif constitutionnel de protection de la moralité publique prévu dans l'article 49, il n'en demeure pas moins que cette notion est imprécise et qu'elle confère aux autorités chargées de l'application de la loi (administration et juge) un pouvoir d'appréciation très étendu. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé que la notion de bonnes mœurs est « particulièrement imprécise » et « qu'elle ne donne guère d'indications quant au type de conduite qui contreviendrait à l'injonction »²⁴⁶. Aussi, le Comité des droits de l'Homme a affirmé que les « restrictions à la tenue de réunions pacifiques ne devraient être imposées qu'exceptionnellement pour protéger la « moralité publique ». Si toutefois ce motif était invoqué, il ne devrait pas l'être dans le but de défendre une conception de la morale procédant exclusivement d'une tradition sociale, philosophique et religieuse unique »²⁴⁷.

Seulement, en imposant un droit de regard préalable sur le contenu des banderoles ou des drapeaux lors d'une manifestation et en utilisant des termes vagues, malléables et à contenu variable tels que « l'ordre public » et les « bonnes mœurs », pour autoriser l'interdiction d'une réunion ou une manifestation, la loi de 1969 finit par accorder à l'autorité administrative un large pouvoir d'appréciation susceptible de porter atteinte à l'essence même de la liberté de réunion ou de manifestation. Ce qui rend ces dispositions incompatibles avec les exigences de l'article 49 de la constitution.

- Pour veiller au bon ordre de la réunion et assurer un certain contrôle sur son déroulement, l'article 6 de la loi de 1969 autorise la présence d'un fonctionnaire des services de la sûreté à la réunion, avec un pouvoir de prononcer sa dissolution sur la demande du bureau responsable de la réunion ou s'il se produit des débordements.

Cette disposition marque la soumission de la réunion à la volonté de l'administration et à la discrétion d'un simple fonctionnaire d'autant plus qu'aucun contrôle ou contestation de sa décision n'est possible. Cette mesure porte une atteinte grave à la liberté de réunion et fragilise davantage les conditions de son bon déroulement, ce qui la vide de sa substance en l'absence d'un intérêt légitime à même de justifier cette restriction dans un État démocratique au sens de l'article 49 de la constitution.

244 La Cour européenne des droits de l'Homme a déclaré que « les mesures entravant la liberté de réunion et d'expression en dehors des cas d'incitation à la violence ou de rejet des principes démocratiques – aussi choquants et inacceptables que peuvent sembler certains points de vue ou termes utilisés aux yeux des autorités – desservent la démocratie, voire, souvent, la mettent en péril », *Affaire Güneri et autres c. Turquie*, nos 42853/98, 43609/98 et 44291/98, § 76, 12 juillet 2005.

Une approche similaire est adoptée par la Cour américaine qui a affirmé dans l'arrêt *Police Dpt of Chicago v. Mosley* que, « plus que tout, le Premier amendement signifie que l'État ne peut restreindre l'expression en raison du message, des idées, du sujet ou de son contenu ». Il ne « peut pas interdire l'expression d'une idée simplement parce que la société la trouve choquante ou désagréable », décision citée in Idris Fassassi « La liberté de manifestation aux États-Unis », *Jus Politicum*, n° 17, article précité.

245 Comité des droits de l'Homme, observation générale n°37, § 48.

246 CEDH, *Affaire Hashman et Harrup c. Royaume-Uni*, (Requête no 25594/94), 25 novembre 1999, §37 § 41.

247 Comité des droits de l'Homme, Observation générale n°37, § 46.

Pour conclure ce chapitre, il est recommandé de supprimer l'article 6 de la loi de 1969 et de soigner l'intelligibilité des autres dispositions en les formulant avec une précision suffisante pour garantir une protection effective contre les ingérences arbitraires des autorités administratives.

2 - Le régime des mesures de police et des sanctions en cas d'infraction : une rigueur excessive

La manifestation est par nature perturbatrice, elle cause généralement une perturbation de la circulation des piétons et des véhicules, entrave les activités économiques et peut susciter des réactions hostiles.

Cependant, tout trouble n'est pas susceptible de justifier une restriction de la liberté de manifestation. Certains faits ou propos pouvant provoquer l'agitation des manifestants, ne sont pas forcément aptes à remettre en cause le déroulement pacifique de la manifestation. Cette aptitude doit être mesurée en fonction du danger encouru, d'où la nécessité de garantir la proportionnalité des mesures restrictives au but poursuivi. Dans le système juridique tunisien, le droit de la manifestation s'est révélé largement dominé par des considérations de maintien de l'ordre. Pire encore, ce régime a été assorti de sanctions pénales d'une sévérité excessive.

Ce constat se vérifie au niveau du régime des mesures de police administrative et des sanctions en cas d'infraction dans le cadre de la loi de 1969, mais aussi, et particulièrement, en cas d'activation de l'état d'urgence.

2-1-Le régime des mesures de police et des sanctions dans le cadre de la loi de 1969 :

La liberté de réunion et de manifestation pacifiques a subi dans le cadre de la loi de 1969 un encadrement drastique. Le régime de sanctions prévu est l'illustration parfaite des aspects liberticides de cette loi. Ces sanctions doivent être en principe guidées par le respect du principe de proportionnalité. Si elles paraissent nécessaires et appropriées pour atteindre le but recherché par un régime autoritaire, elles ne le sont plus pour un régime démocratique, tel qu'il découle de la constitution de 2014.

Les mesures préventives ou répressives ne doivent pas dépasser ce qui est strictement nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis. Ces exigences posées par l'article 49 de la constitution sont loin d'être remplies par les mesures de police et les sanctions pénales prévues par la loi de 1969.

2-1-1-les mesures de police administrative :

Plusieurs types de mesures de police sont prévus par la loi de 1969 allant de l'interdiction à la dispersion par la force.

*** L'interdiction de la réunion ou de la manifestation :**

La loi de 1969 est marquée par un certain nombre d'interdictions qui peuvent être prononcées par l'autorité responsable. L'article 7 prévoit la possibilité d'interdire par arrêté toute réunion susceptible de troubler la sécurité et l'ordre publics. La notification de cet arrêté est faite aux organisateurs de la réunion par les agents de la sûreté. Le même article ajoute que les organisateurs peuvent faire appel de cette décision au ministre de l'Intérieur, qui

statuera en dernier ressort. La même mesure est prévue aussi, par l'article 12, pour toute manifestation susceptible de troubler la sécurité et l'ordre publics, mais aucune voie de recours contre la mesure d'interdiction n'est prévue par la loi de 1969.

La conformité de cette restriction à l'article 49 de la constitution pose un sérieux problème. En effet, l'opportunité de la mesure d'interdiction et l'appréciation de la menace à la sécurité et l'ordre publics sont entièrement laissées à la discrétion de l'administration. Les articles 7 et 12 de loi de 1969 laissent à l'autorité responsable une latitude excessive dans l'appréciation des motifs susceptibles de justifier l'interdiction, sans pour autant établir des critères précis et objectifs pour caractériser une menace sur « la sécurité et l'ordre publics », ce qui peut aboutir à une interprétation extensive de ces notions « élastiques ». L'anticipation des comportements et les mesures préventives sans évaluation objective de la menace sur la sécurité et l'ordre publics semblent dépasser le cadre de ce qui est strictement nécessaire aux objectifs poursuivis, au sens de l'article 49 de la constitution. D'ailleurs, le Comité des droits de l'Homme a mis en garde contre ces dérives en affirmant que « les États parties ne devraient pas s'appuyer sur une définition vague de la notion d'« ordre public » pour justifier des restrictions trop larges du droit de réunion pacifique»²⁴⁸ et que la loi doit être suffisamment précise et ne peut « conférer aux personnes chargées de son application un pouvoir illimité et très étendu »²⁴⁹.

Il sied de signaler également que les motifs de sécurité et d'ordre publics pourraient également être systématiquement invoqués par l'administration pour interdire les contre-manifestations et les contre-réunions. Les contre-réunions sont définies dans les Lignes directrices conjointes de l'OSCE et de la commission de Venise sur la liberté de réunion comme « une forme particulière de réunions simultanées dont les participants désirent signifier leur désaccord avec les opinions exprimées dans le cadre de l'autre réunion »²⁵⁰. Etant donné que les contre-réunions créent inévitablement un risque de perturbation et d'affrontements, l'article 12 de la loi de 1969 peut, dès lors, fonder des mesures d'interdiction générale des contre-manifestations motivée par l'existence d'une simple menace pour l'ordre public. Cette restriction constitue non seulement une forme de discrimination contraire à l'obligation de neutralité s'imposant à l'État lorsque des opinions opposées s'affrontent²⁵¹, mais elle revêt également un caractère manifestement disproportionné par rapport à l'objectif de sécurité publique poursuivi. En effet, le respect de la liberté de réunion et de manifestation pacifiques impose à l'État une obligation négative de s'abstenir d'apporter des restrictions abusives à cette liberté, mais aussi une obligation positive de faciliter son exercice et de protéger le déroulement pacifique des manifestations. Ainsi, il est du devoir de l'État de déployer tous les moyens raisonnables et appropriés pour permettre la tenue des contre-manifestations et neutraliser le risque d'affrontements violents. C'est dans ce sens que la CEDH a affirmé que « l'interdiction inconditionnelle d'une contre-manifestation est une mesure extrême qui appelle une justification particulière »²⁵². Une approche similaire est adoptée par le Comité des droits de l'Homme qui a souligné que les États doivent non seulement « respecter et permettre les contre-manifestations en tant que réunions à part entière » mais ils doivent également « permettre, autant que possible, qu'elles se tiennent à portée de vue et d'ouïe des réunions contre lesquelles elles sont dirigées »²⁵³.

En outre, il convient de relever que la loi de 1969 n'impose pas à l'administration de recourir à d'autres mesures préventives moins restrictives pour prévenir le trouble à l'ordre public dans le but de faire de l'interdiction une solution

248 Comité des droits de l'Homme, Observation générale n°37, §44.

249 Comité des droits de l'Homme, Observation générale n°37, §39.

250 Lignes directrices conjointes de l'OSCE et de la Commission de Venise sur la liberté de réunion, §4.4

251 Conseil de l'Europe, Guide sur l'article 11 de la convention européenne des droits de l'Homme, 31 décembre 2019, § 42.

252 CEDH, Affaire Ollinger c. Autriche précitée, §44.

253 Comité des droits de l'Homme, observation générale n° 37, §26.

extrême qui ne peut être prescrite que lorsqu'il s'avère impossible d'atteindre le but poursuivi par d'autres moyens. A ce titre, et à la différence de certains droits comparés²⁵⁴, la loi ne prévoit pas la possibilité pour l'administration de proposer la modification de la date, du lieu, de la durée ou de l'itinéraire de la réunion ou de la manifestation. L'interdiction pure et simple est la seule mesure prévue par le texte pour parer à tout trouble à l'ordre public de quelque nature que ce soit, ainsi, de simples difficultés de circulation pourraient constituer une menace à l'ordre public justifiant l'interdiction. Il est important de rappeler à cet égard que la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré que « toute manifestation dans un lieu public est susceptible de causer un certain désordre dans le déroulement de la vie quotidienne et de susciter des réactions hostiles, situation qui ne justifie pas en soi une atteinte à la liberté de réunion »²⁵⁵. De manière encore plus limpide, le juge administratif français a affirmé que la mesure d'interdiction d'une manifestation ne peut être considérée comme nécessaire et proportionnée que lorsqu'« une telle mesure est seule de nature à préserver l'ordre public »²⁵⁶.

De surcroît, le principe de proportionnalité exige l'existence de voies de recours juridictionnelles qui constituent une garantie contre l'arbitraire des autorités administratives. A cet effet, les citoyens doivent disposer, pour contester la décision d'interdiction, d'une voie de recours effective qui leur soit aisément accessible et qui puisse être menée à terme dans des délais raisonnables. Or, aucune voie de recours répondant à ces exigences n'est prévue par la loi de 1969, seul un recours administratif qui, par ailleurs, ne concerne, que l'hypothèse de l'interdiction d'une réunion est prévu²⁵⁷. Certes, un recours pour excès de pouvoir contre la décision d'interdiction est possible, une demande de sursis à exécution de ladite décision l'est aussi. Mais comme cela a été évoqué précédemment au sujet du refus de délivrance du récépissé, la décision du juge ne peut être rendue en temps utile ce qui prive d'effectivité ces voies de droit.

A ces différentes lacunes, il faudra ajouter que la mesure d'interdiction est délestée de garanties procédurales fondamentales, les articles 7 et 12 n'exigent pas que la décision soit motivée ni que sa notification soit écrite. Aussi, lesdits articles n'imposent pas à l'administration, si elle entend interdire une réunion ou une manifestation, de le faire dans un délai déterminé afin de permettre aux intéressés d'exercer un recours (fût-il administratif) contre la décision d'interdiction avant la date prévue pour la réunion ou la manifestation²⁵⁸. Dans les Lignes directrices du BIDDH/OSCE et de la Commission de Venise sur la liberté de réunion pacifique l'accent est mis sur ces différentes garanties. En effet dans ledit document on peut lire « toute restriction imposée à une réunion devrait être communiquée rapidement et par écrit à l'organisateur de l'événement et cette notification devrait indiquer les raisons ayant motivé ladite restriction »²⁵⁹.

Au regard de ce qui précède, il apparaît que la loi de 1969 n'entoure pas la mesure d'interdiction de garanties suffisantes et n'assure pas une conciliation équilibrée entre la protection de la liberté de réunion et de manifestation pacifiques et la nécessité de sauvegarder la sécurité et l'ordre publics. La mesure d'interdiction telle que régie par les articles 12 et 7 apporte, dès lors, une restriction disproportionnée au but poursuivi et qui ne répond nullement aux critères de constitutionnalité édictés par l'article 49.

254 En droit Espagnol par exemple.

255 CEDH, Affaire Ozalp Ulusoy c/ Turquie, n°9049/06, deuxième section, 04/06/2013, § 5.

256 TA de Pau, ordonnance du 22 juillet 2016, référé-liberté, n°1061383 (c'est nous qui soulignons).

257 L'article 7 prévoit la possibilité d'un recours hiérarchique contre la décision d'interdiction d'une réunion. En revanche, cette possibilité ne figure pas dans l'article 12 relatif à l'interdiction d'une manifestation.

258 Ainsi et à titre d'exemple, en droit espagnol, l'article 10 de la loi organique 9/1983 relative à la liberté de réunion impose à l'administration, lorsqu'elle entend interdire une réunion ou une manifestation, de le faire dans un délai de 48 heures à compter de la date du dépôt de la déclaration. Dans le même sens, l'article 8 de la loi relative aux modalités de tenue des rassemblements, réunions, manifestations et démonstrations, République d'Arménie (2008) dispose que « À supposer que l'autorité compétente n'ait pas rendu une décision interdisant l'organisation de l'événement public de masse dans un délai de 72 heures à compter de la réception de la notification préalable, les organisateurs ont le droit de célébrer ledit événement de masse conformément aux conditions énoncées dans la notification préalable ».

259 Lignes directrices conjointes de l'OSCE et de la Commission de Venise sur la liberté de réunion, § 4.5

* La dispersion par la force :

Seules les réunions et les manifestations pacifiques sont protégées par l'article 37 de la constitution. Les rassemblements violents qui constituent une menace pour la sécurité publique et les droits d'autrui ne bénéficient pas de cette protection. Ils peuvent être interdits et dispersés par la force. Il est par conséquent essentiel de définir dans la loi les adjectifs « pacifique » et « violent » et d'établir des critères clairs et précis qui permettent de distinguer les rassemblements pacifiques de ceux qui n'ont pas (ou plus) ce caractère.

Néanmoins, force est de constater que la loi de 1969 ne satisfait pas à ces exigences. En effet, les dispositions du chapitre III accordent aux autorités compétentes la possibilité de l'emploi de la force pour disperser les attroupements armés ou non armés susceptibles de troubler la tranquillité publique. Or, la tranquillité publique est une notion tout aussi large que floue, une gêne de la circulation ou un bruit résultant de l'emploi de porte-voix par exemple peuvent constituer un trouble à la tranquillité publique de nature à justifier la dispersion par la force. De surcroît, il convient de noter que les objectifs qui peuvent légitimement justifier des restrictions aux libertés fondamentales sont énoncés de manière exhaustive à l'article 49, la « tranquillité publique » ne figure pas parmi ces objectifs, et ne peut être aisément rattachée à l'un d'entre eux (sauf éventuellement à la finalité de la protection des droits d'autrui).

Aussi, la loi adopte une définition très large de l'attroupement armé. En vertu des dispositions de l'article 14, une manifestation est qualifiée d'attroupement armé du seul fait que « l'un de ses participants est porteur d'une arme apparente » et même en l'absence de signes d'intentions violentes. La loi autorise, dans ce cas, les forces de l'ordre à disperser par la force la manifestation alors même qu'une mesure qui cible le porteur d'arme aurait suffi pour parer au risque pour la sécurité publique. La dispersion constitue dans ce cas de figure une restriction disproportionnée à l'objectif de sécurité publique car des mesures moins intrusives auraient parfaitement permis d'atteindre la finalité poursuivie. D'ailleurs, selon le Comité des droits de l'Homme « le fait que les participants portent des objets qui sont ou pourraient être considérés comme des armes (...) ne suffit pas nécessairement à ce que le comportement de ces participants soit considéré comme violent »²⁶⁰. Il est également indiqué dans les Lignes directrices conjointes de l'OSCE et de la Commission de Venise que « le recours à la violence par un faible nombre de participants à une réunion ne transforme pas automatiquement un événement par ailleurs pacifique en un événement non pacifique, de sorte que toute intervention devrait viser à s'occuper des individus concernés plutôt qu'à disperser l'ensemble des participants »²⁶¹.

En outre, la loi autorise les agents de sûreté à recourir à l'emploi des armes hors les cas de légitime défense si les circonstances l'exigent. Tout un chapitre de la loi de 1969 est consacré à l'emploi des armes. Bien qu'observant une gradation dans l'usage des armes, le chapitre 4 de la loi de 1969 représente une menace grave qui pèse sur la liberté de manifester.

L'emploi des armes contre les manifestants constitue une atteinte non seulement au droit à la liberté de manifestation mais également au droit à la vie et à l'intégrité physique. Raison pour laquelle, l'usage des armes doit être étroitement justifié, strictement nécessaire et rigoureusement proportionné au but de protection de la sécurité publique. Une mesure nécessaire est une mesure qui s'impose dans une situation donnée et dont l'absence serait une carence. C'est-à-dire une mesure dont on ne peut se passer ; indispensable. Le respect du principe de proportionnalité implique que la mesure restrictive soit non seulement nécessaire mais également appropriée à la réalisation de la finalité poursuivie et qu'elle puisse être rattachée à cette finalité de manière normale, raisonnable et évidente. Ce

²⁶⁰ Comité des droits de l'Homme, Observation générale n°37, §20.

²⁶¹ Lignes directrices conjointes de l'OSCE et de la Commission de Venise, §164.

qui ne semble pas le cas des mesures prévues au chapitre 4 de la loi de 1969. En effet, l'article 21 de la loi autorise les forces de l'ordre à utiliser les armes à feu contre les manifestants et tirer par-dessus de leur tête et en direction de leurs jambes lorsque ces derniers refusent de se disperser malgré les avertissements qui leur ont été adressés. Il découle de ces dispositions que la simple résistance passive à l'ordre de dispersion justifie l'emploi des armes à feu. En prévoyant la possibilité d'utiliser les armes à feu pour disperser des manifestants qui ne sont pas animés d'intentions violentes et ne se livrent pas à des actes de violence, le législateur apporte une restriction disproportionnée qui excède ce qui est strictement nécessaire pour atteindre la finalité poursuivie. Ainsi que l'a affirmé la CEDH dans l'affaire EKŞİ Et OCAK c. TURQUIE, l'emploi de la force par les policiers pour disperser une manifestation illégale alors qu'ils n'avaient eu à faire face à aucune réaction violente de la part des manifestants, constitue une violation de la liberté de réunion²⁶². Plus encore, la Cour a considéré que l'usage de la force peut s'assimiler dans ce cas à un traitement inhumain et dégradant²⁶³. De son côté, le Comité des droits de l'Homme a déclaré que « les armes à feu ne doivent jamais être utilisées dans le seul but de disperser une assemblée » et que l'emploi de ces armes « n'est conforme au droit international que s'il est limité à des individus ciblés et aux situations dans lesquelles il est strictement nécessaire pour protéger la vie ou prévenir un préjudice grave découlant d'une menace imminente »²⁶⁴.

Or, force est de constater que loi de 1969 ne respecte pas ces exigences. En effet, la loi autorise dans l'article 22 les forces de l'ordre « à tirer directement » sur les manifestants lorsque ces derniers « tentent d'atteindre leur but par la force ». On ne peut que déplorer la rédaction ambiguë de cet article. Cette disposition accorde aux forces de l'ordre un permis de tuer sans déterminer avec précision les circonstances pouvant justifier une mesure aussi radicale qui porte atteinte au droit à la vie et à l'intégrité physique des manifestants. L'usage de la force par les manifestants est la seule condition requise par l'article 22 pour justifier le recours des agents de sécurité à la force meurtrière, cette condition est par ailleurs formulée en des termes extrêmement vagues. En effet, l'article 22 ne précise ni la nature, ni le degré, ni encore les effets de la force dont font usage les manifestants ce qui ne permet pas d'encadrer le pouvoir d'appréciation des autorités chargées de son application. Ces dispositions peuvent dès lors être interprétées de manière extensive qui vide la liberté de réunion de sa substance. Ainsi, à titre d'exemple les jets de projectiles inoffensifs sur les agents de la sûreté pourraient être considérés par ces derniers comme un recours à « la force » de la part des manifestants de nature à justifier l'atteinte à leur droit à la vie et à l'intégrité physique²⁶⁵. Il sied de souligner à cet égard que le Comité des droits de l'homme a estimé que la « violence » perpétrée par les participants « s'entend de l'utilisation contre autrui par les participants d'une force physique susceptible d'entraîner des blessures ou la mort, ou de causer des dommages graves aux biens ».

Il convient en outre de noter que l'article 22 n'impose pas que les armes à feu soient utilisées uniquement à l'encontre les participants qui se livrent à des actes de violence, il n'exclut pas de ce fait la possibilité d'un tir aveugle sur les manifestants. Au regard de ces différentes considérations, il ne fait pas de doute que l'article 22 n'offre aucune garantie contre l'emploi excessif et disproportionné des armes, raison pour laquelle il n'est conforme ni aux prescriptions de l'article 49 ni aux principes du droit international²⁶⁶. En effet, les Principes de base des Nations Unies sur le recours

262 CEDH, Affaire EKŞİ Et OCAK c. Turquie, (Requête no 44920/04), 2010

263 L'usage de la force constitue dans ce cas une violation de l'article 3 de la convention européenne des droits de l'Homme.

264 Observation générale n°37, § 15, § 88.

265 Dans l'affaire EKŞİ Et OCAK c. Turquie précitée, la CEDH a considéré comme disproportionné l'usage de la force par les policiers contre des manifestants qui ont opposé une résistance à l'ordre de dispersion et lancé sur les policiers des pancartes et des banderoles.

266 Dans sa Résolution du 14 février 2019 sur le droit à manifester pacifiquement et l'usage proportionné de la force, le Parlement européen a invité « Les États membres à veiller à ce que le recours à la force par les services répressifs soit toujours légal, proportionné et nécessaire et qu'il ait lieu en ultime recours et à ce qu'il préserve la vie et l'intégrité physique des personnes »; il a fait observer que « le recours aveugle à la force contre la foule est contraire au principe de proportionnalité ».

à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois indiquent que les responsables de l'application des lois ne doivent pas utiliser d'armes à feu pour disperser un rassemblement violent « sauf en cas de légitime défense ou pour défendre des tiers contre une menace imminente de mort ou de blessure grave, ou pour prévenir une infraction particulièrement grave mettant sérieusement en danger des vies humaines »²⁶⁷. Partant de ces principes, il est possible d'affirmer que l'usage des armes à feu n'est permis pour disperser une manifestation que si cela est absolument inévitable pour protéger des vies humaines²⁶⁸.

Au vu de ce qui précède, il ne fait pas de doute qu'en autorisant les agents de la sûreté à faire usage des armes hors les cas de légitime défense prévus par le code pénal pour disperser une manifestation ou un attroupement non armé, avec possibilité de tirer directement sur les manifestants, la loi de 1969 tombe dans la démesure et l'excès. L'absence de tout lien normal ou raisonnable entre les inconvénients produits et les buts visés conduit à conclure que le chapitre 4 de la loi de 1969 compromet dans une large mesure la liberté de manifestation et représente une entrave sérieuse à son exercice. La loi est loin de satisfaire aux exigences de nécessité et de proportionnalité énoncées à l'article 49 de la constitution.

2-1-2 : Les sanctions pénales : une sévérité excessive

Outre les mesures de police, la loi de 1969 a consacré tout un chapitre au volet pénal et aux sanctions des infractions commises à l'occasion de l'organisation d'une réunion ou une manifestation. Il s'agit du chapitre 5 de la loi qui prévoit des sanctions à caractère pénal pour les infractions aux dispositions de la loi 1969. Ces sanctions touchent pratiquement toutes les étapes par lesquelles peut passer l'organisation d'une réunion ou une manifestation ainsi que tous les intervenants potentiels, à savoir les organisateurs et les participants.

Les peines prévues sont protéiformes : il peut s'agir d'amendes, de peines privatives de liberté allant jusqu'à dix ans de prison dans certains cas (article 30), ainsi que de peines complémentaires prévues à l'article 5 du code pénal. Ces peines sont cumulatives pratiquement pour toutes les infractions prévues. La loi de 1969 a institué un arsenal de crimes et délits qui répond efficacement à l'objectif de dissuader les individus de faire usage de leur liberté de réunion et de manifestation : délit de déclaration incomplète ou inexacte²⁶⁹, délit de convocation à une manifestation ou à une réunion interdite ou non déclarée²⁷⁰, délit de participation à une manifestation interdite ou non déclarée²⁷¹, délit de participation à une manifestation hostile²⁷², délit de participation à une réunion sur la voie publique²⁷³, délit de port d'arme et d'engin dangereux lors d'une manifestation²⁷⁴, délit de participation à un attroupement après sommation²⁷⁵, et la liste est encore longue !

267 Principes adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants tenu à la Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990. (voir Principes n°13, 14 et 9).

268 Dans le même sens le Rapport conjoint du Rapporteur spécial de l'ONU sur le droit de réunion pacifique et la liberté d'association et du Rapporteur spécial sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires concernant la bonne gestion des rassemblements indique que « les armes à feu peuvent être employées uniquement en cas de menace imminente pour protéger des vies humaines ou éviter des blessures graves », Rapport précité, § 59.

269 Article 26 de la loi du 24 janvier 1969 : les contrevenants encourent une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à un an de prison en plus d'une amende

270 Article 24 de la loi du 24 janvier 1969 : les contrevenants encourent une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à deux ans de prison en plus d'une amende

271 Article 26 de la loi du 24 janvier 1969 : une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à un an de prison en plus d'une amende

272 Article 27 de la loi du 24 janvier 1969

273 Article 25 de la loi du 24 janvier 1969

274 Articles 28 et 30 de la loi du 24 janvier 1969. En vertu de l'article 30, le port d'arme peut constituer, dans certains cas, un crime passible de 10 ans de prison.

275 En vertu des dispositions de l'article 29 de la loi de 1969, le participant qui persiste dans sa participation à un attroupement, même non armé, après sommation de se disperser s'expose à une peine d'emprisonnement d'un mois à un an. La peine sera de six mois à 3 ans si la dispersion de la manifestation a nécessité l'emploi de la force.

Outre ces peines principales, la loi de 1969 prévoit des peines complémentaires. Ainsi les contrevenants peuvent être frappés d'une interdiction de séjour²⁷⁶ pour une durée pouvant atteindre 10 ans, ils peuvent également être privés de tout ou partie de leurs droits civiques²⁷⁷.

Globalement, trois critères permettent d'évaluer la proportionnalité de la sanction. En effet, la proportionnalité de la sanction doit être appréciée en fonction du trouble qu'elle tend à corriger, de la nature de l'infraction commise et doit être finalement établie en fonction du comportement individuel de la personne qui en fait l'objet. Ainsi, les mesures répressives ne doivent pas dépasser le cadre de ce qui est strictement nécessaire aux objectifs poursuivis, une sanction trop lourde par rapport à l'infraction deviendrait une entrave à la liberté garantie par la constitution. C'est ce qu'explique clairement la Cour européenne des droits de l'Homme lorsqu'elle considère que « la nature et la lourdeur des peines infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence par rapport au but qu'elle poursuit ». Sur cette base, elle a jugé que des sanctions infligées pour des infractions mineures telles que l'organisation d'une réunion sans déclaration préalable ou la participation à une manifestation non déclarée constituent des restrictions qui ne sont pas nécessaires dans une société démocratique tant que le rassemblement a un caractère pacifique²⁷⁸.

Néanmoins, avec cette surenchère répressive mise en place par le chapitre 5 de la loi de 1969, la sévérité excessive des peines pénales et la lourde responsabilité qui pèse sur les organisateurs d'une réunion, les dispositions pénales de la loi de 1969 sont disproportionnées aux objectifs poursuivis et méconnaissent les exigences prévues par l'article 49. D'ailleurs, les Lignes directrices sur la liberté d'association et de réunion en Afrique indiquent que « les États ne sont pas censés imposer des sanctions pénales au titre des lois régissant les rassemblements. Toutes les sanctions pénales sont spécifiées dans le code pénal et non ailleurs. Les rassemblements ne sont pas régis par des dispositions pénales autres que les clauses d'application générale du code pénal »²⁷⁹.

2-2-Le régime juridique de la liberté de réunion et de manifestation en état d'urgence :

L'état d'urgence « ...c'est la mise en suspension de l'État de droit : les principes constitutionnels qui le fondent et le distinguent et les mécanismes et exigences du contrôle juridictionnel sont mis à l'écart. Si l'État de droit est, par définition minimale, un équilibre entre le respect des droits humains et la sauvegarde de l'ordre public, l'état d'urgence, c'est le déséquilibre revendiqué au profit de la sauvegarde de l'ordre public »²⁸⁰. Ainsi, l'état d'urgence est un régime dérogatoire justifiant la limitation de l'exercice de certaines libertés garanties par la Constitution.

Le régime d'état d'urgence doit être distingué de celui d'état d'exception. Ces deux régimes obéissent à des conditions de fond et de forme différentes et produisent des effets juridiques distincts. En effet, le régime d'état d'exception est inscrit dans l'article 80 de la constitution, il ne peut être décrété qu'en cas de péril imminent menaçant l'intégrité nationale, la sécurité ou l'indépendance du pays et entravant le fonctionnement régulier des pouvoirs publics. Il a pour effet d'élargir les pouvoirs du président de la République qui peut prendre toutes les mesures exigées

276 L'interdiction de séjour est une peine pénale complémentaire. L'article 22 du code pénal en donne la définition suivante « l'interdiction de séjour consiste dans la défense faite au condamné de résider ou de paraître dans des lieux ou des régions déterminés par le jugement. Elle est prononcée dans les cas prévus par la loi et ne peut excéder vingt ans ». L'inobservation des interdictions de séjour prononcées par le juge pénal à titre de peines pénales complémentaires est sanctionnée par un an d'emprisonnement en vertu de l'article 150 du code pénal.

277 Article 29 de la loi du 24 janvier 1969.

278 Pour plus de détails sur la jurisprudence de la cour consulter le Guide du Conseil de l'Europe sur l'article 11 de la convention européenne des droits de l'Homme (31 décembre 2019).

279 Lignes directrices sur la liberté d'association et de réunion en Afrique, § 99.

280 Dominique ROUSSEAU, L'état d'urgence, un état vide de droit (s), Revue Projet, 2/2006, n°291, p.19.

par les circonstances. Contrairement à l'état d'exception, l'état d'urgence n'est pas inscrit dans la constitution. Il est activé en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, ou en cas d'événements présentant par leur gravité le caractère de calamité publique, il confère aux autorités civiles des pouvoirs de police exceptionnels. Le régime d'état d'urgence est instauré par le décret n°78-50 du 26 janvier 1978 réglementant l'état d'urgence. Un projet de loi organique portant organisation de l'état d'urgence est adopté par la commission des droits et libertés et des relations extérieures de l'assemblée des représentants du peuple. Ces deux textes apportent des restrictions à la liberté de réunion et de manifestation pacifiques.

2-2-1 : Le décret n°50 du 26 janvier 1978 réglementant l'état d'urgence :

En vertu des dispositions de l'article premier du décret de 1978, le régime d'état d'urgence est déclaré par décret présidentiel²⁸¹, il peut également être prorogé par décret²⁸². Plusieurs libertés sont impactées par la mise en œuvre de l'état d'urgence, au nombre desquelles figurent la liberté de réunion et de manifestation. Ainsi, l'article 7 du décret de 1978 a assoupli les conditions d'interdiction d'une réunion ou une manifestation. En effet, il dispose que « le ministre de l'intérieur pour l'ensemble du territoire où est institué l'état d'urgence, ou le gouverneur pour le gouvernorat, peuvent ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature. Peuvent être également interdites les réunions de nature à provoquer ou entretenir le désordre ».

La confrontation des dispositions de l'article 7 du décret de 1978 avec les exigences l'article 49 de la constitution nous mène à soulever certains aspects problématiques dans ce décret, qu'on peut résumer dans les points suivants :

1 - Les restrictions apportées à l'exercice de la liberté de réunion sont prévues par un décret et non par une loi comme le prévoit l'article 49 qui instaure une réserve de loi en matière de limitations apportées aux libertés et droits fondamentaux.

2 - L'interdiction des réunions de toute nature et la fermeture des lieux de réunion prévues par l'article 7 du décret se fondent sur une condition équivoque et une formulation éminemment problématique de par son imprécision, à savoir « les réunions de nature à évoquer ou entretenir le désordre ». Le libellé vague de cette disposition n'assure aucun encadrement du pouvoir discrétionnaire des autorités de police et laisse une large place à l'arbitraire.

3 - Aucune voie de recours n'est prévue pour contester les décisions prises par le ministre de l'Intérieur ou le gouverneur en la matière. D'autant plus que les infractions aux différentes dispositions du décret exposent les contrevenants à des peines pénales privatives de liberté allant de six mois à deux ans.

4 - Si le régime d'état d'urgence est un régime d'exception conçu pour être temporaire, il n'en demeure pas moins que ce régime d'exception se banalise, il s'installe dans la durée d'autant plus qu'il est en vigueur depuis 2015²⁸³ de

281 Article 2 du décret n°50 de 1978.

282 Article 3 du décret n°50 de 1978. Il convient de préciser que l'article 3 n'impose aucune durée précise quant à la prorogation de l'état d'urgence.

283 L'état d'urgence a été décrété en 2015 par le décret présidentiel n° 251 du 24 novembre 2015 suite à l'attaque terroriste contre un bus de la garde présidentielle.

manière ininterrompue²⁸⁴. Le dernier décret présidentiel en date portant déclaration de l'état d'urgence est celui n° 2020-38 du 28 avril 2020²⁸⁵. Le décret présidentiel n° 2020-54 du 29 mai 2020 est venu proroger l'état d'urgence pour une période de six mois, à compter du 30 mai 2020²⁸⁶. Il s'ensuit que l'aggravation de l'encadrement de la liberté de réunion et de manifestation induite par l'état d'urgence se prolonge dans le temps.

Au vu de ces différentes considérations, la restriction posée par l'article 7 du décret n°50 de 1978 porte une atteinte disproportionnée à une liberté protégée par la constitution et constitue, dès lors, une violation de l'article 49.

2-2-2-Le projet de loi organique n°2018/91 portant organisation de l'état d'urgence :

Un nouveau projet de loi organique fixant le régime de l'état d'urgence vient d'être adopté par la commission des droits et libertés et des relations extérieures de l'assemblée des représentants du peuple²⁸⁷. Ses dispositions permettent toujours aux autorités administratives d'apporter des restrictions importantes à l'exercice de la liberté de réunion et de manifestation pacifiques. Ainsi, ledit projet autorise le gouverneur, en vertu de son article 5 à interdire ou suspendre les réunions, rassemblements, attroupements ou manifestations qui porteraient atteintes, selon son appréciation, à la sécurité et à l'ordre publics.

Il est à relever cependant, que ledit projet prend la forme d'une loi conformément aux dispositions de l'article 49. En outre, le projet a prévu dans l'article 13 des voies de recours spécifiques caractérisées par la célérité. Ainsi, les mesures prises par le gouverneur peuvent être contestées devant le tribunal administratif territorialement compétent, lequel est alors tenu de statuer dans le délai de 3 jours à compter de la saisine. La décision rendue en première instance est susceptible d'appel, la cour d'appel est tenue de se prononcer dans un délai de 3 jours également. Ce délai de jugement doit permettre au juge administratif de trancher avant l'expiration des effets de la mesure afin de ne pas priver le recours de tout intérêt. Aussi, les sanctions pénales prévues par le projet en cas d'inobservation de l'interdiction d'une manifestation ou d'une réunion sont beaucoup moins sévères que celles prévues par le décret de 1978 et la loi du 24 janvier 1969. En effet, en vertu de l'article 18 du projet, le fait de ne pas respecter l'interdiction d'une réunion ou d'une manifestation expose le contrevenant à une peine d'emprisonnement de six mois.

Il n'en reste pas moins qu'en dépit de ces apports, le projet ne satisfait pas aux critères de constitutionnalité découlant de l'article 49. En effet, l'article 5 du projet n'assure aucun encadrement du pouvoir discrétionnaire laissé

284 L'état d'urgence a été décrété en 2015 par le décret présidentiel n° 251 du 24 novembre 2015 et prorogé par le décret présidentiel n° 262 du 21 décembre 2015. Et depuis il a été renouvelé de manière constante par les décrets suivants : Décret présidentiel n° 15 du 22 février 2016 proclamant l'état d'urgence, décret présidentiel n°31 du 22 mars 2016 prorogeant l'état d'urgence. Décret présidentiel n° 80 du 20 juin 2016 déclarant l'état d'urgence. Décret n°113 du 16 septembre 2016 déclarant l'état d'urgence, décret présidentiel n°119 du 17 octobre 2016 prorogeant l'état d'urgence. Décret présidentiel n°3 du 17 janvier 2017 portant déclaration de l'état d'urgence. Décret présidentiel n°73 du 16 mai 2017 portant déclaration de l'état d'urgence, décret présidentiel n°80 du 14 juin 2017 prorogeant l'état d'urgence. Décret présidentiel n°195 du 12 octobre 2017 portant déclaration de l'état d'urgence, décret n° 222 du 10 novembre 2017 prorogeant l'état d'urgence. Décret présidentiel n°11 du 9 février 2018 portant déclaration de l'état d'urgence, décret n°22 du 9 mars 2018 prorogeant l'état d'urgence (pour une période de 7 mois à compter du 12 mars jusqu'au 7 octobre 2018). Décret présidentiel n°110 du 5 octobre 2018 proclamant l'état d'urgence, décret n° 22 du 5 novembre 2018 prorogeant l'état d'urgence (prorogation d'un mois). Décret n° 129 du 5 décembre 2018 portant déclaration de l'état d'urgence, décret n°4 du 4 janvier 2019 prorogeant l'état d'urgence (pour la durée d'un mois). Décret n° 25 du 4 février 2019 portant proclamation de l'état d'urgence, décret n° 35 du 6 mars 2019 prorogeant l'état d'urgence (un mois). Décret n° 53 du 5 avril 2019 portant déclaration de l'état d'urgence présidentiel, décret n° 82 du 3 mai 2019 prorogeant l'état d'urgence (un mois). Décret n°104 du 3 juin 2019 portant proclamation de l'état d'urgence, décret n° 112 du 5 juillet 2019 prorogation de l'état d'urgence. Décret présidentiel n° 134 du 1 août 2019 portant déclaration de l'état d'urgence prorogé par le décret n° 149 du 30 août 2019 (4 mois). Décret présidentiel n° 2019-239 du 27 décembre 2019 portant proclamation de l'état d'urgence prorogé par le décret n° 3 du 30 janvier 2020. Décret présidentiel n° 2020-38 du 28 avril 2020 portant proclamation de l'état d'urgence prorogé par le décret n° 2020-54 du 29 mai 2020. 285 *JORT*, n°37 du 2 mai 2020, p.898.

286 L'état d'urgence est prorogé sur tout le territoire de la République tunisienne pour une période de 6 mois, et ce, à compter du 30 mai 2020 jusqu'au 25 novembre 2020 par le décret Présidentiel n° 2020-54 du 29 mai 2020, portant prorogation de l'état d'urgence, *JORT*, n°49 du 29 mai 2020, p.1149. Ce décret a été pris en application de l'article 77 de la constitution.

287 Un projet de loi organique portant organisation de l'état d'urgence a été déposée à l'ARP en novembre 2018, la commission des droits et libertés et des relations extérieures a examiné ce projet et rendu son rapport en mai 2019. C'est le projet adopté par la commission qui sera analysé dans le cadre de ce rapport.

à l'administration compétente mettant ainsi en danger l'exercice de la liberté de manifestation et de réunion. Le caractère vague des notions de « sécurité publique » et « d'ordre public » laisse au gouverneur une latitude excessive dans l'appréciation des motifs susceptibles de justifier l'interdiction, ce qui peut aboutir à une interprétation extensive contraire aux exigences de nécessité et de proportionnalité énoncées à l'article 49 de la constitution.

Il importe également dans ce cadre, de rappeler que, dans certains pays comme l'Espagne et le Portugal, les réunions des partis politiques, des associations, des syndicats et des organisations patronales ne peuvent en aucun cas être interdites, dissoutes ou soumises à une autorisation préalable²⁸⁸. Aussi, pour encadrer la marge de manœuvre laissée à l'administration dans l'interdiction des manifestations dans le cadre de l'état d'urgence, certaines législations ont défini de manière plus précise les motifs pouvant justifier cette mesure restrictive. Ainsi et à titre d'exemple, en droit français, l'article 8 de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence²⁸⁹ dispose que « les cortèges, défilés et rassemblements de personnes sur la voie publique peuvent être interdits dès lors que l'autorité administrative justifie ne pas être en mesure d'en assurer la sécurité compte tenu des moyens dont elle dispose ».

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de conclure que les dispositions de l'article 5 du projet de loi organique portant organisation de l'état d'urgence ne sont pas conformes à l'article 49 de la constitution.

288 Sénat Français, Étude de législation comparée n° 156-janvier 2006-L'état d'urgence

289 Telle que modifiée par la loi du 21 juillet 2016.

LIBERTÉ D'ASSOCIATION ET ARTICLE 49 DE LA CONSTITUTION



1 - La liberté d'association est un droit humain indispensable au bon fonctionnement d'une démocratie, ainsi qu'une condition préalable essentielle à d'autres libertés fondamentales²⁹⁰. Elle est qualifiée comme l'un des « piliers fondamentaux de la gouvernance démocratique et des sociétés ouvertes tout en faisant partie du droit international en matière des droits de l'Homme »²⁹¹.

2 - Affirmé par plusieurs textes internationaux, ce droit a eu une consécration constitutionnelle en Tunisie. En effet, l'ancienne constitution de 1959 prévoyait expressément que la liberté d'association est garantie et doit s'exercer « dans les conditions définies par la loi »²⁹². Toutefois, le cadre juridique relatif à la vie associative, en l'occurrence l'ancienne loi n° 59-154 du 7 novembre 1959 relative aux associations, a évolué dans le sens d'une répression nuisible à cette liberté en accumulant les limites et les interdits²⁹³.

3 - La constitution de 2014 a réaffirmé ce droit en garantissant la liberté d'association dans son **article 35** qui dispose que « **la liberté de constituer des partis politiques, des syndicats et des associations est garantie. Les partis politiques, les syndicats et les associations s'engagent dans leurs statuts et leurs activités à respecter les dispositions de la Constitution et de la loi, ainsi que la transparence financière et le rejet de la violence** ».

4 - Mais avant cette consécration constitutionnelle récente, la Tunisie post-révolutionnaire a adopté un **décret-loi n° 2011-88 du 24 septembre 2011 portant organisation des associations**²⁹⁴. Composé de 9 chapitres et 49 articles, ce décret-loi est le texte de référence en ce qui concerne l'exercice de la liberté d'association. Néanmoins, d'autres lois contiennent des dispositions applicables aux associations comme la **loi n° 2018-52 du 29 octobre 2018 relative au registre national des entreprises**²⁹⁵ ou la **loi organique n° 2015-26 du 7 août 2015 relative à la lutte contre le terrorisme et la répression du blanchiment d'argent**²⁹⁶ modifiée par la loi n° 2019-9 du 23 janvier 2019²⁹⁷.

5 - La loi n° 2018-52 et la loi n° 2015-26, précitées, imposent de nouvelles obligations à la charge des associations et complètent, en conséquence, le dispositif législatif fixant les conditions dans lesquelles les associations existent et exercent leurs activités. D'autres textes réglementaires exclus de notre champ de travail sont, également, applicables aux associations²⁹⁸.

290 Commission européenne pour la démocratie par le droit : commission de Venise, « Avis sur la loi fédérale relative à la lutte contre les activités extrémistes de la Fédération de Russie » (15 et 16 juin 2012) CDLAD (2012)016, paragraphe 6.

291 « Le Nouveau Rapporteur Spécial sur les droits à la Liberté de Réunion et d'Association pacifiques souligne les menaces qui existent à l'encontre de ces derniers », Clément Voule, le Rapporteur Spécial des Nations Unies sur les droits de réunion et d'association pacifique lors de la célébration du 25^{ème} anniversaire de CIVICUS en 2018. <https://www.civicus.org/index.php/media-resources/news/civicus-aux-25/3549-le-nouveau-rapporteur-special-sur-les-droits-a-la-liberte-de-reunion-et-d-association-pacifiques-souligne-les-menaces-qui-existent-a-l-encontre-de-ces-derniers>

292 Article 8.

293 La constitution d'une association était soumise au dépôt d'une déclaration contre un récépissé. L'ancienne loi n° 59-154 prévoyait une classification des associations en huit catégories dont celle des associations généralistes. Ces dernières, étaient obligées d'accepter l'adhésion de toute personne formulant le désir d'appartenir à l'organisation, etc...

294 Journal Officiel de la République Tunisienne (JORT) n°74 du 30 septembre 2011.

295 JORT n°89 du 6 novembre 2018, en arabe.

296 JORT n°63 du 7 août 2015.

297 JORT n°9 du 29 janvier 2019, en arabe.

298 Le décret n° 2013-5183 du 18 novembre 2013 fixant les critères, les procédures et les conditions d'octroi du financement public pour les associations tel que modifié par le décret n°2014-3607 du 3 octobre 2014, le décret n°2015-278 du 1^{er} juin 2015 et le décret n°2016-568 du 17 mai 2016 ; le décret n° 2012-641 du 25 juin 2012, portant création d'une unité au sein de la Présidence du gouvernement tel que modifié par le décret n° 2013-4573 du 8 novembre 2013.

6 - Cette multiplicité des textes régissant les associations est susceptible de poser un problème au regard de la garantie constitutionnelle de la liberté d'association puisqu'il est primordial que les constitutions et autres textes législatifs « facilitent et protègent efficacement le rôle et le fonctionnement des associations et le droit à la liberté d'association » comme l'a affirmé la Commission européenne pour la démocratie par le droit couramment appelée la Commission de Venise²⁹⁹. Mais, l'exigence relative à la « qualité » de la rédaction du texte n'empêche pas l'existence de plusieurs textes juridiques applicables aux associations puisque la pratique de plusieurs pays « montre qu'une loi spécifique régissant les associations n'est pas essentielle au bon exercice et à la protection du droit à la liberté d'association. Il peut, en effet, s'avérer suffisant que soit mis en place un certain nombre de dispositions juridiques visant à faciliter la création et l'existence des associations ».³⁰⁰

7 - **L'article 2 du décret-loi 2011-88** définit l'association comme étant « **la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que le partage des bénéfices** »³⁰¹. Les syndicats et partis politiques sont souvent assimilés à des associations³⁰², toutefois, pour les besoins d'efficacité de la présente étude, son champ d'intervention a été limité aux associations *stricto sensu*. Elle se limite à l'examen des textes juridiques relatifs aux associations à l'exclusion de ceux relatifs aux partis politiques et aux syndicats. D'ailleurs le décret-loi n°2011-88 a abrogé uniquement les textes applicables aux associations et aux organisations non gouvernementales (ONG) à savoir la loi n° 59-154 du 7 novembre 1959 relative aux associations et la loi organique n° 93-80 du 26 juillet 1993 relative à l'installation des organisations non gouvernementales³⁰³ en Tunisie, à l'exclusion des syndicats³⁰⁴.

8 - La liberté d'association est certes constitutionnellement garantie, mais comme toute liberté son exercice est encadré par des conditions prévues par l'article 49 de la constitution. Aux termes de cet article : « sans porter atteinte à leur substance, la loi fixe les restrictions relatives aux droits et libertés garantis par la Constitution et à leur exercice. Ces restrictions ne peuvent être établies que pour répondre aux exigences d'un État civil et démocratique, et en vue de sauvegarder les droits d'autrui ou les impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique ou de la moralité publique tout en respectant la proportionnalité entre ces restrictions et leurs justifications. Les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte. Aucune révision ne peut porter atteinte aux acquis en matière de droits de l'Homme et de libertés garantis par la présente Constitution ».

9 - Cet article exige de vérifier d'abord le respect de l'intervention de la loi conformément aux conditions prévues par la constitution pour garantir un exercice réel d'un droit à la liberté d'association. Il suppose, ensuite, de s'assurer de la conformité du cadre législatif existant avec les exigences qu'il prévoit c'est-à-dire trouver un juste équilibre entre la liberté et ses restrictions. Il s'agit ainsi de tenter d'apprécier, d'une part, si une ingérence prévue dans l'exercice

299 Commission européenne pour la démocratie par le droit (COMMISSION DE VENISE) « *Lignes directrices conjointes pour la liberté d'association* », Varsovie 2014.

300 Voir Rapport de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (COMMISSION DE VENISE) sur « Le financement des associations » adopté lors de la 118^e session plénière-Venise, 15 et 16 mars 2019, n°8 ;

Sur la base des observations de :

Mme Veronika BÍLKOVÁ (membre, République tchèque)

M. Richard CLAYTON (membre, Royaume-Uni)

Mme Sarah CLEVELAND (membre, États-Unis)

M. Martin KUIJER (membre suppléant, Pays-Bas)

Mme Herdís KJERULF THORGEIRSDOTTIR (membre, Islande)

M. Pieter VAN DIJK (expert, ancien membre, Pays-Bas)

301 Une association est « un organisme indépendant, organisé et sans but lucratif qui repose sur le regroupement volontaire de personnes ayant un intérêt, une activité ou un objectif commun » (voir « *Lignes directrices conjointes pour la liberté d'association* », Varsovie 2014, *précité*, n°7).

302 Voir CEDH, Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie [GC] (requête n° 19392/92, arrêt du 30 janvier 1998), <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-62691>

303 Art. 46.

304 Loi n°59-4 du 10 janvier 1959 portant statut des syndicats professionnels en Tunisie.

du droit à la liberté d'association se justifie dans un État démocratique et, d'autre part, si le moyen choisi est bien le moins intrusif possible parmi tous ceux qui auraient pu être adoptés³⁰⁵. Autrement dit, toute restriction se justifie s'il n'existe pas des mesures moins intrusives permettant de parvenir au but légitime. Ces restrictions ne peuvent être établies que pour répondre aux exigences d'un État civil et démocratique, et en vue de sauvegarder les droits d'autrui ou les impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique ou de la moralité publique tout en respectant la proportionnalité entre ces restrictions et leurs justifications.

10 - Dans quelle mesure le cadre législatif applicable aux associations répond-il aux exigences de l'article 49 de la constitution ?

11 - Pour tenter de répondre à cette question nous examinerons d'abord la garantie de la loi (I), ensuite les garanties de constitution, d'adhésion et d'activité (II) et enfin les garanties de financement (III).

12 - **Nous précisons au préalable que la présente étude se consacre à l'analyse du cadre juridique et à la vérification de sa conformité aux dispositions de l'article 49 de la constitution. Les pratiques administratives et l'application concrète dudit cadre juridique ne rentrent pas dans notre champ d'étude. En effet, une disposition législative peut être analysée comme étant conforme aux exigences de l'article 49 de la constitution, mais, pour autant, son application, dénaturée par la pratique administrative, remet en cause la liberté d'association constitutionnellement garantie. Dans ce cas, ce n'est pas le texte juridique qui pose un problème de constitutionnalité en soi, mais plutôt son non-respect dans la pratique qui aboutit à restreindre la liberté d'association.**

I - La garantie de la loi

13 - La compétence législative est la première garantie exigée par la constitution (A) et la clarté ou la qualité de cette législation est nécessaire pour son application (B).

A/ La compétence législative :

14 - Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 49 de la constitution, « sans porter atteinte à leur substance, la loi fixe les restrictions relatives aux droits et libertés garantis par la Constitution et à leur exercice ». La liberté d'association est l'une des libertés garanties par la constitution dans son article 35 inséré dans le chapitre 2 de celle-ci relatif aux « droits et libertés ». A ce titre, toutes les règles juridiques réglementant cette liberté, doivent prendre la forme d'une loi.

15 - Comme mentionné plus haut, le principal texte juridique qui régit aujourd'hui la liberté d'association est le **décret-loi n°2011-88** qui a été adopté dans des circonstances particulières, à savoir le début de la période transitoire durant laquelle plusieurs décrets-lois ont été adoptés et dont la nature juridique a connu une évolution au sein de la jurisprudence du Tribunal administratif³⁰⁶. Au début, ces décrets-lois ont été considérés comme des textes à valeur législative qui ne sont pas susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir visant leur annulation³⁰⁷. Ensuite, la

305 CEDH, *Süreç c. Turquie* n° 1, requête n° 26682/95, arrêt du 8 juillet 1999, paragraphe 58

CEDH, *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie* requêtes nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, arrêt du 13 février 2003 ; voir « *Lignes directrices conjointes pour la liberté d'association* », précitées, n° 113.

306 « *Rapport sur la compétence de la juridiction administrative en Tunisie à l'épreuve du droit d'accès à la justice* », DRI, http://democracy-reporting.org/wp-content/uploads/2017/01/DRI-Rapport-Acce%CC%80s_justice_administrative.pdf

307 TA, sursis à exécution, n° 413623, du 11 juin 2011, M. Trabelsi, *inédit*.

juridiction administrative a établi une distinction entre les décrets-lois pris sur la base de la loi n°2011-5 du 9 février 2011 relative à la délégation au président de la République provisoire de prendre des décrets-lois conformément à l'article 28 de la constitution de 1959 et ceux pris sur la base de l'article 4 du décret-loi du 23 mars 2011 relatif à l'organisation provisoire des pouvoirs publics. Les premiers sont considérés comme des actes administratifs dès lors qu'ils n'ont pas été ratifiés par le pouvoir législatif conformément aux dispositions de l'article 28 de la constitution 1959. La seconde catégorie de décrets-lois a, en revanche, une valeur législative dès leur adoption³⁰⁸.

16 - Considérant que l'adoption du décret-loi n°2011-88 est fondée sur la base du décret-loi n° 2011-14 du 23 mars 2011, portant organisation provisoire des pouvoirs publics³⁰⁹, et en application de la jurisprudence du Tribunal administratif susmentionnée, il est possible de considérer ledit décret-loi n° 2011-88 comme un texte à valeur législative.

17 - Néanmoins, un tel constat n'est pas suffisant pour affirmer le respect des dispositions constitutionnelles de l'article 65 exigeant l'intervention d'une loi organique pour l'organisation de certaines libertés publiques y compris celle relative à la liberté de constituer des associations. Formellement, le texte juridique qui régit la liberté d'association doit prendre la forme d'une loi organique, ce qui n'est pas le cas du décret-loi n° 2011-88³¹⁰.

18 - En conclusion, le décret-loi n° 2011-88 peut être considéré comme répondant à l'exigence du caractère législatif des dispositions limitant la liberté d'association (article 49 al. 1^{er}), qui demeure certes incomplète au regard de l'article 65.

B/ Clarté de la législation relative à la liberté d'association et environnement favorable

19 - La législation relative à l'exercice de la liberté d'association doit être soigneusement rédigée et de manière claire afin de faciliter la création des associations et la poursuite de leurs objectifs. Cette législation doit être suffisamment précise pour permettre aux autorités compétentes, notamment les autorités administratives et les juges, de la mettre en œuvre³¹¹.

20 - Cette exigence de clarté et de précision de la législation est dans l'ensemble respectée par le décret-loi n° 2011-88, la loi n° 2018-52 et la loi n° 2015-26 telle que modifiée par la loi n° 2019-9. La jurisprudence tant administrative que judiciaire veille au bon respect des règles adoptées. Le juge contrôle, en effet, la bonne interprétation du statut de l'association par les autorités de contrôle³¹². L'objectif de la clarté et de la précision du texte juridique implique que les dispositions législatives applicables aux associations doivent être interprétées et appliquées d'une manière compatible avec l'exercice effectif de la liberté d'association afin de garantir que la jouissance de cette liberté soit concrète et effective, et non théorique ou illusoire³¹³.

308 TA, n°123538 du 8 juin 2015, Bel Hssan et autres c/Chef du gouvernement, inédit.

309 Voir les visas du décret-loi.

310 Au-delà de sa pertinence constitutionnelle, la promulgation d'une loi organique régissant les associations suscite la crainte de plusieurs composantes de la société civile que le nouveau texte, constitutionnel sur la forme, soit liberticide. Une nouvelle loi serait donc, selon certains membres de la société civile, une occasion pour officialiser juridiquement une tendance restrictive de cette liberté et remettre en cause « les acquis » libéraux du décret-loi n° 2011-88. Ce texte est qualifié de progressiste (voir Rapport du Rapporteur spécial sur les droits à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, visite officielle en Tunisie du 17 au 24 septembre 2018, 41^{ème} Rapport du 25 juin 2019, n° 53).

311 « Lignes directrices conjointes pour la liberté d'association », précité, n°20.

312 Chef du contentieux de l'État pour le compte du Secrétaire général du gouvernement c/ l'association Shams n°37442 du 17/05/2019.

313 Voir CEDH, Airey c. Irlande n° 6289/73, arrêt du 9 octobre 1979, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx> dans lequel la Cour déclare que la « Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs ».

21 - Dans sa mission d'interprétation du texte, le juge veille à la bonne application du décret-loi n° 2011-88 et au respect des garanties légales³¹⁴.

À titre d'illustration, le Tribunal administratif a récemment accepté sa compétence concernant une demande d'annulation de la décision du secrétaire Général du gouvernement (SGG) demandant à une association en cours de constitution la modification de son nom. Après la réception de la déclaration de constitution conformément aux dispositions de l'article 1er du décret-loi n° 2011-88³¹⁵, l'administration a adressé un courrier à l'association lui demandant l'envoi d'un nouveau dossier comportant une nouvelle dénomination de l'association. Elle a même demandé au Tribunal de se déclarer incompétent pour absence d'une décision administrative estimant que « la lettre » adressée à l'association est une simple mise en demeure établie par le SGG en application des sanctions prévues par l'article 45 du décret-loi n° 2011-88. La haute juridiction administrative a rejeté cet argument en estimant qu'il s'agit bel et bien d'une décision administrative de refus de constitution d'une association qui a eu pour effet d'empêcher cette dernière d'exercer son activité.

22 - Le cadre législatif applicable aux associations est d'une façon générale conforme à l'alinéa 1^{er} de l'article 49, en ce qui concerne l'exigence de clarté et de précision de la législation. Il peut cependant être amélioré en prévoyant des recours juridictionnels efficaces, c'est-à-dire rapides, afin de protéger les associations contre le risque de blocage administratif lors de leur création. En effet, les recours qui peuvent être faits actuellement par les associations devant la juridiction administrative peuvent durer des années.

II - Les garanties de création et d'existence

23 - La création et l'existence d'une association suppose qu'un ensemble de droits soient garantis (A) et, également, protégés par des moyens permettant leur effectivité (B).

A/ Des droits garantis

24 - Un ensemble de droits sont garantis tels que la présomption de légalité de la constitution, la non-ingérence de l'État (1) et les libertés de création, d'adhésion et d'activité (2).

1 - La présomption de légalité de constitution et non-ingérence de l'État

314 Le juge suspend la décision de dissolution d'une association pour incompétence de l'autorité administrative prononçant la sanction en application stricte des dispositions 33 et 38 du décret-loi 2011-88. Le premier prévoit que la dissolution de l'association est soit volontaire par décision de ses membres conformément aux statuts, soit judiciaire en vertu d'un jugement du tribunal. Le second prévoit que les comptes bancaires ou postaux des associations ne peuvent être gelés que par décision judiciaire alors que, dans le cas d'espèce, le gel des biens a été opéré sur la base de la décision de dissolution ; Tribunal administratif (TA), sursis à exécution n°415497 du 21 mars 2013, *in*. Noura Kridis avec la collaboration de S. Gamba et E. Sahlabji « *Le Tribunal administratif en période transitoire* », I, Maison du livre, 2015, p.253.

315 Un huissier de justice a procédé à la vérification lors de l'envoi de la lettre, de l'existence de toutes les données exigées par l'article 10 du décret-loi et un procès verbal constatant l'envoi du dossier par voie postale a été dressé ; TA, n° 133204 du 21 fév. 2019, l'association du Baháisme en Tunisie c/ chef du Gouvernement, inédit.

25 - L'un des principes directeurs de la commission de Venise pour la liberté d'association est la présomption de légalité de la constitution des associations. La législation relative aux associations doit présumer la légalité de leur création, de leurs objectifs, de leurs actes constitutifs, de leurs buts, de leurs intentions et de leurs activités³¹⁶ pour que ce droit constitutionnel soit protégé et les restrictions législatives soient acceptées.

26 - Toute association est présumée légale jusqu'à preuve du contraire. En effet, l'article 10 premièrement du décret-loi n°2011-88 affirme clairement que « **la constitution des associations est régie par le régime de déclaration** ». Il ajoute dans son deuxième paragraphe que « les personnes désirant constituer une association doivent adresser au secrétaire général du gouvernement une lettre recommandée avec accusé de réception » comportant un ensemble de pièces et d'informations. Un huissier de justice doit vérifier l'exactitude des informations fournies lors de l'envoi de la lettre et l'existence des données exigées par le décret-loi et en dresse un procès-verbal en deux exemplaires qu'il remet au représentant de l'association³¹⁷. Dès la « réception de l'accusé de réception, le représentant de l'association dépose dans un délai n'excédant pas sept (7) jours, une annonce à l'Imprimerie Officielle de la République Tunisienne indiquant la dénomination de l'association, son objet, ses objectifs, et son siège, accompagnée d'un exemplaire du procès-verbal établi par l'huissier de justice ».

27 - Afin d'éviter toute ingérence de l'État dans le processus de création, l'article 11 deuxième paragraphe du décret-loi n°2011-88 pose une règle juridique protectrice du régime de déclaration affirmé dans l'article 10. En effet, le non-retour de l'accusé de réception du dossier de constitution envoyé au secrétaire général du gouvernement (SGG) dans les trente (30) jours suivant l'envoi vaut réception. Cela veut dire que même en cas de non-retour de l'accusé de réception, passé le délai de 30 jours après l'envoi du dossier de constitution au secrétaire général du gouvernement, les fondateurs peuvent procéder à la publication de l'annonce de création de l'association au Journal officiel.

28 - Le décret-loi n° 2011-88 impose dans son article 11 à l'imprimerie officielle de la République tunisienne de publier l'annonce. Cette annonce est ainsi « impérativement » publiée au journal officiel dans un délai « de quinze (15) jours à compter du jour de son dépôt ». En outre, l'article 12 tire toutes les conséquences juridiques de cette libre création en affirmant que l'association « est réputée légalement constituée » à compter du jour de l'envoi de la lettre recommandée adressée au SGG. Il n'y a aucune entrave législative à la constitution des associations. Toute association est présumée légalement constituée dès l'envoi de la lettre de déclaration de sa constitution aux services administratifs compétents (SGG) et elle acquiert la personnalité morale à partir de la date de publication de l'annonce au journal officiel de la République tunisienne.

29 - Le dispositif juridique ci-dessus mentionné consacre la présomption de légalité de constitution des associations et ce, à travers le régime de déclaration. Il est par conséquent conforme à l'article 49 de la constitution³¹⁸.

2 - Les libertés de création, d'adhésion et de définition de l'activité

30 - Outre les libertés de création et d'adhésion (i), chaque association bénéficie du droit d'exercer l'activité de son choix (ii)

³¹⁶ « Lignes directrices conjointes pour la liberté d'association », précitées, n°68.

³¹⁷ Article 10 paragraphe 3.

³¹⁸ Dans la pratique, la publication de l'annonce de constitution par l'imprimerie officielle serait tributaire de la réception effective par l'association de l'accusé de réception. Il semble que l'imprimerie officielle ne procède pas à la publication de l'annonce de constitution en l'absence de l'accusé de réception ce qui est contraire aux dispositions du décret-loi n° 2011-88. Cette pratique, si elle est avérée, remet en cause le régime de déclaration et instaure de fait un régime d'autorisation. L'examen de cette question est en dehors de notre champ d'étude qui se limite à l'analyse du cadre juridique et à la vérification de la conformité des restrictions législatives aux dispositions de l'article 49 de la constitution.

i - La liberté de création et d'adhésion

31 - Il est admis que « toute personne physique et morale, ressortissante ou non, ou tout groupe formé par ces personnes, est libre de créer une association, dotée ou non de la personnalité morale »³¹⁹. Le décret-loi n° 2011-88 prévoit, dans son article 8, que toute personne physique tunisienne ou étrangère résidente en Tunisie a « le droit de constituer une association ou d'y adhérer ou de s'en retirer ». Les restrictions apportées par ledit article 8 à la capacité de créer des associations concernent les enfants de moins de 16 ans et les étrangers non-résidents en Tunisie. Ces restrictions ne portent pas atteinte à la substance de la liberté d'association et sont compatibles avec les exigences d'un État civil et démocratique.

32 - Bien que réputée légalement constituée à compter du jour de l'envoi du dossier de constitution au secrétaire général du gouvernement, l'association n'acquiert « la personnalité morale » qu'à partir de la date de publication de l'annonce au journal officiel de la République tunisienne (article 12). D'une part, le décret-loi n°2011-88 prévoit dans son article 13 que « **Les associations légalement constituées ont le droit d'ester en justice, d'acquérir, de posséder et d'administrer leurs ressources et biens** » et qu'elles peuvent « également accepter les aides, dons, donations et legs ». Cette rédaction de l'article 13 suppose, du moins en théorie, qu'une association peut accomplir tous ces actes avant même la publication de l'annonce au JORT et l'acquisition de « la personnalité morale ». D'autre part, l'article 12 ne contraint pas les associations à acquérir la personnalité juridique suite à une démarche administrative susceptible d'entraver leur action. En effet, « la personnalité morale » s'acquiert par la publication de l'annonce de constitution au JORT qui est théoriquement une simple formalité et n'est subordonnée à aucune approbation préalable de l'administration. A ce niveau, la disposition de l'article 12 du décret-loi ne peut être considérée comme limitative de la liberté d'association.

33 - Néanmoins, de nouvelles obligations ont été instaurées par la loi n° 2018-52 relative au registre national des entreprises (RNE), promulguée le 29 octobre 2018³²⁰, qui vient compléter les dispositions du décret-loi relatif aux associations. Désormais, en vertu de la loi n° 2018-52, toute association ou réseau d'associations au sens de la législation en vigueur, en l'occurrence le décret-loi n°2011-88, est dans l'obligation de s'inscrire audit registre national des entreprises (RNE). Ce registre forme une base de données et constitue un outil permettant la consolidation du tissu de tous les acteurs économiques et juridiques remplaçant, par conséquent, le registre de commerce. Un identifiant unique sera accordé par l'administration fiscale et constituera une référence unique pour l'échange des données entre les institutions de l'État. Selon l'article premier de la loi n° 2018-52, le RNE est créé pour renforcer la transparence des opérations économiques et financières par le regroupement des informations, données et documents concernant les personnes physiques et morales, les constructions juridiques exerçant dans le secteur économique et les associations³²¹. L'objectif étant de conserver ces données et les mettre à la disposition du public et toutes les structures de l'État concernées par ces informations (article 2). Le registre national des entreprises comprend, de ce fait, quatre registres pour les différents opérateurs économiques dont celui des associations³²². Cette nouvelle loi impose ainsi aux associations, au même titre que les opérateurs économiques, une inscription obligatoire

³¹⁹ « Lignes directrices conjointes pour la liberté d'association », précitées, n°76.

³²⁰ JORT n°89 du 6 novembre 2018.

³²¹ Cette loi s'inscrit dans le cadre d'une réforme globale de lutte contre le blanchiment d'argent et de conformité aux standards internationaux dans ce domaine.

³²² Le registre de commerce : destiné aux activités économiques commerciales, le registre professionnel : destiné à tout type de profession (médecins, avocats, experts, architectes,...), le registre des associations et le registre des bénéficiaires effectifs (voir article 8 de la loi n°2018-52).

au RNE sous peine de sanctions pénales³²³.

34 - De nombreux États y compris ceux membres du Conseil de l'Europe imposent aux associations de procéder à des formalités de notification, d'enregistrement ou à toute autre procédure similaire notamment lorsqu'elles souhaitent acquérir la personnalité morale. En France par exemple, le registre national des associations a été créé par arrêté ministériel³²⁴ auprès du ministère de l'Intérieur afin de « simplifier et dématérialiser les procédures applicables aux associations ». Une fois la déclaration de constitution est effectuée, la création de l'association paraîtra systématiquement dans le journal officiel. Or, la demande d'immatriculation au répertoire SIRENE n'est pas obligatoire. Ce dernier rassemble de nombreuses informations économiques et juridiques sur les entreprises. En cas d'inscription, un numéro unique d'identification est accordé à chaque entreprise. L'association n'est obligée d'effectuer son inscription sur ce répertoire que lorsqu'elle souhaite effectuer des opérations qui ont des répercussions financières (subventions de l'État ou des collectivités territoriales, recruter des salariés, réaliser des activités susceptibles d'être soumises à la TVA ou à l'impôt sur les sociétés).

35 - Cette exigence d'inscription au RNE en plus des formalités de constitution des associations déjà prévues par le décret-loi n° 2011-88 pose la question de savoir, en premier lieu, s'il s'agit de mesures pouvant être assimilées à des restrictions à la liberté d'association. En second lieu, au cas où lesdites mesures sont considérées restrictives, se pose la question de savoir si elles remplissent les critères de l'article 49 de la constitution.

36 - L'enregistrement en soi ne constitue pas une mesure restrictive, sauf lorsque les procédures instaurées sont lourdes et contraignantes pour les associations. D'ailleurs, les recommandations internationales suggèrent que les frais occasionnés soient à un niveau « ni dissuasif, ni prohibitif »³²⁵ afin d'encourager la création des associations³²⁶. On peut estimer que l'obligation d'inscription au RNE constitue une restriction à la liberté d'association dans la mesure où elle impose d'accomplir des formalités supplémentaires en plus de celles prévues par le décret-loi n° 2011-88 sachant que cette inscription au RNE implique l'obligation pour l'association de procéder à la mise à jour de ses données à chaque fois qu'elle modifie par exemple ses statuts, son siège, etc. Or, l'association est déjà obligée de notifier toute modification la concernant au secrétaire général du gouvernement en vertu du décret-loi n° 2011-88. Les nouvelles obligations édictées par la loi relative au RNE font donc double emploi avec les dispositions du décret-loi n° 2011-88 et génèrent des coûts supplémentaires.

37 - Ayant considéré que l'obligation d'inscription au RNE au sens de la loi n° 2018-52 constitue une restriction à la liberté d'association, voyons si elle porte atteinte à la substance de la liberté d'association et à son exercice. La réponse est à première vue négative. Par ailleurs, cette obligation ne paraît pas incompatible avec les exigences d'un État civil et démocratique.

38 - Ensuite, voyons si cette obligation d'inscription au RNE répond aux buts mentionnés par l'article 49 de la constitution (sauvegarde des droits d'autrui, impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique, ou de la moralité publique). Cette loi vise à renforcer la transparence des transactions économiques et financières et s'inscrit dans le cadre d'une réforme globale de lutte contre le blanchiment d'argent. Signalons au passage que la transparence financière est une obligation constitutionnelle que toute association doit respecter dans ses statuts et ses activités (article 35 de la constitution). Par ailleurs, il peut être soutenu que la lutte contre

³²³ Article 51 et suivants de la loi n°2018-52 précitée.

³²⁴ Arrêté du 14 octobre 2009 portant création du répertoire national des associations ; *JORF* n°0247 du 24 octobre 2009

³²⁵ Commission de Venise « *Lignes directrices conjointes pour la liberté d'association* », précitées, n°156.

³²⁶ Commission de Venise « *Lignes directrices conjointes pour la liberté d'association* », précitées, n°155

le blanchiment d'argent s'inscrit dans le cadre de la sauvegarde de la sûreté publique, entendue comme étant « la sécurité de l'État et la défense de l'ordre constitutionnel démocratique face à des menaces émanant de l'intérieur et de l'extérieur ». Dans cette hypothèse, la loi relative au RNE peut être rattachée à la poursuite d'un but légitime au sens de l'article 49 de la constitution, à savoir la préservation de la sûreté publique. La question est dès lors de savoir si la restriction à la liberté d'association apportée par la loi relative au RNE est proportionnelle au danger pouvant menacer la sûreté publique ?

39 - Comme mentionné précédemment, l'inscription au RNE pour les associations fait double emploi avec les autres obligations prévues dans le décret-loi n° 2011-88. Si le but de l'inscription obligatoire des associations au RNE est de renforcer la transparence des transactions financières et de lutter contre le blanchiment d'argent, il est légitime de se poser la question pourquoi cette obligation est imposée à toutes les associations sans aucune distinction et même aux toutes petites. Autant, il peut être concevable d'imposer une inscription obligatoire au RNE aux grandes associations dont les ressources annuelles dépassent un montant déterminé et qui manient des fonds considérables, autant cette obligation d'immatriculation paraît disproportionnée pour des petites associations qui n'ont pas des ressources financières importantes. En effet, pour ce type d'associations l'objectif de transparence ne représente pas un enjeu d'une importance telle qu'il soit justifié d'imposer cette nouvelle obligation, sachant que le décret-loi 2011-88 prévoit des dispositions qui ont trait à la transparence, puisque toutes les associations sont obligées notamment de tenir une comptabilité conformément au système comptable des entreprises, de tenir des registres, de nommer un commissaire aux comptes dès que leurs ressources annuelles dépassent cent mille dinars (100.000,000 TND) lequel soumet son rapport au secrétaire général du gouvernement, de publier leurs états financiers, de présenter à la cour des comptes un rapport annuel comprenant un descriptif détaillé de leurs sources de financement et de leurs dépenses au cas où l'association bénéficie d'un financement public.

40 - Les dispositions du décret-loi 2011-88 sont déjà assez contraignantes pour les petites associations qui ne manient pas des sommes d'argent importantes. Y ajouter une nouvelle obligation d'inscription au RNE impliquant des nouvelles procédures et des coûts supplémentaires relatifs à l'inscription et aux opérations de mise à jour ainsi que le dépôt annuel des états financiers semble disproportionné et peut dissuader les citoyens d'exercer cette liberté garantie constitutionnellement. En effet, les petites associations tunisiennes sont souvent dans l'incapacité de satisfaire aux exigences financières de l'enregistrement.

41- En conclusion, le cadre juridique en vigueur, à savoir le décret-loi n° 2011-88 complété par la loi n° 2018-52 relative au RNE, semble inadéquat pour les petites associations qui ne manient pas des sommes d'argent importantes. Autant, les règles liées à la transparence financière dans le décret-loi n° 2011-88 et la loi sur le RNE peuvent se justifier pour des grandes associations professionnalisées qui manient des fonds importants ; autant, ces règles constituent des restrictions disproportionnées quand elles sont imposées à des petites associations et peuvent dissuader en définitive les citoyens d'exercer cette liberté garantie constitutionnellement. Le législateur aurait pu établir une distinction entre les associations et leur appliquer des règles comptables et financières différentes.

42 - Quant à la liberté d'adhésion, ce principe suppose qu'une personne soit libre de choisir à quelle association elle souhaite s'affilier et a le droit de la quitter. En vertu de l'article premier du décret-loi n°2011-88 le principe de libre adhésion aux associations est affirmé. Ainsi toute personne est libre de choisir d'adhérer ou non à une association. Il est ainsi clairement énoncé dans les articles 1 et 8 que toute personne peut librement créer une association, y adhérer et la quitter. Aux termes de l'article 8, « toute personne physique, tunisienne ou étrangère résidente en Tunisie a le

droit de constituer une association ou d'y adhérer ou de s'en retirer ». Les associations sont, également, libres de déterminer leurs conditions d'adhésion, sous réserve, toutefois, de respecter les conditions légales, le principe de non-discrimination et leurs propres règles. En effet, aux termes de l'article 17 du décret-loi n°2011-88, « sans préjudice des dispositions du présent décret-loi, l'association fixe ses propres conditions d'adhésion ». Ainsi, le droit d'une association à déterminer qui peut y adhérer est protégé par le texte comme l'exige la commission de Venise³²⁷.

43 - En revanche, quelques limitations pour les enfants qui n'ont pas atteint l'âge de 13 ans³²⁸ et des étrangers non-résidents sont prévues par l'article 17. Il faut, en outre, que l'adhésion soit conditionnée par l'acceptation par écrit des statuts de l'association (art.17 troisièmement). Ces limitations au droit d'adhérer à une association se justifient et sont conformes aux dispositions de l'article 49 de la constitution.

44 - Le caractère volontaire de l'adhésion implique qu'une personne peut quitter l'association et si elle ne souhaite pas adhérer à une association spécifique ne peut être sanctionnée ou désavantagée en subissant des conséquences négatives à la suite de son refus d'adhésion. Aucune disposition dans le décret-loi n'est susceptible de sanctionner directement ou indirectement des personnes pour leur appartenance ou non à une association. Cette règle qui fait que les particuliers ne devraient pas être contraints d'adhérer à une association est tellement importante qu'elle est inscrite dans certaines constitutions étrangères³²⁹. Ainsi, le décret-loi demeure à ce niveau en adéquation avec les limites autorisées et conforme à l'article 49 de la constitution.

ii. La liberté de définir les objectifs et les activités

45 - Concernant la liberté de définir les objectifs et les activités, y compris l'étendue des activités³³⁰, le décret-loi n°2011-88 l'affirme clairement. L'article premier garantit la liberté de constitution et d'adhésion aux associations mais aussi celle « d'y exercer des activités ». Ainsi les fondateurs et membres des associations sont, en conséquence, libres de définir les objectifs et les activités de celles-ci. Ils doivent les inscrire dans les statuts, les signer et les envoyer au secrétaire général du gouvernement³³¹. Sous peine de sanction, toute modification apportée aux statuts de l'association doit être adressée par lettre recommandée avec accusé de réception par les dirigeants de l'association au secrétaire général du gouvernement pour information³³². La modification est communiquée au public à travers la presse écrite et sur le site électronique de l'association s'il en existe (art. 16).

46 - Les membres fondateurs ou dirigeants de l'association peuvent légalement adopter leurs propres actes constitutifs et règles, déterminer leur structure de gestion interne et élire leurs conseils d'administration et leurs représentants. Le décret-loi n°2011-88 accorde une latitude de choix des objectifs, de l'activité et son étendue.

327 Commission de Venise « *Lignes directrices conjointes pour la liberté d'association* », précitées, n°82.

328 A noter que le décret-loi n° 2011-88 s'est aligné sur la position du législateur dans le Code du statut personnel qui dispose dans son article 156 que « l'enfant qui n'a pas atteint l'âge de 13 ans accomplis est considéré comme dépourvu de discernement et tous ses actes sont nuls... ».

329 Article 74 de la Constitution de la République d'Islande du 17 juin 1944.

330 Principe 4 énoncé par la Commission de Venise.

331 Article 6 c/ du décret-loi n° 2011-88. Ces statuts doivent comprendre la dénomination officielle de l'association en langue arabe et le cas échéant, en langue étrangère, l'adresse du siège principal de l'association, une présentation des objectifs de l'association ainsi que les moyens de leur réalisation, les conditions d'adhésion, les cas de son extinction, ainsi que les droits et les obligations des membres. Ils mentionnent également la présentation de l'organigramme de l'association, le mode d'élection retenu et les prérogatives de chacun de ses organes, la détermination de l'organe qui détient au sein de l'association, la prérogative de modification du règlement intérieur et de prise de décision concernant la dissolution, la fusion ou la scission, la détermination des modes de prise de décisions et de règlement des différends et le montant de la cotisation mensuelle ou annuelle s'il en existe.

332 Dans un délai maximum d'un mois à compter de la prise de décision de modification.

47 - Néanmoins, la liberté de définir les objectifs et les activités d'une association n'est pas absolue. Le décret-loi n° 2011-88 mentionne à cet égard une série de restrictions à la liberté d'association.

48 - Premièrement, les associations doivent respecter dans leurs statuts, activités et financement « les principes de l'État de droit, de la démocratie, de la pluralité, de la transparence, de l'égalité et des droits de l'Homme tels que définis par les conventions internationales ratifiées par la République Tunisienne » (article 3). Il faut rappeler ici que lors de l'adoption du décret-loi n° 2011-88, il n'y avait pas de constitution dans le pays, d'où la référence uniquement aux conventions internationales. La constitution adoptée en 2014 impose aux associations de s'engager dans leurs statuts et leurs activités à respecter les dispositions de la constitution et de la loi, ainsi que la transparence financière et le rejet de la violence. Le respect de la constitution suppose entre autres le respect de son préambule qui prévoit l'édification d'un régime républicain démocratique et participatif, dans le cadre d'un État civil qui « garantit la primauté de la loi, le respect des libertés et des droits de l'Homme, l'indépendance de la justice, l'égalité de tous les citoyens et citoyennes en droits et en devoirs ». Toutefois, le respect de la constitution et de la loi n'interdit pas aux associations de préconiser pacifiquement la modification de l'ordre constitutionnel³³³ ou de la législation. Cette position a été confirmée par la Cour d'appel de Tunis dans sa décision rendue le 17 mai 2019 dans l'affaire n° 37442 opposant l'association Shams au secrétaire général du gouvernement³³⁴.

49 - Deuxièmement, il est interdit à une association « de s'appuyer dans ses statuts ou communiqués ou programmes ou activités sur l'incitation à la violence, la haine, l'intolérance et la discrimination fondée sur la religion, le sexe ou la religion » (article 4 premièrement)³³⁵. Cette interdiction en rapport avec la liberté de définir les objectifs et les activités de l'association est à première vue conforme à l'article 49 de la constitution³³⁶.

50 - Troisièmement, il est interdit à une association « d'exercer des activités commerciales en vue de distribuer des fonds au profit de ses membres dans leur intérêt personnel ou d'être utilisée dans le but d'évasion fiscale »³³⁷. Ces limites législatives sont en adéquation avec le but non lucratif de l'association³³⁸ et ne portent pas, en conséquence, atteinte à la substance du droit à la liberté d'association tel que l'exige l'article 49 de la constitution.

51 - Quatrièmement, il est interdit à une association « de collecter des fonds en vue de soutenir des partis politiques ou des candidats indépendants à des élections nationales, régionales, locales ou leur procurer une aide matérielle. Cette interdiction n'inclut pas le droit de l'association d'exprimer ses opinions politiques et ses positions

333 CEDH, *Women on Waves c./ Portugal*, requête n° 31276/05, du 3 février 2009, n° 41 et s.

334 La Cour d'appel de Tunis par une décision du 17 mai 2019 a affirmé la légalité de l'un des objectifs inscrits dans le statut de l'association Shams à savoir l'abrogation de l'article 230 du code pénal qui prévoit une peine d'emprisonnement pour les personnes homosexuelles ; Chef du contentieux de l'État pour le Secrétaire général du gouvernement c/ l'association Shams n°37442 du 17/05/2019.

335 Il est à noter que les services du secrétaire général du gouvernement (direction générale des associations et des partis politiques) interprètent cette interdiction de façon large ce qui est susceptible de limiter encore plus la liberté de déterminer les objectifs et les activités des associations. En effet, à l'occasion d'un litige concernant une association dont le nom faisait référence au *baháisme*, la direction générale des associations et des partis politiques a estimé que « la constitution ne reconnaît que les religions monothéistes » et que l'appellation même de l'association est une forme d'incitation à la violence, la haine et une forme de discrimination religieuse puisque le *baháisme*, auquel fait référence le nom de cette association, est une « secte religieuse » (Note de la présidence du gouvernement exposant les motifs de l'appel interjeté contre le jugement du TA n° 133204 / Appel n° 214055, en cours à la date de rédaction de ce chapitre).

336 Sur cette question, voir Comité des droits de l'homme, *Mikhailovskaya et Volchek c. Bélarus*, CCPR/C/111/D/1993/2010 (juillet 2014), par. 7.3 « Le Comité fait observer que, conformément au paragraphe 2 de l'article 22 du Pacte, toute restriction à la liberté d'association, pour être valable, doit satisfaire à toutes les conditions suivantes : a) elle doit être prévue par la loi; b) elle ne peut être imposée qu'aux seules fins prévues par le paragraphe 2 de l'article 22; c) elle doit être «nécessaire dans une société démocratique» pour la réalisation de l'un de ces buts. La référence à une «société démocratique» indique, de l'avis du Comité, que l'existence et le fonctionnement d'associations, y compris celles qui défendent pacifiquement des idées qui ne sont pas nécessairement accueillies favorablement par le gouvernement ou la majorité de la population, font partie des fondements d'une société démocratique ».

337 Article 4 deuxièmement.

338 Une association ne peut « distribuer les bénéfices susceptibles de découler de ses activités entre ses membres ou fondateurs, mais doit les investir dans l'association et les consacrer à la poursuite des objectifs de l'association » CEDH, *Chassagnou et autres c. France* [GC] (requêtes n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, arrêt du 29 avril 1999).

par rapport aux affaires d'opinion publique »³³⁹. Cette interdiction garantit l'indépendance des associations et assure plus de transparence dans le financement des partis politiques. L'interdiction ne peut constituer une restriction portant atteinte à la substance de la liberté d'association, sachant que le décret-loi n° 2011-88 affirme expressément qu'une association a le droit d'exprimer ses opinions politiques de participer au débat public en se prononçant sur les affaires d'opinion publique.

52 - Il en résulte que la liberté dont bénéficie les membres et dirigeants dans la détermination des objectifs et activités de l'association est encadrée par le décret-loi n°2011-88 d'une manière qui ne porte pas atteinte à la substance du droit à une liberté d'association. Le but légitime des restrictions de l'article 49 qui ne peuvent « être établies que pour répondre aux exigences d'un État civil et démocratique » se vérifie. Ces restrictions sont, de surcroît, proportionnelles aux buts qui les justifient et sont, en conséquence, conformes à la constitution.

B/ Des droits protégés

53 - Pour faciliter le fonctionnement des associations et leur offrir une protection effective et pour que ces garanties ne soient pas purement illusoires, le décret-loi n°2011-88 leur garantit un droit de recours. En effet, l'activité d'une association peut être suspendue. Cette suspension est cependant prononcée par le président du Tribunal de première instance de Tunis par ordonnance sur requête présentée par le secrétaire général du gouvernement (SGG). En plus, l'ordonnance de suspension de l'activité d'une association peut être contestée par l'association devant le juge judiciaire (Tribunal de première instance de Tunis) par voie de recours conformément aux procédures de référé (article 45 du décret-loi). Enfin, et bien que le décret-loi ne le mentionne pas expressément, le jugement de référé rendu en premier ressort peut faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel, et ce, en application des dispositions du Code de procédure civile et commerciale. Cela a été le cas en ce qui concerne le contentieux opposant l'association Shams et le secrétaire général du gouvernement : ordonnance du président du TPI de Tunis de suspension d'activité, puis recours en référé devant le Tribunal de première instance de Tunis et enfin recours en appel devant la Cour d'appel de Tunis³⁴⁰.

54 - Il en est de même pour la dissolution de l'association. Elle est « prononcée par un jugement du tribunal de première instance de Tunis à la demande du SGG ou de quiconque ayant intérêt, et ce, au cas où l'association n'a pas cessé l'infraction malgré sa mise en demeure, la suspension de son activité et l'épuisement des voies de recours contre la décision de suspension d'activité »³⁴¹. Les procédures judiciaires relatives à la dissolution de l'association ainsi que la liquidation de ses biens sont régies par les dispositions du code des procédures civiles et commerciales.

55 - Il est primordial que l'interprétation et l'application des dispositions relatives aux associations, y compris celles qui visent à restreindre leurs activités, puissent être examinées par un juge ou par un tribunal impartial via une procédure équitable et rapide³⁴². Cet examen juridictionnel impartial et indépendant des restrictions juridiques imposées aux associations est d'autant plus important que ces restrictions ou mesures peuvent servir des fins politiques sans rapport avec la liberté d'association. Elles peuvent cibler une association ou un groupe d'associations en particulier. Cela peut « entraîner des restrictions discriminatoires, des mesures arbitraires et des abus de pouvoir »³⁴³.

339 Article 4 troisièmement.

340 Ordonnance sur requête n° 62869 du 29-12-2015, TPI de Tunis jugement n° 60753 du 23-02-2016 et Cour d'Appel de Tunis n° 37442 du 17-05-2019 (procédures de référé).

341 Article 45 troisièmement.

342 « Lignes directrices conjointes pour la liberté d'association », précitée, n°116.

343 Rapport sur le « financement des associations », précité, n°130.

Les recours juridictionnels prévus par le décret-loi n° 2011-88 afin de contrôler la légalité des sanctions dont peuvent faire l'objet les associations en cours de fonctionnement sont relativement efficaces en ce sens qu'ils sont intentés devant le juge judiciaire selon des procédures d'urgence contradictoires (référé).

56 - En revanche, la phase de création des associations n'est pas suffisamment protégée par des recours efficaces avec des délais courts permettant aux associations de contester les décisions administratives restreignant la liberté d'association en violation des dispositions du décret-loi n° 2011-88. En effet, ce type de recours relève de la compétence du Tribunal administratif selon la procédure ordinaire de l'excès de pouvoir qui peut durer plusieurs années³⁴⁴. Un référé liberté avec des pouvoirs suffisamment larges accordés au juge administratif est susceptible de constituer un recours efficace permettant aux associations de faire respecter les dispositions du décret-loi.

III - Les garanties liées au financement

57 - Les garanties de financement concernent notamment la liberté de solliciter, recevoir et utiliser des ressources (A) et implique que les restrictions introduites soient justifiées (B).

A - « Liberté de solliciter, de recevoir et d'utiliser des ressources »³⁴⁵

58 - Outre les ressources provenant des cotisations de leurs membres, les associations peuvent être financées par des sources privées et autres sources non étatiques, y compris étrangères et internationales. Cette possibilité fait partie intégrante de la liberté d'association conformément aux exigences du droit international³⁴⁶. Le financement public est autorisé et le droit de recevoir des dons de l'étranger est expressément consacré par le décret-loi n° 2011-88 qui dispose dans son article 34 que les ressources d'une association se composent, entre autres, des « donations et legs d'origine nationale ou étrangère ».

59 - En droit comparé, la majorité des États européens n'ont pas de dispositions spécifiques réglementant ou limitant la capacité des associations à recevoir des fonds de l'étranger³⁴⁷. Certains pays restreignent³⁴⁸ l'accès au financement étranger en imposant, dans leur législation, des obligations supplémentaires (rapports/publication) aux associations qui reçoivent des fonds de l'étranger³⁴⁹. Aux *Pays-Bas*, le projet de loi sur la transparence des organisations de la société civile de décembre 2018 impose à toutes les organisations à but non lucratif de publier la synthèse des dons dont le montant est égal ou supérieur à 15 000 euros par an, en précisant le nom et le lieu de résidence de chaque donateur. L'exposé des motifs du projet de loi invoque la transparence nécessaire pour prévenir

344 Toutefois, il y a la possibilité de demander le sursis à l'exécution.

345 « *Lignes directrices conjointes pour la liberté d'association* », précitées, n°102.

346 Rapport du Rapporteur spécial sur le droit de réunion pacifique et la liberté d'association, Maina Kiai, Conseil des Droits de l'Homme, ONU, 24 avril 2013, https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/hrcouncil/regularsession/session23/a-hrc-23-39_fr.pdf ; « *Lignes directrices conjointes sur la liberté d'association* », Commission de Venise, précitées, n° 2018 et s.

347 « *Financement des associations* », Commission de Venise, 2019, précité n° 43.

348 Au *Royaume-Uni*, la Charity Commission a instauré une nouvelle exigence : à compter de février 2018, les associations caritatives doivent faire figurer dans leur déclaration annuelle la liste de tous les pays dont elles reçoivent des fonds et signaler tous les financements provenant de gouvernements, d'entités quasi gouvernementales, d'associations caritatives, d'organisations non gouvernementales et de groupes de la société civile étrangers. Les associations caritatives dont les recettes annuelles dépassent 25 000 livres doivent aussi indiquer le montant total des dons de plus de 25 000 livres qu'elles ont reçus de particuliers ou de bailleurs institutionnels hors Royaume-Uni. Les associations caritatives dont les recettes annuelles sont inférieures à 25 000 livres doivent signaler ces dons s'ils représentent plus de 80 % de leur revenu annuel brut.

349 Dans ses avis, la Commission de Venise a constaté que les États mettaient généralement en avant trois grands motifs. Il s'agit du besoin d'assurer « l'ouverture et la transparence », la prévention du « terrorisme et le blanchiment d'argent » et le troisième motif avancé est la protection des États et de leurs citoyens contre « une ingérence déguisée de la part de pays étrangers ou d'autres entités étrangères » (Rapport de la commission de Venise sur « *le financement des associations* », 2019, précité, n°79).

le financement du terrorisme et le blanchiment d'argent³⁵⁰. En Irlande, la loi électorale de 1997 interdit le financement international de « tiers », définis comme quiconque (autre qu'un parti politique ou qu'un candidat à l'élection) accepte des dons reçus « à des fins politiques »³⁵¹. En Autriche, en vertu de la loi fédérale sur les relations juridiques extérieures des sociétés musulmanes, les fonds destinés aux activités religieuses habituelles des membres de telles sociétés doivent être collectés sur le territoire autrichien par la société en question, par les communautés locales et par leurs membres³⁵². Pour la commission de Venise, bien que des buts légitimes « puissent justifier un contrôle plus strict des fonds provenant de bailleurs étrangers », ce contrôle ne doit pas être « excessif ou pesant au point de représenter une ingérence disproportionnée dans le droit à la liberté d'association garanti par la Constitution du pays-et par les instruments internationaux ». Elle a estimé que « la prévention du blanchiment d'argent ou du financement du terrorisme ne nécessitait et ne justifiait ni d'interdire le financement étranger des ONG, ni de le soumettre à l'autorisation préalable des pouvoirs publics »³⁵³. En réalité la commission de Venise a recommandé en outre que les données relatives au financement étranger figurant sur le registre (et rendues publiques) ne concernent pas tous les soutiens, mais uniquement les plus importants³⁵⁴. Parmi les lois des pays du Conseil de l'Europe imposant des restrictions au financement étranger des associations déjà examinées par la Commission de Venise, « certaines ont été portées devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Les affaires correspondantes en sont à un stade précoce de la procédure, et on ignore encore quels motifs invoqueront les États pour justifier les restrictions imposées au financement étranger des associations »³⁵⁵.

60 - Consacrée par le décret-loi 2011-88, cette liberté de solliciter, de recevoir et d'utiliser des ressources y compris d'origine étrangère est cependant encadrée par des obligations et des restrictions mentionnées dans le cadre juridique en vigueur.

B - Les restrictions sont-elles justifiées ?

61 - Les textes législatifs apportant des restrictions à la liberté de solliciter, de recevoir et d'utiliser des ressources, y compris d'origine étrangère, sont : le décret-loi n° 2011-88, la loi n° 2015-26 (telle que modifiée en 2019) relative à la lutte contre le terrorisme et la répression du blanchiment d'argent et la loi n° 2018-52 relative au registre national des entreprises (RNE).

62 - La question qui se pose est dans quelle mesure ces restrictions répondent-elles aux exigences de l'article 49 de la constitution, c'est-à-dire vérifient l'exigence de légalité, de nécessité, de but légitime et de proportionnalité ?

63 - Ces trois conditions, à savoir la légalité des restrictions (1), leurs justifications (2) et la nécessité

350 Idem, Commission de Venise, 2019 n° 46 note n° 59.

351 Idem, n° 50 note n° 65 ; il s'agit de « présenter, directement ou indirectement, les observations d'un parti politique [...], promouvoir, directement ou indirectement, les intérêts d'un tiers en lien avec la conduite ou la gestion d'une campagne visant un résultat particulier sur une politique [...] du gouvernement ou de tout pouvoir public ou s'opposer à ces intérêts ». Par exemple, une ONG faisant campagne pour modifier une politique publique (fin politique) est tenue de se déclarer comme « tiers » et ne peut recevoir aucun financement international pour sa campagne.

352 Idem, n° 51 ; note n° 66.

353 Idem, n° 53 ; Dans un avis de 2014 la même commission a précisé que « prévenir le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme constituait un motif légitime pour imposer des restrictions au financement étranger des associations, mais aussi convenu qu'assurer la transparence des ONG recevant un financement étranger pour éviter une utilisation abusive de ces fonds à des fins politiques pouvait être considéré comme dans l'intérêt de la sécurité nationale et de la sûreté publique, de la défense de l'ordre et de la prévention du crime, de la protection de la santé ou de la morale et de la protection des droits et libertés d'autrui

354 CDL-AD(2017)015, Avis concernant le projet de loi hongrois sur la transparence des organisations recevant de l'aide de l'étranger, par. 39 et 66.

355 Rapport sur le financement des associations, commission de Venise, précité, n°73.

et proportionnalité de l'ingérence (3), seront traitées successivement dans trois paragraphes différents.

1 - « Légalité de l'ingérence dans le droit des associations de rechercher des ressources financières et matérielles »³⁵⁶

64 - Toute limitation au droit des associations de rechercher des ressources financières et matérielles doit être prévue par la loi en termes clairs et précis, c'est-à-dire pas d'expressions floues et qui n'ont pas un sens juridique précis. Pour remplir le critère de « légalité » prévu par l'article 49 de la constitution, ces dispositions doivent permettre aux associations de comprendre leurs responsabilités et obligations.

En ce qui concerne le décret-loi n° 2011-88, les articles 41, 43 et 44 imposent des obligations de préparation de rapports et de leur publication. Les procédures et les démarches décrites dans ledit texte sont claires. Des délais précis, au moins pour ce qui concerne le financement étranger, la publication des états financiers et les rapports d'audit, sont fixés. Des sanctions sont également établies (chapitre VIII du décret-loi).

65 - S'agissant de la loi n°2018-52 relative au registre national des entreprises, elle prévoit une procédure d'inscription, d'actualisation des données ainsi que les sanctions et recours qui semblent être minutieusement définis. En effet, ladite loi prévoit un ensemble de règles telles que l'obligation d'inscription (article 7), les pièces à fournir (l'article 9 et 23), les délais (article 17, 25 et 51), les informations à publier (article 11, 46 et suivants), l'actualisation des données enregistrées et leur transmission au centre national du registre des entreprises (articles 12 et 13), la décision du centre et les éléments d'appréciation (articles 21 et 24) ainsi que sa contestation devant un tribunal de premier et second degré (articles 43 et suivants), les sanctions pénales (article 51 et suivants) et la constatation des infractions (article 59).

66 - Quant à la loi n°2015-26 telle que modifiée par la loi n°2019-9, relative à la lutte contre le terrorisme et la répression du blanchiment d'argent, elle étend certaines de ses dispositions aux personnes morales constituées sous forme d'associations et d'organisations à but non lucratif. Il s'agit d'adopter un ensemble de mesures prudentielles dont certaines sont des interdictions, sous peine de sanctions (articles 99 et 102), d'établir des documents et états financiers et les conserver sous peine de sanctions pénales (articles 100 et 140), de s'abstenir de recevoir des sommes d'argent en espèces au-delà d'un montant fixé par la loi sous peine de sanctions pénales (article 99 et 140) et de sanctions financières telles que le gel des biens (article 127), des restrictions pour les virements de l'étranger (article 102), etc...

67 - Ces différentes dispositions juridiques sont *a priori* clairement définies et trouvent leur fondement – comme l'exige la commission de Venise³⁵⁷ – dans des textes législatifs. Les trois textes tunisiens, précités, à savoir le décret-loi n°2011-88, la loi n°2015-26 telle que modifiée par la loi n°2019-9 et la loi n°2018-52, sont accessibles car publiés au journal officiel et disponibles sur plusieurs sites électroniques³⁵⁸. Les dispositions législatives sont, également, « prévisibles » c'est-à-dire « formulées avec suffisamment de précision pour permettre à la personne concernée – le cas échéant avec des conseils appropriés – de régler sa conduite en conséquence³⁵⁹. La loi emploie des termes assez clairs et détaillés pour donner aux citoyens une indication adéquate des circonstances et des conditions dans

³⁵⁶ Expression empruntée à la Commission de Venise dans son rapport sur « *Le financement des associations* », 2019, précité, n°65, p. 22.

³⁵⁷ Rapport sur « *Le financement des associations* », précité, 2019, n°65.

³⁵⁸ Notamment les sites suivants : <http://www.legislation.tn/fr> - <https://www.journal-officiel.gouv.fr/> - <http://www.arp.tn/site/servlet/ResultLoi>

³⁵⁹ Leur adoption, en revanche, n'a pas été précédée d'une large consultation de la société civile ni accompagnée d'une campagne d'information et de sensibilisation auprès des associations. Le Rapporteur spécial sur les droits à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association a mentionné dans son rapport que plusieurs associations dans les régions n'étaient pas au courant des nouvelles dispositions (Rapport 2019, précité, n° 67).

lesquelles les autorités publiques sont habilitées à s'ingérer dans le droit concerné »³⁶⁰.

68 - Il en résulte que le critère de la légalité de l'ingérence dans le droit des associations de rechercher des ressources financières et matérielles est rempli conformément à l'article 49 de la constitution.

2 - « Buts légitimes justifiant l'ingérence dans le droit des associations de rechercher des ressources financières et matérielles »³⁶¹

69 - La deuxième condition concerne la justification des restrictions. En effet, l'article 49 de la constitution tunisienne autorise les restrictions à la liberté lorsqu'elles sont justifiées par les impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la protection de la santé publique ou de la moralité publique ou de la protection des droits d'autrui. Ces restrictions constituent « les exceptions à la règle de la liberté d'association (et) appellent une interprétation stricte »³⁶².

70 - Les buts légitimes énumérés par l'article 49 sont formulés en termes assez vagues et généraux et touchent souvent aux intérêts les plus fondamentaux de l'État, comme la sûreté publique et la défense nationale, d'où la nécessité de les interpréter de façon restrictive³⁶³ en les justifiant par un nombre de motifs. Le Comité des droits de l'Homme a indiqué que « le simple fait qu'il y ait des justifications objectives pour limiter le droit à la liberté d'association ne suffit pas. L'État partie doit en outre montrer que l'interdiction d'une association est nécessaire pour écarter une menace réelle, et non seulement une menace hypothétique, pour la sécurité ou l'ordre démocratique, que des mesures moins perturbatrices seraient insuffisantes pour atteindre cet objectif et que la restriction imposée est proportionnée à l'intérêt à protéger »³⁶⁴.

71 - Les restrictions apportées par le décret-loi n° 2011-88 et la loi n° 2018-52 en ce qui concerne la liberté de solliciter, de recevoir et d'utiliser des ressources visent à renforcer la transparence des transactions financières des associations. La transparence financière des associations permettra par ailleurs de vérifier que les fonds de l'association ne sont pas utilisés dans des buts illicites comme par exemple la collecte de fonds pour des partis politiques ou le soutien de candidats indépendants, etc. Ces restrictions poursuivent un but légitime au sens de l'article 49 de la constitution.

72 - La loi n° 2015-26 relative à la lutte contre le terrorisme et la répression du blanchiment d'argent telle que modifiée par la loi n° 2019-9 du 23 janvier 2019 mentionne une série de restrictions et d'interdictions au droit des associations de recevoir et d'utiliser des ressources.

73 - Les interdictions et les restrictions au droit des associations de solliciter, de recevoir et d'utiliser des fonds, mentionnées dans la loi n° 2015-26, s'insèrent dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et la répression du blanchiment d'argent. Le risque terroriste et le blanchiment d'argent menacent la sûreté publique et la défense nationale. Les associations à l'instar des autres personnes morales peuvent être utilisées en vue du financement des activités terroristes et du blanchiment d'argent. Dans un rapport d'évaluation mutuelle présentant un résumé des mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LBC/FT) publié en mai 2016³⁶⁵

³⁶⁰ Rapport sur « le financement des associations », commission de Venise, précité, 2019, n°65.

³⁶¹ Rapport sur « le financement des associations », commission de Venise, précitée, 2019, n°70.

³⁶² CEDH, 17 février 2004, *Gorzelik et autres c. Pologne*, requête n° 44158/98, par. 95.

³⁶³ Rapport sur « le financement des associations », commission de Venise, précitée, 2019, n°71.

³⁶⁴ Comité des droits de l'homme, *Mikhailovskaya et Volchek c. Bélarus*, CCPR/C/111/D/1993/2010 (juillet 2014), par. 7.3. Voir aussi Communication n° 2001/2010, *Q. c. Danemark*, constatations adoptées le 1er avril 2015, par. 7.3.

³⁶⁵ Le rapport est disponible sur le site de la CTAF : https://ctaf.bct.gov.tn/ctaf_f/userfiles/files/Tunisia_MER_2016_FR.pdf

par le Groupe d'Action Financière pour le Moyen Orient et l'Afrique du Nord (GAFIMOAN)³⁶⁶, il est mentionné que 260 déclarations d'opérations suspectes (DOS) ont été faites en Tunisie de 2010 à 2015 dont 80 dossiers ont été transmis au Procureur de la République. 16 cas sur les 80 transmis concernaient le terrorisme soit 20% (voir rapport page 23). L'utilisation des associations aux fins de financement illicites est avérée selon les autorités tunisiennes. Dans son rapport d'activité de 2017³⁶⁷ (le dernier publié à la date de rédaction de ce chapitre), la Commission tunisienne des analyses financières (CTAF) indique que 59% des déclarations de soupçon reçues en 2013 concernent les personnes morales. Ce pourcentage a baissé les années suivantes : 43% en 2014, 30% en 2015, 31% en 2016 et 31% en 2017 (voir rapport page 8). La CTAF ne précise pas dans son rapport précité le détail des déclarations de soupçon en fonction du type de personnes morales (sociétés commerciales/associations/etc.). Au cours de l'année 2017, la CTAF a transmis de son côté 128 dossiers au Procureur de la République près du tribunal de Première Instance de Tunis dont 29% concernent des personnes morales (voir rapport précité page 10). La CTAF n'indique pas non plus la répartition des personnes morales dont les dossiers ont été transmis au ministère public selon leur forme juridique. Parmi les principales infractions décelées dans les dossiers transmis au ministère public figure le terrorisme y compris son financement. Cette infraction représentait 50% des cas analysés en 2014, 20% en 2015 et 3% en 2017 (voir rapport d'activité de la CTAF 2017, page 13). Il ressort des chiffres mentionnés par la CTAF qu'il y a eu une baisse sensible des déclarations de soupçons reçues et des dossiers transmis au ministère public concernant les personnes morales à partir de 2015 ainsi qu'une baisse importante des infractions liées au terrorisme y compris son financement (3% en 2017). La diminution des infractions liées au terrorisme y compris son financement coïncide avec la promulgation de la loi n° 2015-26 en août 2015.

74 - On peut considérer que les restrictions à la liberté d'association, notamment en ce qui concerne le financement, apportées par la loi n° 2015-26 poursuivent un but légitime à savoir la sauvegarde de sûreté publique et la défense nationale conformément à l'article 49 de la constitution.

3 - Nécessité et proportionnalité de l'ingérence

75 - Il est nécessaire d'examiner la proportionnalité des restrictions (i) et des sanctions établies (ii).

i - Proportionnalité des restrictions

76 - Les trois principaux textes législatifs, à savoir le décret-loi n° 2011-88 relatif à l'organisation des associations, la loi n° 2015-26 relative à la lutte contre le terrorisme et la répression du blanchiment d'argent et la loi n° 2018-52 relative au Registre national des entreprises prévoient une série de dispositions ayant pour objectif de garantir la transparence financière, la sauvegarde de la sûreté publique et la défense nationale, dont certaines apportent des restrictions à la liberté d'association et en particulier à leur droit de solliciter et recevoir des financements.

Le décret-loi n° 2011-88 établit une série d'obligations et de restrictions, notamment :

- La tenue d'une comptabilité conformément au système comptable des entreprises (SCE) prévu par la loi n° 96-112 du 30 décembre 1996 relative au système comptable des entreprises (article 39 premièrement).
- La tenue d'un registre des aides, dons, donations et legs en distinguant ceux qui sont en nature de ceux en numéraire, ceux qui sont d'origine publique de ceux d'origine privée et ceux d'origine nationale de ceux d'origine étrangère avec l'obligation de conserver tous ses documents et ses registres financiers pour une période de dix

³⁶⁶ GAFI est un organisme intergouvernemental engagé spécifiquement dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

³⁶⁷ CTAF, « Rapport d'activité 2017 » : https://ctaf.bct.gov.tn/ctaf_f/userfiles/files/Rapport%202017.pdf

(10) ans.

- L'interdiction pour les associations d'accepter « des aides, dons ou donations émanant d'États n'ayant pas de relations diplomatiques avec la Tunisie ou d'organisations défendant les intérêts et les politiques de ces États ».

- L'obligation de publier les données concernant les aides, dons, et donations d'origine étrangère avec l'indication de leur source, leur valeur et leur objet dans l'un des médias écrits et sur le site électronique de l'association s'il en existe.

- L'obligation d'informer le Secrétaire général du gouvernement par lettre recommandée avec accusé de réception des données concernant les aides, dons, et donations d'origine étrangère avec l'indication de leur source, leur valeur et leur objet.

- L'obligation de désigner un commissaire aux comptes au cas où les ressources annuelles d'une association dépassent cent mille (100.000) dinars. Le commissaire aux comptes doit soumettre son rapport au Secrétaire général du gouvernement.

- L'obligation de publier les états financiers de l'association accompagnés du rapport d'audit des comptes dans l'un des médias écrits ou sur le site électronique de l'association.

- La soumission à la cour des comptes d'un rapport annuel comprenant un descriptif détaillé de ses sources de financement et de ses dépenses au cas où l'association bénéficie du financement public.

- L'obligation d'effectuer toutes les transactions financières de recette ou de dépense par virements ou chèques bancaires ou postaux si leur valeur dépasse cinq cents (500) dinars.

La loi n° 2018-52 relative au Registre national des entreprises ajoute d'autres obligations et restrictions, notamment :

- L'obligation de s'immatriculer au RNE.

- L'obligation procéder aux mises à jour afin de faire correspondre les données du registre avec la situation juridique ou financière de l'association.

- L'obligation de déposer au registre, au plus tard le septième mois suivant la clôture de l'exercice comptable, leurs états financiers et les rapports des commissaires aux comptes.

La loi n° 2015-26 relative à la lutte contre le terrorisme et la répression du blanchiment d'argent telle que modifiée par la loi n°2019-9 du 23 janvier 2019 prévoit également des obligations et des restrictions, notamment :

- L'interdiction de recevoir toute somme d'argent en espèces dont la valeur est supérieure ou égale à cinq cents dinars.

- L'interdiction de recevoir tous dons ou autres formes d'aide financière, quel qu'en soit le montant, sauf exception prévue par une disposition spéciale de la loi.

- L'obligation de tenir des comptes sur un livre-journal faisant état de toutes les recettes et dépenses.
- L'obligation de tenir un inventaire des recettes, virements et dépôts en espèces qui sont en rapport avec l'étranger, faisant état des montants y afférents leurs justificatifs, la date de leur réalisation avec l'identification de la personne physique ou morale qui en est concernée.
- L'obligation d'établir un bilan annuel.
- L'obligation de conserver les livres et documents comptables tenus sur un support matériel ou électronique pendant dix ans à compter de la date de leur clôture.

77 - Comme mentionné plus haut, le risque d'utilisation des associations dans des activités illicites (blanchiment d'argent, financement du terrorisme, corruption politique, etc.) est réel et avéré selon les rapports officiels précités. Le cadre juridique contraignant et restrictif instauré principalement par ces trois textes législatifs répond *a priori* à la nécessité de sauvegarder la sûreté publique et la défense nationale. Néanmoins, la question qui est posée est de savoir si le cadre juridique en question est proportionnel aux risques et dangers qu'il est supposé prévenir ?

78 - Le principe de proportionnalité exige que les restrictions apportées par le texte législatif à l'exercice de la liberté d'association soient les moins intrusives des mesures possibles pour prévenir le danger et/ou le but légitime les justifiant. Autrement dit, s'il est possible d'édicter des mesures moins restrictives que celles analysées afin de prévenir le même danger ou de poursuivre le même but légitime, les limitations étudiées seront considérées disproportionnées.

79 - La mesure restrictive du droit à la liberté d'association doit être « pertinente/appropriée » pour atteindre le but légitime invoqué pour la justifier. Les procédures et formalités administratives, les obligations comptables et financières et les exigences en matière de production de rapports ne devraient pas être contraignantes de façon disproportionnée. Elles doivent être adaptées à la taille de l'association et à l'étendue de ses activités et facilitée dans la mesure du possible par les outils des technologies de l'information.

80 - L'analyse des trois textes législatifs ci-dessus mentionnés montre qu'il y a une multitude de vis-à-vis institutionnels de l'association et une multiplication des formalités administratives à accomplir. Les obligations édictées par la loi n° 2018-52 relative au RNE viennent s'ajouter à celles déjà existantes provoquant parfois un dédoublement des obligations et des formalités à accomplir.

81 - Par ailleurs, la plupart des obligations et restrictions énumérées ci-dessus s'appliquent à toutes les associations sans aucune distinction en fonction de leur taille, de leurs ressources, etc. Par exemple, toute association doit tenir une comptabilité réelle ce qui implique des frais supplémentaires car il faut rémunérer des professionnels pour établir le bilan annuel, les états financiers et les registres obligatoires. Soumettre toutes les associations sans tenir compte de l'ampleur de leurs opérations financières et leurs tailles aux mêmes contraintes juridiques et comptables est disproportionné par rapport aux buts poursuivis à savoir la transparence financière, la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

82 - Selon le Rapporteur spécial sur les droits à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, les restrictions prévues par la loi n°2018-52 relative au Registre national des entreprises sont contraignantes et ne fournissent pas de garanties additionnelles. Ces restrictions sont qualifiées de « redondantes » par le Rapporteur

spécial. Il estime que la lutte contre le terrorisme et la répression du blanchiment d'argent est possible par l'application de la loi organique n°2015-26 du 7 août 2015. Il estime que le travail de fond et les progrès accomplis par la Banque centrale et particulièrement la CTAF, ainsi que la coopération de ces instances avec les autorités nationales de supervision et de régulation, notamment pour la « mise en place des politiques et programmes de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme » sont suffisants pour diminuer le risque en matière de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme³⁶⁸. Il en déduit qu'un nouveau « registre incluant les associations n'est pas nécessaire » et qu'il faut plutôt privilégier « l'application cohérente du décret-loi n° 2011-88, la collaboration étroite avec l'administration et un système de renseignement financier solide, pour empêcher tout financement illicite »³⁶⁹. Les chiffres cités dans le rapport annuel de la CTAF de 2017 semblent confirmer l'analyse du Rapporteur spécial sur les droits à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association. En effet, avant même la promulgation de la loi n° 2018-52 relative au RNE le 29 octobre 2018, les infractions liées au terrorisme y compris son financement faisant l'objet de déclarations de soupçon transmises au ministère public ont baissé sensiblement de 2014 à 2017. Ces infractions représentaient 50% des déclarations de soupçon en 2014, 20% en 2015 et seulement 3% en 2017. Il n'est pas démontré par conséquent que la législation de 2018 (loi n° 2018-52) soit absolument nécessaire en vue de lutter contre le risque de financement du terrorisme via les associations.

83 - Le cadre juridique en rapport avec les dispositions financières et comptables semble non adapté aux toutes petites associations. Il est très contraignant administrativement, comptablement et financièrement. Ce dispositif juridique implique une gestion pouvant être lourde et contraignante financièrement pour les petites associations qui n'ont pas les ressources suffisantes afin de s'y conformer.

84 - Le 6^{ème} rapport de la Tunisie présenté en 2019 à l'ONU pour l'application du Pacte de 1966 mentionne que, jusqu'en 2017 :

- 279 associations ont fait l'objet de suspension d'activités prononcées par le Président du tribunal de première instance de Tunis dont 133 pour des infractions liées au terrorisme ou au blanchiment d'argent.
- 152 dissolutions judiciaires ont été prononcées par le Président du tribunal de première instance de Tunis, dont 105 dissolutions réprimant des infractions liées au terrorisme ou au blanchiment d'argent³⁷⁰.

85 - Les 152 associations dissoutes pour des infractions liées au terrorisme ou au blanchiment d'argent représentent 0.7% du nombre total des associations estimé à 22076 jusqu'à fin 2018. Selon le 6^{ème} rapport de la Tunisie présenté en 2019 à l'ONU, précité, 14076 associations ont été créées de 2011 à 2018. En ne prenant en compte que ces nouvelles associations, créées à partir de 2011, les 152 associations dissoutes pour ces motifs ne représentent que 1%. Ce pourcentage est minime. Dans un État démocratique, un meilleur compromis pourrait être trouvé entre la gestion du risque réel d'utilisation des associations pour des actions liées au terrorisme et au blanchiment d'argent et l'exercice de la liberté d'association. Il ne faudrait pas que la gestion d'un risque, certes réel mais qui semble minime selon les chiffres fournis dans le 6^{ème} Rapport de la Tunisie, restreigne de façon disproportionnée l'exercice de cette liberté fondamentale.

86 - Bien qu'il puisse être adapté aux grandes structures et aux associations professionnelles, ce cadre juridique, appliqué aux toutes petites associations, apparaît disproportionné par rapport aux risques potentiels que peuvent

³⁶⁸ Rapport du Rapporteur spécial sur les droits à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, visite officielle en Tunisie du 17 au 24 septembre 2018, 41^{ème} Rapport du 25 juin 2019, n° 83 (<https://undocs.org/fr/A/HRC/41/41/Add.3>).

³⁶⁹ Idem, n° 83.

³⁷⁰ Le 6^{ème} et dernier rapport de la Tunisie présenté en 2019 à l'ONU pour l'application du Pacte de 1966, précité, page 46, disponible sur le site : CCPR/C/TUN/6 -OHCHR

présenter les petites structures qui n'ont pas des ressources importantes.

ii. Proportionnalité des sanctions en cas de manquement aux obligations

87 - Concernant les sanctions infligées aux associations, le principe de proportionnalité doit d'abord être respecté à la fois dans le choix et dans l'application des sanctions en cas de manquement à une exigence particulière. Il est ensuite nécessaire que toute sanction imposée repose sur un fondement juridique clair³⁷¹. Toute sanction prévue par les législations doit être proportionnée à la gravité des manquements³⁷².

Décret-loi n°2011-88

88 - Les sanctions consacrées par le décret-loi n°2011-88 sont prévues dans son chapitre VIII. Elles vont de la mise en demeure jusqu'à la dissolution. En effet, lorsque l'infraction est établie, le secrétaire général du gouvernement peut adresser une mise en demeure à l'association sur la nécessité d'y remédier dans un délai ne dépassant pas trente (30) jours à compter de la date de notification de cette mise en demeure. Ainsi, comme l'affirment les Lignes directrices sur la liberté d'association, les sanctions sont précédées d'un avertissement accompagné de l'indication du moyen de régulariser la situation. Les associations disposent aussi d'un délai suffisant pour leur permettre de remédier à la violation ou à l'omission³⁷³.

89 - La suspension de l'activité de l'association peut être demandée si l'infraction n'a pas cessé dans le délai de 30 jours après la mise en demeure. Le président du tribunal de première instance de Tunis décide, en conséquence, par ordonnance sur requête présentée par le secrétaire général du gouvernement, la suspension des activités de l'association pour une durée ne dépassant pas trente (30) jours. Enfin, la dissolution peut être prononcée par un jugement du tribunal de première instance de Tunis à la demande du secrétaire général du gouvernement ou de quiconque ayant intérêt et ce, au cas où l'association n'a pas cessé l'infraction malgré sa mise en demeure, la suspension de son activité et l'épuisement des voies de recours contre la décision de suspension d'activité.

90 - Les cas de recours à ces sanctions sont énumérés par l'article 45 du décret-loi n°2011-88³⁷⁴. Il s'agit :

- du non-respect des droits de l'Homme et de l'État de droit,
- de l'incitation à la violence et à la haine,
- de l'exercice d'une activité commerciale en vue de distribuer des fonds au profit de ses membres dans leur intérêt personnel,
- de l'utilisation de l'association en vue de l'évasion fiscale,
- de la collecte de fonds en vue de soutenir les partis politiques ou des candidats indépendants,
- du cumul de responsabilités au sein des partis politiques,
- du non-respect des conditions et formalités de constitution et d'adhésion (âge minimum pour les membres fondateurs et les adhérents, les formalités de la déclaration, pièces à fournir),
- des conflits d'intérêt pour les membres,

³⁷¹ Rapport sur le financement des associations, commission de Venise, précité, n°114.

³⁷² Rapport sur le financement des associations, commission de Venise, précité, n°115.

³⁷³ La Commission de Venise a déjà suggéré que même avant l'émission d'un avertissement, l'association se voie offrir la possibilité de solliciter des clarifications à propos de la violation alléguée ; Rapport sur « *le financement des associations* », 2019, précité, n°120 ; v. CDL-AD(2018)004, Roumanie – Avis conjoint sur la proposition de loi n° 140/2017 portant modification de l'ordonnance gouvernementale n° 26/2000 sur les associations et les fondations, par. 81.

³⁷⁴ Articles 3, 4, 8 deuxièmement, 9, 10 deuxièmement, 16, 17, 18, 19, 27, 33 deuxièmement et quatrièmement, 35, 37 premièrement, 38 premièrement, 39 premièrement, 40 quatrièmement, 41, 42, 43 et 44.

- du défaut d'information du secrétaire général de la modification des statuts,
- du défaut d'information du secrétaire général de la décision de dissolution,
- du non-respect des procédures de liquidation,
- de la non-tenue d'une comptabilité,
- du défaut de préparation des rapports d'audit,
- de la non-communication à la Cour des comptes dans les cas requis,
- de la non-publication des données financières et le défaut de notification au secrétaire général du gouvernement.

Il existe ainsi dans le décret-loi n° 2011-88 un éventail de sanctions proportionnées en principe à la gravité des manquements. La dissolution est une sanction extrême et prononcée en dernier ressort. Le juge, en l'occurrence le tribunal de première instance, dispose d'un pouvoir d'appréciation suffisant pour évaluer correctement la proportionnalité de la sanction à prononcer contre l'association. En fonction de la gravité du manquement à l'obligation découlant de la loi, il prononce la sanction telle que l'exige le principe de proportionnalité.

Loi n°2018-52

91 - La loi n°2018-52 relative au registre national des entreprises ajoute des sanctions applicables aux associations. Par exemple, tout retard relatif à l'inscription au RNE, à l'actualisation du dossier de l'association ou à la présentation de documents expose son auteur à des amendes : des pénalités de retard de 50% du montant dû, par mois ou fraction de mois ; pour la non-inscription au RNE l'amende varie entre 1 000 et 5 000 dinars³⁷⁵. Lorsque le retard est délibéré, le Centre national du registre des entreprises dresse un procès-verbal de constat de l'infraction et met l'association en demeure afin de compléter la démarche concernée dans un délai de 15 jours à partir de la notification. Passé ce délai, le centre adresse le PV de constat au ministère public. Le tribunal est en mesure de prononcer des amendes pour défaut d'inscription, d'actualisation (y compris la cessation de l'activité), de publication de documents ou information et oblige l'association à le faire.

92 - Comme mentionné plus haut, le registre national des entreprises « vise à renforcer la transparence des transactions économiques et financières en collectant des informations, des données et des documents relatifs aux personnes physiques et morales...ainsi qu'aux associations afin de les conserver et les mettre à la disposition du public et des structures de l'État concernées par ces informations » (article 1^{er} de la loi n° 2018-52). La valeur ajoutée de la loi n° 2018-52 en matière de transparence financière des associations peut être questionnée. Tout d'abord, il peut être objecté qu'il est possible de garantir la transparence financière des associations par l'application du décret-loi n° 2011-88, en confiant le contrôle aux différents services de l'administration centrale et régionale. Ensuite, le cadre légal (loi n° 2015-26), réglementaire et la coopération entre les différentes institutions chargée de lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme permet *a priori* d'atteindre également cet objectif de transparence financière. Enfin, à supposer même que l'inscription des associations au RNE soit nécessaire et poursuit un but légitime à savoir la transparence financière, se pose la question de la pertinence d'obliger les associations de procéder elles-mêmes aux mises à jour de leur situation et au dépôt de leurs états financiers en contrepartie du paiement de sommes d'argent et de les sanctionner parfois lourdement en cas de retard ou de défaut ? En effet, du moment qu'une association dépose ses états financiers à l'administration fiscale, pour quelle raison doit-elle refaire la même démarche et déposer les mêmes documents au RNE moyennant le paiement d'une somme d'argent, sachant que la loi n° 2018-52 relative au RNE dispose dans son article 3 qu'« Il est obligatoirement procédé, dans le cadre de l'interconnexion des bases de

³⁷⁵ Articles 51 et 53 de la loi.

données publiques, à l'échange électronique instantané des informations, des données et des documents entre le Registre national des entreprises et toutes les institutions publiques concernées, y compris :-l'administration fiscale,- l'administration en charge des associations... » ? Puisque l'interconnexion est prévue et l'échange des données est non seulement possible techniquement mais obligatoire en vertu de la loi n° 2018-52, pourquoi encombrer les associations avec des formalités et des procédures alors que les documents qui doivent parvenir au RNE peuvent lui être transmis par l'administration qui en est la destinataire principale (administration fiscale, administration en charge des associations, etc.) ?

93 - Par conséquent, on peut estimer que mettre en place des procédures administratives, contraignantes et coûteuses qui peuvent être remplacées par un échange électronique des documents entre les différentes administrations et sanctionner de façon excessive le non-respect de telles procédures et formalités est disproportionné par rapport au but poursuivi à savoir la transparence financière, la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

Loi n° 2015-26

94 - La loi n° 2015-26 modifiée en 2019, relative à la lutte contre le terrorisme et le blanchiment d'argent, prévoit des sanctions et des restrictions qui peuvent concerner les associations. En effet, la Commission tunisienne des analyses financières (CTAF) peut ordonner au déclarant (les banques, l'Office national de la Poste, les intermédiaires en bourse, etc.), par décision écrite et motivée, de geler provisoirement les biens d'une association et les déposer dans un compte d'attente (article 127). Le ministre chargé des finances peut soumettre les associations suspectées de liens avec des personnes ou organisations ou activités en rapport avec le blanchiment d'argent ou le terrorisme (les infractions visées par la loi) ou celles qui ont enfreint les règles de gestion prudentielles, à une autorisation préalable pour toute réception de virements provenant de l'étranger. Ladite mesure est prise par voie de décision motivée et notifiée au représentant légal de la personne morale concernée par tout moyen laissant une trace écrite (article 102). Des sanctions pénales allant jusqu'à trois ans d'emprisonnement sont prévues pour les associations qui ne respectent pas les mesures prudentielles imposées par la loi (notamment les articles 99 et 100 de la loi 2015-26). A cet égard, il convient de préciser, par exemple, que l'article 38 premièrement du décret-loi n°2011-88 exige que toutes les transactions financières de recette ou de dépense de l'association, soient effectuées par virements ou chèques bancaires ou postaux si leur valeur dépasse cinq cents (500) dinars et interdit la fragmentation des recettes ou des dépenses dans le but d'éviter le dépassement de ladite valeur. Le non-respect de cette obligation est sanctionné conformément à l'article 45 du décret-loi n° 2011-88 (mise en demeure, suspension d'activité et dissolution). La sanction prévue par ledit décret-loi a été jugée insuffisante, car elle n'était pas doublée d'une mesure répressive pénale. C'est pour cette raison que l'article 99 (nouveau) de la loi la loi n° 2015-26 a interdit aux associations, entre autres, « de recevoir toute somme d'argent en espèces dont la valeur est supérieure ou égale à cinq cents dinars, même au moyen de plusieurs versements susceptibles de présenter des liens. ». D'ailleurs, il est à rappeler que l'article 99 (ancien) de la loi n° 2015-26 imposait, avant son amendement en 2019, cette interdiction à toutes les personnes morales y compris les sociétés commerciales. Désormais suite à son amendement en 2019, l'article 99 limite cette interdiction aux seules associations ou organisations à but non lucratif. D'autre part, l'article 99, avant son amendement, fixait le plafond de recettes en espèces à cinq mille dinars. Ce plafond a été ramené à cinq cents dinars suite à l'amendement de 2019. La question qui se pose est la suivante : la sanction pénale relativement lourde, prévue par la loi n° 2015-26, en cas de non-respect de l'interdiction de recevoir une somme d'argent en espèces dont la valeur est supérieure ou égale à cinq cents dinars est-elle proportionnelle au risque qu'une telle restriction est supposée éviter ? La modicité de la somme

retenue par le législateur en 2019 comparée à la peine pénale prévue (de six mois à trois ans d'emprisonnement et d'une amende de cinq mille dinars à dix mille dinars – article 140 de la loi 2015-26) peut indiquer une certaine disproportion, sachant que le plafond de recette en espèces dont le dépassement engendrait une sanction pénale privative de liberté était égal à cinq mille dinars dans la loi n° 2015-26 telle que promulguée en août 2015.

95 - Par ailleurs, l'amendement de 2019 a ajouté l'article 140 bis qui dispose que le tribunal compétent prononce la dissolution des associations ou des organisations à but non lucratif au cas où il est avéré que ces structures dirigeantes ont commis les infractions prévues par la loi n° 2015-26.

96 - Le principe de proportionnalité s'avère particulièrement essentiel pour apprécier l'opportunité d'interdire ou de dissoudre une association puisqu'il « ne peut s'agir que de mesures de dernier ressort, par exemple lorsque le comportement d'une association implique une menace imminente de violence ou toute autre violation grave de la loi ». Des irrégularités dans les rapports, ou des erreurs mineures de bonne foi, par exemple, ne devraient entraîner, en revanche, que des sanctions légères³⁷⁶.

³⁷⁶ Rapport sur « *le financement des associations* », précité, n°113.

**LIBERTÉ D'EXPRESSION
ET DE COMMUNICATION
ET ARTICLE 49
DE LA CONSTITUTION**



La liberté d'expression et de communication est une liberté fondamentale. Elle a un ancrage constitutionnel dans l'article 31 de la Constitution³⁷⁷, adoptée le 27 janvier 2014. Cet article dispose que « les libertés d'opinion, de pensée, d'expression, d'information et de publication sont garanties. Aucun contrôle préalable ne peut être exercé sur ces libertés ».

Le Tribunal administratif a également affirmé, dans une décision rendue en sursis à exécution par le président de la Chambre régionale de première instance de Gabès le 5 novembre 2018, que l'article 31 de la Constitution consacre le droit à la liberté d'expression et que cette liberté ne peut être restreinte qu'en vertu d'un texte de nature législative et dans les conditions prévues par l'article 49 de la même Constitution³⁷⁸.

Cette liberté trouve son écho également dans l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques daté du 16 décembre 1966 qui dispose que « *nul ne peut être inquiété pour ses opinions. Toute personne a droit à la liberté d'expression* ».

L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, tout en reconnaissant le droit à la liberté d'expression, affirme que ce « *droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir d'ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière...* ».

Ces définitions montrent que la liberté d'expression comporte une double dimension : une dimension personnelle et une autre sociale ou même politique³⁷⁹. La dimension personnelle signifie que chacun a droit à la liberté d'avoir des opinions, des convictions et pouvoir librement les exprimer sans crainte d'être inquiété. La dimension sociale et politique indique que la liberté d'expression est un instrument nécessaire et indispensable à la vie sociale de la cité. Elle est en ce sens étroitement liée à l'être social qu'est l'individu³⁸⁰. La liberté d'expression est par ailleurs le moyen pour chacun de communiquer avec autrui, d'où le prolongement politique de cette liberté qui s'ajoute à sa dimension sociale ; la liberté d'expression est « au cœur de toute société démocratique »³⁸¹.

Dans le contexte tunisien de l'après révolution du 14 janvier 2011, la mise en œuvre de la liberté d'expression et de communication s'est traduite par l'adoption d'un ensemble de textes, à savoir le décret-loi n°2011-115 du 2 novembre 2011 relatif à la liberté de la presse, de l'imprimerie et de l'édition³⁸² qui a abrogé le code de la presse en date du 28 avril 1975, le décret-loi n°2011-116 du 2 novembre 2011 relatif à la liberté de la communication audiovisuelle et portant création d'une Haute Autorité indépendante de la communication audiovisuelle³⁸³, et la loi organique n°2015-37 du 22 septembre 2015 relative à l'enregistrement et au dépôt légal³⁸⁴.

377 Il n'est pas sans intérêt de rappeler que l'article 8 de la Constitution du 1^{er} juin 1959 garantissait la liberté d'expression. Ledit article disposait que « 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 (...) ».

378 TA., chambre régionale de première instance de Gabès, sursis à exécution, aff. n°09200012, 5 novembre 2018, Société Ciné-télé films c/ Gouverneur de Kébili (inédit)

379 Favoreu (L.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2009, 5^{ème} édition, p. 478.

380 Ibid., loc. cit.

381 Ibid., loc. cit.

382 JORT n°84 du 4 novembre 2011, p.2419.

383 JORT n°84 du 4 novembre 2011, p.2430.

384 JORT n°79 du 2 octobre 2015, p.2368.

Après avoir rappelé que « *le droit à la liberté d'expression est garanti* », l'article premier du décret-loi n°2011-115 du 2 novembre 2011 détermine le contenu de cette liberté. Elle comprend « *la libre circulation des idées, des opinions et des informations de toutes natures, leur publication, leur réception et leur échange* ». En outre, le décret-loi n°2011-116 du 2 novembre 2011 relatif à la liberté de la communication audiovisuelle et portant création d'une Haute Autorité indépendante de la communication audiovisuelle proclame dans son article 4, que « *tout citoyen a le droit d'accès à l'information et à la communication audiovisuelle* ». Cette dernière est définie par le même décret-loi comme étant : « *toute opération qui consiste à mettre à la disposition du public, par quelque moyen que ce soit, des services radiophoniques ou télévisuels* ». Quant à l'information, elle consiste en « *un processus qui consiste à émettre une donnée, un point de vue ou une idée susceptible de permettre à un récepteur d'acquérir une connaissance* »³⁸⁵.

De ce qui précède, on peut déduire que la liberté d'expression inclut la liberté d'opinion, la liberté de rechercher, de recevoir, de communiquer et de diffuser des informations et des idées. Ceci étant, on peut identifier trois composantes du droit à la liberté d'expression³⁸⁶: la liberté d'opinion, la liberté de recevoir des informations et des idées, et la liberté de communiquer des informations et des idées.

L'examen des décrets-lois n°2011-115 et n°2011-116 ainsi que la loi n°2015-37 du 22 septembre 2015 relative à l'enregistrement et au dépôt légal nous permet de retenir que lesdits textes consacrent la liberté d'expression et de communication, et constituent une réelle avancée pour leur protection. Ces textes traduisent en effet une rupture avec le code de la presse en date du 28 avril 1975, dont le caractère liberticide n'était pas négligeable, à cause des restrictions qu'il infligeait à la circulation libre de l'information, et en raison des peines privatives de liberté prononcées à l'encontre de certaines infractions en rapport avec la liberté de la presse, de l'imprimerie et de l'édition.

L'avancée majeure au niveau des textes précités consiste d'abord en la référence au droit international pour la garantie de l'exercice de la liberté d'expression dont notamment les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ensuite, la définition de la liberté d'expression apportée par l'article premier du décret-loi n°2011-115 dépasse largement la définition de la liberté de la presse, de l'imprimerie et de l'édition, en ce sens que le législateur opte pour une approche globale fondée sur une définition large.

Si ces libertés doivent pouvoir s'exercer librement, sans ingérence des autorités publiques et sans considération de frontières, il n'en demeure pas moins qu'en déterminant le contenu de cette liberté, la législation nationale prévoit qu'elle est, en principe, susceptible de recevoir des limites. Mais, que seul le législateur est habilité à en décider. En d'autres termes, la réglementation de l'exercice de ce droit fondamental relève de la compétence exclusive du législateur (une loi organique et ce, conformément à l'article 65 de la Constitution). C'est ce qu'on appelle « la réserve de loi en matière de droits et libertés fondamentaux ».

En plus de la réserve de loi générale de l'article 49 de la Constitution, disposant que le législateur réglemente les droits et libertés fondamentaux, et qu'il ne peut pas déléguer cette compétence au pouvoir exécutif, l'article premier du décret-loi n°2011-115 du 2 novembre 2011 relatif à la liberté de la presse, de l'imprimerie et de l'édition reconnaît une réserve « spécifique » à la liberté d'expression³⁸⁷. Il dispose en effet que « (...) *La liberté d'expression ne peut être restreinte qu'en vertu d'un texte de nature législative*. Il ajoute de surcroît, que la restriction ne peut être admise que lorsqu'elle « *a pour but la poursuite d'un intérêt légitime consistant dans le respect des droits et la dignité d'autrui,*

³⁸⁵ Article 4 du décret-loi n°2011-116, en date du 2 novembre 2011.

³⁸⁶ Voir dans ce sens, Monica Macovei, *Liberté d'expression*, un guide sur la mise en œuvre de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, coll. Précis sur les droits de l'homme, n° 2, p. 10 ; Cf., Wachsmann (Patrick), *Libertés publiques*, Dalloz, 7^{ème} édition 2013, p. 621.

³⁸⁷ Les restrictions apportées par les décrets-lois n°2011-115 et n°2011-116 sont antérieures à l'article 49 de la Constitution du 27 janvier 2014, ce qui signifie que la limite liée à la moralité publique s'ajoute aux limites prévues par les deux décrets-lois.

la préservation de l'ordre public ou la protection de la défense et de la sûreté nationales » ; et qu'elle « soit nécessaire et proportionnée aux mesures qui doivent être adaptées dans une société démocratique, sans qu'il puisse constituer un risque d'atteinte au droit substantiel de la liberté d'expression et de l'information ».

Cette disposition qui prévoit « des limites aux limites » nous rappelle également les restrictions reconnues par l'article 5 du décret-loi n°2011-116 du 2 novembre 2011. Ces dernières ne peuvent être établies qu'en vue de sauvegarder les droits d'autrui ou leur réputation et dignité, leur vie privée, leur liberté de croyance, d'assurer la protection de l'enfant ; ou les impératifs de la sécurité nationale et de l'ordre public, de la santé publique, et pour « l'encouragement de la culture et de la production en matière d'information et de communication nationale »³⁸⁸, tout en respectant la proportionnalité entre ces restrictions et leurs justifications. Au demeurant, on constate que des dispositions des décrets-lois n°2011-115 et n°2011-116 dont la valeur législative n'est plus contestée³⁸⁹, sont similaires aux termes de l'article 49 de la Constitution³⁹⁰.

L'intérêt de cette recherche est d'examiner si les textes réglementant la liberté d'expression et de communication respectent ou non les limites prévues par l'article 49. Comme mentionné dans le chapitre préliminaire, notre tâche est de vérifier dans un premier temps si la restriction à la liberté d'expression et de communication prévue par les lois en vigueur altère la substance de cette liberté. Si oui, ladite restriction est inconstitutionnelle. Si la réponse à cette hypothèse est négative, il convient de vérifier si la limitation répond à l'un des objectifs prévus par l'article 49. Enfin procéder au test de proportionnalité³⁹¹ par rapport à la justification évoquée, le tout sous le prisme « des exigences d'un État civil et démocratique ».

Pour procéder à une telle vérification, il y a lieu de passer en revue les principaux textes contenant des dispositions ayant trait à la liberté d'expression et de communication. Également, cet examen doit concerner certains articles se logeant dans d'autres lois antérieures, à savoir des articles du code pénal et du code des télécommunications, et qui régissent des questions ayant trait à la liberté d'expression et de communication.

La vérification peut être synthétisée selon trois axes. Le premier a trait au journaliste (I). Il s'agira de voir si les dispositions qui le concernent servent, ou, au contraire, méconnaissent la garantie du droit à la liberté d'expression et de presse. La même interrogation sera formulée à propos des périodiques et des publications (II). Enfin, il faudra s'intéresser à la communication audiovisuelle pour vérifier si les restrictions qui lui ont été apportées répondent à l'un des objectifs prévus à l'article 49 de la Constitution (III).

388 Article 5 du décret-loi n°2011-116.

389 Il s'agit des décrets-lois de la période de transition, c'est-à-dire ceux édictés après le 14 janvier 2011 et avant la Constitution de 2014. Alors que l'article 4 du décret-loi n°2011-14 du 23 mars 2011 a reconnu le caractère législatif aux décrets-lois pris par le président de la République par intérim, la position du juge administratif s'est caractérisée par son instabilité. En effet, dans certaines décisions, il a jugé que les décrets-lois ont une valeur législative, dans d'autres, il a considéré qu'il s'agit d'un acte de souveraineté. Or, dans un jugement, il a estimé que le décret-loi en cause constitue une décision administrative susceptible de recours pour excès de pouvoir. Les décrets-lois pris sur la base de l'article 28 de la Constitution du 1^{er} juin 1959 (en vertu de la loi n°2011-5 du 9 février 2011) ont connu la même hésitation. Mais, il semble que la question de la valeur de ces décrets-lois est tranchée par un jugement du TA rendu le 8 juin 2015 (première instance, n°123538, *Belhassen* et autres c/ Chef du gouvernement). Dans ce jugement, le TA distingue entre les décrets-lois pris en application de l'article 28 de la Constitution de 1959 qui sont des actes administratifs tant qu'ils n'ont pas été ratifiés par le parlement ; et ceux pris sur la base de l'article 4 du décret-loi du 23 mars 2011 et qui sont des actes à caractère législatif dès leur adoption. Les décrets-lois n°2011-115 et n°2011-116 font partie de ces derniers.

390 Les articles susmentionnés déterminent les buts en vue desquels les textes législatifs portant restriction à cette liberté peuvent être adoptés (un intérêt légitime consistant dans le respect des droits d'autrui, de leur réputation, de leur dignité, la protection de la sécurité publique, de la défense nationale, de la santé publique) et les conditions qui doivent être respectées par lesdits textes (respect des principes de nécessité et de proportionnalité).

391 Voir l'Instance provisoire de contrôle de constitutionnalité des projets de loi, décision rendue le 22 octobre 2018 à propos de la loi créant le registre national des entreprises (Décision n° 2018-5, *JORT*, n° 86 en date du 26 octobre 2018, p. 3581). L'Instance a évoqué dans cette décision le droit à la protection des données personnelles en affirmant « le principe de proportionnalité entre les exigences de l'ordre public et celles de la protection de ces données, posé par l'article 49 de la constitution ».

I - Le journaliste

1 - Le secret des sources :

L'article 11 du décret-loi n°2011-115

Dans le but de garantir la liberté d'exprimer ses opinions et ses idées, le décret-loi n°2011-115 reconnaît le droit du journaliste à la protection de ses sources dans l'exercice de ses fonctions. Cette protection s'étend également à toute personne qui contribue à la confection de la matière journalistique. Cependant, l'article 11 dudit décret-loi prévoit la possibilité de violation du secret des sources pour un motif impérieux de sûreté de l'État ou de la défense nationale. Ceci étant, il est clair que cette limitation à la protection de la source d'information du journaliste n'est possible que si elle poursuit « *un but légitime* » consistant dans la protection de la sûreté de l'État ou de la défense nationale, et ce conformément à l'article 49 de la Constitution.

Or, il est nécessaire de vérifier si cette restriction respecte les conditions de nécessité et de proportionnalité afin d'assurer un équilibre entre les mesures restrictives adoptées et le but légitime recherché. Le législateur limite la possibilité de violer le secret professionnel à la condition de l'existence d'un motif impérieux lié à la sécurité ou à la défense nationale, et c'est au juge de vérifier si le motif avancé, justifie la violation du secret des sources journalistiques.

C'est dans ce sens que l'arrêt de la CEDH du 28 juin 2012 (Ressiot et autres c. France)³⁹² condamne la France pour avoir violé l'article 10 de la CEDH (comme elle l'avait déjà fait dans un arrêt du 12 avril 2012, Martin et autres c. France). Dans cette décision, la Cour rappelle que « *la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique* » et, en conséquence, que « *les garanties à accorder à la presse revêtent une importance particulière* ». De manière plus spécifique, la Cour proclame que « *la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse* », que « *l'absence d'une telle protection pourrait dissuader les sources journalistiques d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général* » ; et, en conséquence, que « *son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie* ».

Dans cette affaire, du fait des perquisitions, des saisies effectuées et de la mise en examen des journalistes pour recel de violation de secrets, la Cour estime qu'il n'a pas été « *démontré qu'une balance équitable des intérêts en présence a été préservée* ». Elle en conclut que « *les mesures litigieuses ne représentaient pas des moyens raisonnablement proportionnés à la poursuite des buts légitimes visés, compte tenu de l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse* » et, en conséquence, qu'« *il y a donc eu violation de l'article 10 de la Convention* »³⁹³.

Dans le cas tunisien, bien qu'il soit soucieux de la protection du secret des sources journalistiques, le dernier paragraphe de l'article 11 du décret-loi n°2011-115 prévoit une autre limite à cette protection qui consiste dans la possibilité de révéler le secret des sources du journaliste au cas où lesdites informations sont liées à des infractions présentant un risque grave pour l'intégrité physique d'autrui. Cette limitation est dès lors justifiée, voire nécessaire afin de préserver les droits d'autrui dont l'intégrité physique. Elle ne soulève dès lors aucun problème de constitutionnalité au regard de l'article 49 de la Constitution.

³⁹² Voir Emmanuel Derieux, « La Cour européenne des droits de l'homme. Protection des sources d'information des journalistes », in *La revue européenne des médias et du numérique*, <https://la-rem.eu/2012/09/cour-europeenne-des-droits-de-lhomme-protection-des-sources-dinformation-des-journalistes/>

³⁹³ Ibid.

2 - L'irresponsabilité du journaliste pour les opinions publiées conformément aux usages et déontologie de la profession

L'article 13 du décret-loi n°2011-115

Cet article fait bénéficier le journaliste d'une irresponsabilité pour les opinions ou les informations qu'il aura publiées conformément aux usages et déontologie de la profession et tant qu'il n'a pas enfreint les dispositions dudit décret-loi, dont notamment la protection de la sécurité de l'État et la défense nationale. C'est ce qui a été d'ailleurs affirmé par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Fressoz et Roire c/ France* du 21 janvier 1999 dans lequel elle énonce que l'article 10 de la CEDH « *protège le droit des journalistes de communiquer des informations sur des questions d'intérêt général dès lors qu'ils s'expriment de bonne foi, sur la base de faits exacts et fournissent des informations fiables et précises, dans le respect de l'éthique journalistique* ».

La protection de la liberté d'opinion du journaliste n'est pas absolue, car elle se trouve limitée du moment où le journaliste enfreint les usages et la déontologie journalistique et porte atteinte aux droits d'autrui ou à la sécurité de l'État ou à la défense nationale. Cette restriction se trouve dès lors justifiée et semble proportionnée voire nécessaire, car elle répond à l'un des objectifs prévus à l'article 49 de la Constitution. En outre, elle paraît nécessaire, et proportionnée au but légitime que l'article 49 tend à atteindre.

Le caractère relatif de cette protection est d'autant plus affirmé que le Conseil constitutionnel français, dans sa décision n°2016-738, DC du 10 novembre 2016, a déclaré l'article 4 de la loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias³⁹⁴, inconstitutionnel en raison de l'étendue de la liste des personnes bénéficiant de cette immunité. Le CC a considéré qu'en instituant l'immunité pénale au profit des journalistes, des directeurs de publication ou de rédaction et les collaborateurs de la rédaction, le législateur « *n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre, d'une part, la liberté d'expression et de communication et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances. Il n'a pas non plus assuré une conciliation équilibrée entre cette même liberté et les exigences inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, la recherche des auteurs d'infractions et la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle* ». Le juge constitutionnel français explique que cette immunité protège des personnes dont la profession ne présente qu'un lien indirect avec la diffusion d'informations au public, d'une part. Elle interdit par ailleurs des poursuites pour recel de violation du secret professionnel et pour atteinte à l'intimité de la vie privée, délits punis de cinq ans d'emprisonnement et visant à réprimer des comportements portant atteinte au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances. Elle interdit également les poursuites pour recel de violation du secret de l'enquête et de l'instruction, délit puni de la même peine et protégeant la présomption d'innocence et la recherche des auteurs d'infraction, d'autre part.

De ce qui précède, on peut conclure que le décret-loi ainsi que le Conseil constitutionnel français reconnaissent la possibilité d'apporter des limites à la liberté d'opinion du journaliste, chaque fois qu'il enfreint les usages et la déontologie journalistique et porte atteinte aux droits d'autrui ou à la sécurité de l'État ou à la défense nationale. Cette restriction est d'autant plus justifiée que le Conseil constitutionnel considère comme inconstitutionnelle la disposition relative à l'immunité dont dispose certaines personnes dont la profession ne présente qu'un lien indirect avec la diffusion d'informations au public, car non proportionnée à l'objectif de la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle.

³⁹⁴ Le paragraphe II de l'article 4 de la loi déferée complète le livre IV du code de procédure pénale par un titre XXXIV consacré à la protection du secret des sources et comprenant les articles 706-183 à 706-187. L'article 706-183 prévoit qu'il ne peut être porté atteinte au secret des sources au cours d'une procédure pénale qu'à titre exceptionnel, dans les conditions et selon les modalités prévues au nouveau titre XXXIV. L'article 706-184 dispose que les journalistes, les directeurs de publication ou de rédaction et les collaborateurs de la rédaction, lorsqu'ils sont entendus au cours d'une enquête de police judiciaire ou d'une instruction ou devant une juridiction, sont libres de ne pas révéler l'origine des informations recueillies dans l'exercice de leur activité et qu'ils doivent être informés de leur droit à ne pas révéler leurs sources.

II - Les périodiques et les publications

1 - L'exigence de l'enregistrement et de dépôt

La Constitution consacre la liberté de la presse et le décret-loi n° 2011-115 pose le principe selon lequel « *la publication de tout périodique est libre, sans autorisation préalable...* » (article 15). Pour autant, la diffusion d'un support périodique écrit répond à certaines obligations au demeurant, qui s'imposent à l'ensemble des supports de presse écrite. Elles doivent être effectuées à l'occasion de la parution de chaque édition.

Le dépôt légal est, en effet, l'une de ces obligations. Il est organisé en vue de répondre aux besoins de collecte, de conservation et de consultation des documents. Son champ d'application est particulièrement large puisqu'il vise l'ensemble des documents imprimés, graphiques, photographiques, sonores, audiovisuels, multimédias, dès lors qu'ils sont mis à disposition d'un public. Les logiciels, bases de données et sites Internet entrent également dans ce champ.

Le dépôt légal est donc l'obligation pour tout éditeur, imprimeur, producteur, importateur, de déposer chaque document qu'il édite, imprime, produit ou importe, auprès de l'organisme habilité à recevoir le dépôt en fonction de la nature du document. Cette obligation s'applique à tout document diffusé en nombre à un public. Il répond principalement à un objectif de conservation patrimoniale, et ne confère pas de droit de propriété aux dépositaires. En France par exemple, l'obligation du dépôt légal est instituée par l'ordonnance du 28 décembre 1537. Elle permet la collecte, la conservation et la consultation de documents de toute nature, afin de constituer une collection de référence, élément essentiel de la mémoire collective du pays. Le dépôt légal est conçu comme la mémoire du patrimoine culturel diffusé sur le territoire national et englobe donc des œuvres étrangères éditées, produites ou diffusées en France. Néanmoins, le droit français a connu une évolution en la matière, en ce sens que grâce à la loi du 22 mars 2012 qui a modifié l'article 10 de la loi du 29 juillet 1881, les règles relatives au dépôt des publications périodiques ont été considérablement simplifiées³⁹⁵.

En Tunisie, les procédures prévues par la loi organique du 22 septembre 2015 relative à l'enregistrement et au dépôt légal se justifient par le fait qu'elles constituent l'un des moyens essentiels de la constitution du patrimoine et de la mémoire collective. En outre, force est de préciser que les obligations que les responsables des œuvres à déposer doivent respecter, sous peine de sanction pécuniaire, sont formelles, car elles n'ont aucune incidence sur le droit à la liberté d'expression et d'édition. Elles constituent plutôt la conséquence de l'exercice de cette liberté. D'ailleurs leur justification ne se trouve pas dans l'article 49 de la Constitution.

Il est donc permis de soutenir que ces procédures sont formelles, et n'ont aucune incidence sur l'essence même de la liberté de presse et d'édition. Il s'agit, au demeurant, d'une obligation postérieure à l'exercice de cette liberté.

2 - La transparence et le pluralisme :

De prime abord, il importe de souligner que les exigences liées à la transparence et au pluralisme ne sont pas citées expressément par l'article 49 de la Constitution, en ce sens que la transparence et le pluralisme ne peuvent pas en principe justifier les restrictions à certaines libertés dont notamment la liberté de la presse et de la communication audiovisuelle. Il n'en demeure pas moins qu'on peut invoquer ici la sauvegarde des droits d'autrui comme justificatif des restrictions en question.

³⁹⁵ De nombreuses formalités que devaient accomplir les éditeurs de journaux ont été supprimées comme la déclaration préalable au Parquet et le dépôt auprès du tribunal de grande instance. Outre le dépôt légal à la Bibliothèque nationale de France et le dépôt spécifique des publications destinées à la jeunesse, il ne reste plus qu'une seule formalité de dépôt, auprès de la Direction générale des médias et des industries culturelles, dont les règles ont été précisées par un arrêté du 22 novembre 2012, cf. <https://www.bnf.fr/fr/le-depot-legal>.

En effet, les restrictions imposées afin de protéger le pluralisme et la transparence ont pour objectif de protéger les droits d'autrui en tant que bénéficiaire et récepteur d'idées, d'opinions et informations. Autrement dit, le pluralisme est à la fois un objectif et un fondement sur lequel repose la liberté d'expression et de communication telle qu'elle a été consacrée par les décrets-lois n° 2011-115 et n° 2011-116. On peut d'ailleurs soutenir que le pluralisme est un objectif constitutionnel compte tenu de sa consécration par le préambule et l'article 127 de la Constitution et qui tend à préserver les droits d'autrui.

Dans une importante décision rendue le 11 octobre 1984³⁹⁶, le Conseil Constitutionnel français, saisi d'une loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, explique que « *le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale auquel sont consacrées les dispositions du titre II de la loi est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ; qu'en effet la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents ; qu'en définitive l'objectif à réaliser est que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché* ». Les atteintes portées à l'exercice de cette liberté, qui ne serait effective qu'en consacrant le pluralisme des publications, doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi.

L'article 31 du décret-loi n°2011-115

Cet article interdit à tout périodique d'information généraliste et à l'exception des journaux des partis, de faire de la propagande sous forme d'annonces publicitaires au profit de l'un des partis politiques ou de l'une des personnes candidates à des élections générales.

Cette limitation a pour objectif de garantir le pluralisme politique, la transparence ainsi que l'égalité des chances entre les différents concurrents politiques lors des élections. En effet, l'effectivité de la liberté de la presse sera, notamment, assurée par la transparence financière ce qui implique la possibilité, pour le lecteur, de connaître les conditions du financement des journaux, ou encore les transactions financières dont ceux-ci peuvent être l'objet ainsi que les intérêts de tous les ordres qui peuvent s'y trouver engagés³⁹⁷. Cette limitation est au demeurant justifiée par la volonté du législateur de sauvegarder les droits d'autrui. D'où sa conformité à l'article 49 de la Constitution.

3 - L'affichage des publications

L'article 47 du décret-loi n°2011-115 :

« *Le président de la municipalité dans le périmètre communal et le gouverneur dans les localités non communales³⁹⁸ procèdent à la désignation des lieux exclusivement destinés à l'affichage des textes imprimés émanant de l'autorité publique* ».

³⁹⁶ Conseil constitutionnel, 11 oct. 1984, n° 84-181 DC, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, GDCC, 15^e éd. 2009, n° 28.

³⁹⁷ Conseil constitutionnel., 11 oct. 1984, op. cit., cons. n° 16.

³⁹⁸ Il importe de souligner que cette disposition n'est plus d'actualité compte tenu du fait que désormais il n'y a plus de zone non communale en Tunisie, voir le décret gouvernemental n°2016-600 du 26 mai 2016 relatif à la création de nouvelles municipalités aux gouvernorats de l'Ariana, Ben Arous, Sidi Bouzid, Gabes, Médenine, Gafsa et Kébili ; le décret gouvernemental n°2016-601 du 26 mai 2016 portant création des municipalités aux gouvernorats de Ben Arous, La Manouba, Bizerte, Nabeul, Zaghuan, Béja, Jendouba, El Kef, Siliana, Kasserine, Sidi Bouzid, Kairouan, Sousse, Mahdia, Sfax, Gafsa, Kébili, Médenine et Tataouine, le décret gouvernemental n°2016-602 du 26 mai 2016 ; décrets gouvernementaux n°2016-205-206-207, du 11 janvier 2016 portant création de nouvelles communes. Voir aussi, les articles 2 et 3 du code des collectivités locales daté du 9 mai 2018.

La liberté d'expression et de communication se voit aussi réduite par l'interdiction de procéder à l'affichage d'imprimés dans les lieux non exclusivement destinés à l'affichage des textes imprimés émanant de l'autorité publique. Et c'est la décision du président de l'autorité locale qui détermine lesdits lieux. Cette limitation se justifie par la nécessité de préserver l'ordre public communal, notamment à travers sa composante liée à la sécurité publique. On peut également invoquer la protection des droits d'autrui afin que les habitants puissent avoir connaissance des informations provenant de l'autorité publique. Ainsi, cette limitation est nécessaire pour atteindre l'objectif mentionné en l'occurrence, l'obligation de respecter les décisions prises par les autorités locales qui exercent leur compétence de réserver un espace pour l'affichage des publications émanant des autorités publiques. Elle est par conséquent conforme à l'article 49 de la Constitution.

L'article 48 du décret-loi n°2011-115 :

Pareillement, les lieux réservés à l'affichage des annonces électorales sont déterminés par l'autorité compétente et dans les conditions prévues par la législation relative à chaque type d'élection. Force est de souligner que cet article se borne à annoncer la limitation en renvoyant à la législation électorale pour fixer les conditions de cette restriction.

En matière électorale, l'intervention d'une autorité publique pour fixer lesdits lieux a pour objectif de garantir le pluralisme politique, la transparence ainsi que l'égalité des chances entre les différents concurrents politiques lors des élections et peut être justifiée, car nécessaire pour sauvegarder les droits d'autrui. Au demeurant, elle paraît conforme à l'article 49 de la Constitution.

4 - L'interdiction de certaines publications :

Les articles 52 et 53 du décret-loi n°2011-115

Si la liberté d'expression comporte le droit de s'exprimer librement, c'est-à-dire d'avoir « *la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix* », le législateur ne saurait admettre qu'elle soit utilisée pour perturber l'ordre public en appelant à la haine entre les races, les religions... , ou porter atteinte au droit d'autrui en faisant de la propagande ou en propageant des idées fondées sur la discrimination quelle qu'elle soit.

L'article 52 du décret-loi n°2011-115 a dès lors établi une restriction en qualifiant d'incitation à une infraction susceptible d'emprisonnement d'un an à trois ans et d'une amende de mille à deux mille dinars « *quiconque appelle directement, en utilisant l'un des moyens indiqués à l'article 50 du présent décret-loi³⁹⁹, à la haine entre les races, les religions, ou les populations et ce par l'incitation à la discrimination et l'utilisation de moyens hostiles, de la violence, ou de la propagande pour des idées fondées sur la discrimination raciale* ».

Pareillement pour l'article 53 du même décret-loi qui interdit et punit « *d'une amende de mille à deux mille dinars quiconque sciemment et par les moyens indiqués à l'article 50 du présent décret-loi utilise les lieux de culte pour la propagande partisane et politique et quiconque sciemment porte atteinte à l'un des rites religieux autorisés* ».

³⁹⁹ Article 50 du décret-loi n°2011-115 : « -Sont punis comme complices dans ce qui peut être qualifié de délit aux sens de l'article 51 et suivants, du présent décret-loi ceux qui incitent directement une ou plusieurs personnes à commettre ce dont il s'agit, de ce qui peut être suivi d'un acte, soit par voie de discours, paroles ou menaces dans les lieux publics, soit au moyen d'imprimés, photos, sculptures, signes ou toute autre forme écrite ou photographique exposée à la vente ou à la vue publique dans les lieux publics ou les réunions publiques, soit au moyen d'affiches et d'annonces exposées à la vue publique ou par tout autre moyen d'information audiovisuelle ou électronique ».

En effet, les interdictions prévues par ces deux articles sont établies pour répondre à la nécessité de sauvegarder l'ordre public et les droits d'autrui contre tout appel « à la haine entre les races, les religions, ou les populations ». De même, elles visent à prohiber l'utilisation des lieux de culte pour la propagande partisane et politique afin de protéger la neutralité des lieux de culte de toute exploitation, manipulation, pression et désinformation exercées par les partis politiques. Ceci étant, il est clair que cette limitation à la liberté d'expression poursuit « un but légitime » consistant dans la protection de la sûreté publique, de la paix sociale et la sauvegarde des droits d'autrui, et ce conformément à l'article 49 de la Constitution. Les faits incriminés par l'article 52 constituent des délits et sont susceptibles de sanctions privatives de liberté et/ou d'amende. Mais cette limitation est-elle proportionnée ou nécessaire par rapport à l'objectif poursuivi par le constituant ?

Cette ingérence dans la liberté d'expression semble nécessaire pour protéger la sûreté publique et les droits d'autrui. Elle tend, en effet, à assurer un équilibre entre les interdictions adoptées et le but poursuivi de cette restriction.

L'affaire *Otto Preminger Institut c/ Autriche* 1994 a constitué une autre occasion pour la CEDH d'analyser la protection « des droits d'autrui », sous l'angle cette fois de l'antinomie entre la liberté de religion et la liberté d'expression. Dans le cadre de leur évaluation de la légitimité de ce but, les juges de Strasbourg relèvent que « ceux qui choisissent d'exercer la liberté de manifester leur religion, qu'ils appartiennent à une majorité ou à une minorité religieuse, ne peuvent raisonnablement s'attendre à le faire à l'abri de toute critique. Ils doivent tolérer et accepter le rejet par autrui de leurs croyances religieuses et même la propagation par autrui de doctrines hostiles à leur foi. Toutefois, la manière dont les croyances et doctrines religieuses font l'objet d'une opposition ou d'une dénégation est une question qui peut engager la responsabilité de l'État, notamment celle d'assurer à ceux qui professent ces croyances et doctrines la paisible jouissance du droit garanti par l'article 9. En effet, dans des cas extrêmes le recours à des méthodes particulières d'opposition à des croyances religieuses ou de dénégation de celles-ci peut aboutir à dissuader ceux qui les ont d'exercer leur liberté de les avoir et de les exprimer. La Cour précise en effet, que « (...) on peut légitimement estimer que le respect des sentiments religieux des croyants tel qu'il est garanti à l'article 9 a été violé par des représentations provocatrices d'objets de vénération religieuse ; de telles représentations peuvent passer pour une violation malveillante de l'esprit de tolérance, qui doit aussi caractériser une société démocratique. La Convention doit se lire comme un tout et, par conséquent, l'interprétation et l'application de l'article 10 en l'espèce doivent s'harmoniser avec la logique de la Convention ». Par conséquent, les juges de Strasbourg acceptèrent l'argument selon lequel l'ingérence visait à protéger un intérêt légitime et plus spécialement à défendre « des droits d'autrui ».

De plus, dans le cadre de leur examen du caractère « nécessaire dans une société démocratique » de l'ingérence, ils ont estimé bon de faire allusion au devoir d'éviter autant que faire se peut « des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui [...] et qui, dès lors, ne contribuent à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain »⁴⁰⁰.

Les articles 60, 61 et 62 du décret-loi n°2011-115

La liberté d'expression telle qu'elle a été réglementée par le décret-loi n°2011-115 ne se contredit pas avec l'interdiction de certaines publications. En effet, cette même liberté se doit de protéger certaines catégories

⁴⁰⁰ Ce débat nous rappelle, en Tunisie, l'affaire *Emna Chargui*, une blogueuse tunisienne, qui a partagé le 3 mai 2020 un texte humoristique intitulé « Sourate Corona », imitant le format et l'ornement d'une page du Coran. Le ministère public a décidé de déclencher les poursuites pénales. La sixième chambre correctionnelle auprès le Tribunal de première instance de Tunis a rendu son jugement le 14 juillet 2020. Elle a condamné l'accusée à six mois de prison ferme pour « incitation à la haine entre les religions en utilisation de procédés hostiles ou de violence » en vertu de l'article 52 du décret-loi n°2011-115 du 2 novembre 2011 relatif à la liberté de la presse, de l'imprimerie et de l'édition et d'une amende de 2000 dinars pour avoir sciemment porté atteinte à l'un des rites religieux autorisés en vertu de l'article 53 du même décret-loi.

vulnérables telles que les mineurs et les enfants. Ainsi, les articles 60, 61, 62 incriminent respectivement quiconque « rapporte des informations relatives à des infractions de viol ou de harcèlement sexuel à l'encontre de mineurs, par n'importe quel moyen et qui a sciemment nommé la victime ou dévoilé des informations quelconques, permettant de l'identifier ». De même sont interdites l'importation, la distribution, l'exportation, la production, la publication, l'exposition, la vente ou la possession des produits impudiques sur les enfants.

L'interdiction des publications s'étend également aux documents relatifs à l'instruction dans le cadre d'un procès avant leur présentation en audience.

Par ailleurs, s'agissant des critiques adressées à l'administration de la justice, la jurisprudence de la CEDH dans ce domaine prouve que, même si le pouvoir judiciaire jouit d'une protection spéciale, il ne fonctionne pas dans le vide et peut faire l'objet d'un débat public. Les juges de Strasbourg, dans l'affaire *Sunday Times c. Royaume Uni* datée de 1979⁴⁰¹, après avoir rappelé d'emblée que : la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et qu'elle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. La Cour commenta ensuite l'applicabilité de ces principes au domaine de l'administration de la justice qui sert les intérêts de toute la collectivité. Elle ajoute que (...) « *si les médias ne doivent pas franchir les bornes fixées aux fins d'une bonne administration de la justice il leur incombe de communiquer des informations et des idées sur les questions dont connaissent les tribunaux tout comme sur celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public. A leur fonction consistant à en communiquer s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir* ».

Mettant en balance les divers intérêts en présence, la Cour estime finalement que : la restriction à la liberté d'expression incriminée et qui consistait à interdire la publication dudit article n'était pas nécessaire, car « *elle ne correspondait pas à un besoin social assez impérieux pour primer l'intérêt public s'attachant à la liberté d'expression au sens où l'entend la Convention* ». Elle ne considère donc pas suffisants, sous l'angle de l'article 10 paragraphe 2, les motifs de la restriction imposée aux requérants. Celle-ci se révèle non proportionnée au but légitime poursuivi ; elle n'était pas nécessaire, dans une société démocratique, pour garantir l'autorité du pouvoir judiciaire ».

Une autre restriction est prévue, elle concerne l'interdiction de la publication sans l'autorisation de la juridiction compétente par voie de retransmission, quels que soient les moyens utilisés et particulièrement par téléphone mobile, photographie, enregistrement sonore ou audiovisuel ou tout autre moyen, de la totalité ou une partie des faits entourant les procès relatifs aux crimes et délits prévus par les articles de 201 à 240 du code pénal. Cette limite s'explique par le fait que les infractions concernées sont liées à l'homicide, à la violence, à l'attentat à la pudeur, à l'adultère, à l'enlèvement. Le point commun de toutes ces restrictions c'est qu'elles sont édictées pour protéger l'intégrité physique, la vie privée et la dignité des victimes.

Ces limites semblent par conséquent conformes à l'article 49 de la Constitution, car justifiées par la protection des droits d'autrui, et proportionnées de par leur caractère nécessaire pour atteindre l'objectif mentionné.

Dans la même veine, toute publication révélant les détails des affaires pendantes en justice et le secret des délibérations des juridictions, ainsi que le traitement des informations des affaires relatives à la diffamation dans les cas indiqués aux alinéas (a) et (b) de l'article 59 sont interdites. Il en est de même des affaires de reconnaissance de

401 Un article de presse a été interdit de publication, car il a retracé tous les détails d'une tragédie qui concernait l'usage par des femmes enceintes d'un sédatif nommé « thalidomide » entre 1959 et 1962 et qui provoqua la naissance de nombreux enfants atteints de graves malformations. L'article a critiqué le règlement à l'amiable qui a eu entre les deux parties ainsi que son homologation par la justice. Il l'a qualifié de « une honte pour le pays » critiquant le montant dérisoire des indemnités versées aux victimes et la faible dotation que la société pharmaceutique s'appropriait à accorder au fonds de charité.

parenté, de divorce et d'avortement. Ces restrictions à la liberté de la presse sont proportionnées, car nécessaire à la préservation de la vie privée des victimes et des justiciables d'une manière plus générale.

Afin de mettre en œuvre lesdites obligations, le législateur a interdit l'utilisation de tous matériels de photographie, des téléphones mobiles, des appareils d'enregistrement sonore ou audiovisuel ou tout autre moyen lors des plaidoiries et dans les salles d'audience, sauf autorisation des autorités juridictionnelles compétentes. La violation de ces obligations est susceptible de peine pécuniaire. Les décisions juridictionnelles ayant trait aux affaires précitées ne peuvent être publiées que par décision du juge.

5 - La saisie des publications :

L'article 64 du décret-loi n°2011-115

Tenant de dépasser le conflit entre deux libertés constitutionnellement garanties : la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée, le législateur n'a pas autorisé la saisie préventive qui est redoutable, en ce sens que la liberté de presse est la règle, et la saisie d'une publication est une mesure exceptionnelle c'est-à-dire que cette dernière n'est ordonnée que si l'atteinte portée à la vie privée du demandeur présente un caractère intolérable et cause un dommage dont la réparation ultérieure par le biais de dommages-intérêts ne saurait compenser.

Le décret-loi n°2011-115 dans son article 64 reconnaît à la juridiction de fond la possibilité d'ordonner la saisie d'une manière postérieure au jugement d'inculpation rendu par ladite juridiction. La saisie peut toucher les écrits, imprimés, affiches, dessins, annonces, films, disques, bandes magnétiques, moyens d'enregistrement numérique ou de publication électronique ou autre qui font l'objet des poursuites en rapport avec la vie privée. Le juge peut en outre ordonner la destruction de toutes les copies exposées à la vente, distribuées ou mises à la vente du public. Cette mesure limitative de la liberté d'expression est dès lors justifiée par l'une des considérations de l'article 49 de la Constitution à savoir la protection des droits d'autrui. De plus, elle semble proportionnée au but de la protection de la vie privée, car elle n'est ordonnée qu'à la suite d'une inculpation définitive, le juge est autorisé aussi à se limiter à ordonner la suppression ou la destruction de quelques parties de tout exemplaire des copies saisies.

6 - La diffamation :

L'article 55 du décret-loi n°2011-115

Les multiples aspects de l'ordre public donnent lieu à un très grand nombre d'infractions de presse, de l'offense au chef de l'État qui a été supprimée suite à l'abrogation du code de la presse de 1975, à l'atteinte au secret de la défense nationale, en passant par les incitations à commettre des délits.

Si la liberté d'expression comporte le droit de critiquer, on ne saurait admettre qu'elle soit utilisée pour attaquer injustement et léser autrui. C'est ce qui explique que le décret-loi n°2011-115 incrimine dans les articles 55 et 57 la diffamation et l'injure. La diffamation est d'ailleurs l'infraction de presse qui donne lieu au plus grand nombre de procès.

La diffamation a été définie par l'article 55 comme « *toute accusation ou imputation de quelque chose d'inexacte d'une manière publique et qui est de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération d'une personne en particulier, à condition qu'il s'en suive un préjudice personnel et direct à la personne visée* ».

La protection de la dignité et de la considération de la personne est également mise en œuvre même lorsque l'accusation ou l'imputation revêt la forme de supposition ou que la personne visée n'ayant pas été nommée expressément, mais son identification est rendue possible par le contenu des propos présentés dans les discours, appels, menaces, écrits, imprimés, affiches, dessins, annonces ou publications électroniques. Cette limite à la liberté d'expression s'insère totalement dans le cadre de l'équilibre recherché par le législateur entre la mesure adoptée et le but recherché à savoir la protection des droits d'autrui. C'est ce qui ressort des termes du paragraphe deuxième de l'article 55.

En revanche, et afin de limiter l'étendue du champ d'application des articles relatifs à la diffamation et à l'injure, les dispositions des articles y afférents ne sont pas applicables lorsqu'il y a diffamation ou injure à l'encontre des personnes décédées, sauf dans le cas où elles visent l'atteinte personnelle à l'honneur ou à la considération des héritiers. Il n'en reste pas moins que l'équilibre entre la liberté d'expression et la protection de la réputation et la dignité d'autrui est rétabli lorsque les ayants droit exercent le droit de réponse prévu à l'article 40 du décret-loi, indépendamment de l'intention de l'auteur de la diffamation de porter atteinte à leur honneur ou à leur considération, ou non.

L'article 59 du décret-loi n°2011-115

Animé par le souci de canaliser la diffamation, le législateur estime qu'il n'est guère admis de rapporter la preuve de la vérité lorsque le fait imputé concerne la vie privée de la personne, sans quoi la protection due au droit à la vie privée serait compromise, ou lorsque le fait imputé concerne une infraction éteinte par une amnistie ou prescrite ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation. En effet, le principe en matière de preuve de la diffamation est que le prévenu n'encourt pas la sanction prévue par le décret-loi s'il apporte la preuve de l'objet de la diffamation. Autrement dit, cet article signifie que la vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée sauf dans les deux cas prévus par le paragraphe premier l'article 59.

Si le premier cas s'insère parfaitement dans le cadre du respect l'exigence de la proportionnalité afin que la limitation apportée à la liberté d'expression soit nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi, à moins de porter atteinte à la vie privée d'autrui, il n'en demeure pas moins que le deuxième cas concernant une infraction éteinte par une amnistie ou prescrite ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation poserait un problème de constitutionnalité. C'est ce qui a été d'ailleurs décidé par le Conseil constitutionnel français qui a déclaré inconstitutionnelle comme non proportionnée au but visé, l'interdiction faite au prévenu, en matière de diffamation, de rapporter la preuve de la vérité du fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite ou qui a donné lieu une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision.

Ledit Conseil estime d'une part, « *que les dispositions concernant l'amnistie, la prescription de l'action publique, la réhabilitation et la révision n'ont pas, par elles-mêmes, pour objet d'interdire qu'il soit fait référence à des faits qui ont motivé une condamnation amnistiée, prescrite ou qui a été suivie d'une réhabilitation ou d'une révision ou à des faits constituant une infraction amnistiée ou prescrite; d'autre part, que l'interdiction prescrite par la disposition en cause vise sans distinction, dès lors qu'ils se réfèrent à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision, tous les propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général; que, **par son caractère général et absolu**, cette interdiction porte à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi; qu'ainsi, elle méconnaît l'article 11 de la Déclaration de 1789* »⁴⁰².

402 Conseil constitutionnel, décision n°2013-319, QPC du 7 juin 2013, in <https://www.conseilconstitutionnel.fr/decision/2013/2013319QPC.htm>

En se basant sur les arguments avancés par le CC français et qui sont valables pour le droit pénal tunisien, il semble clair que le (b) de l'article 59 (intégralement repris de l'article 35 de la loi française du 29 juillet 1881) pourrait être déclaré inconstitutionnel par la future Cour constitutionnelle si une exception d'inconstitutionnalité est soulevée.

Ceci étant précisé, il nous est permis de déduire que si le législateur s'est conformé dans le premier tiret de l'article 59 à l'exigence de la proportionnalité afin que la limitation apportée à la liberté d'expression soit nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi qui est la protection de la vie privée d'autrui, il n'a pas pour autant réussi à assurer l'équilibre nécessaire entre la limitation prévue au deuxième tiret du même article et le but légitime de la protection de la vie d'autrui. Ladite interdiction porte à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi. D'où sa non-conformité à l'article 49 de la Constitution.

-L'atteinte à l'honneur ou à la réputation des personnes : L'article 245 du code pénal

Certaines dispositions desdits décrets-lois concernent des questions qui sont également régies par d'autres textes antérieurs, à savoir certains articles du code pénal et du code des télécommunications. Cette situation semble porter atteinte à la clarté, voire à la cohérence du cadre juridique applicable à la liberté d'expression, et risque d'ébranler la sécurité juridique. En effet, l'administration ainsi que les juges peuvent appliquer des textes juridiques différents à des situations identiques selon leur interprétation des différents textes en vigueur. Il s'agit d'une part des articles 245 et 247 du code pénal et des articles 85 et 86 du code des télécommunications.

L'article 245 du code pénal définit la diffamation comme « *toute allégation ou imputation publique d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne ou d'un corps constitué* ». Cette définition nous rappelle celle présentée par l'article 55 du décret-loi n° 2011-115. La cohabitation de deux articles différents et distincts s'appliquant à une même situation mérite qu'on y émette quelques remarques.

D'abord, en examinant l'élément matériel de l'infraction de diffamation dans les deux textes, on constate qu'il est le même, ce qui nous permet de dire qu'il s'agit de la même infraction dans les deux cas. Néanmoins, l'article 55 du décret-loi rajoute une nouvelle condition non prévue par le code pénal, à savoir l'existence d'un préjudice personnel et direct causé à la personne visée. Cette condition a pour but d'imposer une condition supplémentaire à l'application de l'article 55 et donc de limiter son étendue. Ceci étant, il va sans dire que la rédaction de l'article 55 est meilleure que celle de l'article 245 du code pénal dont le contenu soulèverait un problème de constitutionnalité au regard de l'article 49 de la Constitution, en raison du caractère absolu et général des termes dans lesquels il a été rédigé.

En effet, la restriction à la liberté d'expression prévue par l'article 245 du code pénal n'est pas proportionnée, voire nécessaire à l'intérêt à protéger. Autrement dit, quand bien même cette limitation répond à l'un des objectifs prévus à l'article 49 de la Constitution, en l'occurrence la protection des droits d'autrui, il n'en demeure pas moins que ladite restriction telle qu'elle a été définie par le code pénal ne respecte pas l'équilibre recherché entre le droit protégé par la Constitution (liberté d'expression) et l'autre intérêt que la dérogation tend à protéger (les droits d'autrui), car elle ignore une condition primordiale à savoir l'existence d'un préjudice personnel et direct causé à la personne visée. Ceci étant, est affecté aussi bien le principe de liberté d'expression ainsi que le principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines.

La coexistence de ces deux articles n'aurait pas posé de problème si la sanction fixée par les deux textes était la même. Or, en consultant l'article 247 du code pénal, on peut lire : « est puni de six mois d'emprisonnement et 240 dinars d'amende quiconque se sera rendu coupable de diffamation... », alors que l'article 55 du décret-loi ne prévoit aucune sanction privative de liberté, mais seulement une amende.

Peut-on alors soutenir que l'article 55 adopté postérieurement abroge les articles 245 et 247 du code pénal ? Et si cette abrogation n'est pas explicite, compte tenu du fait qu'aucune disposition expresse du décret-loi ne permet de soutenir cette abrogation, n'est-il pas permis d'admettre l'abrogation implicite ? La réponse à cette dernière interrogation semble négative et ce, pour deux raisons.

D'abord, l'article 55 figure sous le chapitre V intitulé « des infractions commises par voie de presse ou par tous autres moyens de publication » et sous la section 2 relative aux infractions contre les personnes ». Ainsi, on peut déduire que les dispositions prévues par l'article 55 concernent seulement la diffamation commise par voie de presse ou par les autres moyens de publications, et qu'elles s'appliquent par conséquent à quiconque utilise les moyens rappelés par le législateur dans l'article 50 dudit décret-loi. D'où le caractère spécial de ce dernier texte. En revanche, le code pénal demeure le texte général applicable à quiconque commet un délit de diffamation par tous moyens quels qu'ils soient.

Ensuite, et quand bien même le texte général (l'articles 245 du code pénal) soulève un problème de constitutionnalité au regard de l'article 49 de la Constitution, tel que démontré ci-dessus, les articles 245 et 247 de ce code ne peuvent être abrogés par l'article 55. Ils demeurent en vigueur conjointement aux dispositions du décret-loi n°2011-115.

Cette situation n'est pas sans conséquences négatives sur la cohérence du cadre juridique applicable à la liberté d'expression et de communication d'une part, et sur la liberté de celui qui sera inculpé d'un délit de diffamation, dans la mesure où la privation de sa liberté (la peine d'emprisonnement) dépendra de l'interprétation que fera le juge pénal des textes en vigueur. Ceci étant, une réforme du cadre juridique en vigueur devrait être envisagée afin d'améliorer la rédaction des articles précités du code pénal en vue de préciser davantage l'élément matériel ainsi que leur champ d'application.

On est confronté à un problème similaire lorsqu'on lit les articles 85 et 86 du code des télécommunications.

- L'atteinte aux droits d'autrui : l'article 85 du code des télécommunications

L'article 85 dispose que « nonobstant les cas prévus par la loi, est puni conformément aux dispositions de l'article 253 du code pénal (un emprisonnement de trois mois) quiconque divulgue, incite ou participe à la divulgation du contenu des communications et des échanges transmis à travers les réseaux des télécommunications ». L'élément matériel de cette infraction semble précis et le renvoi à l'article 253 du code pénal relatif au « détournement de correspondance et révélation des secrets » permet de déterminer la sanction encourue. L'incrimination de ce fait vient répondre à l'exigence de la sauvegarde des droits d'autrui au secret de leur correspondance et à leur vie privée. De plus, elle est proportionnée, voire nécessaire à l'intérêt à protéger. Au demeurant cet article ne soulève pas de problème au regard de l'article 49 de la Constitution, mais le problème provient de la difficulté pour le juge de choisir entre l'application de cet article ou des articles 60, 61 ou 62 du décret-loi n°2011-115 lorsque l'infraction est commise par un journaliste.

De l'examen de l'article 85 du code des télécommunications, il apparaît que ce dernier demeure le texte général, compte tenu du fait qu'il s'applique à quiconque divulgue, incite ou participe à la divulgation du contenu des communications et des échanges transmis à travers les réseaux des télécommunications, alors que le décret-loi n°2011-115 concerne les infractions commises par les journalistes.

Pareillement pour l'article 86 du code des télécommunications que le juge applique lorsqu'une personne nuit sciemment aux tiers ou perturbe leur quiétude à travers les réseaux publics des télécommunications. Cette infraction est ainsi établie par le législateur dans le cadre de la protection des droits des tiers, d'où sa conformité à l'article 49 de la Constitution.

Cet article est mis en œuvre chaque fois qu'il y a perturbation de la quiétude d'autrui à travers les réseaux publics des télécommunications y compris lorsque le prévenu utilise les réseaux sociaux pour commettre ce délit. Cette position est d'autant plus justifiée que récemment, le Tribunal de première instance de Tunis a rendu un jugement d'emprisonnement de 6 mois à l'encontre de la personne inculpée, en se fondant sur l'article 86 du code des télécommunications, car elle a sciemment nui à autrui à travers les réseaux de télécommunications (réseaux sociaux)⁴⁰³.

III - La communication audiovisuelle

1- La liberté de diffuser des programmes de radio et de télévision

L'article 16 du décret-loi n° 2011-116 dispose que : « *La HAICA est chargée de*

-Veiller à imposer le respect des règles et des régimes régissant le secteur audiovisuel par toutes les instances, autorités, établissements et parties concernés,

-Examiner les demandes d'octroi des licences de création et d'exploitation des établissements de communication audiovisuelle,

-Examiner les demandes d'octroi de licences de création et d'exploitation des chaînes radiophoniques et télévisés associatives à but non lucratif, aux associations tunisiennes créées conformément à la législation en vigueur et ce par dérogation aux dispositions de l'article 2 du code de commerce (...),

-L'adoption des cahiers des charges et des conventions de licences spécifiques aux établissements de communication audiovisuelle, leur conclusion et le contrôle du respect de leurs dispositions (...). ».

L'examen de cet article nous autorise à dire que la protection de la liberté de communication audiovisuelle n'empêche pas la soumission des entreprises de radiodiffusion, ou de télévision à un régime d'autorisation⁴⁰⁴ ou de licences⁴⁰⁵. En effet, alors que la subordination par la loi de la création d'un quotidien à une autorisation constituerait une violation de l'article 49 de la Constitution, en matière audiovisuelle au contraire, un tel régime préventif concernant le

403 TPI de Tunis, aff. n°1110/44314/2019 du 11 mars 2020, (inédit).

404 Le terme « autorisation » est employé par la Convention européenne des droits de l'Homme. Quant à la CEDH, elle utilise les termes autorisation et licence comme interchangeables, quand bien même le mot « licence » semble renvoyer à un régime plus libéral que celui de l'autorisation dans la mesure où l'autorisation est généralement attribuée dans le cadre d'un pouvoir de police administrative. Néanmoins, le régime des autorisations est retenu en droit comparé. En vertu de ce régime, les États peuvent tout au plus prendre les mesures nécessaires, compte tenu des caractéristiques techniques du genre de communication dont il s'agit, pour satisfaire autant que possible les besoins et les souhaits de tous les intéressés et pour leur permettre autant que possible d'émettre et de recevoir ce qu'ils veulent émettre et recevoir. <https://juricaf.org/arret/CONSEILDELEUROPEDROITSDDELHOMME-19900328-1089084>

405 On retrouve le mot « licence » dans le code des télécommunications promulgué le 15 janvier 2001. Mais cette notion a remplacé le mot « concession » suite à la modification dudit code par la loi n°2008-1 du 8 janvier 2008. L'article 19 dispose en effet que : « toute « licence » est attribuée par convention conclue entre l'État, en tant que concédant d'une part, représenté par le ministre chargé des télécommunications, et l'opérateur du réseau des télécommunications d'autre part, en tant que concessionnaire, et ce après avis des organismes compétents. En matière de la communication audiovisuelle, le législateur a opté dès le départ pour l'appellation « licence » dans plusieurs articles du décret-loi n°2011-116 dont notamment l'article 16 qui dispose que« la HAICA est chargée de (suit une liste) : Examiner les demandes d'octroi de licences de création et d'exploitation des chaînes radiophoniques et télévisés associatives à but non lucratif, aux associations tunisiennes créées conformément à la législation en vigueur et ce par dérogation aux dispositions de l'article 2 du code de commerce... ».

secteur privé est permis⁴⁰⁶. Cette moindre protection s'explique par la rareté des fréquences hertziennes, qui constitue l'une des « *contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle* ». C'est dans ce sens que l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, tout en définissant la liberté d'expression, dispose que « *le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations* ».

Soucieuse de la protection de cette liberté, la CEDH a interprété, dans sa décision du 28 mars 1990, *Groppera Radio AG*, cet article d'une manière libérale en affirmant que le régime d'autorisations ne devait pas poursuivre d'autres buts qu'une régulation technique et ne saurait notamment servir de prétexte à des ingérences dans la liberté d'expression contraires aux exigences du second paragraphe de l'article 10⁴⁰⁷. Elle a en effet déclaré que « *[...] la troisième phrase de l'article 10 paragraphe 1 de la Convention tend à préciser que les États peuvent réglementer, par un système de licences, l'organisation de la radiodiffusion sur leur territoire, en particulier ses aspects techniques. Elle ne soustrait cependant pas les mesures d'autorisation aux exigences du paragraphe 2 (article 10 paragraphe 2), sans quoi on aboutirait à un résultat contraire à l'objet et au but de l'article 10 considéré dans son ensemble.*

Cette position permet de retenir que l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui⁴⁰⁸. Néanmoins, le régime d'autorisations ou de licences ne devait pas poursuivre d'autres buts qu'une régulation technique et ne saurait notamment servir de prétexte à des ingérences dans la liberté d'expression⁴⁰⁹.

Par conséquent, l'exigence d'obtenir une licence pour pouvoir entamer l'activité de radiodiffusion ou de télédiffusion, telle que prévue par l'article 16 du décret-loi n°2011-116, n'est pas contraire à l'article 49 de la Constitution dans la mesure où cette condition n'est pas limitative de la liberté de communication audiovisuelle, bien au contraire elle est nécessaire pour la garantie d'un paysage audiovisuel pluraliste, intègre, garantissant la diversité des programmes se rapportant à la vie publique. De même qu'elle semble poursuivre un but légitime consistant dans la protection de la sûreté publique et la réputation des droits d'autrui. Mais, cette limitation à la liberté de communication audiovisuelle, est-elle proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur ?

Afin de répondre à cette question, il sied de noter que, pour garantir la transparence et l'objectivité de l'octroi des licences, ces dernières sont délivrées par la HAICA qui est une autorité publique indépendante du pouvoir exécutif (administratif et politique), et ne reçoit ni ordre, ni injonction des pouvoirs publics et ses décisions ne sont soumises qu'au contrôle juridictionnel. Les demandes de licences doivent, néanmoins, se conformer aux cahiers des charges établis par la HAICA⁴¹⁰. Or, l'examen desdits cahiers montre qu'ils sont restrictifs de cette liberté dans la mesure où ils

406 Conseil Constitutionnel, décision n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, cons. 8., voir aussi, L. Favoreu, « La protection constitutionnelle de la liberté de la presse », in *Liberté de la presse et droit pénal*, PUAM, 1994, p. 220 et spéc. p. 227 ; Pierre de Montalivet, « Droit constitutionnel de la communication », *Jurisqueur Administratif*, Éditions du Jurisqueur, mars 2011, fasc. 1465.

407 Voir décision du 28 mars 1990, *Groppera Radio AG*.

408 Monica Macovei, *Liberté d'expression, un guide sur la mise en œuvre de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, coll. Précis sur les droits de l'homme, n° 2, p. 11.

409 Il sied de noter que le groupe parlementaire EI KARAMA a déposé une proposition de loi n°34/2020 relative à la modification du décret-loi n°2011-116 du 2 novembre 2011. Ledit groupe propose l'ajout d'un article 17(bis) prévoyant la suppression de la condition d'obtention d'une licence pour pouvoir entamer l'activité de radiodiffusion ou de télé diffusion. Le même article propose de remplacer le régime de licence par un régime de déclaration ; voir la proposition de loi n°34/2020 relative à la modification du décret-loi n°2011-116 du 2 novembre 2011, http://www.arp.tn/site/projet/AR/fiche_proj.jsp?cp=110310.

410 Décision de la Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle n° 2014-1 du 5 mars 2014, modifiant le cahier des charges relatif à l'octroi d'une licence de création et d'exploitation d'une chaîne de radio privée ; Décision de la Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle n° 2011-2 du 5 mars 2014, modifiant le cahier des charges relatif à l'octroi d'une licence de création et d'exploitation d'une chaîne de télévision privée ; Décision de la Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle n° 2014-3 du 5 mars 2014, modifiant le cahier des charges relatif à l'octroi d'une licence de création et d'exploitation d'une chaîne de radio associative ; Décision de la Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle n° 2014-4 du 5 mars 2014, modifiant le cahier des charges relatif à l'octroi d'une licence de création et d'exploitation d'une chaîne de télévision associative.

donnent un large pouvoir discrétionnaire à ladite autorité qui les confectionne. Ainsi, les cahiers des charges ne se contentent pas de la régulation technique du secteur de la communication audiovisuelle, mais pourraient contenir des dispositions liberticides. Les cahiers des charges vont ainsi au-delà de la simple régulation pour affecter le contenu des programmes diffusés. Ils semblent au demeurant porter atteinte à la liberté d'expression et la limiter d'une manière indirecte à l'occasion de l'examen des demandes des licences.

Force est de souligner à cet égard que lesdits cahiers, de par leur caractère restrictif, posent un problème de légalité, compte tenu de l'existence de dispositions limitatives de la liberté de communication que le décret-loi n°2011-116 ne mentionne point. De même qu'ils entachent l'article 16 d'une inconstitutionnalité à cause du pouvoir discrétionnaire dont dispose la HAICA dans leur élaboration. Le contentieux opposant la HAICA à plusieurs chaînes de radio et de télévision (la chaîne Ezzitouna, Nessma, El Coran...) illustre bien ces développements⁴¹¹.

Il n'est pas sans intérêt de noter que lesdits cahiers des charges ont connu récemment une modification qui vise les chaînes de radio et de télévision privées diffusant un contenu religieux⁴¹². En outre, ces décisions ont été édictées avec un effet rétroactif. Or, cela constitue une violation d'un principe général de droit, à savoir le principe de la non-rétroactivité des décisions administratives, dont la violation, selon le juge administratif⁴¹³, porte atteinte aux droits acquis du justiciable et par conséquent au principe de la sécurité juridique.

En somme, il est permis de dire que la restriction liée à l'examen des demandes d'octroi de licences de création et d'exploitation des chaînes radiophoniques et télévisées ainsi que le pouvoir discrétionnaire dont dispose la HAICA en matière d'adoption des cahiers des charges et des conventions de licences spécifiques aux établissements de communication audiovisuelle, leur conclusion et le contrôle du respect de leurs dispositions, pose un problème de constitutionnalité par rapport à l'article 49 compte tenu de son caractère non proportionné au but légitime à savoir la protection de la sûreté publique et des droits d'autrui.

L'article 42 du décret-loi n°2011-116

Dans un contexte démocratique, l'objectif général de la couverture médiatique pendant les campagnes électorales est la diffusion de reportages et d'informations justes et impartiaux. Cet objectif peut, par exemple, être atteint à travers des mesures telles que la répartition équitable du temps d'antenne entre tous les partis et candidats participant aux élections, des programmes d'information, des émissions ou des débats entre les dirigeants des partis. En premier lieu, il est essentiel d'assurer que tout parti politique ou candidat indépendant ait accès aux médias, notamment la radio et/ou la télévision, vu que la plupart des électeurs s'informent au sujet de la politique par les médias. Cela signifie que les médias ne devraient pas influencer l'opinion publique en traitant les candidats ou les partis de manière différente. La liberté d'expression et de communication en période électorale doit être particulièrement encadrée pour éviter toute manipulation, pression ou désinformation. C'est ce qui explique l'existence de certaines restrictions liées à la nature des médias auxquels peuvent accéder les candidats aux élections.

411 Il est opportun de rappeler que, quand bien même les chaînes citées ne respectent pas les cahiers des charges (Nessma n'a pas régularisé sa situation conformément au décret-loi n°2011-116, de même qu'elle voulait que des radios régionales utilisent sa fréquence dans un but de propagande politique. La chaîne Ezzitouna a été fondée par le fils d'une figure politique et la Radio « Coran » est la propriété d'un député élu aux élections en 2019 à l'ARP), cela ne peut justifier les restrictions à la liberté de communication audiovisuelle apportées par la HAICA lors de la confection des cahiers des charges.

412 Décision de la Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle n° 2020-2 du 13 janvier 2020, modifiant le cahier des charges relatif à l'octroi d'une licence de création et d'exploitation d'une chaîne de radio privée ; Décision de la Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle n° 2020-3 du 13 janvier 2020, modifiant le cahier des charges relatif à l'octroi d'une licence de création et d'exploitation d'une chaîne de télévision privée ; Décision de la Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle n° 2020-4 du 13 janvier 2020, modifiant le cahier des charges relatif à l'octroi d'une licence de création et d'exploitation d'une chaîne de radio associative ; Décision de la Haute Autorité Indépendante de la Communication Audiovisuelle n° 2020-5 du 13 janvier 2020, modifiant le cahier des charges relatif à l'octroi d'une licence de création et d'exploitation d'une chaîne de télévision associative.

413 TA., REP, 15 février 1983, Hechmi Jgham c/ Ministre de l'économie nationale ; TA., REP, première instance, 7 avril 2007, Dhouha Mejri c/Ministre de la culture et la sauvegarde du patrimoine.

Ainsi, selon l'article 42 du décret-loi n°2011-116 « *Les candidats aux élections sont autorisés à utiliser exclusivement les médias nationaux pour mener leurs campagnes électorales. La HAICA veille, conformément aux principes énoncés à l'article premier du présent décret-loi, à l'organisation de l'utilisation des médias et prend à cet effet les mesures qui s'imposent* ».

Le choix du législateur de limiter le recours, pendant les campagnes électorales, aux médias publics s'explique d'abord par le fait que les médias privés ont refusé depuis les élections de l'ANC en 2011 de s'associer à cette opération de diffusion des expressions légales des candidats⁴¹⁴. Les questions liées au taux d'audience et par voie de conséquence, aux recettes publicitaires, ne sont pas étrangères à cette décision des médias privés. D'où la volonté de centraliser la campagne électorale audiovisuelle au niveau des médias publics⁴¹⁵ mis à la disposition de la HAICA et de l'ISIE durant la période électorale⁴¹⁶. Ensuite, cela revient, en pratique, à leur interdire de s'adresser aux médias étrangers.

Cette dernière prohibition tend à éviter que des candidats fassent leur campagne sur un média privé basé à l'étranger (cas de Hechemi Hamdi propriétaire d'une chaîne télévisée privée basée à Londres et qui avait fait toute sa campagne sur ladite chaîne). D'où la volonté du législateur d'imposer le respect de l'égalité entre tous les candidats aux élections aussi bien au niveau du temps imparti qu'au niveau de l'accès aux médias. La liberté d'expression et de communication en période de campagne électorale doit être particulièrement encadrée pour éviter toute manipulation, pression ou désinformation des électeurs, notamment lorsque l'accès aux médias étrangers est totalement ouvert à tous les candidats. Cette restriction trouve au demeurant sa justification dans la sauvegarde des droits d'autrui, en l'occurrence les candidats aux élections.

Mais qu'en est-il de la proportionnalité de cette limitation par rapport au but poursuivi ? Cette question est d'autant plus légitime que les termes de l'article 42 ont un **caractère général et absolu**. Cette interdiction porte à la liberté d'expression une atteinte qui ne semble pas proportionnée ni adaptée au but poursuivi en l'occurrence la sauvegarde des droits d'autrui ; qu'ainsi, elle pourrait méconnaître l'article 49 de la Constitution.

L'article 45 du décret-loi n°2011-116

Afin de limiter le risque d'abus par certains partis politiques à des fins de propagande électorale, une restriction annoncée par l'article 45 semble nécessaire voire proportionnée avec le but légitime que la HAICA et l'article 49 tendent à protéger. Il s'agit en effet de l'interdiction adressée à toutes les entreprises de communication audiovisuelle de diffuser des programmes, annonces ou spots publicitaires pour un parti politique ou une liste électorale à titre onéreux ou gratuit.

En droit comparé, traitant de la question de l'incidence très forte des médias sur l'opinion, surtout à l'approche de l'élection, le Conseil constitutionnel français a considéré, s'agissant de la couverture audiovisuelle dont les candidats disposant d'une notoriété particulière peuvent bénéficier⁴¹⁷, que l'attention qui leur est portée par les services de communication audiovisuelle ne doit cependant pas fausser les campagnes électorales. Or, le Conseil constitutionnel a relevé qu'il arrivait aux services de communication audiovisuelle, y compris à ceux du secteur public, de traiter de la candidature locale d'une personnalité, sans avoir le réflexe-pourtant élémentaire-de donner en contrepartie

414 Cf. Procès-verbal de la réunion du conseil de l'ISIE avec les représentants des stations de radio/télévisions privées au siège de l'ISIE, 27 août 2011

415 Les stations nationales comme Radio jeunes, la Culturelle et la chaîne internationale (RTCI) ainsi que les cinq stations régionales : Tataouine, Sfax, Monastir, El Kef, Gafsa.

416 Les radios privées, quant à elles, ont assuré le suivi de l'activité des acteurs politiques, essentiellement, à travers des programmes de talkshow.

417 Conseil constitutionnel, Décision n° 98-15 ELEC du 4 juin 1998.

la parole à son ou ses adversaires. Outre qu'elle est contraire au principe d'égalité de traitement des candidats et déontologiquement contestable, une telle attitude pourrait avoir pour effet, en cas d'écart de voix réduit, d'entraîner l'annulation de l'élection de la personnalité élue.

Également le Conseil constitutionnel français a considéré que la séquence diffusée par la chaîne « Canal + » le jour même du second tour de scrutin vers 13 heures, dans son émission non cryptée « Le Vrai journal », dont le taux d'écoute est significatif et qui alterne reportages de nature politique et séquences satiriques, et exprimée en termes humoristiques à l'égard d'un candidat, est assimilable à un message de propagande électorale qui, de plus, intervient à un moment où « *il est interdit de diffuser ou de faire diffuser par tout moyen de communication audiovisuelle tout message ayant le caractère de propagande électorale* »⁴¹⁸.

Il ressort de ce qui précède que la restriction retenue par l'article 45 du décret-loi n° 2011-116 est de nature à protéger les droits de tous les candidats, de même qu'elle est nécessaire et proportionnée pour répondre par conséquent à l'intérêt de protection des droits d'autrui reconnu par l'article 49 de la Constitution.

418 Conseil constitutionnel, Décision n°98-2552, 28 juillet 1998, Richard GHEVONTIAN, « Le Conseil constitutionnel, le juge électoral et la liberté d'expression », <https://www.conseilconstitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-juge-electoral-et-la-liberte-d-expression>

DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE ET ARTICLE 49 DE LA CONSTITUTION



1 - La Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 garantit le droit au juge, mais bien plus que cela, elle garantit le droit à un procès équitable. Il s'agit de deux droits qui appellent d'autant plus à être distingués, qu'ils sont, tous les deux, véhiculés par l'article 108 de la Constitution.

2 - Aux termes du 2^{ème} alinéa de cet article, « *Le droit d'ester en justice* » est garanti. C'est le droit au juge, une expression qui est, désormais, consacrée par la doctrine et la jurisprudence. Cela signifie que toute personne est en droit de trouver un juge pour lui exposer ses prétentions vis-à-vis de tel ou tel droit dont elle se prévaut. Un tel droit implique, tout d'abord, l'existence d'un juge pour toute matière litigieuse. Il implique, également et surtout, que ce juge soit accessible au justiciable. D'ailleurs, le même article 108 prévoit, à ce propos, que « *La loi facilite l'accès à la justice* ».

Le droit au juge (ou le droit au procès ou encore le droit d'ester en justice) se situe en amont du procès lui-même. Il s'inscrit dans le cadre du droit juridictionnel.

3 - Il en est autrement du droit à un procès équitable qui apparaît à partir du moment où le justiciable pose son pied au prétoire. Il s'inscrit, ainsi, dans le cadre du droit processuel.

Le même article 108 de la Constitution dispose, à ce sujet, que « *Toute personne a droit à un procès équitable* ». Cela signifie que l'État est tenu de mettre à la disposition des justiciables une justice de qualité qui permet à tout un chacun, une fois parvenu devant le juge, de faire valoir pleinement et effectivement ses droits.

4 - Le procès équitable est un procès d'où se dégage un comportement sincère de la part du législateur et du juge qui, tous les deux, conjuguent leurs efforts pour permettre à tout justiciable de faire valoir de façon totale et aisée ses droits. Il a de la sorte un aspect objectif qui renvoie aux règles posées par les textes et la jurisprudence et qui sont à même de permettre que la finalité visée soit atteinte. Il a, en outre, un aspect subjectif qui renvoie à ce que ressent le justiciable quant au déroulement de son procès. En un mot, il ne suffit pas que le procès soit objectivement équitable, il faut qu'il le soit, également, aux yeux du justiciable.

Le lien entre les deux aspects est facile à démontrer. Plus on soigne le contenu du procès équitable, et donc son aspect objectif, plus on renforce le sentiment du plaideur que sa cause sera, ou a été, équitablement entendue.

5 - Toutefois, la subjectivité ne doit pas apparaître au niveau du juge, même si elle est guidée par une bonne intention. En effet, le juge, même poussé par un sentiment d'équité, ne doit pas se ranger du côté de la partie qui semble être dans son droit, au détriment de la partie qui semble être dans son tort. Un tel comportement porte un coup dur au droit des parties à un procès équitable. En un mot, le procès équitable ne signifie pas que le juge statue en équité.

6 - L'article 108 de la Constitution nous donne un avant-goût du contenu de ce droit constitutionnel qu'est le droit à un procès équitable. Il précise, tout d'abord, que le juge doit se prononcer « *dans un délai raisonnable* ». On se

rappelle ici l'avis rendu par le Conseil constitutionnel le 23 juillet 2008 à propos des auteurs des infractions pénales, où il a évoqué les « *procédures relatives au procès équitable qui implique la célérité dans l'examen des cas des détenus* »⁴¹⁹. On se rappelle, également et surtout, la teneur de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 qui, en traitant du « *Droit à un procès équitable* », évoque cette exigence qui tient au caractère raisonnable du délai pendant lequel la cause du justiciable doit être entendue.

7 - En outre, ledit article 108 soutient que « *le droit de défense* » est garanti, ce qui représente une consécration du principe du contradictoire en tant que composante du droit à un procès équitable.

Ensuite, le même article prévoit que la loi « *garantit le double degré de juridiction* », dévoilant ainsi l'idée que le caractère équitable du procès ne s'apprécie pas uniquement par référence à une instance située à un échelon de la procédure, mais, également et surtout, par référence au processus juridictionnel dans sa totalité.

Enfin, l'article en question pose comme règle générale que « *Les audiences des tribunaux sont publiques* ». Ainsi annoncée de façon générale, cette règle est à même de provoquer « *un refoulement, en matière administrative, de cet anachronisme représenté par le principe, applicable à nombre de juridictions administratives spécialisées, de la non-publicité des audiences.* »⁴²⁰.

8 - D'autres dispositions constitutionnelles versent dans le sens de la garantie du droit à un procès équitable. C'est, notamment, le cas de l'article 103 de la Constitution aux termes duquel « *Le magistrat doit être compétent. Il est tenu par l'obligation de neutralité et d'intégrité. Il répond de toute défaillance dans l'accomplissement de ses devoirs.* ». En outre, certaines règles sont dégagées par la jurisprudence constitutionnelle. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a soutenu, dans son avis rendu le 25 avril 2005 à propos de la loi relative à la concurrence et aux prix que « *les principes du procès équitable... exigent que soient séparées l'autorité habilitée à engager l'action et celle qui est habilitée à statuer sur ladite action* »⁴²¹.

9 - Le droit à un procès équitable est naturellement concerné par la concurrence des droits constitutionnels, en ce sens qu'il peut faire l'objet d'une restriction justifiée par la nécessité de garantir l'effectivité d'un autre droit prévu par la Constitution. On se rappelle, ici également, l'avis du Conseil constitutionnel rendu le 23 décembre 2006 à propos de la loi de finances pour 2007 où on lit « *qu'en cas de concurrence des droits constitutionnellement protégés, il est loisible au législateur de limiter certains d'entre eux selon un équilibre soumis à sa propre appréciation* »⁴²².

Cette jurisprudence demeure d'autant plus valable que l'article 146 de la Constitution du 27 janvier 2014 prévoit que les dispositions de ladite Constitution « *sont comprises et interprétées les unes par rapport aux autres, comme une unité cohérente.* »

10 - Le droit à un procès équitable est également concerné, et c'est ce qui nous intéresse ici, par l'article 49 de la Constitution qui prévoit, d'une part, que la loi ne peut pas porter atteinte à la substance des droits constitutionnellement protégés et, d'autre part, qu'elle ne peut restreindre l'exercice de ces droits qu'en vue de « *sauvegarder les droits d'autrui ou les impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique ou de la moralité publique* ».

419 Avis n° 45-2008, JORT n° 101 en date du 16 décembre 2008, p. 417.

420 René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 2001, n° 152, p. 130.

421 Avis n° 18-2005, JORT, n°57 en date du 19 juillet 2005, p. 1774.

422 Avis n° 65-2006, JORT, n°103 en date du 26 décembre 2006, p. 4503.

11 - Pour vérifier si les lois liées au droit à un procès équitable sont conformes ou non à l'article 49 de la Constitution, il y a lieu de passer en revue les principaux textes contenant des dispositions ayant trait au déroulement du procès. Il s'agit, notamment, tout d'abord du Code de procédure civile et commerciale, texte de base pour la matière civile largement entendue, c'est-à-dire pour le contentieux privé avec ses trois branches, civile au sens strict, commerciale et prud'homale. Il s'agit, ensuite, de la loi du 1^{er} juin 1972 relative au Tribunal administratif, texte de base pour le contentieux administratif, ainsi que de la loi organique du 30 avril 2019 relative à la Cour des comptes.

Accessoirement, la vérification peut porter sur d'autres textes ayant trait au droit processuel comme le Code de la fiscalité locale.

12 - La vérification peut être synthétisée selon trois axes. Le 1^{er} a trait au juge. Il s'agira de voir si les caractéristiques et les règles qui le concernent servent, ou, au contraire, méconnaissent la garantie du droit à un procès équitable (I). La même interrogation sera formulée à propos du déroulement de l'instance, du début, jusqu'au prononcé du jugement (II). Enfin, il faudra s'intéresser aux voies de recours, pour voir si, à chaque fois, le souci de garantir le caractère équitable du procès y trouve son compte (III).

I - Le juge

13 - L'impartialité du juge-L'obligation d'impartialité prévue à l'article 103 de la Constitution est, sans doute, la première obligation qui pèse sur le juge et sans laquelle le juge n'en est pas un. Elle signifie que le juge doit se tenir à la même distance vis-à-vis des parties et ne pas se ranger du côté de l'une d'elles.

Au regard du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 auquel la Tunisie a adhéré par la loi du 29 novembre 1968⁴²³, ou encore, pour ce qui est de l'Europe, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales précitée, l'impartialité du juge représente une composante du droit à un procès équitable. En effet, ledit Pacte international prévoit bien, dans son article 14, que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue... par un tribunal... impartial* ».

Mais certains textes du droit processuel ne sont pas suffisamment soucieux d'astreindre le juge à cette obligation fondamentale.

14 - Article 12 du Code de procédure civile et commerciale-Aux termes de cet article, tel qu'il résulte de la loi du 3 avril 1980, « *Le tribunal n'a pas l'obligation de constituer, compléter ou produire les moyens de preuve à l'appui des prétentions des parties.* ».

L'expression « *n'a pas l'obligation* » laisse penser que le juge est admis à prêter main forte à l'une des parties pour constituer sa défense. Mais, s'il ne le fait pas, il n'encourt pas la censure des juridictions supérieures. En d'autres termes, ce texte permet au juge d'être partial, ce qui représente une entorse au droit à un procès équitable même si, aussi paradoxal que cela puisse paraître, en agissant de la sorte, le juge peut être mû par un souci d'équité.

15 - Cette entorse appelle à être appréciée au regard de ce que prévoit l'article 49 de la Constitution pour voir si, sur ce plan, elle peut être constitutionnellement acceptée. La vérification n'est pas très difficile à faire, notamment pour ce qui est des « *impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique ou de la moralité publique* ». En effet, aucun de ces impératifs ne peut justifier que le juge s'écarte de l'obligation d'impartialité restreignant ainsi

⁴²³ JORT, n° 51 du 29 novembre-3 décembre 1968, p. 1260 et qui a été publié en vertu du décret du 21 novembre 1983 JORT, n° 79 du 6 décembre 1983, p. 3143.

l'exercice du droit à un procès équitable. Un petit doute peut, néanmoins, effleurer l'esprit relativement au souci de « *sauvegarder les droits d'autrui* », dans la mesure où la partialité profite à une partie et peut donc l'aider à sauvegarder ses droits.

Une telle vision est à écarter pour la simple raison que la partie en question est présente dans le procès et a donc la possibilité de se défendre. Le terme « *autrui* » ne peut pas, par conséquent, la concerner.

16 - Article 38 bis du Code de procédure civile et commerciale-Cet article, ajouté par la loi du 23 mai 1994, prévoit que « *Le juge cantonal s'efforce de concilier les parties.* ». Le même juge exerce, évidemment, les compétences juridictionnelles qui sont les siennes et qui sont prévues, notamment, par l'article 39 du même Code.

Cette situation de cumul entre la fonction de conciliation et la fonction juridictionnelle porte le risque de voir le juge manquer de sérénité, et donc d'impartialité, au détriment de la partie qui aurait été peu enthousiaste lors de la phase de conciliation. Roger PERROT souligne, à ce propos, que « *le juge n'est pas toujours le mieux placé pour suggérer une solution de compromis qui, dans l'esprit des plaideurs, risque d'être interprétée comme une sorte de jugement anticipé.* »⁴²⁴.

17 - Ainsi, en confiant l'activité conciliatrice au juge saisi de l'affaire, ledit article 38 bis altère le devoir d'impartialité qui pèse sur le juge affectant, par conséquent, le droit à un procès équitable. Cette affectation est d'autant plus importante qu'il s'agit, ici, d'un préalable obligatoire. Peut-on lui trouver une justification dans l'article 49 de la Constitution ? Ici, également, la vérification est facile. En effet, on peut conclure rapidement qu'aucune considération retenue par l'article 49 de la Constitution (droits d'autrui, sûreté publique, défense nationale, santé publique ou moralité publique) ne peut être évoquée pour justifier l'atteinte en question.

18 - Article 200 du Code de procédure civile et commerciale-Aux termes de cet article, qui traite de certains aspects de la prise à partie, « *Si la prise à partie est reconnue fondée, le magistrat est condamné aux dommages-intérêts et aux dépens, et les actes par lui accomplis sont annulés.* ». Puis le texte ajoute : « *Toutefois, la décision judiciaire, s'il en a été rendu, conserve ses effets au profit de l'autre partie.* ».

Pour éviter tout péril pouvant menacer l'impartialité du juge et, par conséquent, le droit à un procès équitable, il faut veiller à ce que le juge soit pleinement responsable de ses actes, de ses défaillances et de ses manques de diligence. Rappelons ici que l'article 103 de la Constitution prévoit que « *Le magistrat doit être compétent. Il est tenu par l'obligation de neutralité et d'intégrité. Il répond de toute défaillance dans l'accomplissement de ses devoirs.* ».

19 - Le fait de dire que le jugement rendu demeure effectif pour l'autre partie dénote d'un manque de sévérité de la part du législateur, qui risque d'affaiblir l'obligation d'impartialité qui pèse sur le juge, ce qui peut s'analyser comme une restriction à l'exercice du droit à un procès équitable. À première vue, cette restriction peut être justifiée par le souci « *de sauvegarder les droits d'autrui* ». Mais l'autre partie, qu'on veut protéger, peut bien être de mèche avec le juge pris à partie, ce qui est à même d'altérer la proportionnalité exigée par l'article 49 de la Constitution entre la restriction et sa justification.

Aussi, au moins, faut-il exiger que la partie qui a bénéficié du jugement rendu soit de bonne foi.

424 Roger PERROT, *Institutions judiciaires*, Paris, Montchrestien, 2004, n° 489, p. 384.

II - L'instance

20 - Le principe du contradictoire-En soutenant que « *le droit de défense* » est garanti, l'article 108 de la Constitution place le principe du contradictoire au cœur du droit à un procès équitable. D'ailleurs, le Tribunal administratif l'a bien affirmé dans l'arrêt de cassation Jerbi rendu le 15 mai 2017 (n° 731 225, inédit). En effet, il a soutenu, dans cet arrêt, que spécialement le contradictoire fait partie des considérations permettant de garantir le principe du procès équitable.

Or, le contradictoire est écarté, explicitement ou implicitement, par certains textes, ce qui représente une restriction à l'exercice du droit à un procès équitable. Cette restriction appelle à être appréciée au regard de ce que prévoit l'article 49 de la Constitution.

21 - Articles 14 et 19 du Code de procédure civile et commerciale-Selon l'article 14 du CPCC « *Les actes de procédure sont nuls :*

1) *quand la loi prescrit la nullité ;*

2) *quand ils portent atteinte à des dispositions d'ordre public ou aux règles fondamentales de la procédure. Le Tribunal doit soulever d'office ces nullités. ».*

L'article 19 du même code prévoit, de son côté, que « *Le tribunal doit déclarer d'office l'action irrecevable s'il ressort du dossier que le demandeur est incapable ou n'a pas qualité. ».*

Il s'agit ainsi, à chaque fois, d'un moyen d'ordre public que le tribunal est tenu de soulever de sa propre initiative. Mais ces textes n'obligent pas le juge à respecter le contradictoire en requérant la défense de celui contre qui le moyen est soulevé.

Cette restriction à l'exercice du droit à un procès équitable ne peut pas être justifiée par l'une des considérations citées à l'article 49 de la Constitution, à savoir les droits d'autrui, la sûreté publique, la défense nationale, la santé publique ou encore la moralité publique.

22 - Article 43 de la loi relative au Tribunal administratif-Aux termes du premier paragraphe de cet article, tel qu'il résulte de la loi organique du 3 juin 1996, « *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* ». Le même article prévoit, dans son deuxième paragraphe ajouté par la loi organique du 3 janvier 2011, ce qui suit : « *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. ».

23 - On voit que, dans les deux hypothèses évoquées, le texte donne la possibilité au juge de statuer sans instruction et, donc, sans respecter le principe du contradictoire, portant ainsi atteinte au droit à un procès équitable. Curieusement, cette atteinte n'a pas été perçue par le Conseil constitutionnel lors de l'examen du projet qui était à l'origine de la loi organique du 3 janvier 2011. Le Conseil a, tout de même, validé la modification projetée de l'article 43

précité en faisant référence à « *la garantie d'une bonne administration de la justice* », qualifiée en tant qu'élément essentiel de l'État de droit⁴²⁵.

Si on s'en tient à l'article 49 de la Constitution, on verra qu'ici également, aucune considération citée dans cet article ne peut être invoquée pour justifier l'atteinte ainsi portée au principe du contradictoire et, par voie de conséquence, à l'exercice du droit à un procès équitable.

24 - La publicité des audiences-Il ressort de l'article 108 de la Constitution que la publicité des audiences fait partie du droit à un procès équitable. Cet article pose comme principe, à ce propos, que « *Les audiences des tribunaux sont publiques* », avant d'ajouter « *sauf si la loi prévoit le huis-clos* ». On se rappelle ici l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En effet, aux termes de cet article, « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue...publiquement.* ».

Certains textes s'inscrivent dans l'exception prévue par l'article 108 précité, en ce sens qu'ils écartent la publicité des audiences. Il s'agira de voir si l'exception ainsi prévue est respectueuse de ce que prévoit l'article 49 de la Constitution.

25 - Articles 117 du Code de procédure civile et commerciale, 51 de la loi relative au Tribunal administratif et 28 de la loi organique du 30 avril 2019 relative à la Cour des comptes-Aux termes l'article 117 du CPCC, « *Les débats sont publics, à moins que le tribunal ne décide le huis clos, soit d'office soit à la demande du ministère public ou de l'une des parties, pour sauvegarder l'ordre public, les bonnes mœurs ou l'inviolabilité des secrets de famille.* ».

De même, selon l'article 51 de la loi du 1^{er} juin 1972, tel qu'il résulte de la modification opérée par la loi organique du 3 juin 1996, « *Les audiences de plaidoirie sont publiques, toutefois le président de la formation de jugement peut en ordonner le huis-clos, soit de sa propre initiative, soit à la demande de l'une des parties au litige, et ce en vue de sauvegarder l'ordre public, de préserver le secret professionnel ou de respecter la moralité.* ».

De son côté, l'article 28 de la loi organique du 30 avril 2019 relative à la Cour des comptes prévoit que les audiences de jugement sont publiques, sauf lorsque le président de l'instance de jugement voit la nécessité du huis clos pour préserver l'ordre public.

26 - En ouvrant la possibilité de statuer à huis clos, ces trois textes apportent une restriction à l'exercice du droit à un procès équitable, tout en précisant les motifs qui sont à même de justifier cette restriction : selon le premier, sauvegarde de l'ordre public, des bonnes mœurs ou de l'inviolabilité des secrets de la famille, selon le deuxième, respect de l'ordre public, du secret professionnel ou de la moralité et, selon le troisième, préservation de l'ordre public. Y a-t-il un décalage entre ces motifs et les soucis exprimés à l'article 49 de la Constitution ?

27 - La réponse est oui, mais ce décalage est en faveur des textes législatifs, dans la mesure où ces textes, non seulement n'ont pas dépassé ce que prévoit l'article 49 précité, mais, bien plus, ne sont pas allés aussi loin que ce que permet le texte constitutionnel. En effet, tous les motifs cités dans les articles 117 du CPCC, 51 de la loi de 1972 et 28 de la loi organique du 30 avril 2019 correspondent à des soucis exprimés à l'article 49 de la Constitution. D'un côté, on trouve, pour ce qui est des contentieux civil et administratif, l'ordre public, les bonnes mœurs (ou la moralité) et les secrets de famille (ou le secret professionnel) et, pour ce qui est du contentieux financier, l'ordre public. De l'autre, on trouve, respectivement, la sûreté publique (ainsi que la santé publique), la moralité publique et les droits d'autrui. Ainsi, contrairement au texte constitutionnel, les textes législatifs n'évoquent pas la défense nationale. Bien plus, le texte relatif au contentieux financier se limite à évoquer le souci de préserver l'ordre public. Les textes en question

⁴²⁵ Avis n° 36-2010 en date du 25 août 2010, JORT, n° 2 du 7 janvier 2011, p. 52.

sont, de la sorte, d'autant plus respectueux du principe de la publicité des audiences et, donc, du droit à un procès équitable.

28 - Par ailleurs, les soucis exprimés dans ces articles 117 (ordre public, bonnes mœurs ou secrets de famille), 51 (ordre public, secret professionnel ou moralité) et 28 (ordre public) sont bien compatibles avec les « *exigences d'un État civil et démocratique* » évoqués à l'article 49 de la Constitution. En outre, le respect de la proportionnalité, prévu par le texte constitutionnel, entre la restriction et sa justification est d'autant plus assuré qu'un peu plus loin, le Code de procédure civile et commerciale prévoit, dans son article 121, que le jugement est prononcé en audience publique, tout comme le prévoit, également, l'article 52 de la loi relative au Tribunal administratif. Une telle disposition, qu'on ne trouve pas dans la loi organique relative à la Cour des comptes, est tout à fait conforme à ce qui est annoncé dans l'article 108 de la Constitution aux termes duquel « *Le prononcé du jugement ne peut avoir lieu qu'en séance publique.* ».

Toutefois, pour ce qui est du contentieux financier, la consultation de la loi organique relative à la Cour des comptes, et notamment son article 69, ne permet pas de dire que cette exigence doit être respectée dans tous les cas, y compris en cas de jugement à huis clos. Aussi, décèle-t-on ici une restriction au droit à un procès équitable, qui ne peut pas être justifiée au regard de ce que prévoit l'article 49 de la Constitution.

29 - Article 188 du Code de procédure civile et commerciale et articles 76 bis et 76 de la loi relative au Tribunal administratif-Aux termes de l'article 188 du CPCC, qui traite de certains aspects de la procédure devant la Cour de cassation, « *La cour siège en chambre du conseil en présence du ministère public et avec l'assistance du greffier. Les avocats, s'ils l'ont demandé par écrit, peuvent se présenter à l'audience pour plaider... dans les limites des mémoires qu'ils ont déposés.* ». De son côté, l'article 76 bis de la loi du 1^{er} juin 1972, tel qu'il résulte de la loi organique du 24 juillet 2001, prévoit, à propos des chambres de cassation, que « *Ne sont admis aux audiences de plaidoiries que les parties au litige ou leurs représentants légaux* », reprenant, ainsi, la solution retenue par l'article 76 de la même loi, tel qu'il résulte de la modification du 3 juin 1996, et selon laquelle « *Seules les parties au litige ou leurs représentants assistent aux audiences de plaidoirie de l'assemblée plénière statuant en cassation.* ».

30 - Le principe de la publicité des audiences est ainsi écarté au niveau de la cassation, ce qui représente une restriction à l'exercice du droit à un procès équitable. Une telle restriction ne peut pas être justifiée par les considérations retenues par l'article 49 de la Constitution, ayant trait à la sauvegarde des droits d'autrui ou aux impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique ou de la moralité publique.

III - Les voies de recours

31 - Le double degré de juridiction-L'article 108 de la Constitution a constitutionnalisé la règle du double degré de juridiction. Cela permet de dire qu'en principe, l'appel doit être ouvert à l'encontre de tous les jugements rendus en premier ressort. Il va sans dire que ladite règle, nonobstant sa valeur constitutionnelle, n'a pas de caractère absolu. Elle peut souffrir, de façon exceptionnelle, des dérogations dont les justifications doivent être d'ordre constitutionnel. Il peut s'agir d'un souci exprimé par telle ou telle disposition de la Constitution ou par une jurisprudence constitutionnelle. Comme il peut s'agir, et c'est ce qui nous intéresse ici, d'une application de l'article 49 de la Constitution qui prévoit la possibilité de restreindre l'exercice des droits garantis par la Constitution.

32 - Le droit dont il s'agit ici est le droit à un procès équitable et la règle du double degré de juridiction n'est que l'une de ses composantes. Aussi, la méconnaissance de cette règle ne peut-elle pas être regardée comme portant atteinte à la substance même du droit en question. Il n'en demeure pas moins qu'elle représente une restriction à

l'exercice de ce droit. La constitutionnalité de cette restriction est à apprécier, à chaque fois, au regard des soucis et impératifs exposés à l'article 49 de la Constitution.

33 - En matière administrative, la réforme opérée par la loi organique n° 39 du 3 juin 1996 a généralisé le double degré de juridiction, en créant des chambres d'appel compétentes pour connaître, en principe, de tous les jugements administratifs rendus par les premiers juges, y compris les ordonnances de référé émanant des présidents des chambres de première instance.

C'était un grand pas vers la consécration effective du droit à un procès équitable. Toutefois, certaines poches de résistance demeurent, tout comme ce qui est le cas en matière civile et en matière de contentieux financier.

34 - Article 40 du Code de procédure civile et commerciale-Aux termes de cet article, tel qu'il résulte de la loi du 2 mai 1995, « *Le président de la chambre commerciale peut charger l'un des membres de procéder à une tentative de conciliation entre les parties, lesquelles peuvent, à toute phase de la procédure, demander à la chambre de statuer sur le litige selon les règles de l'équité.* ». Puis l'article ajoute : « *Le jugement sera dans ce cas non susceptible d'appel* ».

Une entorse est ainsi faite à la règle du double degré de juridiction et donc au droit à un procès équitable. Une entorse qu'on ne peut pas justifier par ce qui est prévu à l'article 49 de la Constitution. En effet, on ne peut parler ici ni de sauvegarde des droits d'autrui, ni d'exigences ayant trait à la sûreté publique, à la défense nationale, à la santé publique ou encore à la moralité publique.

35 - Article 26 du Code de la fiscalité locale-L'article 26 du Code de la fiscalité locale prévoit, à propos du contentieux de la taxe sur les immeubles bâtis, que tout contribuable peut introduire un recours pour révision de la taxe en question auprès du Tribunal cantonal. Le même texte ajoute que « *Le jugement rendu par ledit tribunal est définitif* ». La consultation de la version arabe (qui fait foi) de ce texte nous renseigne que « *définitif* » signifie ici « *en dernier ressort* », ce qui nous donne, ainsi, un jugement rendu en premier et dernier ressort.

Ici, également, l'article 49 de la Constitution ne peut pas être invoqué pour justifier cette atteinte à la règle du double degré de juridiction, et donc au droit à un procès équitable.

36 - Article 100 de la loi organique relative à la Cour des comptes-Il ressort de cet article que la Cour des comptes peut, par un jugement, soulever d'office sa compétence pour connaître d'un compte dont l'examen a été confié à l'autorité administrative. L'appel n'est pas prévu pour ce type de jugement, ce qui représente une restriction au droit à un procès équitable. Cette restriction ne peut pas être justifiée par ce que prévoit l'article 49 de la Constitution.

37 - Articles 120 et 127 de la loi organique relative à la Cour des comptes-Selon l'article 120 de cette loi organique, en cas de poursuites en matière de fautes de gestion, l'affaire peut être classée par le ministère public. Il prévoit, à ce propos, que cette décision est susceptible d'opposition devant le premier président de la Cour des comptes.

L'article 127 de la même loi prévoit que le premier président statue en matière de récusation des membres de l'instance de jugement.

À chaque fois, l'appel n'est pas prévu concernant la décision du premier président, ce qui représente une affectation de la règle du double degré de juridiction qu'on ne peut pas justifier par les considérations prévues par l'article 49 de la Constitution.

38 - Article 149 du Code de procédure civile et commerciale et article 65 de la loi relative au Tribunal administratif-Selon l'article 149 du CPCC, « *Si le jugement attaqué n'a pas statué sur le fond et que la juridiction d'appel estime qu'il a été mal jugé, elle peut se limiter à infirmer cette décision et renvoyer la cause devant les premiers juges pour être statué au fond.* » Le même article ajoute que la juridiction d'appel « *peut... statuer elle-même au fond si l'affaire est en état.* ».

Une disposition semblable est prévue à l'article 65 de la loi relative au Tribunal administratif. En effet, aux termes de cet article, tel qu'il résulte de la modification opérée par la loi organique du 3 juin 1996, « *Si le jugement attaqué s'est limité à rejeter la requête sans examiner le fond et que la chambre d'appel considère que cela n'est pas fondé, elle peut décider de l'infirmer et renvoyer l'affaire devant les juges du premier degré pour y statuer. Elle peut aussi procéder à l'évocation, et y statuer au fond, si l'affaire est en état d'être jugée.* »

39 - La deuxième possibilité évoquée par ces deux textes correspond, ainsi, à l'évocation qui peut être décidée par le juge d'appel et qui met à mal la règle du double degré de juridiction, dans la mesure où elle aboutit à ce que le fond de l'affaire ne soit examiné qu'une seule fois, au niveau de l'appel.

Une telle entorse à la règle du double degré de juridiction et, donc, à l'exercice du droit à un procès équitable ne peut pas trouver de justification dans l'article 49 de la Constitution. En effet, ni la sauvegarde des droits d'autrui, ni les impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique ou de la moralité publique ne peuvent voler au secours d'une telle restriction.

40 - Article 199 du Code de procédure civile et commerciale-Selon cet article « *Le juge peut être pris à partie en cas de dol, de fraude ou de corruption, ou s'il est déclaré civilement responsable par la loi. La cour de cassation est seule compétente pour connaître de la prise à partie.* ».

L'octroi de cette compétence, directement, à la Cour de cassation emporte exclusion, dans cette matière, de la règle du double degré de juridiction, ce qui est préjudiciable au droit de toute personne à un procès équitable, qu'il s'agisse de l'auteur de la prise à partie ou du juge poursuivi.

Une telle atteinte ne peut pas être justifiée par ce que prévoit l'article 49 de la Constitution : droits d'autrui, sûreté publique, défense nationale, santé publique ou moralité publique.

41 - Articles 208 et 223 du Code de procédure civile et commerciale et article 85 de la loi relative au Tribunal administratif-Aux termes de l'article 208 du CPCC, « *Les ordonnances de référé rendues par le président d'une juridiction d'appel, dans le cas où la loi lui attribue compétence, ne sont pas susceptibles d'appel.* ». De son côté, l'article 223 du même code, qui traite de certains aspects du régime des ordonnances sur requête, prévoit que « *Les ordonnances rendues par le président d'une juridiction d'appel ne sont pas susceptibles d'appel.* ». Quant à l'article 85 de la loi du 1^{er} juin 1972, tel qu'il résulte de la modification opérée par la loi organique du 3 juin 1996, il prévoit que « *Les ordonnances rendues par les présidents des chambres d'appel ne sont pas susceptibles d'appel.* ».

Le Tribunal administratif s'est octroyé le droit de contrôler, d'office, la constitutionnalité de cet article 85. C'était dans l'arrêt de cassation Jerbi précité, rendu le 15 mai 2017 (n° 731 225, inédit). Suite à ce contrôle, il a écarté l'application du texte en question, au motif qu'il est contraire à l'article 108 de la Constitution prévoyant la garantie du double degré de juridiction.

42 - Si on s'en tient à ce que prévoit l'article 49 de la Constitution, on dira que, dans les trois articles examinés, il s'agit bien d'une restriction au droit de bénéficier d'un procès équitable, qui appelle à être appréciée au regard des soucis et impératifs évoqués par ledit article 49. La vérification permet de dire qu'aucune des justifications contenues dans cet article ne peut être évoquée ici.

43 - Article 41 de la loi relative au Tribunal administratif et article 80 de la loi organique relative à la Cour des comptes-En matière de contentieux administratif, la compétence du sursis à exécution des décisions administratives est aujourd'hui partagée entre le premier président du Tribunal administratif et les présidents des chambres régionales de première instance. C'est ce qui ressort, d'une part, de l'article 39 de la loi relative au Tribunal administratif, tel qu'il résulte de la loi organique du 3 juin 1996, aux termes duquel « *le premier président peut ordonner le sursis à exécution...* » et, d'autre part, de l'article 15 de la même loi, après la modification opérée par la loi organique du 24 juillet 2001, prévoyant que « *Le président de la chambre de première instance exerce...les attributions conférées...au premier président.* ».

Les deux autorités sont concernées par l'article 41 de la loi relative au Tribunal administratif, issu de la modification de 1996, qui prévoit, à ce sujet, que « *Les décisions rendues, en matière de sursis à exécution...sont conservatoires et ne sont susceptibles d'aucune voie de recours...* ».

Pour ce qui est du contentieux financier, l'article 80 de la loi organique relative à la Cour des comptes, tout en prévoyant que le recours contre les décisions administratives relevant de la compétence de ladite Cour n'est pas suspensif, ouvre la possibilité au premier président de prononcer le sursis à exécution de la décision administrative attaquée. Aucun recours n'est prévu à propos de la décision du premier président de la Cour.

44 - C'est une restriction à l'exercice du droit constitutionnel à un procès équitable qui peut, peut-être, trouver une justification dans telle ou telle considération d'ordre constitutionnel. Mais, en tout cas, elle ne peut pas se fonder sur l'article 49 de la Constitution. En effet, ni la sûreté publique, ni la défense nationale, ni encore la santé publique ou la moralité publique ne peuvent être invoquées au secours de cette restriction. Bien plus, les droits d'autrui jouent à l'encontre de cette solution, dans la mesure où les autres parties, et notamment l'intervenant, ont normalement intérêt à pouvoir contester la décision prise.

45 - Articles 126, 194 et 209 du Code de procédure civile et commerciale-L'article 126 du Code de procédure civile et commerciale ouvre la possibilité au président de la juridiction d'appel de prononcer en référé le sursis à exécution du jugement de première instance attaqué dont l'exécution provisoire est prononcée. Il précise, à ce propos, que « *l'ordonnance portant sursis à exécution n'est susceptible d'aucune voie de recours.* ».

Selon l'article 194 du même Code, en cas de pourvoi en cassation, le premier président de la Cour de cassation peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la décision attaquée. L'appel n'est pas prévu concernant l'ordonnance de sursis.

Aux termes de l'article 209 du même Code, le président de la juridiction saisie de l'appel contre une ordonnance de référé peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de l'ordonnance attaquée. Le même article ajoute : « *Les ordonnances ordonnant le sursis à l'exécution ne sont susceptibles d'aucune voie de recours ni même de pourvoi en cassation.* ». L'appel est ainsi écarté.

Il s'agit, à chaque fois, d'une atteinte à la règle du double degré de juridiction et, donc, d'une restriction au droit à un procès équitable. Aucune justification tirée de l'article 49 de la Constitution ne peut être valablement évoquée au sujet de cette restriction.

46 - Articles 64, 71, 77, 79 et 86 de la loi du 1^{er} juin 1972 relative au Tribunal administratif-Selon l'article 64 de la loi relative au Tribunal administratif, en cas d'appel contre un jugement dont l'exécution immédiate est prononcée, le premier président du Tribunal peut ordonner le sursis à l'exécution du jugement en question. L'appel n'est pas prévu à propos de l'ordonnance du premier président.

Aux termes de l'article 71 de la même loi, en cas de pourvoi en cassation, le premier président du Tribunal administratif peut ordonner le sursis à l'exécution du jugement attaqué. Ici, également, l'appel n'est pas prévu.

Il ressort de l'article 77 de la loi relative au Tribunal administratif qu'en cas de recours en révision contre un jugement rendu en dernier ressort, le président de la juridiction ayant rendu le jugement objet du recours peut en ordonner le sursis à l'exécution. L'appel n'est pas prévu contre l'ordonnance prononcée.

Selon l'article 79 de la même loi, en cas d'opposition ou de tierce opposition formulées contre un jugement, le premier président du Tribunal peut ordonner le sursis à exécution dudit jugement. Ici, également, l'appel n'est pas prévu.

Selon l'article 86 de la même loi, en cas d'appel interjeté contre une ordonnance de référé, « *le président de la chambre statuant en appel peut...en décider le sursis à l'exécution* ». Le même article ajoute : « *Les décisions ordonnant le sursis à exécution ont un caractère conservatoire et ne sont susceptibles d'aucun recours y compris le recours en cassation.* ». L'appel est ainsi écarté à propos de l'ordonnance de sursis.

Ici, également, nous sommes, à chaque fois, en face d'une atteinte à la règle du double degré de juridiction et, donc, d'une restriction au droit à un procès équitable. Encore une fois, l'article 49 de la Constitution ne peut pas être évoqué pour justifier une telle restriction.

47 - Articles 94 et 142 de la loi organique du 30 avril 2019 relative à la Cour des comptes-Selon cet article, en cas de demande en révision d'un jugement irrévocable, le premier président de la Cour peut ordonner le sursis à l'exécution du jugement en question. L'appel n'est pas prévu à propos de l'ordonnance prononcée. Ici, également, il s'agit d'une entorse au droit à un procès équitable qu'on ne peut pas justifier par ce que prévoit l'article 49 de la Constitution.



Democracy Reporting International (DRI) est une organisation à but non lucratif, indépendante et non partisane, ayant son siège à Berlin, en Allemagne. DRI soutient la participation politique des citoyens, ainsi que la redevabilité des organes gouvernementaux et le développement d'institutions démocratiques dans le monde entier. DRI appuie les processus locaux de promotion du droit universel des citoyens à participer à la vie politique de leur pays, conformément à ce qui est stipulé dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans le Pacte international relatifs aux droits civils et politiques.

**DEMOCRACY
REPORTING
INTERNATIONAL**

Pour plus d'informations:
info@democracy-reporting.org

Democracy Reporting International

Bureau de Tunis

12 bis, Rue du Lieutenant Bejaoui,
Menzah 5, 2091 Ariana / Tunisie
T/F +216 70 74 15 88
tunisia@democracy-reporting.org
www.democracy-reporting.org

Elbestraße 28/29 12045 Berlin, Germany
T +49 (030) 27877300
F +49 (030) 27877300-10
info@democracy-reporting.org
www.democracy-reporting.org